

DERECHO, GÉNERO E INFANCIA: UN DILEMA ENTRE LA FELICIDAD Y LA LIBERTAD

Emilio García Méndez*

*Profesor Regular Asociado de Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Invitado del Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Universidad.

El apoyo entusiasta y decidido de dos organizaciones de la talla de UNIFEM y UNICEF a "Derecho, género e infancia", trabajo de la prestigiosa docente e investigadora mexicana Laura Salinas, constituye la concreción de un extraordinario esfuerzo de rigurosidad y exhaustividad. Con una única excepción, este trabajo es pionero y único en la materia. La excepción proviene precisamente de su mismo origen y constituye el antecedente directo del trabajo de Laura Salinas: se trata de un primer estudio que, en 1996, UNIFEM y UNICEF encargaron a Gladys Acosta Vargas¹. Por lo demás, su actualización, ajuste y profundización demuestran que tanto las tareas de revisión legislativa cuanto su análisis crítico resultan, sin duda, una necesidad de carácter permanente.

Derecho, género e infancia, en las propias palabras de su autora, constituye una "revisión acuciosa de los códigos penales sustantivos y adjetivos (normas procesales) de 20 países de América Latina y el Caribe de habla hispana, así como de algunas otras normas de índole penal que pudieron recopilarse y se

¹ UNIFEM-UNICEF, *La mujer en los códigos penales de América Latina y el Caribe*", Quito, 1996.

propone, desde luego, una forma de mirar esta rama de nuestros derechos con dos lentes nuevas: las perspectivas de género y de la protección integral de los derechos de la infancia; ambas fundadas en el centenario principio de igualdad ante la ley, una y otra tendientes a hacerlo realidad".

Sin restar un milímetro de mérito a la gigantesca tarea de revisión crítica y sistemática del derecho penal y procesal de prácticamente todos los países de América Latina, esfuerzo de invalorable utilidad para investigadores, parlamentarios y decisores políticos en general, esta investigación es mucho más que todo esto. Este trabajo constituye un verdadero giro copernicano, primero en la **percepción** y luego en la **comprensión** de la esencia de las prácticas y políticas discriminatorias contra mujeres y niños.

Si en el campo de las ciencias naturales los fenómenos tienden a ocurrir en forma independiente de nuestras percepciones, esto no sucede en el campo de lo que, no desprovisto de vaguedad, puede denominarse las ciencias sociales. En el campo de las ciencias sociales, por el contrario, nuestra **percepción** de un problema resulta ser un elemento co-constitutivo del mismo. Es decir que con su mirada el sujeto modela el objeto. Es por ello que el presente estudio de Laura Salinas representa una alteración completa respecto de aquellas perspectivas tradicionales de análisis que se concentran en el estudio y la descripción ingenua de historias de vida de sujetos más o menos vulnerables. Esta investigación se concentra en el análisis crítico de los mecanismos (en este caso de las normas jurídicas) que producen y determinan aquellas historias, no sólo de vidas individuales sino del conjunto de las mujeres y los niños. Dicho en otras palabras, el análisis de Laura Salinas permite confirmar una vez más el carácter artificial de la desigualdad e inferioridad de niños y mujeres, y muy especialmente el papel activo y decisivo del derecho en dicho

proceso de construcción social de una categoría de sujetos débiles: la desigualdad jurídica como base material de la discriminación.

En cuanto a la **comprensión**, que constituye ante todo el esfuerzo de entender las razones profundas de las prácticas de desigualdad y discriminación hacia niños y mujeres, es preciso recordar y parafrasear las palabras de Hannah Arendt cuando proponía (con relación a los fenómenos asociados al totalitarismo) "comprender no para perdonar, sino para poder reconciliarnos con un mundo en que estas cosas son posibles"².

Soy plenamente consciente del énfasis que otorgo al valor fundante de lo jurídico, énfasis que por otra parte significa enfrentarse a una larga y consolidada tradición marxista de desprecio del derecho por su carácter meramente formal: el derecho como mera excrecencia ideológica y subproducto de la infraestructura. Ya Castoriadis ha mostrado magistralmente que esos derechos "formales" no surgieron con el capitalismo ni se corresponden con su "espíritu"³. Más aun, el carácter hegemónico del desprecio por la igualdad jurídica no remite exclusivamente a su presencia en la cultura económica socialista. En una extraordinaria historia del sufragio universal en Francia, Pierre Rosanvallon describe estupendamente esta tendencia: *"Por otro lado, podemos constatar muy simplemente que la utopía de una sociedad económicamente igualitaria fue formulada mucho antes de que apareciera la idea de la igualdad política... A comienzos de la década de 1830, pioneros como Buchez, Cheve, Pierre Leroux conciben la ciudad del futuro a partir del universo cristiano. Al igual que el cristianismo, el*

² Hannah Arendt , "Comprensión y Política", en: **De la historia a la acción**, Paidós , Buenos Aires, 1995, p. 30.

