

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE

**¿Androcentrismo, Ginoctrismo? , ¿machismo, feminismo?,
¿Existe algún punto de encuentro?**

PERSPECTIVE OF GENDER IN THE COSTARRICAN LEGAL AND CRIMINAL DOGMATIC

**¿Androcentricity, gynocentrism? , ¿maleness, feminism?
Is there a meeting point?**

Alonso Salazar Rodríguez, LL.M.

Profesor de la Universidad de Costa Rica, Costa Rica

RESUMEN: En el presente artículo el autor toma como referencia un texto intitulado Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derecho penal online, ISSN1853-1105, de la República Argentina., para comentar las ideas expuestas respecto a la perspectiva de género en el derecho, centrándose en la necesidad de su consideración en la construcción del discurso jurídico en general, y más específicamente del discurso jurídico-penal. Para ello, aperece de las falacias del todo a las que comúnmente se recurre al hablar de temas de género, éstas en su mayoría, sostienen que existe un orden social masculino que no requiere de legitimación, lo cual no es cierto, pues en el mundo existen actualmente miles de movimientos que buscan la reivindicación de la mujer, así como textos como el presente que revelan la necesidad de una correcta armonización entre ambos elementos. Además a lo largo del texto critica la percepción del tema de género desde un reduccionismo sexista, que pretende explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista que encasilla al ser humano en una estructura binaria, pues concluye que bajo esta tesitura no se logrará elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que se concentre no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro.

PALABRAS CLAVES: Género; Derecho Penal; Androcentrismo; Ginocentrismo; Perspectiva sexista; Machismo; Feminismo.

ABSTRACT: In this article the author looks at a text entitled Gender and criminal law: tensions within his speeches, written by Daniela Zaikoski published in the Journal of derechopenalonline, ISSN1853-1105, of Argentina., To discuss the ideas regarding gender in law, focusing on the need to consider it in the construction of legal discourse in general, and more specifically in the criminal legal discourse. To do this, it is perceived about the fallacies that are commonly used when talking about gender issues. They mostly argue that there is a social male order that does not require legitimation, which is not true, because in the world there are currently thousands of movements fighting for women's claim and texts like this that reveal the need for a correct alignment between these two elements. In addition, the text criticizes the perception of gender from a sexist reductionism, which seeks to explain all sorts of phenomena from a sexist perspective that introduces the human into a binary structure, because he concluded that under this situation, developing a legal discourse consistent with a view of law that focuses not only on the differences between the sexes, but also at the meeting points will not be achieved.

KEYWORDS: Gender. Criminal law. Androcentrism. Ginocentrism. Sexist perspective. Machism. Feminism.

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2013.

Fecha de aprobación: 27 de mayo de 2014.

INTRODUCCIÓN

Mea culpa. Así podrían terminar estas líneas incluso sin más que agregar. Me recuerda este pasaje la obra de García Márquez “Crónica de una muerte

anunciada”, y digo esto, porque en realidad este es quizás el artículo de los que he hecho –quizás no muchos pero algunos serán-, que me ha resultado más difícil de escribir, me explico, porque el (la) amable lector (a) requiere de ello.

Una primera precisión metodológica. Más que metodológica, se trata de una precisión de tipo terminológica. En español, el plural en masculino implica ambos géneros. Así que al dirigirse al público NO es necesario ni correcto decir, “compañeros y compañeras”, “hermanos y hermanas”, “lector, lectora”, “amigos, amigas”, entre otros. Decir ambos géneros es correcto, SOLO cuando el masculino y el femenino son palabras diferentes, por ejemplo: “mujeres y hombres”, “toros y vacas”, “damas y caballeros”, entre muchos. Por eso en adelante, hablaré en plural masculino, en este sentido y con ello me adelanto a cualquier crítica al respecto.

Una segunda precisión metodológica. Estas pocas líneas en torno al tema, son producto de una obligación académica. No pretendo engañar a nadie señalando que son producto de una profunda reflexión, un análisis exhaustivo de muchos textos, es más, seré más sincero, he escrito el último día del término que me fue otorgado para cumplir con la tarea. Así de sencillo es. Ya explicaré el por qué. Aquí, acudo en mi exposición al principio de neutralidad valorativa de MAX WEBER que básicamente y de manera muy resumida tiene como finalidad crear conciencia de que el conocimiento objetivo debe ser expuesto de la misma manera que se percibe y hacer la aclaración cuando se trate de una opinión personal.

Echando mano de la concepción de REICHENBACH de igual forma, diferencio claramente en este apartado dos contextos. Por una parte, me refiero en cuanto al tema al contexto de descubrimiento (por eso he dicho se trata de una asignación académica, sin más) y por otra parte, al contexto de validez (el aporte personal de mi crítica). No sería admisible científicamente expresar, por ello, mi vocación temática y de inmediato indicar que desconozco el tema, pues como señala HABA, para interesarse por un tema e investigarlo, primero hay que leer

mucho sobre él, hacerse una idea general del mismo y solo después, puede intentarse una opinión personal al respecto y en este caso, no ha sido así.

Una tercera precisión metodológica. Mi primer acercamiento con el derecho penal se remonta al año 1990, cuando realicé mis iniciales cursos de derecho penal en la Universidad de Costa Rica, continué con estudios de postgrado en esa misma casa de enseñanza, luego en la Universidad Albert-Ludwigs en Friburgo de Brisgovia en la República Federal de Alemania, posteriormente en la Universidad de Valencia en España, a continuación en la Universidad Escuela Libre de Derecho, de nuevo en Costa Rica, proseguí con la Maestría en Sociología Jurídico-Penal en la Universidad de Barcelona, de nuevo en España en convenio con la Universidad para la Cooperación Internacional (Costa Rica), todos estos estudios en derecho penal y el último como dije en sociología jurídico-penal. Luego de todo ello, volví a la Universidad de Costa Rica, con estudios de doctorado general en derecho.

Cuento esto, no por presumir, -¡de eso nada!, le pido a mi lector, un poco de calma, ya comprenderá la necesidad de hacer esta precisión- acaso con tono algo pedante, pese a todos estos años de formación académica, NUNCA, digo nunca, salvo una lectura de SANDRA HARDING en relación con epistemología de la ciencia y la concepción científica androcéntrica, había oído hablar de Género y ciencia y no es sino hasta ahora que escucho hablar de Género y Derecho Penal. Es en el marco de una ampliación de la maestría en sociología jurídico-penal, ya citada, que retomé el programa y precisamente en el último curso de esa “ampliación”, me encuentro con el tema que ahora pretendo simplemente presentar. Tema del que ya dije, soy un ignorante.

Una cuarta y última precisión metodológica. Por una perspectiva o mejor dicho, posición personal, he rechazado sistemáticamente las concepciones feministas, sobre todo, las radicales (denominadas sufragistas). Por concepciones feministas radicales, entiendo -aquí una definición estipulativa- aquellas concepciones que pretenden –por decirlo de una forma llana-: masculinizar la

feminidad¹. Es decir, las que sostienen sin más, que hombres y mujeres somos iguales y por lo tanto, se nos debe tratar a todos por igual. En el plano personal, me ubico más con la concepción aristotélica de la justicia conmutativa de “*tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como desiguales*”, esto es, a las mujeres como mujeres en cuanto tales y a los hombres como hombres en cuanto tales, reconociendo las diferencias existentes entre ambos en cuanto entidad.

Una vez hechas estas precisiones -no quiero aquí ser adulator de manera alguna-, es que como ya indiqué, se me plantea el tema que ahora abordo, por la Prof. Dr. Encarnación Boledón. La forma en que desarrolló sus ideas, la presentación científica de sus puntos de vista, el dominio del tema, además del rigor y la metodología empleada, fueron una experiencia nueva en mi vida académica y puedo afirmar, hicieron que por primera vez me interesara por el tema y descubriera lo que el maestro Sócrates ya desde hace muchos siglos afirmó: “*solo sé, que no sé nada*”.

Higienizado el tema con respecto a mis motivaciones y limitaciones, es decir, echadas como han sido por mí, la cartas sobre la mesa; aclarado de antemano, que considero una irresponsabilidad académica, pretender escribir algunas líneas sobre un tema que no domino, he procedido a transitar por un camino que me resulta más cómodo, el del racionalismo crítico, aquí voy a echar mano a algunas ideas expuestas, trataré de falsearlas, refutarlas tal vez, valorar su consistencia lógica, aportaré algunos contraejemplos, es decir, procuraré poner a prueba algunas de la ideas de la perspectiva de género en el derecho penal para dejar planteados mis puntos de vista.

