

La violencia contra mujer en el derecho penal: algunas observaciones desde la criminología crítica feminista

Por **Marcela Abadía C.** (PHD Universidad de los Andes, abogada Universidad Externado de Colombia. Profesora de cátedra en las universidades Externado de Colombia y los Andes)

-

La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá profirió hace poco una decisión en la que condenó a un hombre por el delito de violencia intrafamiliar, cometido en exceso en la legítima defensa. La decisión generó un revuelo tal en las redes sociales, que pronto escaló a editoriales de prensa, debates académicos y discusiones públicas que ha girado en torno a dos clamores que, en principio, parecieran irreconciliables: la validez dogmática de la institución de la legítima defensa y las acusaciones de algunos sectores feministas acerca del carácter machista del derecho penal.

Desde varias orillas feministas, e incluso desde importantes medios periodísticos, se señaló que la decisión no solo introdujo una peligrosa concepción de la legítima defensa en casos de violencia intrafamiliar, sino que también evidenció sesgos de los magistrados en contra de la aplicación del enfoque de género. La lectura del fallo fue leída por estos sectores como una legitimación del uso de la violencia física dentro del hogar y un retroceso en la protección de las víctimas por violencia de género. Para otros sectores, especialmente provenientes de reconocidos actores de la disciplina penal, la decisión se ajustó a los cánones dogmáticos de la legítima defensa y se señaló que la perspectiva de género no es absoluta frente a derechos y garantías de los procesados.

No pretendo acotar acá todo el debate a cerca de las diferentes maneras en que los feminismos han entendido la violencia contra la mujer. El propósito es mas modesto y consiste en preguntarnos si puede la dogmática penal incorporar la violencia estructural o patriarcal que el feminismo radical (FR) puso desde hace ya varias décadas sobre las agendas públicas. Comenzar a plantear el debate en estos términos –*además de permitirnos salir de desgastantes debates entre “especialistas y profanos”* (acá tomo como punto de referencia a Bourdieu, y la idea de la disputa por el “monopolio del derecho a decir Derecho”, *The Force of Law: Towards a Sociology of the Juridical Field*, 1987) –, puede contribuir a avanzar en las discusiones entre legítimos reclamos feministas y las limitaciones inherentes del campo penal en dar cuenta de las violencias estructurales derivadas de ejercicios de dominación que se reclaman desde varias teorías feministas.

Un punto de partida para profundizar en esta pregunta es situar la discusión desde la criminología crítica feminista y sus diferencias con los que he denominado los “feminismos del castigo” (para un análisis sobre los feminismos del castigo, feminismos de la regulación y feminismos críticos, “Feminismos y Sistema Penal: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal”, Marcela Abadía Cubillos, Ed. Uniandes, 2018). En las líneas que siguen desarrollaré este argumento.

El caso bajo estudio

A efectos de situar la discusión, me permitiré recordar en qué consistió la decisión y cómo el Tribunal abordó la pregunta por el enfoque de género. Se trató de una mujer que, contra la voluntad de su ex compañero, intentó apoderarse de su celular para revisar su contenido. Como reacción y mediante el uso de la fuerza, el hombre sujetó a la mujer de los brazos ocasionándole dos equimosis y una incapacidad de cinco días. El Tribunal determinó que si bien existió una agresión injusta por parte de la mujer (intentar apoderarse del celular para revisarlo sin autorización) y que el hombre actuó de forma jurídicamente permitida, también encontró que excedió los límites de la causal establecida en el numeral 6° del artículo 32 del C.P., al concluir que la defensa no fue proporcionada a la agresión. En consecuencia, lo condenó a 8 meses de prisión como autor de violencia intrafamiliar, cometida en exceso de legítima defensa.