³ Pierre Rosanvallon, **La consagración del ciudadano, Historia del sufragio Universal en Francia**, Instituto Mora, Colección Itinerarios, México, 1999, p. 15.

*socialismo quiso crear una **comunidad de hermanos**, mucho más que una **sociedad de iguales**"⁴. Tal vez no se ha reflexionado aún lo suficiente para dar una explicación plausible al hecho de que, entre la Revolución Francesa (1789) y el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer en Francia (1944), haya pasado más de un siglo y medio; y que esto de todas maneras haya acontecido más de setenta años después que en Turquía, para dar sólo un ejemplo. Sin embargo, la resistencia a considerar a la mujer como individuo y el terror, persistente a lo largo de mas de un siglo y medio, a que cada hogar pudiera convertirse en un pequeño estado constitucional son caminos de indagación que vale la pena recorrer⁵.*

¿Por qué dar prioridad al derecho penal dentro del análisis crítico del derecho?, se pregunta en forma muy pertinente Laura Salinas. Si bien es cierto, nos dice ella, que la selección del derecho penal tiene un cierto grado de arbitrariedad (como casi cualquier selección), también es cierto que en el caso del derecho penal, las prácticas discriminatorias se muestran, con relación a mujeres y niños, en estado químicamente puro. En otras palabras, comenzar por el análisis crítico del carácter discriminatorio del derecho penal constituye un acierto epistemológico, además de una excelente estrategia de movilización social para las transformaciones jurídicas y culturales que requiere la lucha por la igualdad de todos. Sólo cuando se ha comprendido el carácter central de "la lucha por los derechos en el campo del derecho", se está en posición de convertir el tema de las reformas jurídico-institucionales en punta de lanza de las luchas por la igualdad jurídica de todos los seres humanos sin excepción.

⁴ Idem, p. 363.

⁵ Cornelius Castoriadis, **Ciudadanos sin brújula**, Ed. Coyoacán, México, 2000, p. 159 y 160.

El carácter muy especialmente exhaustivo del análisis de Laura Salinas se refleja en la descripción detallada, país por país, de todos los tipos penales donde es posible encontrar trazos claros de desigualdad y discriminación. Esta constatación adquiere contornos patéticos y repugnantes a cualquier conciencia civilizada en temas tales como el infanticidio y el acceso carnal violento. Con toda la autoridad que le otorga su sólida formación jurídica y muy especialmente su dominio de la técnica de la producción legislativa, la autora dirige su análisis crítico a un punto anterior y superior que gobierna la lógica del funcionamiento de los tipos penales. Me refiero a la congruencia o no, de los tipos penales con las normas constitucionales, así como al tema de la relación jerárquica entre normas y tratados internacionales con los sistemas jurídicos internos. En este caso, la autora demuestra que, a pesar de que las constituciones latinoamericanas de corte liberal establecen la igualdad de **todos** sin excepción, el derecho infraconstitucional -comenzando por el penal- niega en la práctica, y con distintos niveles de visibilidad, dicha universalidad. En el caso de la infancia (entendida en el sentido de la Convención Internacional de los Derechos del Niño), mientras todas las constituciones latinoamericanas establecen que "**ningún habitante de la república**", o "**ningún ser humano**", o "**nadie**" será detenido sino en flagrante delito o por orden escrita de autoridad competente, toda la legislación (y la práctica) específica de "protección" de la infancia se construye sobre la violación permanente, y sobre todo sistemática, de dicho principio constitucional. En el caso de las mujeres y con el paso del tiempo, esta evidencia acerca del carácter permanente y sistemático de violación de sus derechos, ha ido perdiendo progresivamente formalidad y visibilidad. Sin embargo, tal como lo afirma Perry Anderson, en la medida en que disminuyen las formas oficiales y

"respetables" para confirmar la incapacidad de las mujeres, aumenta la utilización de las vías de hecho como último recurso⁶.