¹Señala Zaikoski: *Mientras que por mucho tiempo las feministas pidieron ser reconocidas como iguales (época de las sufragistas hasta los años sesenta) hoy el debate gira en torno al reconocimiento de la diferencia.* **Zaikoski, D.**, *Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos (04 de 12 de 2008)*, Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,426,0,0,1,0>

¿Qué otra cosa podría intentar un ignaro en un tema? Me falta mucho estudio sobre él para poder desarrollar ideas propias. No puedo recurrir a una amplia bibliografía para desarrollar algunas tesis, porque este tipo de trabajo no me lo permite, y el desconocimiento del tema me limita la posibilidad de síntesis. He ahí la razón de mi dificultad para escribir, he visto una cantidad de posiciones y textos al respecto, puntos de vista divergentes, concepciones, distintas opiniones y grandes discusiones, que no puedo decantarme por ninguna pues no tengo un referente en nuestro medio que me sirva de guía, es decir, me siento académicamente en un limbo, pero con un profundo interés por investigar al respecto, pues me avergüenza desconocer esta perspectiva.

Mi tesis es y podría así mismo ser mi conclusión, que se puede disentir, no aceptar, incluso rechazar por completo una concepción o punto de vista, esto es científicamente válido, mi pecado y de ahí la expiación de mi culpa, es que resulta imperdonable el desconocimiento total sobre el tema y ese es nuestro gran problema. No me reconforta para nada, más bien me alarma, el hecho de saber que no estoy solo en ello. Eso sí, ya he incorporado dentro de mis temas de trabajo e investigación futura, la perspectiva de género en derecho penal. Lo que más me sobresalta, es que en ninguna de las Universidades y en los estudios que señalé anteriormente, se me informó al respecto, el tema simplemente nunca fue tratado por lo que resulta claro, que hay mucho trabajo por hacer.

EL LÍMITE DE MI CRÍTICA

Ya ha sido expuesto, que por ignorancia, no puedo pretender realizar un estudio muy extenso de materiales y textos, que ahora he podido comprobar existen en cantidad, pero no en nuestro medio, resulta que en Costa Rica, prácticamente el tema no es conocido por los juristas -desconozco si en otras disciplinas se adolece del mismo problema, me da la impresión que en sociología, lingüística, filosofía y ciencias exactas, es un tema hartamente conocido-, en derecho no obstante y específicamente en derecho penal definitivamente no lo es.

Es con base en lo expuesto, que para efectos de mi crítica, he tomado como referencia un texto intitulado Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos, escrito por Daniela Zaikoski publicado en la Revista de derechopenalonline, ISSN1853-1105, de la República Argentina.

JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Las relaciones entre el derecho penal argentino y el costarricense, no son nuevas e incluso, su influencia tanto en el ámbito dogmático como legislativo y jurisprudencial data de varios lustros². Podría decirse, que el ámbito de influencia argentina es muy significativo en nuestro derecho. Quizás hoy más evidente en materia procesal penal, por el origen filosófico de la reforma procesal penal del año 1996, cuya fuente de inspiración se ubica claramente en Julio Meier y sus discípulos quienes la exportaron por toda Latinoamérica³. En materia de dogmática penal, aún se conservan algunos de los discípulos de la por mí denominada “Escuela de Henry Issa” en la Facultad de Derecho de la Universidad

² *Tampoco lo son entre el derecho penal argentino y el español. Para ampliar sobre el tema pueden consultarse a manera de ejemplo mi trabajo „Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), España, núm. 3, 2000- p. 139-154. Dicho artículo es un resumen de la versión alemana de "Die deutsche Strafrechtswissenschaft im 20. Jahrhundert, Teil II: Gibt es Fortschritt in der Strafrechtsdogmatik? Wie, wodurch, mit welcher Wirkung?" (La ciencia jurídica alemana en el Siglo XX, parte II. ¿Hay progreso en la dogmática penal?, Cómo, a través de qué, con qué efectos?). Dicho Seminario fue impartido por el Prof. Dr. Dres. h.c. Albin Eser, MCI. En el mismo me correspondió investigar y presentar el trabajo denominado "Ausstrahlung der deutschen Strafrechtswissenschaft auf die lateinamerikanische (Costa Rica, Argentinien) und spanische Strafrechtswissenschaft", (Influencia de la ciencia jurídica alemana sobre la latinoamericana - Costa Rica, Argentina -, y la ciencia jurídico-penal española, Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, SS-1999.*

³ *Más claro lo fue en el pasado incluso, cuando en los años 70 del siglo anterior, nuestro Código de Procedimientos Penales era una copia del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Córdoba en Argentina. Así como otras influencias significativas en materia impugnativa con Fernando de la Rúa en Casación Penal, en su caso también, la influencia en materia dogmática que por décadas ejerció Sebastián Soler con su tratado y más recientemente Eugenio Raúl Zaffaroni, con su Tratado y Manual, sólo por citar algunos casos. Estos últimos considerados prácticamente como textos sagrados –cuasi bíblicos- por Henry Issa y sus discípulos. Un ejemplo mixto de influencia lo es el caso de Enrique Bacigalupo, frecuentemente seguido y citado tanto a nivel jurisprudencial como académico.*

de Costa Rica. En materia penal, la reforma del año 70 igualmente se inspiró en el Código Penal Tipo para Latinoamérica, de influencia igualmente germano-argentina.

Con base en lo dicho, recurrir a un texto argentino para este comentario, no solo es válido, sino que el texto que invoco, dentro de los que he investigado, en mi criterio, logra exponer de forma resumida, los principales aspectos de la discusión y da pie, para mis propósitos manifiestos. Por otra parte, pretendo con ello, enriquecer la discusión a nivel nacional, con una temática novedosa y podría decir, prácticamente desconocida.

CRÍTICA DE ALGUNAS DE LAS IDEAS FUNDAMENTALES DE LA CONCEPCIÓN DE ZAIKOSKI⁴

Presento a continuación 10 tesis expuestas en el texto bajo estudio -las cuales no están así expuestas en el documento original-, pero que he seleccionado y ordenado en la forma que sigue en procura de un manejo adecuado de mi exposición⁵:

⁴ *Con el propósito de hacer más claros mis planteamientos, he seleccionado -no necesariamente en la misma forma expuesta en el texto original-, algunos de los aspectos medulares de la exposición de la autora, no he conservado ni las soluciones de continuidad ni las referencias citadas, para lo cual remito al texto original a los interesados. Me he concentrado en la crítica básicamente. Para una clara diferenciación entre los textos citados del trabajo en cuestión y mis críticas, he resaltado en letra itálica - no presente en el texto original-, los párrafos extractados. Una última aclaración al respecto, es que las publicaciones en la revista Derecho Penal Online NO contienen una separación en páginas por lo que no resulta posible indicar en concreto el lugar exacto de ubicación de cada cita.*

⁵ *Es importante señalar, que la selección de estas tesis, responde al impacto que ellas produjeron en mí al momento de leer el texto bajo estudio, otra perspectiva del lector, podría llamar la atención sobre aspectos diferentes y la discusión de los mismos, ello escapa a este análisis, no por falta de interés, sino por falta de espacio, sin embargo, recomiendo una lectura del texto en cuestión, el cual no es extenso y lo considero muy interesante y bien formulado por su autora.*

Tesis uno:“(...) los autores hacen un esfuerzo por alcanzar una unidad teórica que favorezca las interpretaciones críticas de la ley penal con la necesidad de preservar respecto de la teoría de género y del feminismo su sesgo antidiscriminatorio por excelencia. Esto por supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí”.

A simple vista, la tesis expuesta, pareciera ser inofensiva desde una perspectiva lógico-formal. Si se repara en ella, saltan a la vista varios de sus problemas.

La autora sin indicarnos cómo llega a una conclusión como la expuesta, recurre a una falacia del todo⁶ al indicar: “(...) los autores hacen un esfuerzo por alcanzar (...)”. Surge la pregunta, ¿cuáles autores?, ¿serán unos, varios, todos? De inmediato me pregunto, ¿cómo lo sabe?, ¿cuál es su evidencia?

Cuando se presenta una idea, de la forma expuesta, es decir, cuando sin mayores reparos se hace una generalización total en torno a una concepción, llegamos a crearnos una falsa idea de aceptación de las premisas básicas expuestas como verdades absolutas.

Lo cierto es que ni todos los autores hacen un esfuerzo en la misma línea, ni tampoco resulta posible para ningún investigador abarcar en su trabajo, a todos los autores en todas las latitudes, idiomas ni tiene acceso a todas las publicaciones.

Lo que resulta válido eso sí, es evidenciar que una cantidad importante, ilustrando con ejemplos de autores, procura una determinada línea de exposición, sigue una corriente específica en procura de cierta unidad discursiva, eso sí,

⁶ Esta expresión fue acuñada por el escritor español Fernando Savater en su obra *Panfleto contra el Todo*, Alianza Editorial, Madrid, España 1995, en especial el capítulo 3, p. 63 y ss. Visto en: Salas Solís, M., *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, *Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, Editorial Isolma, San José, Costa Rica, 2012.

citando y dando evidencia concreta que permita corroborar esta afirmación. Cosa que se echa de menos en el discurso bajo análisis.