Como uno de los problemas jurídicos, el Tribunal analizó el alcance del enfoque de género en la valoración probatoria en conductas como la violencia intrafamiliar. Sustentó este problema jurídico en las siguientes premisas: *i.* pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en los que se señala la obligación de abordar con este enfoque procesos asociados a violencia en contra de las mujeres dentro o fuera del ámbito familiar (Sentencia SP. del 1 de octubre de 2019, radicado No. 52394). *ii.* necesidad de indagar por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia pues permite establecer el nivel de afectación. *iii.* no todo episodio de desavenencia o agresión al interior de una pareja o de una unidad doméstica debe ser catalogado objetiva y automáticamente como violencia intrafamiliar, y siempre deberá analizarse tanto el contexto como su magnitud frente al ámbito de protección del bien jurídico tutelado. *iv.* la valoración probatoria bajo el tamiz de la perspectiva de género no se puede convertir en presunción de culpabilidad ni en la anulación de principios dogmáticos del derecho penal y garantías del procesado.

En el proceso de subsunción, el Tribunal, de acuerdo con lo que encontró probado, concluyó que *i.* la perspectiva de género no puede desconocer el hecho de que la mujer intentó invadir la esfera personal del procesado (derecho a la intimidad). *ii.* existió duda respecto del testimonio de la mujer, consistente en que el procesado le propinó otra serie de golpes, pues el examen físico no reflejó ninguna otra lesión diferente a la del antebrazo izquierdo causada al momento en que se impedía acceder al celular. *iii.* los hechos no hicieron parte de un contexto de agresión y abuso reiterado por parte del hombre. Si bien la mujer, tanto en la denuncia como en las entrevistas con sicólogas y en el juicio oral, manifestó un contexto de violencia durante más de 18 años, no se encontró prueba de agresiones anteriores, así como tampoco de denuncias, solicitudes de medidas de protección, dictámenes de lesiones o testigos que así lo hubieren indicado. *iv.* aún cuando la valoración probatoria con perspectiva de género implica que los dichos de las mujeres víctimas son merecedores de credibilidad, “*ello es así siempre y cuando no obren otros medios de convicción que los desvirtúen o pongan en duda, pues aun en este tipo de delitos continua vigente el principio de indubio pro reo*” (Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, Sentencia del 13 de abril de 2021, rad. 110016500192201706080-01, considerando 6.6., pag. 13). Y, *v.* no se encontró demostrada

la circunstancia de agravación de que trata el inciso 2o del artículo 229 del CP porque la agresión:

“(…) no fue producto de “discriminación, dominación o subyugación por parte del acusado, por cuanto como se explicó líneas atrás, lo que se probó fue que Quiroz Revelo -en protección de su derecho fundamental a la intimidad-, reaccionó de una manera desproporcionada al tomar por los antebrazos a su ex compañera, con la finalidad de no dejarse arrebatar su teléfono celular, lo cual está lejos de ser una conducta en contexto de discriminación de género.” (Ibid. P. 15)

La perspectiva de género y problema por el contexto en el delito de violencia intrafamiliar

El propósito no es debatir sobre los errores en la valoración probatoria en los que pudo o no haber incurrido el Tribunal. En lo que quiero concentrarme es en advertir las dificultades que se evidencian en los procesos penales al tratar de incorporar el elemento de la violencia estructural o patriarcal, que en nuestra jurisprudencia y legislación nacional se ha traducido como el análisis de contexto.

El concepto de violencia estructural puede verse reflejado en las construcciones teóricas que comenzaron a surgir desde el *feminismo radical* (FR). Esta corriente tomó importancia en los años 80 y desde esa época ha dominado en gran medida el discurso feminista en las dos últimas décadas. En términos muy generales, puede decirse que el FR parte de la idea de que la sociedad arraiga subordinación femenina que depende de la dominación masculina (Mackinnon, *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, 1987). Parte de una visión estructural de la sociedad en cual las relaciones entre los sexos están organizadas de tal forma que los hombres dominan y las mujeres se someten. Se considera al derecho como un reflejo de la evolución histórica, que excluyó a las mujeres del mundo de lo público. En la medida en que los hombres tienen poder sobre las mujeres, las leyes reflejan y refuerzan esas relaciones de poder, especialmente en el área de la sexualidad, pues las leyes están construidas de tal manera que protegen la visión masculina del hombre sobre el mundo. Para el FR la ley nunca es imparcial, objetiva ni racional (Sobre críticas al feminismo radical, entre otras, Nicola Lacey. Esta autora señala que el feminismo radical resulta contraproducente a la causa feminista al señalar que reafirma los mismos estereotipos de masculinidad activa y agresiva y feminidad pasiva y victimizada).

