

# **Derecho Penal**

# LA COMPOSICIÓN COMO REPARACIÓN EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL

Por Alberto BOVINO'

## 1. Introducción

Existen víctimas por nacimiento, nacidas para ser degolladas así como los criminales nacen para ser colgados de la horca. Tú lo puedes ver en sus caras. Existe un tipo de víctima, así como existe un tipo de criminal.

Aldous HUXLEY, *Contrapunto*.

### 1.1. EL NUEVO MECANISMO COMPOSICIONAL PARA LAS AGRESIONES SEXUALES

La reciente reforma del Código Penal argentino que modificó el título de los "Delitos contra la honestidad", instauró un modelo altamente represivo para el tratamiento de las agresiones sexuales que, seguramente, mantendrá la situación de desprotección de las mujeres!. En ese contexto, se reemplazó el cuestionable mecanismo de composición previsto en el derogado artículo 132 -el matrimonio con la ofendida<sup>2</sup> por la nueva figura del avenimiento. La disposición establece:

"En los delitos previstos en los artículos 119, 1<sup>o</sup>, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> párrafos, 120, 1<sup>o</sup> párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de institu-

Abogado, Universidad de Buenos Aires; *Master in Laws*, Columbia University; Profesor Regular de Derecho Penal y Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Ley 25.087.

<sup>2</sup> El derogado arto 132 establecía:

"En los casos de violación, estupro, rapto o abuso deshonesto de una mujer soltera, quedará exento de pena el delincuente si se casare con la ofendida, prestando ella su consentimiento, después de restituida a casa de sus padres o a otro lugar seguro"

ciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 *ter* y 76 *quater* del Código Penal".

El nuevo arto 132 del Código Penal presenta algunos problemas, pero también contiene aspectos positivos. Éste permite a la víctima, bajo determinadas condiciones -si bien *excepcionalmente*-, arribar a una solución negociada con el imputado, sujeta a aprobación judicial. El acuerdo, denominado "avenimiento" en la norma, no supone, en principio, ningún contenido determinado. Alcanzado el acuerdo, el tribunal puede dictar el sobreseimiento o suspender la persecución penal a prueba.

Los problemas, sin embargo, son, por un lado, el carácter *restringido* y *excepcional* del mecanismo, la excesiva *discrecionalidad* concedida al juez, y la *exigencia* de una relación afectiva previa. La nueva disposición, antes de favorecer la obtención de respuestas composicionales, incentiva el uso de las soluciones represivas y reafirma el concepto de agresión sexual del modelo derogado: ataque violento, cometido por persona desconocida, contra víctimas "inocentes,,3.

## I. 2. El supuesto desinterés estatal

La figura del avenimiento ha recibido severas críticas de quienes defienden el modelo represivo de la nueva legislación. Se afirma que la

Un análisis crítico mucho más exhaustivo de la nueva legislación en BOVINO, *Delitos sexuales y justicia penal*. Una aguda crítica al modelo "victimizante" del nuevo texto legal en el excelente libro de Inés HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*. Muchas feministas que se han ocupado del tema también han cuestionado la escasa utilidad del modelo represivo. Cf., entre otras, ANTONY, *Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva del género*; BEJERSE Y KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*; LARRANDART, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*; LARRAURI, *Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres*; SÁNCHEZ ROMERO, *La mujer en el proceso penal*.

regulación de estos mecanismos expresan el desinterés estatal por las víctimas. Sin embargo, estos críticos olvidan que el modelo represivo derogado, por ser tal, se caracterizaba, precisamente, por el *absoluto desinterés* del Estado en proteger a las víctimas.

La única circunstancia relevante no consiste en la existencia de un indemostrable desinterés estatal sino, en todo caso, en la posible utilidad del mecanismo para satisfacer intereses y necesidades reales, de personas concretas, que hayan sufrido una agresión sexual<sup>4</sup>.

El problema del "avenimiento" consiste, en realidad, en su reducido ámbito de aplicación y, especialmente, en el tipo de supuestos al que resulta aplicable. Este problema, a diferencia de lo que pretenden hacer creer algunos de los defensores del modelo represivo, no reviste carácter "técnico" o "científico", sino que se trata, en sentido estricto, de una opción valorativa<sup>5</sup>.

Todo mecanismo compositivo que devuelva el control del conflicto a la persona victimizada, constituye una señal de respeto hacia esa persona, en la medida en que se la faculta a optar por la solución legal que personalmente considere más adecuada. Esta facultad no significa que en todos los casos la víctima quedará satisfecha, como sucedería, por ejemplo, si se arribara a una solución compositiva satisfactoria. Sin embargo, estas opciones siempre serán necesarias, en la medida en que la continuación del proceso penal pueda representar más perjudicial que beneficiosa *para la misma víctima*.

Si compartiéramos ese argumento, deberíamos ignorar el valor que los tratados de derechos humanos poseen para la protección de ciertos derechos, pues el Estado no ratifica esos instrumentos internacionales por tener interés en proteger los derechos de las personas, sino, en todo caso, por diversos motivos ajenos a ese interés.

Las "alumnas de la maestría 'El poder, la sociedad y la problemática de género', de la Universidad Nacional de Rosario", afirman hablar desde su lugar "de estudiantes de un post-grado, como profesionales de diversas especialidades, antropólogas, psicólogas, filósofas, sociólogas, abogadas, etc.", y proponen colaborar con su "aporte científico" (CHIAROTTI, PERAZZO, CHIAROTTI, CACERES, KOLDORF, SCHUSTER y GARCÍA JURADO, *Carta a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Comisión de Legislación Penal*, p. 22). Independientemente del valor intrínseco de su crítica, resulta cuestionable que se intente presentar una opción de claro contenido *axiológico* como una cuestión meramente "técnica".

### I. 3. La desigualdad entre los géneros

La regulación del avenimiento ha sido cuestionada a partir de la situación de sometimiento en la cual se hallan las mujeres. En este sentido, BELLOTII destaca que el avenimiento niega "la relación de Desigualdad que existe en la sociedad", al mismo tiempo que "considera tramposo el planteo de Bovino ... ", que expresa "oo. la típica idea liberal del consentimiento: la mujer es un sujeto autónomo, sin presiones, no determinado, que presta libremente su consentimiento, y esto no es así cuando hay relaciones de dominio de por medio"<sup>6</sup>.

El cuestionamiento señalado asume, de modo evidente, una actitud tutelar. La defensa de las mujeres, sin embargo, no requiere una postura tutelar. El *derecho tutelar* se aplica a quienes se considera *incapaces*, no a quienes son plenamente capaces, pero se hallan en situaciones que condicionan el ejercicio efectivo y la protección de sus derechos. Es inmensa la brecha existente entre decidir por las "mujeres sometidas", y garantizar las condiciones para que esas personas decidan por sí mismas. Quienes proponen estas respuestas deberían comprender esta diferencia.