Ha de reconocerse eso sí, que la misma autora, acto seguido expresa: “(...) *esto por supuesto, no siempre es posible, llegándose a encontrar contradicciones y aportes muy tensos entre sí*”; Entonces, su primera tesis lleva implícita en sí misma el germen de su destrucción, es decir su antítesis, esto es, la autora nos lleva en su primera y contundente conclusión, a una triada dialéctica.

“La dialéctica (en el sentido moderno, especialmente en el que da Hegel al término) es una teoría según la cual hay cosas –muy especialmente, el pensamiento humano– que se desarrollan de una manera caracterizada por lo que se llama triada dialéctica: tesis, antítesis y síntesis. Primero se da una idea, teoría o movimiento que puede ser llamada una “tesis”. Esta tesis a menudo provoca oposición, porque, como la mayoría de las cosas de este mundo, probablemente será de valor limitado y tendrá sus puntos débiles. La idea o movimiento opuesto es llamada la “antítesis” porque está dirigida contra la primera, la tesis. La lucha entre la tesis y la antítesis continúa hasta llegar a una solución que, en cierto sentido, va más allá que la tesis y la antítesis, la de reconocer sus respectivos valores, tratar de conservar los méritos de ambas y evitar sus limitaciones. Esta solución, que es el tercer paso, es llamada la “síntesis”. Una vez alcanzada, la síntesis puede convertirse a su vez en el primer paso de una nueva tríada dialéctica, lo cual ocurrirá si la síntesis particular alcanzada es unilateral o presenta cualquier aspecto insatisfactorio. Pues en este caso, surgirá nuevamente la oposición, lo cual significa que se puede considerar la síntesis como una nueva tesis que ha provocado una nueva antítesis. De este modo la tríada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis”.⁷

⁷Así, **Popper, K.**, Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico, *Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972, pp. 376-376.*

Por lo expuesto, está claro que la misma autora, nos señala una serie de conflictos epistemológicos internos a nivel de la perspectiva de género en el derecho, que hacen imposible afirmar una uniformidad discursiva. Así que una primera conclusión de mi parte, es que la perspectiva de género, inmersa dentro de una concepción epistemológica “novedosa” desde un punto de vista histórico, es el resultado “síntesis” de una concepción epistemológica androcéntrica enfrentada con una concepción epistemológica ginocéntrica⁸, que es su opuesto, que como tal, se encuentra en un proceso de tríada dialéctica frente a un discurso jurídico-formal, poco claro al respecto y en desarrollo.

Tesis dos: “La tensión que se presenta entre la teoría de género y del derecho penal, dificulta la posibilidad de demostrar un discurso homogéneo que pueda tener en cuenta las necesidades de grupos específicos, como lo son las mujeres, y más aún las mujeres que han sido capturadas por las redes del poder punitivo. Por otro lado, favorece la discusión por que requiere de las ciencias el empeño de llevar los razonamientos al extremo, de tal manera que los particularismos de la situación de las mujeres queden debidamente ubicados en la generalidad del discurso jurídico, aunque este cada vez se diversifique y amplíe, no deja por ello, de ser un instrumento poderoso tal como para fijar las relaciones sociales”.

Cómo se aborde el tema del discurso jurídico, tiene que ver, en mi opinión, de cómo se conciba el derecho. Por ejemplo, si compartimos con HABA la

⁸ Este surge a comienzos de los sesenta y su principal exponente es la socióloga Dorothy Smith, quien diseñó una teoría social sobre las experiencias, intereses y valores de las mujeres. Esta sociología feminista intenta comprender cómo las fuerzas socioculturales conforman y oprimen la vida de las mujeres, de modo que este conocimiento transforme las condiciones materiales y simbólicas de las mismas. De esta manera, el género se concibe como una categoría teórico-analítica que estructura tanto la organización y el funcionamiento social como los procesos de (re)construcción del conocimiento. Así, la categoría de género circunscrita en el conocimiento teórico, metodológico e investigativo procura desarticular sus propiedades y atributos “universales”, dado que en éste participan hombres y mujeres incardinados/as ideológicamente. (Duby y Perrot 1993; Montecino y Obach 1999; Matus 2006). Así **Lizana, V.**, Representaciones Sociales sobre Feminidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation, *Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.*

concepción de que el derecho no es otra cosa que una forma de hablar, agregaría yo, que el hablar, no es otra cosa que una forma de expresar el pensamiento. Me adelanto a la crítica, que no estamos aquí frente a lo que VAZ FERREIRA señala como una simple cuestión de palabritas, o WITTGENSTEIN identifica como juegos del lenguaje, sino que a como yo lo veo estamos más bien frente a lo que LLEWELLYN o FRANKL conciben como la diferencia entre la *Law in action* o *law in books* (la ley en cuanto texto y la ley en la práctica).

Como autor de este trabajo, sostengo la tesis de que el derecho y en concreto el derecho penal como tal, no es una ciencia -en el sentido lato de las ciencias exactas- sino más bien una disciplina social. Para tales efectos, se entiende que el estudio del derecho como fenómeno social, se encuentra muy alejado de las ciencias exactas y desde el punto de vista metodológico, no aplica un método científico que permita sostener que los resultados obtenidos son verificables y/o comprobables. Más aun, es claro que el derecho, sus postulados y sus conclusiones e incluso su aplicación práctica, son producto más de la especulación teórica, que de un proceso de elaboración de carácter científico en sentido estricto. Es claro que algunos abordajes del fenómeno jurídico vgr. como los estudios criminalísticos, los abordajes del fenómeno criminógeno desde el punto de vista estadístico, e incluso algunos de los abordajes del delito como fenómeno social desde el punto de vista de la política criminal, echan mano al uso de ciertos saberes científicos para sus desarrollos, lo cierto es que el derecho, es más un fenómeno político y el delito como tal, producto de dicho fenómeno, no puede tener otra entidad –desde el punto de vista ontológico-, que el de su origen, es decir, el delito lo entiendo como una manifestación del poder político de un Estado y en ese carácter, existe y cobra vigencia, más no por ello, su estudio y los desarrollos teóricos y prácticos que de eso se deriven, podrán ser considerados como científicos, independientemente de la concepción epistemológica que se siga⁹.

⁹ Para ampliar sobre el tema puede consultarse **Salazar, A.**, Poder Político y fenómenos de criminalización, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.

Con base en lo dicho, no acepto como válido que se hable de una tensión entre el género y el derecho penal, más bien, concibo que estamos frente a un problema de pragmática lingüística (desde la perspectiva semiótica), esto es; el problema, es que expresamos nuestro pensamiento a través del lenguaje, qué sentido práctico -pragmática del lenguaje- le damos a las palabras, depende de cómo comprendamos –o queramos comprender- a nivel intersubjetivo el sentido de las mismas. Así pues, si el derecho y en particular el derecho penal, a nivel discursivo, no realiza una distinción clara con respecto al género y por tanto, no hayamos categorías jurídicas adecuadas a esta percepción, esto no obedece a un problema del derecho en sí, sino que nos enfrentamos a un problema en nuestros esquemas de pensamiento, es allí y no en el derecho donde debemos buscar la solución, por ello concluyo, que como señalaban nuestros abuelos, mientras nuestro punto de vista se enfoque en el derecho en cuanto tal, no solucionaremos el problema, debemos enfocarnos en nuestros esquemas mentales, el frío no está en la cobijas.

Tesis tres: “El orden social (masculino), así dado está tan naturalizado que no requiere legitimación. Nadie se pregunta por qué esto es así, se supone que está en el orden de las cosas. A tal efecto la dominación masculina se extiende por sobre las mujeres a tal punto que opera como el reflejo mediante el cual el dominado se mira”

Pareciera que la autora nos lleva aquí por un camino que WILLIAM I. THOMAS (teorema de Thomas) había señalado ya hace mucho tiempo y harto conocido en sociología, a saber, de que si las personas definen situaciones como reales, estas son reales en sus consecuencias.

Aquí se parte de que existe un orden social masculino -pareciera generalizado, absoluto e incuestionado, además presente en todas partes-, así sin más, si se acepta como tal la existencia de ese citado orden, ergo, nadie (de nuevo una falacia totalizante) se pregunta si esto es así. Exponiendo esto, se niega la autora a sí misma, porque ella es un contraejemplo de que su tesis no es

cierta, como contraejemplos son todos aquellos trabajos en esa misma línea de pensamiento.

