

## La construcción legal de la violencia contra las mujeres

Julieta Di Corleto

Desde la teoría legal feminista se ha trabajado sobre cómo el derecho construye las diferencias de género. Tanto en su formulación como en su aplicación, el derecho, lejos de ser un marco neutral, consolida y reproduce concepciones sociales de naturaleza patriarcal. Junto con otras formas de control social, la falsa neutralidad de la ley sirve para enmascarar desigualdades de género y reproducir prácticas sexistas que sustentan la violencia. En este sentido, tanto la legislación como sus interpretaciones juegan un rol importante en la construcción de la violencia de género, en la definición de la sexualidad femenina e, incluso, en la determinación del lugar que ocupa la mujer en los espacios públicos y en la familia.<sup>1</sup>

En relación con la regulación de la violencia contra las mujeres, la teoría legal feminista ha señalado que la legislación determina la manera en la que las mujeres pueden disponer de su propio cuerpo en general, y de su sexualidad en particular. Mientras las leyes sustantivas determinan de qué forma se define la violencia y qué debe ser entendido como agresión sexual, la legislación procesal establece quiénes están legitimadas para reclamar la intervención de la Justicia y cuáles son las medidas de protección que permitirán sostener el reclamo. A partir de estas definiciones, la construcción legal de la *mujer*, con su representación *ideal*, contrasta con las experiencias de las *mujeres reales*. La interrelación del feminismo con el derecho no solo es útil para analizar cómo el derecho opera en el plano simbólico, sino fundamentalmente para diseñar, en cada contexto social e histórico, las estrategias tendientes a alcanzar la igualdad en el plano material.<sup>2</sup>

1. Carol Smart, "La mujer del discurso jurídico", en Elera Larrauri (comp.), *Mujeres, derecho penal y criminología* (Madrid: Siglo XXI Editores, 1994), 167 y ss.

2. *Id.*, pp. 170-179, donde Smart ofrece una clasificación sobre la relación entre el derecho y la teoría feminista. Sobre la metodología feminista aplicada al derecho, cf. Katharine T. Bartlett, "Feminist Legal Methods", 103

De acuerdo con estos lineamientos, los trabajos que se presentan en este volumen se refieren a los problemas inherentes a la definición legal de la violencia contra las mujeres en el ámbito intrafamiliar, la violación, la pornografía, la prostitución y la trata de personas. En primer lugar, Elizabeth Schneider, con un inigualable conocimiento sobre la teoría y la práctica aplicable a la representación de mujeres maltratadas ante tribunales norteamericanos, examina las posibilidades y limitaciones de la teoría legal feminista en la transformación de las leyes que regulan las situaciones de violencia en el ámbito intrafamiliar y explora las tensiones y paradojas en la conceptualización de este fenómeno. En segundo término, sobre la base de su experiencia como sobreviviente de una violación, Susan Estrich problematiza la definición legal de la violencia sexual en tanto soslaya las experiencias de las mujeres víctimas. En tercer lugar, Catharine MacKinnon —referente indiscutible de la teoría legal feminista— se apoya en la atención que ha recibido en el último tiempo la trata de personas con fines de explotación sexual, para resaltar las dificultades que existen para transformar las intervenciones legales respecto de ciertas formas de violencia sexual, como la pornografía o la prostitución. Finalmente, Kara Abramson, con una mirada alternativa crítica sobre los enfoques que resaltan el contenido sexual de las violencias padecidas por las mujeres, elabora una definición de la trata de personas capaz de extender los márgenes de protección a un número mayor de víctimas.

En términos generales, los textos permiten indagar sobre la forma en la que la ley amplia o restringe la posibilidad de las mujeres de disponer de su propio cuerpo. A pesar de las diferencias que existen entre una y otra especie de violencia, los trabajos demuestran que todas deben ser analizadas en contextos que refuerzan la subordinación de género. La raíz de las diversas formas de la violencia es una matriz social patriarcal que valida la violencia sexista. Con este punto de partida en común, todos los textos aspiran a contribuir a la construcción de una adecuada definición legal de la violencia que modifique las realidades de las mujeres víctimas. A pesar de estar contrados en discusiones sustantivas acerca de qué es lo que debe entenderse por violencia, los trabajos también permiten abordar la discusión de un conjunto de temas en común para la teoría legal feminista. En todos subyacen temáticas vinculadas a la distinción entre lo público y lo privado, al análisis de la violencia sexual como violencia o como sexo, a la discusión más amplia referida a la autonomía, y también al cuestionamiento de la presentación de las mujeres como víctimas, todos estos, ejes temáticos influyentes en la correcta definición de la violencia contra las mujeres. Dado que estas cuestiones son centrales en el diálogo entre el feminismo y la construcción legal de la violencia contra las mujeres, me serviré de ellas para presentar los trabajos incluidos en esta publicación. Mi intención no es agotar el estudio de estas temáticas, sino más

*Harvard Law Review* 829 (1990). Para una introducción a la relación problemática entre el derecho y los feminismos, cf. Frances Olsen, "El sexo del derecho", en Alicia Ruiz (comp.), *La identidad femenina y el discurso del derecho* (Buenos Aires: Biblos, 2000), 25 y ss.

bien introducir algunos de los problemas que vertebran el debate sobre la construcción legal de la violencia contra las mujeres.

