

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL COSTARRICENSE

¿Androcentrismo, Ginocentrismo? , ¿machismo, feminismo?,
¿Existe algún punto de encuentro?

Alonso Salazar

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 derechopenalonline, 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, apercibe 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.

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 ignaro.

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 femineidad¹. 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*”.

1 Señala 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>

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 las ideas de la perspectiva de género en el derecho penal para dejar planteados mis puntos de vista.

¿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 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:

- 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, MCJ. 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.
- 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

continúa ...

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

... viene de la pág anterior

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.

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.

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, 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 triada 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 triada dialéctica pasará a un nivel superior, y puede llegar a un tercer nivel cuando se haya alcanzado una segunda síntesis”⁷.

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 triada 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”.

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

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.

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 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 criminológico 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.

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

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

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 hartamente 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 delincencial?

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

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 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.

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 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

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.

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