Un tema aparte, que la autora deja deliberadamente de lado remitiendo a la reciente bibliografía especializada, se refiere al tema de los adolescentes en conflicto con la ley penal (lo que en muchos contextos nacionales también incluye a los niños). De modo similar a lo que sucede en la relación entre hombres y mujeres, también aquí la historia es terca en demostrar que las peores atrocidades se cometen mucho más en nombre del amor, la compasión y sobre todo la protección, que en nombre de la propia represión. Traigo brevemente este tema a colación porque, con relación a los niños, un derecho penal garantista, producto de la concepción iluminista, ha funcionado y funciona como límite y barrera a las pretensiones punitivas, correctivas y protectivas del estado y los adultos.

A mi juicio y como veremos más adelante, la autora somete el derecho penal, incluso en su versión minimalista y garantista, a una crítica indiscriminada y por ello peligrosa. Resulta una paradoja que en aquellos países donde persisten leyes de "menores" de corte "tutelar", la hipotética aplicación del "terrible" código penal de adultos a niños privados de libertad en instituciones tutelares, traiga aparejada su inmediata libertad. No me parece posible, ni mucho menos conveniente, obviar el carácter complejo, contradictorio y multifacético del derecho penal. En determinadas situaciones, éste constituye un claro instrumento punitivo-represivo que tiende a crear más problemas de los que resuelve; en otras, sobre todo con relación al principio de legalidad, limita la potestad y voluntad punitiva del estado y los particulares, y constituye, por último, una protección jurídica de los desiguales en poder real. También aquí puede afirmarse que los problemas complejos no admiten respuestas simples.

⁶ Perry Anderson, **Los fines de la historia**, Ed. Anagrama, Barcelona 1992, pp. 139-141.

En este contexto, cualquier apreciación unilateral, **abolicionista** o **pan-penalista**, corre el riesgo de fracasar conceptual y políticamente.

De lo que no cabe duda, como se verá muy claramente en las líneas que siguen, es que el punto central de la discusión gira en torno al problema del valor y las funciones del derecho en la construcción y solución de los problemas sociales objeto de debate. Es precisamente ahí, donde comienza a consolidarse un consenso sobre la importancia del derecho en la lucha por los derechos, que paradójicamente se abre una disputa sobre el sentido, los grados y los límites de utilización del derecho penal como instrumento de protección de sujetos sociales vulnerables. En los términos planteados por la autora el debate resulta inevitable y, esperemos, provechoso para ambas partes. Sin ambigüedades, la clara posición de Laura Salinas ofrece una excelente oportunidad para discutir lo que podríamos denominar las razones del minimalismo penal garantista para todos, frente a las razones de un derecho penal máximo para la protección de sujetos vulnerables.

Dice la autora: "*Es necesario retroalimentar constantemente la nueva construcción teórica a partir de la discusión con sus opositores, **que están en todos los frentes***⁷. La misma teoría del derecho penal mínimo, por ejemplo, - que ha surgido como una de las respuestas a la deslegitimación del sistema penal y propone la menor intervención posible de la coercibilidad penal- aunque es la más adecuada para enfrentar la criminalidad en las actuales condiciones, se confronta conflictivamente con las necesidades de una **justicia de género**". Y continúa, haciendo referencia explícita a Raul Zaffaroni⁸: "*Así, en algunos casos se intenta demostrar, a partir de ella* (la teoría del derecho

⁷ Los énfasis son míos.

⁸ Raul Zaffaroni, **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**, Bogotá, Editorial Themis, 1990, p. 68.

penal mínimo), *cómo es innecesaria la intervención penal ante problemas sociales graves que suceden dentro de la familia entre los que están, por ejemplo, la violencia doméstica, o bien reacciona negativamente ante propuestas tales como la de ampliar las penas a delitos que afectan directamente y primordialmente a mujeres y niños, yendo así, también por ejemplo, en contra de la integridad personal y la libertad sexual. Ello se debe a que, como no se incorporan a ese análisis las perspectivas de género y de la protección integral, se siguen viendo como opuestas la oportunidad innegable de minimizar la intervención punitiva del estado y la no menos indispensable y urgente de proteger a mujeres, niños, niñas y adolescentes de conductas que los lesionan con frecuencia*".