El punto en cuestión, es que por lo que he podido apreciar, no es cierto que exista un orden social masculino que no requiera legitimación. En la actualidad, no sólo en Europa, sino en América y otras latitudes, existen una cantidad importante de ejemplos de movimientos que han reivindicado a la mujer y han conformado una perspectiva de género consolidada a nivel de instrumentos internacionales, organizaciones mundiales y se han generado grandísimos cambios en el plano jurídico, institucional, organizativo, ha existido participación femenina activa en distintos órdenes de la sociedad moderna general.

Incluso, mi percepción, es que el orden social masculino está seriamente cuestionado y hoy, ante el menor asomo de reivindicación de este tipo de concepciones, se levantan de inmediato las luchas de grupos que no aceptan para nada la invisibilización de la mujer. Grupos que dicho sea de paso, no se encuentran integrados exclusivamente por mujeres sino que cuentan en sus filas con muchos hombres preclaros y de mentes abiertas, de esto dan cuenta los medios de comunicación colectiva a diario.

Otra cosa eso sí, sucede en el plano del derecho penal. Ya en la introducción de estas notas, hice mención a mis estudios, que datan desde hace 22 años y la vergüenza y alarma que me ha causado el hecho de tomar conciencia recién, de que la perspectiva de género no ha sido permeada en la construcción del fenómeno delictivo. Creo con sinceridad, que no estamos aquí frente a lo que BERGER señala como mala fe, es decir, hacer creer que se ha tenido que actuar de esa manera, cuando lo cierto es que se ha tenido opción de hacerlo de una manera distinta.

Mi opinión al respecto es bien diferente, creo que muchos de quienes nos hemos formado en la disciplina jurídica, no hemos abierto los ojos a que en la construcción del fenómeno delictivo, es decir, en los procesos de creación y

aplicación del derecho penal, se encuentra presente ese orden social masculino muy inmerso, al cual no se le ha prestado la debida atención, como digo, no por mala fe, sino por ignorancia. Al menos eso es lo que de momento, como conjetura (POPPER) lanzo en estas líneas, pues me resulta muy difícil creer, que pueda haber existido una especie de conspiración intelectual mundial, que haya permitido a los distintos autores, de una manera coordinada y sistemática, simplemente desconocer, ocultar un tema y que éste pueda haber permanecido oculto por tanto tiempo sin que se me haya revelado antes.

Tesis cuatro: “Los dominados aplican a las relaciones de dominación unas categorías construidas desde el punto de vista de los dominadores, haciéndolas parecer como naturales. Según Bourdieu (...) no es que “las estructuras de dominación sean ahistóricas, sino que son el trabajo continuado (histórico por tanto) de reproducción al que contribuyen unos agentes singulares (entre los que están los hombres, con armas como la violencia física y simbólica) y unas instituciones: la Familia, Iglesia, Escuela y Estado” (...) La ciencia se podría agregar como uno de los tantos mecanismos de dominación, que también ha hecho suyas características que luego atribuye a los varones, a las instituciones, a algunos grupos por sobre otros (varones sobre mujeres, blancos sobre negros, adultos sobre niños), a algunos países por sobre otros (desarrollados sobre subdesarrollados; coloniales sobre colonizados)”

Es claro que el análisis de la autora se ajusta en un todo, al concepto de las estructuras de dominación y la dinámica dominador vs dominado tal y como se ha concebido históricamente. Incluso, en materia jurídico-penal, se ha denominado a este tipo de relación como una espiral de violencia para explicar desde el punto de vista psicológico las relaciones de dominación en el ámbito de los delitos de pareja como el uxoricidio principalmente.

Ahora bien, lo que no nos dice la autora concretamente, es ¿cómo juegan estas situaciones relación alguna con respecto a la conformación del fenómeno jurídico penal en particular? Digo esto, porque por ninguna parte se nos explica,

¿cuál es la teoría criminológica que maneja la perspectiva de género o cómo se entiende dentro de la perspectiva de género que se produce el fenómeno delincuencial?

No he encontrado una visión particular de la creación del fenómeno delictivo que pueda ser atribuida a la perspectiva de género como tal. Es decir, se plantea una crítica abierta y frontal al fenómeno jurídico general. No obstante, el delito como entidad responde a ciertas reglas y valores muy particulares, y en torno a esas características a lo que se recurre es a generalizaciones relativas al derecho como un todo, más no en relación con el derecho penal en concreto.

Traigo aquí, solo a manera de ejemplo, mi crítica en torno a la relación señalada constantemente en criminología sobre el delito y la marginalidad social. El presente trabajo parte de una idea que ha sido expuesta por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹⁰, a saber: que “la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales” y por lo tanto, que la relación entre criminalidad y marginalidad social “no es absolutamente directa”. Sin embargo, teniendo claro lo dicho, la hipótesis central de esta investigación es que al ser el derecho como tal una manifestación de poder del Estado y el delito una definición estrictamente normativa -producto de esa manifestación-, en la definición de las conductas delictivas, existen ciertos factores meta jurídicos (en lenguaje de Kelsen) que determinan no solo el contenido de los tipos penales, sino que, al mismo tiempo, la interpretación que de ellos se haga y por tanto su aplicación práctica.

Tesis cinco: *“Toda la vida social está enmarcada en diferencias organizadas de a pares: blanco-negro, fuerte-débil, afuera-adentro, público-privado, hombre-mujer, que se corresponden exactamente con las características atribuidas a cada*

¹⁰ *Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni palabras de cierre del Primer Congreso Comunicación/Ciencias Sociales desde América Latina: “Tensiones y Disputas en la Producción de Conocimiento para la Transformación” (Comcis), que se desarrolló en la Facultad de Periodismo de la Universidad de Buenos Aires.*

sexo. Además de estar establecidas estas categorías binarias (se tiene una de las dos nunca las dos), las mismas se encuentran jerarquizadas”

Señala BERGER¹¹ que puede decirse que la máxima principal de la sociología es esta: “las cosas no son lo que parecen”. Esta afirmación también es engañosamente simple. La realidad social pasa a tener muchos estratos de significado. El descubrimiento de cada nuevo estrato cambia la percepción del conjunto. Por lo que, venir a afirmar que toda la vida social -de nuevo una falacia del todo-, está estructurada mediante un esquema binario y que esto nos basta para comprender una realidad tan compleja, es un simplismo, científicamente imperdonable.

La sociedad en última instancia, es la conformación de las relaciones intersubjetivas de los seres que la conforman. Las estructuras de esas relaciones y la complejidad de las mismas, desde luego van a depender de esos mismos sujetos. Basta con echar un vistazo a la psicología y sus estudios, para darse cuenta de que el ser humano no tiene una estructura binaria tan simple como la propuesta y con solo conocer los más mínimos textos de sociología, podríamos tener un panorama amplio lo complejo que resulta el entendimiento de la sociedad y los individuos, como para largarse a la simpleza de afirmar que todo se puede comprender bajo un código binario jerarquizado.

Concebir la sociedad en la forma que lo hace la autora, para señalar que esa estructura binaria jerarquizada corresponde exactamente a las características atribuidas a cada sexo, simplemente es una conclusión que desde mi punto de vista, no solo es vaga e imprecisa, sino que además requeriría de una explicación de qué es lo que entiende la autora por esto.

Como corolario puedo afirmar, que este tipo de afirmaciones son las que permiten a los detractores de la perspectiva de género presentar críticas serias a

¹¹**Berger, P.**, Introducción a la Sociología, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967, p.40.

lo que denomino para tales efectos como un *reduccionismo sexista*, esto es, pretender explicar toda clase de fenómenos desde una perspectiva sexista pura y simplemente.

Tesis seis: *“Las reglas de producción del discurso jurídico son reglas de atribución de la palabra, que individualizan a quienes están en condiciones de decir el derecho. Si el derecho estaba del lado de los hombres, y se le atribuía o se autoatribuía la parte correspondiente (jerárquica) de los dualismos, es lógico que por mucho tiempo, no viera en otros sujetos, sujetos de derecho. Si el derecho estaba dentro de lo público, era lógico que en tanto saber, generara poder sólo en el ámbito exclusivo de los hombres; y como discurso social trabajara en el reforzamiento de los mitos y las creencias de objetividad, racionalidad y abstracción, de unicidad del orden jurídico”*

Para el análisis de esta tesis, echo mano de mi trabajo *“El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin”*, publicado el (09 del 05 de 2012), en Revista electrónica Derecho Penal Online¹², mismo que permite ubicar precisamente mi punto de vista.