La crítica analizada parte de una perspectiva claramente "victimizante". La mujer agredida es una "víctima" y, de modo ineludible, no podrá afrontar el poder masculino. La mujer victimizada, en consecuencia, es, *inevitablemente*, un sujeto no autónomo, esto es, la contra cara del concepto de sujeto definido por el liberalismo. Se cristaliza a la mujer en el papel de víctima, de modo similar -aunque opuesto- al de la perspectiva "culpabilizante".

Es precisamente por la existencia de las relaciones de desigualdad que *deben existir* salidas alternativas para la mujer agredida que no desee soportar el tratamiento penal coercitivo que los partidarios del modelo represivo pretenden imponerle, adjudicándose *unilateralmente* la misión de "representar" intereses ajenos, sin que nadie se lo solicite. Tales circunstancias deben ser tomadas en cuenta para tratar de que, en la búsqueda de una respuesta, se garantice que la víctima sea escuchada y

CHAHER, *La ley posible*, ps. 3 y s. La autora citada ha tergiversado nuestra opinión. Todas nuestras críticas hacia las propuestas de carácter represivo -que acuden de manera irresponsable al derecho penal-, son formuladas desde el punto de vista de su imposibilidad intrínseca para proteger los derechos de las mujeres, precisamente, a partir del *reconocimiento* de esa relación de desigualdad.

atendida. Por ello, se deben propiciar mecanismos de participación que neutralicen las desventajas de la mujer agredida. Cuando ello no resulte posible, se debe reconocer que la víctima debe tener la posibilidad de optar por la clausura del tratamiento penal del caso, precisamente, ante la imposibilidad de intervenir en el procedimiento en pie de igualdad con el agresor, pues es ésa situación que le provocará mayores daños que los ya sufridos. Es por ello que otras autoras han señalado, correctamente:

"La solidaridad, el compromiso afectivo, el deseo de protección e incluso el deseo de garantizar una experiencia positiva de justicia - sentimientos y objetivos plenamente valiosos- no deben deslizarse, sin embargo, hacia una suerte de 'expropiación' del lugar de la víctima... Algunas veces la imperiosa necesidad de tomar distancia de la experiencia conspira contra cualquier reclamo de justicia, sobre todo entendido como reconocimiento público. Es decir que lo que puede ser imprescindible *para algunas*, puede ser rotundamente rechazado *por otras*. Creemos que también en estos casos *es necesario escuchar, comprender, respetar la decisión*. Yo no sé hasta qué punto se trata de elecciones 'libres', pero muy probablemente sean la mejor opción que la víctima encuentra para preservarse de otros sufrimientos. *Tenemos que tener cuidado de no invertir la lógica de la situación: la sociedad y las instituciones tienen que tener respuestas para responder a las demandas de justicia de las mujeres violadas, lo cual no significa que tengamos que forzar o presionar a estas mujeres para que reclamen justicia si no quieren hacerlo*"?

## 11. LA INEFECTIVIDAD DEL SISTEMA REPRESIVO

y volvemos, entonces, a las garantías y derechos individuales, tanto de mujeres como de hombres. La otra objeción ya ha quedado expuesta: ¿por qué entender que sólo las mujeres se hallan expuestas al riesgo del Estado de Derecho?

Martín ABREGÚ, comentario al libro *La voz tutelada. Violación y voyeurismo*.

RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, ps. 55 y s. (destacado agregado). Se agrega: "oo. La demanda de justicia es más amplia que la exigencia de una condena. Para algunas mujeres, el castigo del culpable puede ser el único objetivo válido en cuanto a la reparación. Otras mujeres que desean iniciar el camino jurídico institucional saben, intuyen o sospechan que no será fácil obtener una sentencia. Sin embargo, su necesidad de justicia abarca muchos otros aspectos, que pueden resumirse en la aspiración a recibir un trato digno desde el momento en que se realiza la denuncia y durante el proceso judicial" (p. 56).

## n. 1. La esperanza textual

A pesar del reconocimiento de la incapacidad intrínseca del modelo represivo para afrontar el problema de las agresiones sexuales<sup>8</sup>, los propulsores de esta nueva legislación, bajo una pretendida neutralidad teñida de objetivismo científico, ignoran los datos de la realidad e imponen sus propias concepciones personales, de manera absolutamente irresponsable. Marcela RODRÍGUEZ, por ejemplo, justifica el Proyecto aprobado en Diputados del siguiente modo:

"A modo de conclusión, podemos destacar que si bien el proyecto presenta algunas falencias y dista de ser el proyecto ideal desde una *perspectiva feminista*, constituye un significativo avance en cuanto a la reconceptualización y el *tratamiento* de estos delitos"<sup>9</sup>.

La diputada CARRIÓ, en sentido coincidente, señala:

"Lo más importante es el cambio semiótica, la redefinición que se hizo desde el lugar de la víctima ... Pero es importante que haya habido un cambio, porque esta ley impide y la otra facilitaba. En adelante, inclusive, podremos evaluar la realización de juicios políticos a jueces por aplicaciones machistas de la ley, cosa que antes era imposible. .

De esta manera, RODRÍGUEZ, luego de autoadjudicarse la representación de todo el "movimiento feminista", afirma, sin fundamento alguno, que las *prácticas* cotidianas de la justicia penal, frente al simple cambio del texto legal, darán un *tratamiento* "significativamente" mejor a este tipo de delitos. Es un hecho innegable y harto conocido que el texto legal derogado no se aplicaba ni siquiera en los casos en que correspondía hacerlo. Ha sido la *práctica jurídica* la que excluyó la

Incluso CHETER, una de las más acérrimas defensoras de este modelo, reconoce la distancia entre el texto legal y la práctica judicial y, también, los efectos negativos del aumento de las penas, que aumentan la tendencia de los jueces a descreer de la versión de la mujer agredida

<sup>8</sup> (d. CHETER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 4).

RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 13 (destacado agregado). <sup>10</sup> CHAHER, *La ley posible*, p. 2.

## LA COMPOSICIÓN COMO REPARACIÓN EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL

agresión sexual del marido del ámbito de lo prohibido por el art. 119, sin justificación alguna<sup>11</sup>.

¿Cómo explicar que los mismos tribunales exigieran la resistencia tenaz de la víctima próxima a ser violada para demostrar su falta de consentimiento, si el art. 119 derogado, incluía el "acceso carnal" logrado mediante el uso de "fuerza o intimidación" (inc. 3), y no requieran la efectiva "violencia física en las personas" cuando se trata del robo? El art. 164, CP, al regular el robo, ha excluido expresamente el supuesto de "intimidación". Sin embargo, la *aplicación práctica* de ambas figuras suele realizarse como si las exigencias de cada una de ellas fueran las que pertenecen a la otra<sup>12</sup>.

¿Cuántos *jueces* -CARRIÓ deja de lado la referencia a "juezas/jueces" en este punto, como si la aplicación sexista del derecho fuera patrimonio exclusivo del género masculino- han sido sometidos a juicio político por aplicación discriminatoria de la ley? ¿De qué norma jurídica vigente surge que antes de la entrada en vigor de esta nueva ley era imposible someterlos a juicio político por el motivo invocado? ¿Qué magnitud de poder le asigna a la ley la diputada, cuando afirma que la nueva ley "impide", mientras la otra "facilitaba"?