Luego de esta larga cita y antes de entrar en el debate propiamente dicho, me parece imprescindible realizar tres precisiones de naturaleza diversa. En primer lugar, Laura Salinas plantea la necesidad de confrontarse con todos aquellos que ella denomina **opositores** a una justicia de género. Curiosamente, en vez de comenzar por interpelar críticamente a los cultores de un derecho penal máximo, es decir, los portadores de una visión pan-penalista de los problemas sociales (aquellos que piensan que el derecho penal es, sin más, un instrumento útil para la resolución de problemas sociales), la autora interpela críticamente a la corriente del derecho penal mínimo (corriente en la que, me parece justo reconocerlo, me inscribo plenamente). En segundo lugar, refiriéndose al derecho penal mínimo, Laura Salinas cita como ejemplo de esta posición a Raul Zaffaroni. No me parece correcto, y mucho menos en el texto traído a colación por la autora, ubicar a Zaffaroni en la corriente del derecho penal mínimo. Mucho más justo me parece, en cambio, ubicarlo (imagino que con su consenso) en alguna de las muchas corrientes del abolicionismo penal. En tercer lugar, recordemos nuevamente que Laura Salinas afirma que "*en*

algunos casos se intenta demostrar a partir de ella (de la teoría del derecho penal mínimo), *cómo es innecesaria la intervención penal ante problemas sociales graves que suceden dentro de la familia, entre los que están la violencia doméstica, o bien reacciona negativamente ante propuestas tales como las de ampliar las penas a delitos que afectan primordialmente a mujeres y niños, yendo así, también en contra de la libertad personal y la integridad sexual. Ello se debe a que, como no se incorporan a ese análisis la perspectiva de género y de la protección integral...*". Comencemos por decir que esta "descripción" de la teoría del derecho penal mínimo muy poco se corresponde con las propuestas de sus creadores y seguidores. Lo que plantea Luigi Ferrajoli, máximo exponente de esta teoría, como principio orientador de la misma, es que la intervención penal (sobre todo en el plano legislativo) debería estar guiada por la siguiente hipótesis: cuando es posible y razonable suponer que la intervención penal podría producir una reducción de los niveles preexistentes de violencia, entonces la intervención penal aparece justificada por los principios del derecho penal mínimo. Por el contrario, cuando es posible suponer que la intervención penal podría producir un aumento de los niveles de violencia preexistentes, entonces la misma no resulta recomendable⁹.

Por lo demás, no me parece redundante recordar en este contexto que la teoría del derecho penal mínimo es una teoría pensada para orientar ante todo la acción legislativa y no, directamente, las sentencias judiciales individuales. La teoría del derecho penal mínimo, como por otra parte prácticamente toda teoría sensata y razonable, se enfrenta con visiones extremas de la realidad. En este caso, se enfrenta con un abolicionismo políticamente torpe y

⁹ Luigi Ferrajoli, **Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale**, Ed. Laterza, 1989, en especial p. 80 y ss. (Diritto Penale Minimo e Diritto Penale Massimo).

conceptualmente dogmático que, en aras de la defensa de sus principios abstractos, desprotege en toda ocasión a sectores vulnerables y desconoce que la ausencia de normas implica, invariablemente, la vigencia de la ley del más fuerte; se enfrenta también con un derecho penal máximo para el cual el carácter simbólico de la intervención penal a cualquier costo posee un efecto autolegitimante e independiente de la protección real que pueda ofrecer a los sectores vulnerables en cuyo nombre interviene. Amparada en la "justicia de género" (confieso que me resulta imposible evitar algún tipo de asociación de este concepto con el viejo concepto de "justicia de clase"), Laura Salinas toma objetivamente partido por los principios del derecho penal máximo, algunos de ellos verdaderamente peligrosos para el estado democrático de derecho.

En el capítulo IV (Recapitulación y conclusiones sobre las reformas necesarias a los códigos), se realiza una reseña extremadamente útil y exhaustiva donde se reconocen significativos progresos realizados por algunos países de América Latina. Entre ellos, vale la pena destacar: a) la tipificación de la violencia familiar; b) la desaparición de algunos elementos protectores del honor en los tipos que atentan contra la libertad y la integridad sexual; c) la derogación de las figuras del adulterio y el rapto; d) la introducción de agravantes en casos de poder dispar entre el autor y la persona ofendida; e) la tipificación del tráfico internacional de personas.

Mas allá de los problemas que eventualmente puedan surgir (y que de hecho surgen) por la creación de tipos más o menos abiertos como el de la violencia familiar, la lista de progresos señalados por la autora muestra claramente el largo y trabajoso proceso de creación de igualdad jurídica entre sujetos naturalmente desiguales. Sin embargo, en lo que resulta difícil no calificar como una toma de partido por los peores aspectos del derecho penal máximo, Laura Salinas propone la eliminación de conductas culposas en determinadas

hipótesis (embriaguez, ira, dolor, accidentes de tránsito), así como la eliminación del carácter preterintencional de algunos delitos.