En 1940, BENJAMIN escribe sus tesis sobre el concepto de historia, que contienen reflexiones fundamentales sobre el tiempo histórico y las tareas del materialismo histórico. Benjamín critica en este escrito los conceptos de historia fáctica, tiempo lineal y progreso en los que se basa el historicismo de los vencedores, y le contrapone el objetivo de la memoria de los vencidos, su concepto de *Jetztzeit* (“tiempo-ahora¹³”) y de la “verdadera imagen del pasado” que pasa

¹²Salazar, A., El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamin (09 del 05 de 2012), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en

<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,774,0,0,1,0>

¹³ En Benjamin el “tiempo ahora” es ese punto de significación que tiene el pasado y que no ha sido amortizado todavía y que está vivo de alguna manera. Esto es el aspecto más original y más discutible de

velozmente. Al ser el último texto que redacta, este escrito ha quedado como legado intelectual de Benjamín. Aquí aparece también la figura clave en la que se plasma la idea de Benjamín de historia y memoria: el Ángel de la Historia que Benjamín ve en el “Angelus Novus” de Paul Klee¹⁴.

De las tesis de Walter Benjamín, me interesan para efectos del presente trabajo tres:

(VIII)

La historia vista desde los oprimidos muestra que la barbarie no es excepcional, sino la regla de la historia dominante. Esta cuestión interpretativa es crucial. Hechos como el fascismo no son un “estado de excepción” dentro de una totalidad racional, sino su confirmación.

Desde luego, sin entrar en consideraciones de tipo epistemológico y más – conjetura de mi parte¹⁵ -, de manera instintiva que reflexiva, a menudo vemos cómo los procesos de definición de las conductas delictivas “alcanzan” a ciertos sectores sociales que son “clientela del sistema penal”. De la misma manera por oposición, ese mismo proceso, deja por fuera =excluye= a otros sectores de la población, mi tesis sin embargo; =considero que es lo rescatable=, es que como esto siempre sucede de la misma manera, nos parece normal y por lo tanto, no percibimos =o no nos interesa percibir=, la sutileza del proceso definitorio de segregación social que ello implica. Se ha señalado en otro momento que la

Benjamin, porque se entiende qué quiere decir cuando dice que el pasado nos asalta, pero para eso hay que dar el pasado un carácter casi mágico, como si tuviera vida propia, estuviera por encima de nosotros. Así Forero, A./Rivera, I./Silveira, H., Filosofía del mal y memoria, Antropos, Barcelona, España, 2012, p. 83.

¹⁴Así, **Pinilla, R./Rabe, A.**, Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin(27 del 12 de 2001), *Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica*, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.PINILLA/RABE,

¹⁵En lenguaje popperiano. Al respecto puede consultarse in toto POPPER, *óp. cit.*, n. p. [7].

perspectiva desde la que se aprecia el fenómeno delincencial difiere de manera significativa, dependiendo del punto de vista de quien lo mire¹⁶.

La verdadera pregunta es ¿cómo serían las categorías de delito, delincuente, proceso y víctima, por citar algunas; si en lugar de ser definidas por las clases detentadoras del poder político, fueran estas definidas por quienes mejor las conocen -para quienes se diseñan en última instancia-, y no por quienes las construyen desde la cosmovisión de los “opresores” según la concepción de Benjamín?¹⁷.

(IX)

La tesis del Angelus novus representa la concepción ilustrada de progreso, denunciando su irracionalidad.

Es la tesis más conocida de la obra (la novena) es probablemente aquella en que Benjamín realiza una interpretación alegórica del cuadro de Klee ‘*Angelus Novus*’, comparando el progreso con una acumulación continua de desperdicios y ruinas, “*con una catástrofe ininterrumpida que el ángel de la historia, arrastrado por la tormenta, con las alas desplegadas, impotente e invadido por el horror, ve crecer ante sí. Lo que, equivocadamente había sido considerado como una marcha triunfal de la humanidad hacia el progreso, en*

¹⁶ Señala HULSMAN: “Las ciencias criminales han puesto en evidencia la relatividad del concepto de infracción, el cual varía en el tiempo y en el espacio, de modo que lo “delictivo” en un contexto se considera aceptable en otro. Según que uno haya nacido en tal lugar y no en otro, o en tal época y no en otra, se es o no merecedor de encarcelamiento por lo que uno hace o es”. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52)Cfr. SALAZAR, óp., cit., n. p. [9]

¹⁷ Al respecto y con relación al derecho internacional público existe un interesantísimo texto de **Zolo, D.**, La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad, Ediciones Trotta, 2006. , el cual recomiendo como una lectura para ampliar los conceptos aquí expuestos.

*realidad no era sino la marcha triunfal de los vencedores hacia el fascismo y hacia la guerra*¹⁸.

Señalan PINILLA/RABE 19 ...el Angelus Novus, el “Ángel de la Historia” en las Tesis sobre el concepto de Historia, que dirige su mirada al pasado presenciando espantado la acumulación de escombros que va dejando la historia. En el marco de este planteamiento, GONZÁLEZ GARCÍA diferenció dos maneras opuestas en las que se puede presentar la Fortuna en el siglo XX. Como muestra la imagen (de 1907) de la cubierta del libro de González García, puede haber una buena Fortuna, representada con la palma de la victoria (la figura en primer plano de la cubierta), y una mala Fortuna, una Fortuna derrotada (la figura que aparece al fondo de la cubierta sosteniendo un neumático roto en la mano.) El conferenciante resaltó también la transformación que se produjo en Prusia con respecto a la figura de la Niké, diosa de la Victoria, que va a adoptar los atributos del ángel cristiano. En el siglo XVIII empiezan a aparecer en Prusia ángeles en el espacio público donde asumen una función político-religiosa. En Berlín nacerán en plazas, palacios, puentes y fachadas de casas incontables ángeles, muchos de ellos vinculados a la idea de la victoria, que marca la ideología política y militar prusiano-alemana del siglo XIX. Como afirmó González García, Benjamín tuvo que convivir con todos estos ángeles urbanos en su ciudad natal. Aunque Benjamín no hizo nunca referencia, según González García, a la Fortuna, sí habló de un ángel que se encontraba en aquel entonces en un lugar destacado de la capital alemana y que representaba de manera muy clara la ideología de los Hohenzoller: se trata del Ángel de la Victoria (en *Infancia en Berlín hacia 1900*). El Ángel de la Victoria de los escritos de *Infancia* y el Ángel de la Historia de las *Tesis de Historia*, muestran, para González García, dos formas opuestas de tratar la historia. Mientras el primero representa la historia tal y como la escriben los vencedores, el segundo se hace cargo de la historia y memoria de los vencidos.

¹⁸ Así **Traverso, E.**, Walter Benjamín y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas, *Impreacor*, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33.

¹⁹ Resumiendo la conferencia de JOSÉ MARÍA GÓNZÁLEZ GARCÍA, ver Pinilla, R./Rabe, A., *óp. cit.*, n. p. [14], pp.294-295.

Empleando esta categoría del “progreso”, si nos remontamos a los tiempos de la ilustración cuya figura sobresaliente resulta la de Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, y su famosa obra *De los delitos y de las penas*²⁰ y confrontamos el discurso de la “moderna” teoría del delito, pronto caeríamos en cuenta, que no hemos avanzado tanto como creemos en el estudio de la cuestión criminal, tal y como se expone al plantear el problema en este mismo texto.

(X)

Esta tesis es derivada de la anterior. Denuncia cómo la concepción ilustrada de progreso reaparece también en la izquierda: “La fe ciega de estos políticos en el progreso, la confianza en su ‘base de masas’ y, por último, su servil inserción en un aparato incontrolable no han sido más que tres aspectos de la misma cosa”. El pensamiento se hace cómplice de la concepción de la historia que sirve a la clase dominante. Esta idea se conecta con la de “peligro”: el de servir a dicha clase.

El punto medular desde mi perspectiva que debe de ser considerado en este momento, es el del poder político.

Al hablar del poder político necesariamente se debe advertir que cualquier definición que se ensaye acerca del concepto, debe de considerar el doble componente o tándem que implica, en primer lugar el concepto de poder y en segundo lugar, ese concepto asociado a un fenómeno más complejo, que es el concepto de política.

Cuando hablamos de poder, no me refiero aquí al poder otorgado, al formal, al legítimamente recibido por vías institucionales, este tipo de poder, por

²⁰Crf. **Bombini, G.**, Breve recapitulación epistemológica en torno a la “cuestión criminal” (s. f.), *Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, en* <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>. Además, ver por todos **Beccaria, C.**, *De los delitos y de las penas*, Ediciones Orbis, S.A., Buenos Aires, 1984, **Llobet Rodríguez, J.**, *Garantías y Sistema Penal, Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, 1999 y Cesare Beccaria y el derecho penal de hoy, 2ª ed., Editorial Jurídica Continental, San José, 2005.

denominarlo de una forma, poder “derivado” no ofrece mayores problemas ni se presenta como interesante para efectos de este enfoque.