El nuevo texto legal, si bien ha redefinido las agresiones sexuales, no ha alterado en lo más mínimo las causas que determinan el tratamiento discriminatorio de las mujeres victimizadas. Ni siquiera se ha intentado

<sup>11</sup> El texto del art. 119 derogado no calificaba al autor de la figura de violación prevista en los incisos 2 y 3. De allí que no exista fundamento alguno para afirmar que el marido no podía ser sujeto activo de este delito. Por lo demás, la definición del sujeto pasivo, respecto de las mujeres, sólo exigía que se tratara de una mujer de doce o más años de edad, sin excluir de ese grupo a la esposa del sujeto activo. La práctica criticada, por otra parte, no puede ser sostenida en la actualidad, especialmente desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, en el cual el principio de no discriminación tiene una importancia fundamental. Sobre el derecho internacional de los derechos humanos, y sobre las ventajas de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, d. RODRÍGUEZ, *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*. Esta Convención fue aprobada a través de la ley nacional 24.632 (1996), Y entró en vigor para el Estado Argentino el 5 de julio de 1996 (d. PINTO, *Temas de derechos humanos*, p. 184).

<sup>12</sup> Tales prácticas no dependen del texto legal sino, en todo caso, del arraigado carácter sexista de las decisiones judiciales, fundadas en premisas implícitas cargadas de estereotipos y valoraciones culturales tan ilegítimas como discriminatorias (d. CUGAT, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, p. 83).



considerar mecanismos capaces de reducir, eliminar o tornar inocuos los múltiples elementos que intervienen en el proceso de revictimización del procedimiento penal.

El injustificado optimismo de RODRÍGUEZ acerca de un mejor "tratamiento" de los delitos sexuales fue acompañado, con la misma ausencia de elementos probatorios, del pronóstico del fracaso del mecanismo del avenimiento. Se afirma que saben -no queda claro a quién se refiere el verbo "sabemos"- "que nuestros tribunales no están en condiciones de garantizar el cumplimiento de estos requisitos", y que el mecanismo compositivo del art. 15 [se refiere al de la ley modificatoria, incorporado como 132] "representa una formulación modernizada de la concepción fundante de la vieja norma [el art. 132, CP], merecedora de iguales críticas"<sup>13</sup>. Además, se asegura que los acuerdos previstos en la disposición representarán una nueva vejación y que no satisfarán "las expectativas de reparación de las mujeres violadas",<sup>14</sup>. Por supuesto, no se menciona ningún dato objetivo que permita fundar tales predicciones<sup>15</sup>.

## 11. 2. Los datos de la realidad

El optimismo de los defensores vernáculos del modelo represivo resulta, al menos, irresponsable, al ignorar obstinadamente los resultados de diversas experiencias, verificables empíricamente, que han llevado a rechazar ese mismo modelo. Muchas feministas han señalado que es un hecho cierto que la definición de nuevas figuras penales, en la práctica, no ha servido para proteger a las mujeres<sup>16</sup>. LARRAURI señala, por ejemplo, que la reforma legal española de 1989 incluyó como delitos los actos de violencia doméstica y la falta de pago de pensiones:

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, p. 12.

<sup>14</sup> CHETER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 5.

<sup>15</sup> No pretendemos afirmar lo contrario, pero sí cuestionar la falta de elementos objetivos que apoyen las tajantes conclusiones de las autoras citadas.

<sup>16</sup> Si bien no parece demasiado confiable aplicar conclusiones derivadas de investigaciones empíricas sobre el funcionamiento real de la justicia penal de otros países -v. gr., países europeos-, en este caso, como sucede con varias características estructurales del sistema de administración de justicia penal del Estado moderno, los hallazgos empíricos producidos en un país resultan, al menos genéricamente, aplicable a otros países del mismo ámbito cultural.

"Sin embargo, el problema, como era de prever, está siendo la ausencia de aplicación de estas normas legales ...

La modificación legal ocurrida en 1989 debiera contribuir al escepticismo respecto al recurso al derecho penal, cuando se constata que más derecho penal no es sinónimo de una mayor aplicación y de una mayor protección. Lo paradójico es que la respuesta de algún sector feminista siga siendo «más de lo mismo,»<sup>17</sup>.

Investigadores españoles y extranjeros dudan de la eficacia del derecho penal, no sólo porque las instituciones legales pretenden preservar el orden familiar sino, además, porque no atienden a las necesidades primordiales de las mujeres -exclusión del hogar de la pareja u obtención de vivienda propia y protección-<sup>18</sup>. En este sentido, se considera primordial la construcción jurídica del concepto del ámbito de lo "privado":

"La protección de la 'privacidad' a través de la legislación, la vida confinada al ámbito de lo 'privado' hace que el área de las relaciones familiares se transforme en un lugar de arbitrio y violencia contra los más débiles: mujeres y niños"<sup>19</sup>.

También la experiencia holandesa ha arrojado los mismos resultados: **hasta acá**

"El Comité Melai afirmó que el sistema penal sólo puede jugar un rol menor en la lucha contra la violencia sexual, opinión compartida entonces por el Ministerio de Justicia ...

El sistema penal no es un adecuado punto de partida para tal lucha. En términos claros: la razón de la existencia del sistema penal es la preservación del derecho y del orden ... La posición subordinada de las mujeres está enclavada en las instituciones, que a su vez determinan la socialización de los individuos y con esto se crea una especie de efecto circular"<sup>20</sup>.

17 LARRAURI, *Control formal: ... ¡el derecho penal de la; mujere;*; p. 99.

18 Cf. LARRAURI, *Control formal: ... y el derecho penal de la; mujere;*; p. 100.

19 LARRANDART, *El control social de la mujery una interrogante de; de el punto de vista de la criminología*, p. 26.

20 BEIJERSEY KOOL, *La tentación de! ; sistema penal: ¿apariencias engaño; as? El movimiento de mujere;* holandés, *la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, ps. 158 y siguiente.

El fracaso de la reforma penal holandesa se atribuye a dos razones. Primero, se admite que "la demanda del movimiento de mujeres de criminalizar la violencia sexual ha sido satisfecha de forma inadecuada ... la violencia sexual es todavía entendida de forma muy limitada"<sup>21</sup>. Ello significa que el proceso de criminalización primaria -la definición normativa del hecho punible- de las agresiones sexuales parece no haber satisfecho completamente a diversas integrantes del movimiento feminista.

La segunda razón del fracaso, más determinante, se vincula con la criminalización secundaria -la manera en que se aplica prácticamente la ley penal referida a las agresiones sexuales en los casos concretos- Se señala que "la realidad de la vida cotidiana de las mujeres en relación con la violencia sexual no ha cambiado mucho en los últimos diez años"<sup>22</sup>. La distancia entre la criminalización secundaria y el plan político-criminal plasmado en la criminalización primaria subsiste, respecto de las agresiones sexuales, por condicionamientos ajenos al contenido del texto legal:

"El componente político cultural es un factor que no debe dejarse de lado en el análisis del fenómeno jurídico y, desde este punto de vista, sería erróneo creer que las leyes son neutrales y se dirigen por igual a hombres y mujeres. El análisis que se haga de cualquier cuerpo normativo no puede ser ajeno a la consideración de estos factores y, por ende, la labor de denuncia y puesta en evidencia de ese carácter androcéntrico tiene como finalidad desarrollar un alto grado de concientización, tanto en la población femenina como en la masculina, en procura de una interpretación correcta de las normas y de una transformación democratizadora del derecho. El problema no está en el contenido abstracto de los conceptos, sino en el significado que los hombres les dan a esos valores.