### 1. Lo privado es lo público

"Lo personal es lo político" fue la consigna empleada por los movimientos de mujeres surgidos en los años sesenta, y aún hoy sigue siendo el emblema que remite, por un lado, a un trabajo de concientización, y por otro lado, a un modo de conocimiento que consiste en politizar la experiencia individual y, de este modo, desenmascarar el carácter ideológico de la división entre la esfera pública y la privada. Para el movimiento feminista, la dicotomía entre lo público y lo privado no es la distinción de dos espacios desconectados, sino más bien un justificativo para la inacción del Estado en determinados conflictos.<sup>3</sup>

La separación de las esferas pública y privada como si se tratara de dos espacios físicos diferenciados ha sido utilizada para identificar los supuestos ámbitos en los que el Estado no podría intervenir en razón de que una acción en sentido contrario afectaría la vida privada de las personas. Sin embargo, las feministas han denunciado que la ausencia de intervención estatal en ciertas áreas tradicionalmente consideradas como "privadas" lleva a encubrir y tolerar la violencia sufrida por las mujeres. Por ello se ha advertido que la ausencia de control estatal, lejos de implicar un vacío legal, importa imponer determinadas reglas que aseguran la desprotección de las mujeres. A partir del argumento sobre la interrelación entre el ámbito público y el privado, la crítica feminista no solo ha cuestionado los asuntos que han ocupado una y otra esfera, sino que también ha impugnado la legitimidad de la distinción.<sup>4</sup>

El trabajo de Schneider que abre el libro pone en evidencia que el debate sobre dónde trazar la línea entre la esfera pública y la privada no es solo jurídico, sino que tiene un gran componente político cuyo resultado es sentar los límites de la desprotección de las mujeres. Schneider deja al descubierto que la esfera de la privacidad no puede ser ubicada en un área material determinada, y que se trata de un ámbito móvil, tal como

3. Algunas lecturas iniciales marcan los postulados generales de los feminismos. Entre otros, cf. Alda Facio y Lorena Fries (comps.), *Género y derecho* (Santiago de Chile: Editorial Lom y La Morada, 1999); Mauricio García Villegas, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Esteban Restrepo Saldarriaga (comps.), *Crítica jurídica. Teoría y sociología jurídica en los Estados Unidos* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2006); Isabel Jaramillo, "La crítica feminista al derecho", en *Género y teoría del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2000), 25 y ss.; Elena Beltrán y Virginia Maquieira (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos* (Madrid: Alianza Editorial, 2001); Elsa Dorlin, *Sexo, género y sexualidades. Introducción a la teoría feminista*. Traducción de Victor Goldstein (Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 2009 [2008]); Martha Chamallas, *Introduction to Feminist Legal Theory* (New York: Aspen Law & Business, 1999).

4. Entre otros, cf. Reva B. Siegel, "Regulando la violencia marital", en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona: Cedisa, 1999), 67 y ss., y Frances Olsen, "El mito de la intervención del Estado en la familia", en Alda Facio y Lorena Fries (comps.), *Género y derecho* (Santiago de Chile: Editorial Lom y La Morada, 1999).

claramente lo ejemplifican los cambios en los abordajes realizados en los refugios de mujeres golpeadas una vez que comenzaron a recibir financiamiento estatal. Como sostiene la autora, ello demuestra que la identificación de lo público sobre lo privado requiere algo más que una intervención formal del Estado, esto es, una acción concreta que reconozca que la violencia padecida por las mujeres es el resultado de una histórica condición social común.

Las críticas feministas a la oposición entre lo público y lo privado plantean cuestiones teóricas fundamentales en todas las prácticas de violencia. La distinción no solo afecta a la violencia íntima del espacio doméstico —ámbito en el que la apelación a la familia como un refugio ideal es más perjudicial que beneficiosa—, sino que también se pone de manifiesto en el campo de la sexualidad. Tal como lo demuestran los trabajos de Susan Estrich y Catharine MacKinnon, en este ámbito, el argumento de la privacidad puede invocarse bajo el ropaje de la autonomía o incluso transformar situaciones de violencia en meros asuntos morales. Como contrapartida, la historia sexual de la agredida puede convertirse en un asunto público, en la medida en que se estime que es relevante para evaluar la medida de su consentimiento.