El poder al que me refiero y que guarda íntima vinculación con el proceso de criminalización²¹, es precisamente el otro poder, “el oculto” el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales. Este poder y su ejercicio encierran misterios y relaciones, no siempre fáciles de detectar y que a la postre, ni su origen ni su dimensión, resultan de fácil descubrimiento.

De que el poder existe, creo que nadie duda, me refiero al poder “oculto”, de dónde viene y hasta dónde puede ser ejercido, esa es otra historia, ¿quién lo ostenta?, posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta aunque probablemente en toda sociedad se identifican con meridiana claridad algunos de sus detentadores, pero que una cantidad importante de individuos tienen consciencia de que se ejerce y de qué manera, tampoco tengo duda²².

Precisamente, es en este punto y vistas las tres categorías anteriores esbozadas por Benjamín, que nos acercamos a la tesis central de esta exposición, la categoría de “la memoria”, como instrumento para “espabilar” nuestras mentes adormecidas y “advertir” los intrincados caminos que el poder político, sobre todo

²¹ Para el profesor Kaiser, Günther, *la Criminología es el conjunto ordenado de saberes empíricos sobre el delito, el delincuente, el comportamiento socialmente negativo, y sobre los controles de esta conducta(...) a ella hay que agregar lo concerniente a la “víctima, y a la prevención del delito”, este autor postula la existencia de una concepción restringida de esta ciencia, y otra amplia; la primera sería la tradicional, que se limita a la investigación empírica del delito y la personalidad del autor; y la segunda por el contrario, incluye el análisis del conocimiento científico experimental sobre los cambios del concepto de delito (criminalización), y sobre la lucha contra éste, los controles de la conducta desviada, así como los mecanismos de control policiales y judiciales(...) en consecuencia, el objeto de la Criminología abarcaría, el estudio de la creación de las leyes penales, sus infracciones y las reacciones sociales importantes”.* Así **Gómez, A.**, Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología, *Revista Brasileira de Ciências Criminais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212, p. 204.*

²² Para consultar in extenso acerca de este tema, ver SALAZAR, óp., cit., n. p. [9].

“el oculto” recorre en los procesos de criminalización y así aprender de nuestra propia experiencia.

Ahora bien, visto el planteamiento anterior, cabe entonces la pregunta de si ¿será o no cierto que en toda la construcción del fenómeno jurídico y en particular del fenómeno jurídico penal, la perspectiva de género y política operan en un mismo nivel? Estos es, ¿la construcción social del fenómeno delictivo se comporta de la misma manera frente al fenómeno político que frente al denominado orden social masculino?

No pretendo dar respuesta a estas interrogantes básicamente por falta de datos empíricos que permitan afirmar o rechazar uno u otro punto de vista, dejo eso sí, abierta la discusión al respecto, pues me parece que en la respuesta a esta interrogante se encuentra la respuesta a muchos de los planteamientos de la perspectiva de género.

Tesis siete: *“El derecho pensó en un sujeto capaz, autónomo, libre, el derecho constituye e instala al sujeto delante del otro. Por un lado existe un sujeto ideal... y por otro se le hacen interpelaciones bien concretas, al hombre/mujer; al adulto/al menor; al capaz/incapaz, al que está dentro o fuera o en contra de la ley. Por último, quien no es interpelado o reconocido por el derecho, no es ciudadano aún. Piénsese en las implicancias que esto tiene para la teoría de la democracia. El discurso jurídico moderno se constituyó bajo el paradigma de la libertad, la igualdad y la fraternidad entre los hombres varones y bajo apariencias de racionalidad y objetividad construyó discriminaciones (hacia otros sujetos: mujeres, niños, negros, pobres) y reforzó valores que eran (o son) caros a los hombres (honor, valentía, honra, posición económica, status político de ciudadano) negados a otros sujetos a quienes interpelaba diferentemente estallando, entonces, el propio supuesto de unidad del derecho”*

Esta es quizás la tesis que me resulta más fácilmente digerir de las planteadas. Ya expuse en la introducción que la ignorancia de un tema, una

concepción, un determinado punto de vista, en lenguaje feminista; la invisibilización con respecto a un determinado punto de vista “oficial”, lleva a quien la sufre a una pérdida absoluta de identidad.

Lo que no vemos, lo que no conocemos, lo que ignoramos, ese *im Schatten da sein*, a lo que lleva precisamente es a no tomar en consideración las grandes diferencias existentes entre los distintos sujetos, la diferente entidad entre hombres y mujeres.

Soy de la opinión que el problema de no considerar la perspectiva de género en los ejercicios dogmático-penales, obedece precisamente a esta condición. Independientemente de que se haga o no una correcta valoración de las diferencias en ambos sexos, no sólo de cara a los procesos de definición de conductas delictivas [fenómenos de criminalización], más grave que ello resulta el hecho, de desconocer por completo esas diferencias en el proceso de definición.

Por otra parte, claro está en la sociología criminológica, la criminología clásica, la nueva criminología incluso en la dogmática jurídico-penal, así como en la victimología y los nuevos desarrollos en penología y derecho penitenciario, que existe un marcado desprecio por el correcto tratamiento y desarrollo de teorías sobre la ejecución penal, los fines de la pena, el encierro como tal, penas alternativas a la prisión, en fin, todo lo relacionado con la pena. Se privilegia el estudio y tratamiento de la definición delictiva, la creación de conductas delictivas y su juzgamiento, pero lo referente a la ejecución y la traumática experiencia humana del encierro, es vista de reojo e incluso, despreciada. Me refiero aquí a la ejecución penal en general.

Ahora bien, si esto sucede (de una forma muy clara en nuestro medio), con respecto al derecho penal en general, y ya sabemos que poco o casi nada se ha considerado la perspectiva de género ¿cómo se encuentra esta perspectiva en relación con las grandes diferencias existentes entre hombres y mujeres, si se ha

ignorado prácticamente de una forma sistemática, allí donde se le ha puesto si acaso algo de atención al tema en general?

Tesis ocho: *“El derecho tuvo (o tiene) una visión esencialista respecto de las mujeres, es decir, les atribuyó sin más determinados características en virtud de las cuales les otorgó o negó derechos. Por qué las mujeres eran (o son) así; se las debía (o debe) tratar así”*

Esta no es una concepción excluyente de una visión androcéntrica del derecho.

Desde el punto de vista criminológico²³, a partir de las concepciones epistemológicas del positivismo clásico italiano²⁴, desde Lombroso y sus seguidores²⁵, se ha procurado el abordaje del delito como una realidad con causas determinables y por tanto, objeto de estudio²⁶.

²³ En cuanto a la relación de la criminología con el derecho penal señala LARRAURI PIJOÁN (1999): *“En mi opinión, a pesar de las disputas, el Derecho penal mantiene con la criminología una relación privilegiada. La disciplina de la criminología normalmente estudiará los comportamientos criminalizados, los procesos históricos y contemporáneos de criminalización, las personas que están involucradas en el sistema penal y las instituciones penales. Entiendo que la intervención de los juristas es positiva; sirve, cuando menos, para mantener alerta la sensibilidad de que el sistema penal trata de castigos, por lo que es necesario extremar las cautelas antes y durante su imposición. Pero también parece cierto que el penalista desconoce en numerosas ocasiones qué tipo de efectos tienen las normas y qué tipo de respuesta puede producir unos efectos menos perjudiciales en el ámbito social e individual”*. Visto en *ibíd.*, p. 12.

²⁴ *“La criminología contemporánea, desde los años treinta en adelante, se caracteriza por la tendencia a superar las teorías patológicas de la criminalidad, es decir aquellas que se basan en las características biológicas y psicológicas que diferenciarían a los sujetos “criminales” de los individuos “normales” y en la negación del libre arbitrio mediante un rígido determinismo. Estas teorías eran propias de la criminología positivista que, inspirada en la filosofía y en la psicología del positivismo naturalista, predominó entre los fines del siglo pasado comienzos del presente. Así BARATTA (1986:21). Se refería el autor los siglos XIX y XX.*

²⁵ El texto de Lombroso *L'uomo delinquente* se publica por primera vez en el año 1876 y entre sus principales seguidores de encuentran Enrico Ferri y Raffaele Garofalo. Visto en *ibíd.*

²⁶ Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994): *“Las ciencias biológicas, por de pronto, han desvirtuado el dogma clásico de la «equipotencialidad», es decir, la suposición de que todos los seres humanos nacemos con un idéntico potencial o materia prima que nuestra sola libertad es capaz de moldear y desarrollar en el futuro. Cada código genético sella los rasgos diferenciales e irrepetibles de cada individuo. Todos nacemos desiguales, distintos, conociendo la ciencia llamativos sucesos de rebelión contra la propia identidad y mutaciones genéticas que pudieran representar un auténtico desafío a las reglas de la lógica. No nacemos,*

Ese paradigma etiológico ha producido desde entonces, diversos intentos por explicar el origen del delito²⁷ y por consiguiente, el de la conducta delictiva, más como un fenómeno causal que como una realidad en sí misma, desvinculada por completo de una causalidad; con ello se ha tratado de ubicar conceptualmente el origen del delito y que éste sea capaz de dotar de sentido su naturaleza²⁸ y entidad y por tanto, que permita abordar el conflicto, desde el punto de vista profiláctico, procurando con ello la evitabilidad de la conducta y por tanto una menor incidencia. Señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA:

pues, con un repertorio innato de respuestas (a excepción de los instintos primarios), sino que adquirimos éstas, las aprendemos a través de la experiencia.