Aquí reside la mayor irracionalidad de la nueva legislación. Ésta se limita a dar un nuevo contenido a las figuras legales que *parece* representar, hasta cierto punto, un avance sustantivo. Sin embargo, los

21 BEIJERSEY KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 160.

22 BEIJERSEY KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 161.

23 SÁNCHEZ ROMERO, *La mujer en el proceso penal*, p. 405.

legisladores ni siquiera han tenido en cuenta la *inmensa diferencia* entre la criminalización primaria y secundaria que existe, especialmente, en este tipo de delitos. Además de la selección criminalizante, la justicia penal realiza, por otro lado, una selección *victimizante* que, en el caso de los delitos sexuales, se caracteriza por no asignar el estatus de víctima a la gran mayoría de las mujeres que han sufrido una agresión sexual.

Más allá de la verificada imposibilidad de que la justicia penal trate todos los hechos definidos como delictivos<sup>25</sup>, su principal problema consiste en la *irracionalidad* con la que selecciona los escasos comportamientos que criminalizará efectivamente. La selección resulta, en los hechos, independiente de la magnitud del daño causado y de la gravedad de las infracciones<sup>26</sup>.

El proceso de criminalización secundaria es especialmente crucial en el tratamiento de las agresiones sexuales. La exigencia de instancia privada, el maltrato que recibe la víctima de la justicia penal y, además, la sistemática impunidad garantizada a los agresores, reducen a proporciones insignificantes la tasa de denuncias y de condenas. Por ello, más allá de la necesaria re definición de la ley sustantiva, resulta imprescindible prever y regular los mecanismos necesarios para atacar el grave problema de la resistencia sistemática a criminalizar los comportamientos de violencia sexual que manifiestan los operadores de la justicia penal<sup>27</sup>. Se ha señalado, en cuanto a la criminalización secundaria de los delitos sexuales, que:

"Según los países, se denuncian una de cada diez o veinte violaciones (la mayoría de las cuales corresponden a mujeres menores de edad). Y se condena a menos del 10 % de los acusados (en general, a los confesos)"<sup>28</sup>.

24 Cf. ZAFFARONI, *La mujer y el poder punitivo*, p. 56.

25 Cf. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ps. 101 y siguientes.

26 Se sostiene que la variable más importante para ser criminalizado consiste en la posición ocupada por las personas en la escala social (d. BARATTA, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, ps. 168, 171 Y s., Y 185 Y ss.).

27 Una detallada y acertada descripción crítica de las razones que determinan la política de impunidad que se aplica a los hechos de violencia sexual en BEIJERSEY KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, ps. 144 y siguientes.

28 HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 20.

Sin atender al problema con un enfoque más amplio, abarcador e integral, sólo tendremos más de lo mismo, esto es, una protección legal ficticia. La única diferencia del nuevo modelo represivo no se vincula a una mayor grado de protección de las víctimas, sino, exclusivamente, al *hecho cierto* de que agrava la situación del imputado, pues permitirá que *excepcionalmente* se aplique rigurosamente una ley que vulnera principios fundamentales del Estado de derecho. Ignorar estos graves problemas no sólo es un acto de considerable *irresponsabilidad política* sino, además y especialmente, es una *opción expresa* por mantener el absoluto estado de desprotección de las mujeres agredidas sexualmente.

La pregunta clave es, entonces, si resulta adecuado que las personas discriminadas puedan recurrir al derecho penal, esto es, al mismo poder que las somete<sup>29</sup>:

Por esto, si las mujeres, confiando en las declaraciones políticas, deciden cooperar con el gobierno y escoger el sistema penal como un aliado en la lucha contra la violencia sexual, se encontrarán al final en un callejón sin salida<sup>30</sup>.

### III. LA OBJETIVACIÓN DE LA VÍCTIMA

... se denuncian una de cada diez o veinte violaciones (la mayoría de las cuales corresponden a mujeres menores de edad). Y se condena a menos del 10 % de los acusados (en general, a los confesos). Sin embargo, mejorar la situación no implica, ante todo, corregir estos guarismos. Antes sería mejor escuchar a las víctimas sin desconfiar de ellas. Luego, abstenerse de indicarles los caminos para su redención. En estos temas son obligatorias la humildad y la cautela.

Inés HERCOVICH. *El enigma sexual de la violación*.

El proceso de *objetivación* del conflicto, en este contexto, es *reafirmado* por las mismas *feministas* -por algunas de ellas-, que se arrogan el

29 Cf. ZAFFARONI, *La mujer y el poder punitivo*, ps. 59 y siguiente.

30 BEIJERSEY KOOL, *La tentación del sistema penal: ¿apariciencias engañosas? El movimiento de mujeres holandes, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, p. 162.

derecho de decidir lo mejor para todo el colectivo del género femenino. Esta pretendida "representación", al abarcar a todas las mujeres, permite que se definan las necesidades, expectativas y deseos de todas las mujeres de modo harto simplista, como si cada una de ellas reaccionara de idéntica manera frente a una agresión sexual. Así, en una serie ininterrumpida de generalizaciones sin fisuras ni excepciones, se señala dogmáticamente:

"¿ Qué demandan realmente *las mujeres*? Castigo a los culpables, seguramente, pero no necesariamente venganza y penas más severas.

La primera demanda de *las mujeres* es la de solidaridad que incluye el derecho a ser creídas mientras no hay razón fundada para desconfiar y descreer de sus relatos ...

Más que el castigo al agresor lo que *las mujeres* quieren es que su verdad se convierta en verdad jurídica, en verdad autorizada y legitimada. Se trata en primer lugar de recuperar la propia estima que se ve afectada frente a las respuestas de descreimiento y desconfianza"<sup>31</sup>.

La autora, con un estilo casi inocente, se apropia de las voces de *todas* las mujeres, como si cada una de ellas, ineludiblemente, reaccionara del mismo modo, expresando idénticas expectativas. Sin proporcionar justificación alguna, CHEJTER decide *personalmente* sobre las necesidades de *todas* las integrantes de la mitad de la humanidad. En el camino, se "olvida" del significativo detalle de que las agresiones sexuales, como ella misma lo admite, raramente son denunciadas<sup>32</sup>. En consecuencia, agrega contradictoriamente: " ... creemos que el recurso a la Justicia no debería ser deshechado ... porque apelar a la Justicia en algunas ocasiones cumple su función reparadora y porque *las mujeres en forma individual apelan a ella* y también lo hace el movimiento de mujeres, como una reacción espontánea de defensa y recuperación de la propia dignidad"<sup>33</sup>.