Para los efectos de la presente discusión es importante concentrarnos en este feminismo por cuanto permite entender la dificultad de incorporar conceptos como los de dominación, ideología de género o patriarcado en la sistemática penal (sobre las críticas al uso del término patriarcado, Gayle Rubin, “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo” (2003). Igualmente, Lucía Nuñez, “El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva” (2018). Esta autora prefiere usar el concepto de ideología de género). Como ya se señaló, la jurisprudencia constitucional y penal -fundada en tratados internacionales de derechos humanos- ha insistido en que el enfoque de género implica la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, pues de esa manera se puede explicar, en el caso en concreto, que la agresión pudo haber estado precedida de entornos de

cualquier tipo de violencia contra la mujer. Sin embargo, el contexto de dominación y de opresión al que aluden los FR parte de visiones sobre el poder y sobre la existencia de contradicciones de carácter social que organizan la sexualidad (Mackinnon pone en el centro de discusión la idea de las “condiciones concretas de todas las mujeres como sexo”. Esta autora define la sexualidad como: “ese proceso social que crea, organiza, expresa y dirige el deseo, creando los seres sociales que conocemos como mujeres y hombres, ya que sus relaciones crean la sociedad” – *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 1983). El patriarcado es estructura e ideología:

“El elemento estructural del patriarcado puede verse en el bajo estatus que las mujeres generalmente ocupan respecto de los hombres en la familia y en las instituciones económicas, educativa, políticas y jurídicas. El elemento ideológico se refleja en los valores, creencias y normas referidas a la “legitimidad” de la dominación masculina en todas las esferas sociales”.(Dobash y Dobash, 1980, citado por Larrauri Elena, en *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Ed. Trotta, pp.18.)

El contexto que la jurisprudencia constitucional y penal ha incorporado como parámetro para materializar el enfoque de género es más situacional y resulta por ello insuficiente para abordar en su integridad el reclamo que desde los FR se hacen respecto de la dominación masculina, entendida como estructura e ideología. No estoy diciendo que haya sido un camino inadecuado por parte de la ley y la jurisprudencia haber dado un salto al intentar incorporar una mirada extensiva, que buscó de pasar a entender los fenómenos de violencia doméstica como asuntos individuales o aislados de hombres enfermos, alcohólicos o patológicos, a un entendimiento de la violencia de género que incluya como su causa las situaciones de desigualdad, subordinación o discriminación de la mujer (Sobre el salto de la violencia doméstica a la violencia de género en la Ley de Protección Integral contra la Violencia de Género en España, así como sobre las críticas de lo que la autora llama “feminismo oficial”, Larrauri Elena, en *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Ed. Trotta, pp.18). No obstante, el aspecto que quiero resaltar es que esta estrategia, impulsada por lo que en otros escritos he denominado los feminismos del castigo (entre los que incluyo vertientes del FR en sus relaciones con el derecho penal), impide entender las dificultades teóricas de trasladar un problema social de desigualdad (el patriarcado) en un tema de control del delito (Schneider, 2000: 183).