*Pero tampoco es de recibo el principio de «diversidad» del delincuente que esgrimió el positivismo criminológico (el delincuente sería, desde un punto de vista cualitativo, distinto del no delincuente, residiendo en dicho factor diferencial la explicación última del comportamiento delictivo). En efecto, la supuesta diversidad del delincuente no es sino un conocido mecanismo tranquilizador y autojustificador de la sociedad, que prefiere siempre culpabilizar a terceros, para librarse a sí misma de su tanto de culpa, y a ser posible refiriendo los comportamientos contrarios al consenso social a algún tipo de patología individual. Pero nada más. El principio de diversidad parece, más bien, un prejuicio que vicia la necesaria neutralidad del científico, y carece hoy día de todo respaldo empírico. Estadísticamente, no cabe asociar significativamente tasas relevantes de comportamiento desviado a cualquier suerte de patología individual, y son cada vez más los grupos de infractores, que se rebelan contra las normas comunitarias, que responden al prototipo de personas «absolutamente normales»: la delincuencia juvenil, la imprudente, en general (en particular, la relacionada con el tráfico rodado), la criminalidad de funcionarios, empleados públicos y profesionales, la criminalidad económica y de cuello blanco, etc., etc., corroboran este postulado. Es obvio, por otra parte, que no todo factor diferencial tiene, necesariamente, relevancia criminógena; y que, sin duda, es fácil detectar factores diferenciales más significativos entre subgrupos de infractores -esto es, de infractores entre sí- que entre aquéllos y otros grupos de ciudadanos respetuosos de las leyes”. Visto en *ibíd.*, p. 13.*

²⁷ *La existencia del delito no es solo un problema de los individuos sino de la sociedad que tiene un importante peso, ya sea en la formación de valores, ya sea en el mecanismo de las oportunidades que brinda ya que sus instituciones respondan a los fines que por las que fueron creadas. Así MILLÁN ACOSTA/DÍAZ ARNAU (1999:197). Visto en *ibíd.*, p. 14*

²⁸ *Sobre el carácter antinatural de la conducta delictiva señala HULSMAN: “No hay nada en la naturaleza del hecho, en su naturaleza intrínseca, que permita reconocer si se trata o no de un crimen o un delito”, al respecto señala el autor la diferencia existente en el derecho penal francés sobre el crimen y el delito, atribuyendo al primero consecuencias más graves. HULSMAN/BERNAT DE CELIS (1984:52); la misma situación que se presenta en el derecho penal alemán al hablar de Verbrechen y Delikte. Visto en *ibíd.**

“No cabe duda, sin embargo, que la formulación y desarrollo de modelos teóricos explicativos del comportamiento criminal es un objetivo científico de primera magnitud. Que no se puede abordar rigurosamente el problema de la criminalidad sin un conocimiento previo de su génesis y dinámica, ignorando que se trata de un fenómeno muy selectivo, solo desde una concepción mágica y fatalista, despótica o doctrinaria (dogmática), tiene sentido la absurda actitud de desinterés hacia la determinación de las variables de la delincuencia e integración de ésta en los correspondientes modelos teóricos. Refugiarse en cosmovisiones sacras, apelar a la intuición y a la sabiduría popular o ceder a la praxis rutinaria, son estrategias que no aseguran el éxito en el delicado y complejo problema de controlar el crimen. Por otra parte, el propio progreso científico reclama modelos teóricos más sólidos y convincentes, metodológicamente mejor dotados y más operativos desde un punto de vista político-criminal. Ambiguas referencias a la sociedad como explicación última del crimen o a la supuesta diversidad (patológica) del hombre delincuente (al igual que la fórmula de compromiso de F. v. Liszt: predisposición individual/medio ambiente), no son hoy argumentos de recibo”²⁹.

Mas en cambio, al estudio de las relaciones subyacentes de la realidad política y su incidencia en la conceptualización e instrumentalización del delito como mecanismo de control social, no se le ha dedicado tanta importancia, si se analiza en forma comparativa.

Debería, eso sí, hacerse hincapié, en que una corriente criminológica³⁰ y especialmente en la versión latinoamericana, sí ha hecho énfasis en ello, me

²⁹ Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), visto en *ibíd.*, p.16.

³⁰ “La Criminología es una ciencia empírica e interdisciplinaria que se ocupa del delito, el delincuente, la víctima y el control social del comportamiento delictivo; y que trata de suministrar una información válida, asegurada, sobre la génesis y dinámica del problema criminal y sus variables; sobre los programas y estrategias de prevención eficaz del delito; y sobre las técnicas de intervención positiva en el hombre delincuente.

refiero por supuesto a la denominada criminología³¹ crítica. Sin embargo coincido con BARATTA al señalar que “cuando hablamos de criminología crítica, y dentro de este movimiento nada homogéneo de pensamiento criminológico contemporáneo situamos el trabajo que se está haciendo para la construcción de una teoría materialista, es decir económico-política, de la desviación, de los comportamientos socialmente negativos y de la criminalización, un trabajo que tiene en cuenta instrumentos conceptuales e hipótesis elaboradas en el ámbito del marxismo, no sólo estamos conscientes de la relación problemática que subsiste entre criminología y marxismo, sino que consideramos también que semejante elaboración teórica no puede hacerse derivar únicamente, por cierto, de una interpretación de los textos marxianos (por otra parte, bastante fragmentados sobre el argumento), sino que requiere de una vasta obra de observación empírica en la cual ya pueden considerarse válidos datos bastante importantes, muchos de los cuales han sido recogidos y elaborados en contextos teóricos diversos del marxismo”³².

Queda claramente expuesto, que el esencialismo no es entonces un yerro únicamente achacable a una visión del fenómeno jurídico-penal que no integre una perspectiva de género, para nada, durante muchos años y sobre todo durante la vigencia de la concepción epistemológica del denominado positivismo italiano, fue ampliamente utilizado y posteriormente, más avanzado el siglo XX, se empleó en otros modelos políticos como el nacionalsocialismo, las guerras de exterminio

Esta definición provisional de la Criminología permite caracterizar su método (empírico e interdisciplinario); delimitar el objeto de esta joven disciplina científica (delito, delincuente, víctima y control social); y esbozar algunas de sus funciones (explicación y prevención del delito e intervención en el delincuente).

Pero un análisis más detenido de la «aportación de la Criminología» pone de manifiesto la existencia de otras claves, problemáticas y controvertidas, más allá de la en apariencia pacífica polémica academicista.” Así GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1994), visto en ibíd.

³¹*Etimológicamente hablando, la Criminología es la ciencia del crimen, deriva del latín, su primer uso se atribuye al antropólogo francés Topinard (1879), y al jurista italiano Garófalo (1885), según Kaiser citado por GÓMEZ PÉREZ en GÓMEZ, óp., cit., n. p. [21], p. 203.*

³²*Así BARATTA (1986:165), visto en SALAZAR, óp., cit., n. p. [9], p.17.*

de la extinta Yugoslavia, varios conflictos políticos y movimientos genocidas en el continente africano.

Tesis nueve: *“El control social opera en dos dimensiones: persuasivo-educativo (o primario) y represivo (secundario), uno es difuso, intenta la interiorización de las normas y valores dominantes; mientras que el otro es institucionalizado. ¿Cuál de los dos es más fuerte, más significativo respecto de las mujeres?”*

Al respecto se ha formulado una serie de hipótesis que según la autora no han sido confirmadas de modo decisivo, a saber:

1).-Ante la paridad del resto de las variables, las decisiones de los tribunales no establecen diferencias de género;

2).-Las mujeres reciben un “tratamiento preferencial” debido a un gesto caballeresco o paternalista por parte de los tribunales, basado en diversas circunstancias,

3).-Las mujeres reciben un trato más duro que los varones porque sus delitos se perciben como una trasgresión más grave que la de los varones.