31 CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 4 (destacado agregado).

32 "Ni todas, ni siempre las mujeres violadas recurren a la Justicia. Algunas denuncian.

Sabemos que son las menos. Puede haber muchas razones para presentar una denuncia, hay también muchas razones para no hacerla" (CHEJTER, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, p. 1).

33 CHAHER, *La ley posible*, p. 4.

Del mismo modo que el derecho penal objetiva a la víctima a través del concepto de bien jurídico -escindiendo el objeto de protección de su concreto portador-, estas posturas definen un estereotipo objetivo de víctima que, casualmente, "desea" la misma solución propuesta por quien "representa" a esa víctima, que sólo existe en la imaginación de la pretendida "representante" del colectivo femenino. Se genera, nuevamente, un mecanismo que permite ignorar los deseos de la víctima y, paradójicamente, ello sucede invocando la protección de esa misma víctima cuyas necesidades concretas son ignoradas. Feministas más sensatas describen esta tendencia en los términos siguientes:

"La promulgación de leyes penales o el espíritu de las reformas, siguen insistiendo en su carácter protector y en el incremento de sanciones, persistiendo en la errónea creencia que la represión penal constituye el solo mecanismo para controlar determinadas conductas y resolver los problemas sociales .

... esto explica que la atención del problema se centre sobre el delincuente como foco de atención e intervención del Estado, dejando sin atención alguna a la víctima"<sup>34</sup>.

Desde esta perspectiva, mucho más rica y compleja que la criticada, se reconoce que "el término Mujer no es simplemente una idea patriarcal y que la imagen de mujeres que el feminismo(s) invoca(n) es posiblemente la Mujer construida por el discurso(s) feminista ... El feminismo *no representa* a las mujeres"<sup>35</sup>. Al mismo tiempo, se advierte que el derecho es autor parcial de esa categoría Mujer<sup>36</sup>. En consecuencia, se propone:

"Es esta mujer del discurso jurídico la que el feminismo debe continuar des construyendo, pero *sin crear una Mujer normativa* que reimponga una homogeneidad que frecuentemente acaba siendo privilegio de las blancas"<sup>37</sup>.

Este enfoque represivo crea una "Mujer normativa" que, del mismo modo que el discurso jurídico-penal, reimpone una homogeneidad

34 ANTONY, *Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva del género*, p. 24.

35 SMART, *La mujer del discurso jurídico*, p. 179 (destacado agregado). 36 Cf. SMART, *La mujer del discurso jurídico*, ps. 180 y 186.

37 SMART, *La mujer del discurso jurídico*, ps. 186 y s. (destacado agregado).

ficticia. La creación de esta "Mujer normativa", al homogeneizar las necesidades y expectativas de todas las mujeres, representa un *presupuesto necesario* del modelo represivo. Solo si fuera cierto que todas las mujeres agredidas sexualmente tienen las mismas necesidades, entonces -y sólo así resultaría posible afirmar que todos los casos merecen el mismo tratamiento.

La formulación de esta propuesta estandarizada se torna evidente si atendemos a las críticas que sus partidarios formulan al mecanismo del avenimiento. RODRÍGUEZ afirma que este instituto es "el que merece más serias críticas" y que sus efectos son "reprobable[s] de modo *absoluto*"<sup>38</sup>. ROZANSKY agrega que el mecanismo conciliatorio constituye un "juicio de valor. .. notoriamente desvalorizante de *las víctimas*" que implica, en la práctica, "un retroceso importante en la lucha por disminuir y algún día eliminar la violencia contra la mujer"<sup>39</sup>.

En este contexto, por lo tanto, el castigo se propone de manera necesaria como *única* respuesta posible para *todos* los casos. La propuesta, en conclusión, no sólo justifica la persecución penal pública obligatoria de los delitos sexuales, sino que, también, le ahorra al Estado la necesidad de dar razones legítimas que funden su intervención represiva.

#### IV. UN MODELO ABIERTO

... Hacer justicia es ofrecerse a quien pide ayuda para encontrarle sentido a la vejación que vivió. No reducir sus palabras a lo que se sabía antes de escucharlas. No especular con ellas en busca del provecho propio, así esté éste enrolado en causas nobles. Hace justicia la persona que acepta aprender de otra. Quien no la escucha parado en la puerta sino que la invita a pasar a la sala, arrellanarse en el sillón más cómodo, mientras ella misma se acomoda para resistir el dolor que le inflija el dolor ajeno. Cada violación es un enigma a deverlar con su protagonista. Ésta es la ética a tener con las víctimas. La única manera de no obligarlas a someterse

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ, *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, ps. 12 y s. (destacado agregado). <sup>39</sup> ROZANSKY, *El avenimiento de la mujer violada*, ps. 16 y s. (destacado agregado).



nuevamente y de no reproducir la violencia vivida haciéndoles "desempeñar papeles en los que no se encuentran; traicionar, no sólo compromisos, sino su propia sustancia ... "

Entre tanto, aprendan las mujeres ... a desconfiar de las viejas versiones que las hacen "víctimas" o "culpables" ... Aprendan las mujeres ultrajadas a escuchar "su propia historia" de modo de acabar con la tiranía del estigma que las hace perderse a sí mismas entre la impotencia y la culpa.

Inés HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*.

y llegamos, finalmente, a la cuestión más conflictiva: la necesidad de generar mecanismos que protejan realmente a las mujeres de las agresiones sexuales. Muchas personas, preocupadas sinceramente por esta cuestión, quizá esperan del derecho penal mucho más de lo que éste puede dar.

Se trata de la necesidad de "construir" un "modelo para armar", es decir, de establecer mecanismos legales que garanticen que la víctima sea escuchada -si es que desea ser escuchada- y que sus necesidades legítimas sean atendidas. Lo único que puede aportar el derecho en este ámbito, es, precisamente, un modelo abierto.

La evidencia empírica indica que, aun en el mejor de los casos, las mujeres se abstienen de acudir a la justicia penal. La experiencia concreta del Estado de Michigan, en los EE.UU., confirma esta hipótesis. La significativa reforma de la Ley de Conducta Sexual Delictiva de Michigan (*Criminal Sexual Conduct Act*), en este sentido, arrojó resultados claros. La reforma de aspectos sustantivos y procesales de la legislación produjo un incremento considerable de sentencias condenatorias impuestas a autores de agresiones sexuales, y mejoró sustancialmente el trato que la justicia penal proporcionó a las víctimas. Sin embargo, no tuvo efectos apreciables en cantidad de hechos denunciados<sup>40</sup>.

La conclusión parece clara, aun en las mejores condiciones "posibles", las víctimas siguen sin confiar en el tratamiento exclusivamente penal de las agresiones sexuales. Más allá de ello, lo cierto es que no sólo

40 Cf. TEMKIN, *Women, Rape and Law Reform*, ps. 28 y siguiente.

la justicia penal maltrata a la víctima<sup>41</sup>. Sin embargo, el enfoque del derecho penal es, quizá, el marco más propicio para que ese maltrato resulte exacerbado.