Asimismo, la distinción entre lo público y lo privado tiene claras repercusiones prácticas en el litigio de los casos. En el ámbito de la llamada violencia íntima, Schneider pone en evidencia cómo la regulación procesal aplicable a los casos de violencia contra las mujeres puede reforzar su conceptualización como un asunto de índole privada. Esto sucede, por ejemplo, si en el marco de los procesos civiles, la ley establece la obligatoriedad del patrocinio letrado, pero el Estado no asegura las herramientas jurídicas para que dicho recurso sea accesible a la generalidad. De la misma manera, para los sistemas continentales, los procedimientos penales que exigen la denuncia y el impulso procesal de la agredida como una condición necesaria para que los órganos públicos promuevan la investigación responden a uno de los cimientos más relevantes de la cultura patriarcal —aquel que sostiene que la violencia contra las mujeres es un asunto de índole privada—. De la misma manera, mecanismos que eximen de pena al agresor por el casamiento con la afectada o que relevan de pena en los casos en los que la violencia se dio en el marco de relaciones afectivas preexistentes demuestran la prevalencia de la doctrina de la privacidad.

## II. Sexo, violencia y violencia sexual.

Con los trabajos feministas de la década de 1970, la violencia sexual en general —y la violación en particular— ha sido identificada como una amenaza seria para las mujeres, por un lado, porque la violencia es frecuente y común, y por el otro, porque tiene la capacidad de limitar seriamente la libertad de las mujeres y mantenerlas en una posición de sometimiento. En esta línea, los textos clásicos del feminismo presentaron la violación sexual como una forma especial de dominación que coarta las posibilidades de

autodeterminación.<sup>5</sup> De ahí en más, los trabajos han avanzado en el desmantelamiento de los estereotipos en torno a la violencia sexual: no solo ocurre entre extraños,<sup>6</sup> no se trata de un fenómeno interracial —en el que los hombres negros violan a las mujeres blancas—<sup>7</sup> y no es una práctica ejercida por pervertidos sexuales.<sup>8</sup>

A partir de estos consensos, en términos simplificados, el debate se ramifica en tres conceptualizaciones sobre la violación (y la sexualidad). Para el feminismo radical, la heterosexualidad está completamente atravesada por la violencia. En palabras de MacKinnon:

Las feministas han reconceptualizado la violación como algo fundamental para la condición de la mujer en dos sentidos. Algunas consideran la violación como un acto de violencia, no de sexualidad, cuya amenaza intímida a todas las mujeres. Otras ven la violación, incluyendo la violencia que la acompaña, como una expresión de la sexualidad masculina, cuyos imperativos sociales definen a todas las mujeres. Las primeras, formalmente dentro de la tradición liberal, entienden la violación como un desplazamiento de poder hacia la sexualidad basado en la fuerza física, una fuerza natural preexistente a la que es ajena la dominación [...]. La visión feminista, en mi opinión, aquella que se deriva de las experiencias de las víctimas, ve la sexualidad como una esfera social de poder masculino cuyo paradigma es el sexo forzado. La violación no es menos sexual por ser violenta; en la medida en que la coerción se ha convertido en parte integral de la sexualidad masculina, la violación puede ser sexual en la medida en que es violenta y por ese motivo.<sup>9</sup>

De esta forma, la sexualidad no es compartida por varones y mujeres en pie de igualdad; tampoco es un espacio de encuentro afectivo o de placer, sino un reducto de explotación. Desde esta perspectiva, la distinción entre violencia y sexo es solo una ficción. Esta problematización de la heterosexualidad, se ha argumentado, convierte en sospechosa cualquier relación en tanto no existirían vínculos inmunes a la opresión, al tiempo que caracteriza a la mujer como a alguien con poco margen para adoptar una decisión libre sobre su sexualidad. La definición del acto sexual como una instancia de dominación problematiza la idea de una sexualidad heterosexual consentida y pone en crisis la libertad individual de las mujeres.<sup>10</sup>

5. En el contexto anglosajón, los clásicos son Kate Millet, *Sexual Politics* (Nueva York: Doubleday, 1970) y Susan Brownmiller, *Against Our Will: Men, Women and Rape* (Nueva York: Ballantine Books Edition, 1993 [1975]).

6. Para tratar en profundidad esta problemática, cf. el libro de Susan Estrich *Real Rape: How the Legal System Victimizes Women Who Say No* (Cambridge: Harvard University Press, 1987).

7. Cf., entre otros, Angela Davis, "Violación, racismo y el mito del violador negro", en *Mujeres, raza y clase* (Madrid: Akal, 2004 [1981]). Traducción de Ana Varela Mateos.

8. Cf. Catharine K. Baker, "Once a Rapist? Motivational Evidence and Relevancy in Rape Law", 110 *Harvard Law Review* 563 (1997).

9. Catharine MacKinnon, "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista", en García Villegas *et al.*, *supra* nota 3, pp. 205-206.

10. Tamar Pitch, *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal* (Buenos Aires: Ad Hoc, 2003 [1989]). Traducción de Augusto Montero y Maximiliano Sizzo. Para una primera lectura crítica de esta posición, cf.