Tan interesantes y atractivas como puedan sonar estas propuestas derivadas de la "justicia de género", sobre todo para los legos en derecho en general y en derecho penal en especial, no pueden ser vistas sin profunda preocupación desde cualquier perspectiva democrática, consciente de que la vida social constituye un conjunto de complejos y delicados equilibrios. En primer lugar, una propuesta como ésta parecería sugerir al lector desprevenido que en los delitos culposos el legislador ha previsto la impunidad de sus autores. En segundo lugar, eliminada la culpa (y descartado el dolo, ya que en este caso caería sobre el autor del hecho todo el rigor del derecho penal) sólo queda en pie, como alternativa, una "responsabilidad objetiva", ya puesta en práctica para eliminar a los "enemigos del pueblo", "enemigos de la raza", etc., en las peores experiencias históricas del totalitarismo y autoritarismo. Nunca está de más recordar que, desde hace más de doscientos años, Cesare Beccaria, símbolo del derecho penal moderno y civilizado, nos alerta que no es en la dureza y brutalidad del castigo que encontramos la disuasión de conductas perniciosas sino en la certeza de su justa aplicación. Sobran ejemplos para demostrar que en todos los ámbitos de la vida social, las propuestas de "mano dura", independientemente de cuál sea su perspectiva de legitimación, han tenido la función de dar una mera respuesta simbólica a problemas sociales de indiscutible gravedad. En otras palabras, crean, con la amenaza de un castigo fuerte y con la disminución de las garantías, la ilusión de que algo se está haciendo para resolver el problema. En resumen, pretenden resolver en el plano simbólico lo que no se quiere o no se puede resolver en el plano de la realidad.

Para concluir, quisiera hacer algunas observaciones adicionales destinadas a precisar y subrayar la necesidad de continuar este debate. En primer lugar, me parece importante destacar que no es posible hablar de una "justicia de infancia" en los mismos términos en que Laura Salinas plantea la existencia (y la conveniencia) de una "justicia de género". Muy lejos estamos, en el campo del derecho de la infancia, de plantear diferencias esenciales con el derecho de adultos, en especial en el campo del derecho penal. En este sentido, en la nueva justicia de la infancia y la adolescencia, las diferencias que se reivindican son, ante todo, de grado y de proceso. Muchos años y esfuerzos ha costado descubrir que la tal "autonomía del derecho de menores" (orgullosamente reivindicada por los cultores del menorismo), en realidad no constituía otra cosa que una autonomía respecto del derecho constitucional. Y que en aras de la tal autonomía, se violaban en forma sistemática los derechos universalmente consagrados, sin excepciones, por nuestras constituciones nacionales. Por su parte, en el campo del nuevo derecho penal juvenil, las propuestas han consistido fundamentalmente en abreviar los procesos (sin disminución de garantías) y reducir la intensidad de las sanciones (convirtiendo, por ejemplo, a la privación de libertad en excepcional y último recurso). En el caso de los delitos cometidos contra la infancia, somos plenamente conscientes de que un derecho penal que se aparte de los principios básicos del estado democrático de derecho, no aumenta en nada la protección real de los sujetos vulnerables. No me parece posible ni recomendable pretender salvaguardar los derechos de algunos disminuyendo o poniendo en peligro los derechos de todos.

Soy también plenamente consciente de que este debate ni es nuevo ni puede considerarse como cerrado. Resulta por lo demás significativo que las ideas encontradas sobre el uso y funciones del derecho penal constituyan el

elemento central en torno al cual se produce y organiza el debate. Tengo la impresión (o la hipótesis si prefieren) que en el trasfondo de este debate está presente el debate mayor sobre el sentido de la política que es, en realidad y sobre todo, el debate sobre el sentido público de la existencia.

Para aquéllos que en la tradición utilitarista (Marx incluido) piensan que el sentido de la política es la **felicidad**, todo o casi todo vale para obtenerla. En cambio, para aquéllos que pensamos, con Hannah Arendt¹⁰, que el sentido de la política es la **libertad**, sólo valen para obtenerla las acciones contenidas en el respeto riguroso a determinadas reglas de vida y convivencia, reglas que la historia de las luchas sociales ha transformado en derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos.

¹⁰ Sobre el concepto de entender la libertad como el sentido de la política, remito en general a toda la obra de Hannah Arendt, pero muy especialmente a su texto **¿Qué es la política?**, Ed. Paidós, Barcelona, 1998.