Así, las propias feministas reconocen la imposibilidad de decidir *a priori* una solución dada. La experiencia de trabajar con mujeres agredidas sexualmente ha provocado las siguientes reflexiones:

"No todas las mujeres manifiestan abiertamente este reclamo. A veces el pedido de justicia coexiste y se mezcla con otras preocupaciones que pueden aparecer como más urgentes o apremiantes, sobre todo las dudas y temores acerca de las posibles consecuencias físicas, psicológicas o sociales (por ejemplo: contarle o no a la familia o a la pareja, temor al embarazo o al contagio de ETS, preocupación acerca del impacto sobre la vida sexual)"<sup>42</sup>.

En este contexto, se sugiere, para poder dar diferentes respuestas frente a necesidades también diferentes, el uso del término "reparación", que pretende abarcarla amplia gama de soluciones que pueden instrumentarse:

"Aunque no se puede generalizar, lo que nosotras vemos es que, en gran parte de los casos, antes o después, en menor o mayor grado, las mujeres víctimas de violación tienen conciencia de haber estado sometidas contra su voluntad y sus deseos a una situación lesiva o injusta, ejercida por alguien que es responsable de la agresión y, por tanto, sienten que pueden -y en algunos casos que pueden y deben- aspirar legítimamente a una *reparación*...

Lo que también hemos podido observar en los numerosos relatos que hemos escuchado es que *los caminos de la reparación son variados y singulares*. Algunas mujeres son capaces de autoreparación (a través de la elaboración intrapsíquica o a través de actos y ritos con

<sup>41</sup> Una víctima de tentativa de violación, que sufrió las consecuencias de la mirada culpabilizante, relató: "yo sufrí de muchas maneras: el ataque en sí mismo, los reproches de mi padre, la incompreensión de mi novio, la represalia de mis empleadores, el descreimiento en la comisaría, la indiferencia del juez. A mí este hecho me marcó; yo quiero saber qué le pasó al agresor. En qué medida lo marcó a él. Yo sé de qué manera muchas personas actuaron conmigo después de este episodio. Yo quiero saber cómo actuaron con él; cómo lo trató a él la sociedad" (RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 51).

<sup>42</sup> RUFFA, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, ps. 51 y siguiente.

fuerte contenido simbólico); para otras puede ser reparatorio el apoyo, la comprensión y la valoración de personas significativas; para otras todas estas formas pueden ser útiles pero no suficientes y necesitarán señales visibles de reparación institucionales y públicas (castigo o repudio social al violador, indemnizaciones, trascendencia mediática, etc.)<sup>43</sup>.

Si se pretende, entonces, atender a estas necesidades, sin caer en abstracciones sobre lo que necesitan "las mujeres", es necesario generar mecanismos que permitan escuchar a cada una de las personas agredidas sexualmente, para atender a sus intereses concretos, sin imponerles salidas que, además de resultar ajenas a su propia voluntad, podrían no coincidir -e incluso, oponerse- con sus legítimos intereses y necesidades.

## VI. 2. El marco legal reparatorio

La tendencia actual -que no limita a mecanismos conciliatorios alternativos a las medidas represivas al ámbito particular de las agresiones sexuales- expresa una fuerte apuesta al reemplazo de la sanción punitiva a través de diferentes métodos de soluciones compositivas, esto es, acuerdos entre las diversas partes que fueron protagonistas del hecho considerado delictivo. Entre ellos, se destacan mecanismos como el instituto de la "conciliación" regulado en el nuevo CPP Costa Rica (art. 36).

La fórmula de la conciliación del modelo costarricense es, también, un "modelo para armar". Nada dicen las normas vigentes sobre el contenido del acuerdo conciliatorio. La regla citada no sólo incentiva al tribunal a provocar la salida conciliatoria -con excepción del caso de los delitos sexuales, en los cuales el mecanismo formal que enmarca el proceso conciliatorio sólo opera a solicitud de la víctima-, sino que, además, limita estrictamente las circunstancias que aquél puede tener en cuenta para no homologar la conciliación<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Ru FF A. *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, p. 52 (destacado agregado).

<sup>44</sup> "...cuando tenga fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no está en condiciones de igualdad para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza".

La mayor ventaja de la legislación costarricense consiste en que no requiere ningún tipo de requisito formal o material en cuanto al contenido del acuerdo conciliatorio. Sólo en un marco que permita esta amplitud, si los operadores jurídicos se toman en serio su deber de fomentar las conciliaciones equitativamente para ambas partes, será posible trabajar junto a las personas que han sido agredidas sexualmente para tratar de buscar la solución, respuesta o medida que más se adecue a las necesidades del caso concreto.

En conclusión, un mecanismo de estas características puede, bajo ciertas condiciones, resultar más idóneo para atender las necesidades de la víctima. Ello pues no predetermina el contenido de la posible solución del caso. Por supuesto, no pretendemos afirmar que este mecanismo, por su sola existencia, permitirá un tratamiento adecuado de las mujeres victimizadas. Para ello resultará esencial, además, que tanto el Estado -v. gr., Oficinas de Asistencia y Protección de la Víctima- como la comunidad -v. gr., asociaciones de mujeres- intervengan activamente para garantizar la protección efectiva de la víctima.

### VI. 3. El restringido mecanismo del art 132

1. El nuevo texto del art. 132 del Código Penal regula un nuevo mecanismo que reemplazó al arcaico art. 132, mecanismo compositivo absolutamente adecuado al régimen legal de los delitos contra la "honestidad" según la percepción del momento histórico en el cual entró en vigencia.

Este mecanismo tiene algunos problemas pero también presenta ciertos aspectos positivos. En primer lugar, permite a ciertas víctimas, debidamente asesoradas, arribar a una solución negociada con el imputado bajo ciertas circunstancias, sujeta a la aprobación judicial que, conforme al texto de la norma, reviste carácter excepcional. En segundo término, arribar a un "avenimiento" no significa, en principio, ninguna solución determinada, sólo se trata de establecer un acuerdo que permita evitar el tratamiento penal del caso pero que puede ser mucho más provechoso para la víctima. Por último, el tribunal tiene la posibilidad de clausurar definitivamente la persecución penal por extinción de la acción penal, como también someter al imputado al régimen de la suspensión del procedimiento penal a prueba, con lo cual cuenta con más posibilidades de garantizar la protección de la mujer agredida.

Los problemas, sin embargo, son, por un lado, el *carácter restringido* del mecanismo y la excesiva *discrecionalidad* concedida al juez para decidir su aplicabilidad al caso concreto. La *exigencia* de la *relación afectiva previa*, por otra parte, tiende a reforzar el concepto de violación considerado como expresión típica de agresión sexual: persona desconocida, agresión sorpresiva y violenta. El texto dispone:

"En los delitos previstos en los artículos 119, 1º, 2º, 3º párrafos, 120, 1º párrafo y 130 la víctima podrá instar el ejercicio de la acción penal pública con el asesoramiento o representación de instituciones oficiales o privadas sin fines de lucro de protección o ayuda a las víctimas. Si ella fuere mayor de dieciséis años podrá proponer un avenimiento con el imputado. El tribunal podrá excepcionalmente aceptar la propuesta que haya sido libremente formulada y en condiciones de plena igualdad, cuando, en consideración a la especial y comprobada relación afectiva preexistente, considere que es un modo más equitativo de armonizar el conflicto con mejor resguardo del interés de la víctima. En tal caso la acción penal quedará extinguida; o en el mismo supuesto también podrá disponer la aplicación al caso de lo dispuesto por los artículos 76 ter y 76 quater del Código Penal".