En otro extremo de la clasificación, la violación puede despojarse de toda sexualidad y ser presentada como una simple agresión física, una postura que niega que la sexualidad sea la raíz de la subordinación de género. Ignorar las agresiones sexuales o dotarlas de un nuevo significado —equiparándolas, por ejemplo, con un “golpe en la cara”— ha generado importantes debates en el seno del feminismo, incluso sobre cómo pueden alterarse las implicancias de esta discusión en el derecho penal internacional y en el derecho internacional de los derechos humanos cuando la violencia sexual es equiparada con la tortura.<sup>11</sup> Las críticas a esta idealización de la violencia sexual solo como violencia son contundentes: para la mujer, una agresión con el pene es claramente diferente a un golpe de puño, no por lo que implica para el cuerpo del varón, sino precisamente por lo que representa el cuerpo femenino en una estructura política, económica, social desigual, en la que la sexualidad es una de las formas mediante las cuales se mantiene a las mujeres bajo control.<sup>12</sup>

No obstante estas objeciones, la neutralización del carácter sexual de la violación promueve la discusión sobre qué es aquello que diferencia un comportamiento sexual de otro no sexual. A partir de estas reflexiones, es posible cuestionar cuáles son las falencias de la caracterización de una determinada conducta como sexual. Algunos trabajos teóricos han señalado que catalogar ciertas agresiones como sexuales acarrea problemas de “subinclusión” y “sobreinclusión”.<sup>13</sup> En relación con la definición de la trata de personas, aun cuando no adscribe a las críticas que apuntan a problemas de “sobreinclusión”, el trabajo de Kara Abramson explica los cuestionamientos de quienes se oponen a un modelo que da preeminencia al sexo por sobre la violencia: este esquema lleva a que los tribunales caractericen como “no consentidas” las decisiones “libres” de mujeres que se

involucraron “voluntariamente” en la industria sexual, una interpretación que las convierte en forma automática —ahora sí, contra su voluntad— en víctimas de trata. Sin embargo, Abramson se preocupa más por aquello que el modelo enfocado en el sexo excluye, que por aquello que sobreincluye. Según su trabajo, la idea de la trata de personas enfocada en lo sexual desatiende la necesidad de extender las protecciones a otras formas de explotación provocadas por las mismas condiciones económicas, sociales y culturales que restringen las posibilidades de una decisión libre, las cuales, a su vez, deben ser cruzadas con otras variables de discriminación. Desde esta perspectiva, los perjuicios que acarrea la explotación sexual y otras formas de esclavitud podrían ser equiparados, y los primeros perderían su condición de excepcionales.<sup>14</sup> Sin embargo, así como es discutible la equiparación de la prostitución como trabajo sexual con la esclavitud en función del estigma que conlleva la primera, también sería cuestionable equiparar los efectos de una y otra forma de explotación, justamente por el carácter sexual de la prostitución.

Finalmente, alejada de las posturas extremas presentadas, la caracterización de la violación como violencia sexual reconoce un margen mayor a la libertad individual, “salva” la heterosexualidad como tal y reconoce la existencia de una sexualidad “buena” en contraposición a una “mala”.<sup>15</sup> Dentro de este esquema, es necesario pensar cuál es la medida justa para evaluar el margen de autodeterminación de las mujeres en una sociedad desigual.

### III. Violencia sexual y consentimiento: los límites de la autonomía

El debate sobre la caracterización de la violencia sexual se proyecta a la noción de autonomía, una pieza fundamental que, vinculada a la naturaleza del consentimiento, también destaca las divergencias dentro del feminismo. Sus diferentes vertientes trabajan para reconceptualizarla —de forma de atender las condiciones en las que las mujeres toman sus decisiones—, o bien para declarar la obsoleta.<sup>16</sup>

En el marco de una teoría más amplia que parte de reconocer una situación estructural de dominación, desde el feminismo radical el concepto de consentimiento se ha cuestionado de la siguiente manera:

Llamar a la violación violencia, no sexo, elude así, en el momento en que parece confrontarlo, el problema de quién controla la sexualidad femenina y la dinámica de dominación/sujeción que

entre otros, Mary Joe Frug, “Comentario: un manifiesto jurídico feminista posmoderno”, en García Villegas et al., *supra* nota 3, pp. 25 y ss.; Katherine Franke, “Theorizing Yes: An Essay on Feminism, Law and Desire”, 101 *Columbia Law Review* 181. Para una completa recensión sobre la relación entre la sexualidad y la autonomía de las mujeres, cf. Robin West, “Law’s Nobility”, 17 *Yale Journal of Law & Feminism* 385 (2005).