La razón de que no resulte fácil la comprobación de estas ideas, tiene que ver con diferentes aspectos: la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres. A las mujeres se las normalizaría (¿con más éxito?) antes que fueran necesarios aplicar los mecanismos de represión”

En este aspecto, resulta para mi absolutamente incomprensible el planteamiento, pues tal y como se exponen las conclusiones, se da por sentado – sin indicar en qué se basan las mismas- una serie de conclusiones numeradas 1, 2 y 3. No obstante, acto seguido se indica, que dichas conclusiones son de difícil

comprobación, es decir, no se tienen por probadas, por lo que más que conclusiones, son una serie de conjeturas sujetas a verificación, presentadas con razonamientos conclusivos en apariencia con un sustento probatorio.

Es decir, no se trata de una serie de razonamientos ilativos que siguen un proceso lógico explicativo, desde un razonamiento básico hasta una conclusión por medio de un procedimiento intersubjetivamente aceptado y verificable, sino, que se trata de meras especulaciones teóricas y como estrategia de inmunización, de inmediato, se anuncia la dificultad probatoria de que adolece, pero se justifica por una supuesta complejidad para alcanzar tal fin.

Véase cómo funciona la estrategia de inmunización (ALBERT) *la selectividad del sistema penal, los bienes jurídicos protegidos, la existencia de otros mecanismos de etiquetamiento para con las mujeres* no se dice nada de ello, no se fundamenta en absoluto, simplemente se afirma sin más. La verdadera pregunta aquí sería ¿qué hay con la selectividad del sistema, cómo funciona, cómo lo sabe, qué efectos prácticos tiene? Los bienes jurídicos ¿qué, a qué se refiere, qué tiene que ver eso con la perspectiva de género, en qué se basa, qué efectos prácticos tendría seleccionarlos o definirlos de una tal manera, etc.? El etiquetamiento para con las mujeres ¿a qué se refiere, al labelling approach o a otra cosa?, ¿en qué consiste, cómo lo sabe, etc.?

Tesis diez:“(...) *la asignación de roles fijos a las mujeres que impiden que ellas construyan su identidad como personas. Dentro de la familia las mujeres tienen un rol tradicionalmente reproductivo, el hogar es el primer ámbito de reclusión, allí se enmarca la vida cotidiana. Confinado lo privado al hogar, este puede convertirse en un espacio de violencia invisibilizada por las normas. A su vez, la sexualidad que gira alrededor de la maternidad, es vista como la situación normal. De allí que se construya la figura de la prostituta, como la contracara de ese modelo de mujer esposa y madre. Si surge algún problema con la esposa o la madre, estos se solucionan por la vía de la medicalización (intervención de siquiatras, médicos, operadores sociales) antes que por la vía represiva, más que*

desviación se trata de una debilidad o una patología..., mientras que con la prostituta se pone en funcionamiento toda una batería de mecanismos de intervención, propios del modelo represivo del control social.

Si cambia el estereotipo social otorgado a la mujer, por ejemplo últimamente cuando se trata de amplificar el rol público de las mujeres, o bien cuando se ponen en la agenda de políticas públicas a la violencia doméstica o sexual, ello redundaría en un mayor control social formal sobre ellas, lo que no siempre equivale a un mayor beneficio..., ya que por un lado no se democratizan las instancias del control informal respecto a la construcción de identidad de las mujeres, y se hacen más brutales las intervenciones del aparato represor del control formal”

Nuevamente debo apuntar aquí, que esta es una conclusión sesgada, subjetivada por la perspectiva de género, pues no resulta tampoco ser exclusiva del fenómeno delincencial en relación con la mujer y su papel en la sociedad.

Definitivamente, esta conclusión es consustancial a todo individuo en la sociedad, que ejerza un determinado rol. Desde luego, si el derecho es un fenómeno social, únicamente interesará y se dirigirá a aquellos miembros de la sociedad que interactúan en las distintas relaciones sociales. En el tanto y en el cuanto, un determinado individuo no se integre como miembro activo de la sociedad, tampoco será abarcado por el derecho en cuanto tal. Por ello, no resulta desde mi óptica, ni cuestionable y asombrosa la conclusión, sino una obviedad que no merece mayores consideraciones. Desde luego, tampoco creo que al respecto, la perspectiva de género logre realizar aporte alguno.

CONCLUSIÓN

Luego de este pequeño análisis es posible afirmar, que en efecto, no cabe duda alguna de que la perspectiva de género debe ser considerada –además de

una manera seria-, dentro de la construcción jurídica en general, desde luego, no puede obviarse de modo alguno, el fenómeno delincencial.

Por otra parte claro está, no debemos caer tampoco en un modismo o quimera, que nos lleve a considerar que con la única consideración de una perspectiva inclusiva, solucionaremos todos los problemas que podrían presentar el tratamiento del delito, el delincuente y el fenómeno delincencial.

Por otra parte, no son ni el machismo ni el feminismo, las perspectivas que nos pueden ayudar a elaborar un discurso jurídico coherente con una visión del derecho que considere ambos sexos en la diversidad, de manera comprensiva de los distintos componentes de la individualidad, que se conjuguen en una verdadera visión del ser humano en la doble dimensión del tándem hombre y mujer, de forma tal que discrimine donde sea necesario discriminar y equipare allí donde se puedan considerar ambos sexos de manera similar por no ser el género un factor de relevancia.

Claro está, que al hablar de un discurso que reúna las características aquí esbozadas estamos haciendo referencia a un discurso que se concentre no solo en las diferencias entre ambos sexos, sino además en los puntos de encuentro. De lo que sí podemos estar seguros, es que como señalé al inicio podemos estar de acuerdo o no con esta visión, podemos aceptarlo o rechazarlo total o parcialmente.

De lo que nunca más podemos tener duda, es de la existencia de esta perspectiva, la cual, quiérase o no, debe ser considerada en la construcción del discurso jurídico en general y dentro de este, del discurso jurídico-penal.

BIBLIOGRAFÍA

Albert, H., *La ciencia del derecho como ciencia real*, Distribuciones Fontanamara, S.A., 2007.

Andreski, S., *Las ciencias sociales como forma de brujería*, Taurus Ediciones, S.A. Madrid, España, 1973.

Berger, P., *Introducción a la Sociología*, Editorial Limusa Wiley, S.A., México, 1967.

Bombini, G., *Breve recapitulación epistemológica en torno a la “cuestión criminal”* (s. f.), Sitio Web Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Mar de Plata, Cátedra de Criminología, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.criminologiamdp.com.ar/downloads/bombini1.pdf>.

Castillo, E., *Vida social y derecho*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008.

Forero, A./Rivera, I./Silveira, H., *Filosofía del mal y memoria*, Antropos, Barcelona, España, 2012.

Gómez, A., *Reflexión y Referat Acerca del surgimiento de la criminología*, Revista Brasileira de Ciencias Criminales, Instituto Brasileiro de Ciencias Criminales, Editora dos Tribunais, Ano 7, n. 26, abr – jun/99, pp. 203-212.

Haba, P., *Metodología contrabu(r)ocrática para la docencia y la investigación del Derecho*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2007.

Haba, P., *Metodología (realista) del derecho*, Editorial de la Universidad de Costa Rica, San José, Costa Rica, 2012.

Lizana, V., *Representaciones Sociales sobre Femenidad de los/las Estudiantes De Pedagogía, en los Contextos de Formación Docente Inicial, Social representations on feminine of the pedagogy students, in the contexts of initial educational formation*, Estudios Pedagógicos XXXIV, N° 2: 115-136, 2008.

Pinilla, R. /Rabe, A., *Los espacios de la memoria en la obra de Walter Benjamin* (27 del 12 de 2001), Revista electrónica Constelaciones, Revista de Teoría Crítica, recuperado el 29 del 07 de 2012, en: http://www.constelaciones-rtc.net/02/02_18.pdf.

Popper, K., *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*, Editorial Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 1972.

Salas, M., *Yo me engaño, tú te engañas, él se...*, *Un repertorio de sofismas corrientes en las ciencias sociales*, Editorial Isolma, San José, Costa Rica, 2012.

Salazar, A., „*Error de tipo y error de prohibición en la dogmática hispanoamericana*“, en RdPP (Revista de Derecho Penal y Procesal Penal), núm. 3, pp. 139-154, España,2000.

Salazar, A., *El Delito como Manifestación del Poder, Derecho de los vencedores y la memoria histórica en Walter Benjamín* (09 del 05 de 2012), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,774,0,0,1,0>

Salazar, A., *Poder Político y fenómenos de criminalización*, Editorial ISOLMA, San José, Costa Rica, 2012.

Traverso, E., *Walter Benjamín y León Trotsky. Afinidades y divergencias marxistas*, Imprecor, nº83, Madrid, España, 1991, p. 33.

Zaikoski, D., *Género y derecho penal: tensiones al interior de sus discursos* (04 del 12 de 2008), Revista electrónica Derecho Penal Online, recuperado el 29 del 07 de 2012, en <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=15,426,0,0,1,0>

Zolo, D., *La Justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*, Ediciones Trotta, 2006