En nuestra opinión, lo criticable del mecanismo compositivo previsto en el artículo 132 analizado es la excesiva reducción de su ámbito de aplicación, esto es, las restricciones que se han regulado para limitar el mecanismo a determinado grupo de casos y, además, que aun para este grupo de casos se considere como un mecanismo excepcional. Y ello no debido a un problema de carácter "técnico" o "científico", sino, exclusivamente, porque consideramos *désvalioso* que se excluya a ciertas personas de acudir a un mecanismo legal que, bajo ciertas circunstancias, puede resultarle adecuado para atender a sus legítimos intereses.

n. También se critica al mecanismo del nuevo artículo 132 por el hecho de que éste ignora la existencia de situaciones de desigualdad entre víctima y victimario, o las presiones que se instalan sobre toda mujer que pretenda recurrir a la justicia penal.

Este argumento, en apariencia razonable, presenta diversos problemas. En primer lugar, parte de una perspectiva claramente "victimizante". La mujer agredida es una víctima y/ de modo ineludible, no puede afrontar el poder masculino que la ha victimizado. De esta manera, se cristaliza a la mujer en el papel de víctima, de modo similar -aunque opuesto- al de la perspectiva "culpabilizante".

Además, es precisamente por la existencia de las relaciones de desigualdad o las presiones señaladas que deben existir salidas alternativas para la mujer agredida que no quiere soportar el tratamiento penal coercitivo que los partidarios del modelo represivo pretenden imponerle a toda costa. Tales circunstancias deben ser tomadas en cuenta/ por supuesto, para tratar de que, en la búsqueda de toda salida reparatoria, se garantice que la víctima sea escuchada y atendida. Por ello, se deben propiciar mecanismos de participación que neutralicen las desventajas de la mujer agredida. Ahora bien, cuando ello no resulte posible, también se debe reconocer que la víctima puede optar por la clausura del tratamiento penal del caso, precisamente, ante la imposibilidad de intervenir en el procedimiento en pie de igualdad con el agresor, pues es ésta situación la que le provocará mayores daños que los ya sufridos.

#### **VI. 4. La necesidad del modelo abierto**

Si es cierto, como hemos tratado de demostrar, que el modelo represivo de persecución penal pública como única respuesta frente a las agresiones sexuales, en realidad, deja completamente desprotegida a la víctima, por la impunidad que garantiza a los agresores, por el maltrato que recibe la víctima por parte de los operadores de la justicia penal, y por la falta de toda respuesta dirigida a atender sus necesidades, se torna ineludible buscar mecanismos alternativos. Ello no implica, en modo alguno, eliminar la respuesta represiva, sino, solamente, que esta última sea solo una de las varias opciones posibles que la administración de justicia penal ponga a disposición de la persona que ha sufrido una agresión sexual.

Un mecanismo compositivo es, en realidad, un modelo que, en lo fundamental, no busca la aplicación de una respuesta represiva que depende de la voluntad de un órgano estatal, sino, por el contrario,

cualquier solución -dentro del marco de lo lícito- que satisfaga los intereses concretos de la víctima y permita, al mismo tiempo, una rápida disposición del caso. El éxito de todo modelo compositivo dependerá, en gran medida, del grado de poder negociador que detente la víctima en el caso concreto. En aquellos casos en que tal poder sea reducido, y suceda lo contrario con el agresor, el principal deber de los órganos de la justicia penal que intervengan en el procedimiento consistirá en brindar apoyo a la víctima de modo tal de nivelar la fuerza de las partes.

No debe identificarse composición con el pago de una suma de dinero -v. gr., indemnización de daños y perjuicios-, pues el objeto del acuerdo conciliatorio puede consistir en todo tipo de prestaciones, dentro del marco de lo legalmente permitido. Así, por ejemplo, puede ser que la víctima pretenda un reconocimiento de responsabilidad del autor del hecho, con valor jurídico, y el cumplimiento de ciertas obligaciones adicionales -v. gr., exclusión del hogar en caso de convivientes; sometimiento a una terapia; reparación económica que permita afrontar, entre otros gastos, un tratamiento terapéutico, etc.-.

Ahora bien, es necesario garantizar que un mecanismo de este tipo, fundado en una racionalidad completamente opuesta a la del modelo represivo, funcione de manera acorde con los fines para los cuales ha sido creado. En este sentido, MATHIESEN señala que es "un error estratégico proponer alternativas positivas para las instituciones y prácticas represivas existentes, ya que si dichas propuestas fueran a implementarse en la estructura social existente, se verían inevitablemente atrapadas en su lógica"<sup>45</sup>. Ante este peligro, resulta indispensable regular el mecanismo de manera tal de que se otorgue prioridad, en todos los casos, a las necesidades, intereses y decisiones de la víctima.

Tal como se señala, la "perspectiva abolicionista es criticada por numerosos estudiosos que la encuentran extraña a su propia forma de percibir las cosas"<sup>46</sup>. Hasta cierto punto, la vaga "propuesta" abolicionista es expresiva de esta calidad. Ello pues: a) se trata de propuestas o

<sup>45</sup> Citado por SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 25.

<sup>46</sup> SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 23. El autor hace referencia a la duda de los abolicionistas acerca de la creencia occidental que sostiene que lo general es más "real" que lo particular, pues ésta parece derivar en la práctica de tratar a las clasificaciones como si fueran realidades (ps. 22 y s.).

alternativas negativas al modelo de justicia penal; b) las propuestas parecen reducirse a establecer mecanismos procesales para obtener una solución; y c) las posibles soluciones no sólo no resultan definidas con un grado mínimo de precisión sino que, además, representan un abanico de posibilidades que de ningún modo excluye otras soluciones posibles.

"El abolicionismo es una ... crítica negativa en el sentido iluminista, escéptica en cuanto al marco de referencia del derecho y la justicia penal, pero que no puede ni desea construir hoy alternativas para la sociedad del mañana.

En vez de referimos al abolicionismo como una teoría o un paradigma, nos parece más sensato hacerlo, con más modestia y realismo, como una perspectiva incompleta frente al control social en las sociedades (post) modernas. Como teoría sensibilizadora, la perspectiva abolicionista merece crédito por su esencia intelectual que a la larga tendrá que ponerse a la altura de la perspectiva implícita de la investigación práctica, pero que hoy debe aceptarse como una posibilidad para nuevos interrogantes.,47.

"Con sus análisis radicales, el pensamiento abolicionista no ofrece 'soluciones' sino una variedad de opciones para enfoques alternativos.,48.