11. Fue Foucault quien, argumentando que ninguna forma de sexualidad debía ser objeto de un castigo penal, sugirió que el delito de violación debía ser castigado como cualquier otra agresión física. La pregunta sobre por qué la violación no es lo mismo que un golpe en la cara impulsó el debate sobre el hecho de despojar de sexualidad a la violencia sexual. Sobre esta discusión, cf. entre otros, Katherine M. Franke, “Los usos del sexo”, 28 *Revista de Estudios Sociales* (2007 [2002]). Traducción de Julia Salazar Holguín; Ann J. Cahill, “Foucault, Rape, and the Construction of the Feminine Body”, 15(1) *Hypatia* 43 (2000); Monique Plaza, “Our Costs and Their Benefits”, en Diane Leonard y Lisa Adkins (eds.), *Sex in Question. French Materialist Feminism* (Eastbourne: Antony Rowe Ltd., 2004 [1978]). Traducción de Diana Leonard. En el sistema interamericano, sobre la equiparación de la violencia sexual con la tortura, cf. CIDH, Informe 5/96, *Raquel Mejía v. Perú*, 1996 y Corte IDH, *Caso González Banda y otros (“Campo algodón”) v. México*, 30 de octubre de 2008.

12. Cahill, *supra* nota 11.

13. Dentro de este esquema, en relación con el acoso sexual, cf. Vicky Schultz, “Una explicación alternativa del acoso por un ambiente laboral nostri: un paradigma basado en la competencia”, en Roberto Gargarella (comp.), *Derecho y grupos desaventajados* (Barcelona: Gedisa, 1999), 103-106; y “Un lugar de trabajo higienizado”, 7 *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* 102 (2005). Asimismo, cf. Katherine Franke, “What’s Wrong with Sexual Harassment”, 49 *Stanford Law Review* 691 (1997). Para el caso de la violencia sexual en general, cf. Franke, *supra* nota 11.

14. Para un detalle de los daños que provocan una y otra forma de explotación, cf. Martha Nussbaum, “Whether from Reason or Prejudice. Taking Money for Bodily Services”, 27 *Journal of Legal Studies* 693 (1998).

15. En esta clasificación, Pitch, *supra* nota 10, pp. 255 y ss.

16. Sobre la discusión en torno al concepto de autonomía, cf. entre otros, Christine Di Stefano, “Problemas e incomodidades a propósito de la autonomía: algunas consideraciones desde el feminismo”, en Carme Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política* (Buenos Aires: Paidós, 1996), 53 y ss.

la ha definido. Cuando el sexo es violento, puede que las mujeres hayamos perdido el control de lo que se nos hace, pero la ausencia de fuerza no asegura la presencia de tal control. Como tampoco, bajo las condiciones de la dominación masculina, la presencia de la fuerza hace de una interacción algo no sexual. Si el sexo es algo que normalmente los hombres les hacen a las mujeres, el problema no reside tanto en si hubo fuerza, sino en si el consentimiento es un concepto que tenga sentido.<sup>17</sup>

Para el feminismo radical, las mismas tensiones deben ser analizadas en el campo de la prostitución y la pornografía, actividades en las cuales la apelación a la autonomía —junto con ideas sobre libre mercado o libertad de expresión— puede ser utilizada para enmascarar la explotación. En el trabajo aquí presentado, MacKinnon asegura que la distinción entre prostitución forzada y voluntaria es irreal, ya que ambas son violaciones pagas: las condiciones de desigualdad social y la falta de alternativas convierten al consentimiento en una variable problemática.

Sin embargo, esta lectura sobre el consentimiento no es compartida por todas las vertientes del feminismo. Así, por ejemplo, desde el feminismo liberal tradicional se hace hincapié en la autonomía de las mujeres y su capacidad de decidir libremente involucrarse en un acto sexual, y desde allí se cuestiona al feminismo radical por no resolver el problema del consentimiento, y por negar su existencia.<sup>18</sup>

Salvo los lineamientos que se desprenden del artículo de MacKinnon en el marco de una teoría estructural, los trabajos aquí reunidos no aportan elementos para resolver cómo y dónde situar el consentimiento. Aun cuando Susan Estrich valida el consentimiento como un instrumento eficaz para distinguir la violencia sexual de cualquier otro acto sexual, no elabora una definición. Por el contrario, su propuesta para evadir la "trampa" del consentimiento es trasladar los costos de su individualización al violador, para lo cual propone ordenar el desorden y direccionar la investigación hacia el agresor, no hacia la víctima. Por ello, Estrich sí cuestiona la práctica judicial que define el consentimiento por la ausencia de una prueba contundente sobre su resistencia o por la inexistencia de una fuerza física evidente ejercida por el agresor.

Por su parte, Abramson, centrada únicamente en la definición de la trata, deja claro que la decisión sobre otorgar o no relevancia al consentimiento tiene consecuencias prácticas en la implementación de medidas de reparación y protección para las víctimas. Por ello, su propuesta es que la definición del consentimiento tiene que ser adoptada a la luz de estas implicancias. Con un enfoque centrado en las consecuencias en términos de políticas públicas, Abramson concluye que la mejor manera de ampliar el espectro de protección a las personas tratadas es negar todo valor al consentimiento. Como se verá

en la próxima sección, la racionalización de las protecciones aparece ligada al reconocimiento de una situación de victimización y esta es, según Abramson, una buena razón para no dar valor al consentimiento.