Cuando el juez materializa en el proceso penal principios como la presunción de inocencia o el de *in dubio pro reo*, traslada la discusión al terreno probatorio, que es necesariamente situacional y contextual. Sin embargo, no más se le puede pedir al sistema penal. El derecho penal no tiene posibilidad de controlar eficazmente fenómenos estructurales e ideológicos como el patriarcado. De esta dificultad deben estar conscientes los movimientos de mujeres que comparten ideas propias del FR cuando desaprueban decisiones judiciales como las que este escrito analiza. Con acierto explica Elena Larrauri que:

“(…) en el delito de violencia doméstica, desde una perspectiva feminista, lo problemático es la desigualdad sexual y las distintas expectativas asignadas a cada género, que se traducen en comportamientos de control, poder y posesión; pero el derecho penal no puede interceder en este contexto si no observa un acto concreto de violencia física o psíquica, el cual en numerosas ocasiones no se produce, o no puede no ser lo más grave, a pesar de existir el

comportamiento controlador y dominador, que es justamente la base realzada y criticada por las perspectivas feministas (...) En resumen, cuando se crea y se pretende aplicar un delito es necesario individualizar el comportamiento y el sujeto; este proceso es contrario a las perspectivas feministas, las cuales apuntan a la responsabilidad del contexto social en el mantenimiento del soporte que permite el concreto acto de violencia; **por ello, en definitiva, cuando se interpone el derecho penal, este redefine el tema en los términos impuestos por el sistema penal**” (2018, 75) resaltado fuera de texto

En el presente caso, el Tribunal desestimó un contexto de agresión y abuso reiterado por parte del hombre y realizó un análisis situacional concretado en no haber encontrado denuncias anteriores presentadas por la mujer, o prueba de agresiones. Sin embargo, los procesos estructurales e ideológicos que implican ejercicios de dominación suponen que la ausencia de estos elementos probatorios no elimina por se contextos estructurales de violencia (suele ocurrir que las mujeres no denuncian por miedo, por presión, por los hijos etc). Sin embargo, la perspectiva contextual que ha adoptado la sistemática penal (impulsada por aquellos feminismos que confían en el poder transformador del derecho penal) resulta limitada para abordar un fenómeno que el FR y muchos movimientos de mujeres en el país comprenden como estructural. De acá la paradoja de reclamarle a un sistema penal la incorporación de problemas sociales estructurales.

No pretendo desconocer la gravedad que afecta el entorno que sufren muchas mujeres a causa de la violencia. El planteamiento que expongo busca mas bien poner la discusión por fuera de la falsa disyuntiva entre presunción de inocencia y violencia de género y busca situarla en el terreno de la criminología crítica feminista. Bajo este enfoque *i.* se puede analizar la violencia contra las mujeres por fuera de visiones deterministas y esencialistas. *ii.* se hace uso constante del cuestionamiento del carácter selectivo del sistema penal y las dificultades de criminalizar problemas sociales estructurales sin previamente hacer un juicio (las consecuencias de criminalizar problemas sociales es un asunto que desde antaño la criminología crítica ha venido denunciando El derecho penal se ha convertido en el símbolo de jerarquía de los problemas sociales (Pitch, 1985) y ha limitado su alcance a perseguir el delito a partir del poder simbólico que este detenta); y *iii.* se cuestiona la legitimidad del derecho penal en punto a los daños y los castigos que desde diferentes feminismos se vienen reclamando.

Bibliografía

Abadía Marcela (2018) “*Feminismos y Sistema Penal: retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*”, Marcela Abadía Cubillos, Ed. Uniandes, 2018.

Gayle Rubin (2003), “*El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo*”.

Larrauri Elena, *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Ed. Trotta.

Mackinnon, Catharine (1983), *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence, Signs*, vol. 8, no. 4, 1983, pp. 635–658. *JSTOR*, www.jstor.org/stable/3173687. Accessed 17 May 2021.

Núñez Lucía (2018), “*El género en la ley penal: crítica feminista de la ilusión punitiva*”, México UNAM, Centro de Investigaciones y Estudios de Género.

Pitch, Tamar (1985), “*Critical criminology, the construction of social problems, and the question of rape*” en *International Journal of Sociology of Law*, 13.

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