"Los abolicionistas, al insistir en el análisis interaccional aun en aquellos temas a los que otros tratan de restarles complejidad, atraen la atención sobre el papel complementario de las víctimas. Si viéramos el problema desde más cerca, se nos revelaría que el método abolicionista es mucho más estimulante y socialmente productivo que los intentos regulares de la ciencia normal de vender sus productos ... como si fueran soluciones reales"49.

Sin embargo, se debe señalar que la mayor fortaleza de un mecanismo reparatorio consiste, *precisamente*, en su indeterminación, esto es, en el hecho de que no clausura ninguna opción posible como salida frente a un conflicto social concreto. Es esta indeterminación la que, bajo

47 SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, ps. 21 y siguiente. 48

SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 25.

49 SCHEERER, *Hacia el abolicionismo*, p. 26.



ciertas circunstancias, permitirá que las personas de carne y hueso que han sufrido una agresión sexual logren, en su caso particular, obtener, además del trato digno que merecen, alguna solución a sus legítimos reclamos y necesidades.

Tal como lo ha señalado HERCOVICH en su excelente trabajo, en el cual advierte de los peligros intrínsecos de la perspectiva "victimizante" - propia de las propuestas represivas -, sólo hay una manera de hacer justicia:

Hacer justicia es ofrecerse a quien pide ayuda para encontrarle sentido a la vejación que vivió. No reducir sus palabras a lo que se sabía antes de escucharlas. No especular con ellas en busca del provecho propio, así esté éste enrolado en causas nobles. Hace justicia la persona que acepta aprender de otra. Quien no la escucha parado en la puerta sino que la invita a pasar a la sala, arrellanarse en el sillón más cómodo, mientras ella misma se acomoda para resistir el dolor que le inflija el dolor ajeno. Cada violación es un enigma a develar con su protagonista. Ésta es la ética a tener con las víctimas. La única manera de no obligarlas a someterse nuevamente y de no reproducir la violencia vivida haciéndoles 'desempeñar papeles en los que no se encuentran; traicionar, no sólo compromisos, sino su propia sustancia ... '

Entre tanto, aprendan las mujeres ... a desconfiar de las viejas versiones que las hacen 'víctimas' o 'culpables' ... Aprendan las mujeres ultrajadas a escuchar 'su propia historia' de modo de acabar con la tiranía del estigma que las hace perderse a sí mismas entre la impotencia y la culpa...

### **Conclusiones**

- ? La reforma de la legislación sustantiva no basta para combatir la impunidad de los agresores sexuales en el marco de un modelo represivo.

50 HERCOVICH, *El enigma sexual de la violación*, p. 176.

## LA COMPOSICIÓN COMO REPARACIÓN EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL

- ? La reciente reforma legislativa que reemplazó el título de los "Delitos contra la honestidad" no sólo se limitó a los aspectos sustantivos del nuevo modelo legal sino que, además, al regularlos no respetó principios fundamentales del Estado de derecho -v. gr., principio de legalidad material, arto 18, CN-.
- ? El mecanismo compositivo regulado en el arto 15 de la nueva ley resulta demasiado restringido y, además, aplicable exclusivamente a aquellos casos en los cuales los agresores cuentan con mayor grado de impunidad.
- ? Los legisladores nacionales ignoraron el rotundo fracaso del modelo represivo ocurrido en otros países de nuestra tradición jurídica.
- ? El modelo represivo sólo satisface los intereses de algunos sectores del feminismo -los más reaccionarios-, y no atiende realmente a los problemas y deseos concretos de las víctimas.
- ? La particular situación de este tipo de delitos requería, por un lado, la regulación de mecanismos de conciliación entre las partes y, por el otro, la adopción de diversas medidas de protección en el ámbito del procedimiento penal para reducir los niveles de revictimización.

### BIBLIOGRAFIA

- ANTONY, Carmen, *Mujer y normatividad penal: panorama de la discusión legal en América Latina desde la perspectiva del género*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.
- BARRA TTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México, 1986.
- BEIJERSE, Jolande U. y KOOL, Renée, *La tentación del sistema penal: ¿apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandesas, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, en AA.VV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- BOVINO, Alberto, "Delitos sexuales y justicia penal", conferencia en el Seminario sobre las mujeres y el derecho penal, en el Senado de la Nación, en Buenos Aires, 23 de octubre de 1998, inédito.

- \_ CUGAT, Miriam, *La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación*, en "Jueces para la Democracia", Ed. Jueces para la Democracia, Madrid, 1993, n° 20'1
- \_ CHAHER, Sandra, *La ley posible*, nota periodística publicada en el Suplemento "Las/12", N° 60, del diario "Página/12", Buenos Aires, 4/6/99.
- \_ CHEJTER, Silvia, *Delitos contra la honestidad. Delitos contra la integridad sexual*, en AAVV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1998.
- \_ CHIAROTTI, Susana, PERAZZO, Silvia, CHIAROTTI, Noemí, CACERES, Cristina, KOLDORF, Ana E., SCHUSTER, Gloria y GARCÍA JURADO, Mariana, *Carta a la Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Comisión de Legislación Penal*, en AAVV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1998.
- \_ HERCOVICH, Inés, *El enigma sexual de la violación*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1997.
- \_ LA RRANDART, Lucila, *El control social de la mujer y sus interrogantes desde el punto de vista de la criminología*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.
- \_ LARRAURI, Elena, *Control formal: ... y el derecho penal de las mujeres*, en AAVV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- \_ MAIER, Julio B. J., Y BOVINO, Alberto, *Ensayo sobre la aplicación del arto 14 de la ley penal tributaria. ¿ El ingreso de la reparación como tercera vía?*, en AAVV., *Delitos no convencionales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- \_ PINTO, Mónica, *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- \_ RODRÍGUEZ, Marcela V., *El proyecto de reforma actualmente en trámite*, en AAVV., *Agresiones sexuales: notas para un debate*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1988.
- \_ RODRÍGUEZ, Marcela V., *Tomando los derechos humanos de las mujeres en serio*, en AAVV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- \_ ROZANSKY, Carlos, *El avenimiento de la mujer violada*, Ed. Cecym, Buenos Aires, 1988.
- \_ RUFFA, Beatriz, *Víctimas de violaciones: reparación jurídica. Otras formas de reparación*, en "Travesías", Ed. CECYM, Buenos Aires, 1988, n° 7.

LA COMPOSICIÓN COMO REPARACIÓN EN LOS DELITOS DE AGRESIÓN SEXUAL

- SÁNCHEZ ROMERO, Cecilia, *La mujer en el proceso penal*, en AAVV., *Reflexiones sobre el nuevo proceso penal*, Ed. Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1997, 2ª edición.
- SCHEERER, Sebastián, *Hacia el abolicionismo*, en AAVV., *Abolicionismo penal*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1989.
- SMART, Carol, *La mujer del discurso jurídico*, en AAVV., *Mujeres, derecho penal y criminología*, Ed. Siglo Veintiuno, Madrid, 1994.
- TEMKIN, Jennifer, *Women, Rape and Law Reform*, en AAVV., *Rape*, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1986.
- ZAFFARONI, Eugenio R., *La mujer y el poder punitivo*, en "Nullum Crimen", Ed. Nueva Generación/Universitaria, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 1993, n° 2.