En síntesis, adoptar el consentimiento como el criterio para distinguir la violencia sexual no simplifica los caminos hacia la definición de la violencia. Al contrario, los riesgos, como demuestran Estrich y Abramson, son que las investigaciones se centren en la víctima, o que incluso esta variable sea utilizada para privar de protecciones a la agredida. Sobre esta temática, también se ha argumentado que el consentimiento debe situarse dentro de las "percepciones de las mujeres", postulado que convoca al debate a las protagonistas, para que puedan hablar de sus propias experiencias. El consentimiento no debe ser entonces equiparado a una idea de libertad natural ni tampoco excluido como criterio válido para la determinación de la violencia, sino más bien vinculado a la dominación, de modo que su interpretación se realice a la luz de las relaciones entre mujeres y varones, muchas veces problemáticas en su contenido.<sup>19</sup>

#### IV. La violencia y sus víctimas

Dentro del feminismo, la centralidad del debate sobre violencia ha llevado a exacerbar la identificación de las mujeres como víctimas estáticas de su realidad. En la campaña por hacer visible la violencia contra las mujeres en el ámbito de la familia, ser una víctima e identificarse como tal era asumir parte del problema y dar el primer paso hacia una salida de la relación violenta. La individualización de una víctima también tuvo su importancia en el marco de un proceso que se apoyaba en el sistema legal para transformar la realidad práctica de las mujeres maltratadas. Para obtener una orden de protección, o una orden de exclusión del agresor, la mujer debe dar cuenta de que ha sido victimizada. Como demuestra Kara Abramson en su trabajo, el valor de esta estrategia es que, en el marco de discursos jurídicos, las mujeres fueron reconocidas como titulares de ciertos derechos, y no como objetos de medidas asistencialistas.

A pesar de las bondades de este modelo, esta representación de las mujeres como víctimas también ha sido fuertemente cuestionada por la teoría feminista, por lo que se ha propuesto hacer hincapié en su condición de sobrevivientes de la violencia.<sup>20</sup>

En cuanto a las críticas, en primer lugar, se ha observado que la terminología "privatiza" el problema de la violencia, reduciéndolo a uno de carácter individual, cuando en realidad se trata de una situación estructural que es mejor definida por el vocablo "opresión".

17. Catharine MacKinnon, "Feminismo, marxismo, método y Estado: hacia una teoría del derecho feminista", en García Villegas et al., *supra* nota 3, p. 211.

18. Esta es, por ejemplo, la posición de Judith Vega, "Coercion and Consent: Classic Liberal Concepts in Texts on Sexual Violence", 16 *International Journal of Sociology of Law* 75 (1988).

19. Para esta idea sigo a Pitch, *supra* nota 10, p. 283. Para un cuestionamiento de la ambigüedad del concepto de "consentimiento" en el marco de agresiones sexuales que convierten el sexo en la moneda de cambio de la vida, cf. Inés Herecovien, "La violación sexual: un negocio siniestro", en Haydee Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal* (Buenos Aires: Biblos, 2000), 295 y ss.

20. Elizabeth Schneider, *Battered Women & Feminist Lawmaking* (New Haven: Yale University Press, 2000), 77 y ss.

Según esta perspectiva, la mujer queda encerrada en un estereotipo que dice poco acerca de la desigualdad social que padece.<sup>21</sup> A ello se suma un problema conceptual, relacionado con la compleja identificación y definición de la violencia de género. En este sentido, una interpretación limitada de los procesos de victimización correría en paralelo con una conceptualización restringida de la violencia. Desde esta perspectiva, la temática refleja, una vez más, cuán compleja es la relación entre el feminismo y el derecho, obligado a circunscribirse al lenguaje rígido de la ley.

En segundo lugar, se ha dicho que la representación de la mujer como víctima tiende a crear un estereotipo de mujer pasiva, indecisa, contradictoria o incluso incapaz.<sup>22</sup> Esta imagen puede tener consecuencias prácticas en el litigio de los casos. Así, por ejemplo, en casos de violencia doméstica, presentar a la mujer como una víctima puede inducir a los tribunales a creer que no es capaz de criar a sus hijos y a definir la pérdida de una tenencia. Por oposición, si la mujer no se ajusta al estereotipo de la víctima, puede que se descrea de su relato y se nieguen sus experiencias de maltrato.<sup>23</sup> En el caso de la violación, la idea de victimización puede afectar la respuesta de la justicia en los escenarios en los que las mujeres sí mantuvieron un cierto control que les permitió elaborar estrategias de supervivencia a la agresión sexual.<sup>24</sup> El proceso de construcción del estereotipo es sumamente complejo y, en el contexto de los Estados Unidos de Norteamérica, también se ha trabajado a partir de su interrelación con el color de piel. Ello ha llevado a que se cuestione la identificación de la víctima con la "mujer blanca" —justamente por ajustarse mejor que las mujeres afroamericanas a la idea de pasividad—, una situación que mantiene desprotegidas a las mujeres de color.

Finalmente, tal como explica Schneider en el texto que aquí se presenta, muchas mujeres pueden no sentirse identificadas con una imagen de ellas mismas como víctimas. Este hecho remite al inicio de esta presentación, es decir, a las dificultades que existen en la construcción legal de la violencia contra las mujeres, una tarea que incluye la voz de estas. Validar la experiencia de las mujeres no solo tiene un sentido en la construcción de una realidad colectiva, es decir, en la identificación de problemas comunes a otras mujeres, sino también en la recuperación de una subjetividad que ha tenido poco lugar para exponer sus puntos de vista.<sup>25</sup> Asimismo, también permite plantear el debate

21. En el mismo sentido, en términos aplicables a la violencia en general, cf. también, Martha Minow "Surviving - Victim Talk", 40 *UCLA Law Review* 1411 (1993); y Encarna Bodelón, "La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", en Patricia Laurenzo, María Luisa Maqueda y Ana Rubio (coords.), *Género, violencia y derecho* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2009), 231 y ss.

22. Bodelón, *supra* nota 21, p. 231.

23. Sobre esta problemática acerca de las mujeres que mataron a sus maridos, cf. Elizabeth Schneider, *supra* nota 20, pp. 112 y ss.

24. Sharon Marcus, "Cuerpos en lucha, palabras en lucha: una teoría y una política para la prevención de la violencia", en 26 *Debate Feminista* 56 (2002 [1992]); Inés Hercovich, *El enigma sexual de la violación* (Buenos Aires: Biblos, 1997).

25. Sobre la importancia de recurrir a la experiencia de las mujeres como una metodología feminista, cf. Patricia

en torno a cómo el lenguaje sobre la víctima refuerza un esencialismo, del que el propio feminismo trata de escapar.<sup>26</sup> También en consonancia con esta posición crítica, el etiquetamiento de una mujer como víctima puede ser utilizado para marcar diferencias entre quienes sostienen una única lectura sobre el fenómeno de la violencia, aunque no la padecen en forma directa.<sup>27</sup> Por otra parte, es importante reconocer las formas de resistencias y luchas de las mujeres maltratadas, quizás no en lo concerniente a su posibilidad de poner fin a una relación violenta, pero sí con referencia a los mecanismos de los que echan mano para asegurar su propia integridad o la de sus hijos.<sup>28</sup> En este sentido, la propuesta de Schneider consiste en ir más allá de la dicotomía que se presenta entre victimización y agencia, para reconocer la convivencia de ambas caracterizaciones como una peculiaridad adicional que complejiza la manera en la que el derecho puede dar respuesta a la violencia contra las mujeres.<sup>29</sup>

## V. La definición de la violencia contra las mujeres

Los textos presentados cuestionan la forma en la que, a través de la regulación del cuerpo de las mujeres, el derecho construye divisiones y materializa identidades de género jerarquizadas, en tanto valoriza la perspectiva masculina. Asimismo, puestos en diálogo, los textos también muestran que, en el trabajo legislativo, la definición de la violencia es problemática incluso en el seno de las teorías feministas.

A fin de reflejar la perspectiva de las mujeres en la creación del derecho, la metodología feminista reclama su participación a través del intercambio de sus experiencias personales, como víctimas de la violencia en sus hogares, del acoso sexual y de otras formas de exclusión. En los Estados Unidos de Norteamérica, en las etapas formativas del feminismo, los grupos de autoconciencia fueron especialmente relevantes para modificar los significados que determinadas prácticas tenían para las mujeres. Los diálogos sobre las experiencias personales antes consideradas inocuas fueron parte de un proceso transformador que hizo visible la opresión otrora oculta. Incluso cuando reconoce las dificultades de las mujeres para identificarse con ciertas definiciones sobre el maltrato, Elizabeth Schneider hace hincapié en la importancia de articular las experiencias de estas con una teoría que, presentada a los tribunales en forma adecuada, tenga el potencial de modificar

Cain, "Feminist Legal Scholarship", 77 *Iowa Law Review* 19 (1991).

26. Schneider, *supra* nota 20, p. 85.

27. Inés Hercovich, "Las oprimidas sospechadas. La desconfianza hacia las mujeres sin perspectiva de género: un recaudo feminista contra los estragos del control estatal", 26 *Debate Feminista* 3 (2002).

28. Martha Mahoney, "Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation", 90 *Michigan Law Review* 1 (1991).

29. Schneider, *supra* nota 20, p. 86.

las interpretaciones basadas en concepciones masculinas sobre la violencia íntima. De todos modos, a medida que la voz de las mujeres se ha reconocido como un método clave dentro de la teoría feminista, este se ha ido complejizando. A la luz de un sujeto plural —las mujeres— que no tiene una identidad común, sería ingenuo pretender que no existieran diferencias en la comprensión de la opresión. En la actualidad, el nudo gordiano está representado por la percepción sobre la prostitución: violencia o trabajo sexual representan los extremos de una discusión que contrasta la coerción con el libre consentimiento y la sumisión con la libertad.

Todas estas discusiones políticas, jurídicas y filosóficas sobre privacidad, sexualidad, autonomía y victimización se proyectan, a nivel institucional estatal, en la elaboración de las leyes que definen la violencia contra las mujeres y en la interpretación que de estas hacen los operadores de justicia. Mientras el trabajo de Elizabeth Schneider demuestra la complejidad de modificar los estándares judiciales que conciben la violencia íntima como una agresión física, para extender su comprensión a un amplio espectro de conductas que incluyan la violencia sexual, económica y psicológica, el trabajo de Kara Abramson da cuenta de cuán hondo calan las distintas concepciones sobre la sexualidad y la autonomía de las mujeres en la definición de trata. La idea de que la prostitución y la pornografía promueven, impulsan y reproducen la desigualdad de género, en tanto llevan a la cosificación de las mujeres, no parece compatible con la posición de quienes sostienen que la prostitución y la pornografía son actividades laborales no reconocidas. Las controversias sobre el estatus de la prostitución y la pornografía como dominación o trabajo sexual ilustran el modo en que el feminismo recepta las voces de quienes reclaman otorgar distintos significados a la sexualidad. Todo ello define cuán compleja es la elaboración de leyes feministas en su definición material.

Otro de los temas centrales para la descripción de la violencia contra las mujeres es la identificación de los canales adecuados a través de los cuales llevar adelante esta empresa. En esta dirección, el trabajo de Catharine MacKinnon, además de informar sobre cómo el liberalismo tradicional, a través de los argumentos sobre libertad de expresión, privacidad, autonomía y moralidad, ha minado la descripción de un fenómeno central para la definición de otras formas de violencia, informa sobre la complejidad que tienen los procesos formales para la sanción de esas leyes. La ordenanza antipornografía, elaborada por ella y por Andrea Dworkin en 1983, fue declarada inconstitucional en los Estados Unidos de Norteamérica, por considerarla violatoria de la Primera Enmienda. En consecuencia, en este trabajo, así como en otros de su autoría, MacKinnon explora la potencialidad de emplear el derecho internacional de los derechos humanos para comprender la seriedad de los daños padecidos por las mujeres. En el caso concreto de la pornografía, la estrategia pretende, por un lado, identificar los estándares emanados del Comité de Derechos Humanos en sus observaciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —los cuales permiten diferenciar en forma nítida la pornografía de la libertad de expresión—, y por otro lado, tiende a señalar los puntos de contacto entre la trata de personas para su explotación sexual y la pornografía.

Desde este ámbito, MacKinnon identifica al derecho internacional de los derechos humanos como un espacio interesante para promover definiciones de violencia contra las mujeres que apunten a una igualdad material.

Finalmente, Susan Estrich recurre a uno de los métodos especialmente valorados dentro de la academia feminista: la elaboración de teoría a partir de su experiencia personal, para reflexionar sobre la manera en que el derecho es concebido e interpretado según concepciones masculinas sobre la violencia sexual. La falsa neutralidad del derecho adquiere mayor potencia en el campo del derecho penal, donde el estándar masculino para la interpretación de las normas (y de la "normalidad") disminuye las oportunidades de una adecuada reparación. Sin renunciar a la posibilidad de recurrir al mecanismo judicial penal, el artículo realiza una fuerte crítica a las prácticas de discriminación, lo que conlleva la denuncia sobre el sexismo del derecho en general, y del derecho penal en particular. Desde esta perspectiva, Estrich ilustra uno de los puntos más críticos de una discusión más amplia centrada en la relación entre el derecho penal y los feminismos. Las definiciones legales en el ámbito del derecho penal, sumadas a las interpretaciones supuestamente neutrales realizadas por los operadores, constituyen uno de los obstáculos más evidentes para las mujeres que optan por reclamar una solución punitiva a los agravios padecidos.<sup>30</sup>

En síntesis, los trabajos reunidos en esta publicación también dan cuenta de las dificultades existentes para plasmar la perspectiva de las mujeres en las reformas legales. Ello puede deberse, por un lado, al carácter reductivo y simplificador del derecho, y por el otro, a una fuerte tradición jurídica que se ha caracterizado por excluir la opinión de las principales víctimas de la violencia sexista: las mujeres.<sup>31</sup> Con independencia de cuáles sean las divisiones en el seno de las teorías feministas, lo relevante es analizar cómo la definición de la violencia contra las mujeres tiene repercusiones concretas en ámbitos legislativos y cuáles son los desafíos para la construcción de un diálogo inclusivo.

30. Para seguir esta discusión, cf. entre otros, Pitch, *supra* nota 10, pp. 125 y ss.; Encarna Bodelón, "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en la relación a la protección de los intereses de las mujeres", 11-12 *Delito y Sociedad* 124 (1998); Birgin, *supra* nota 19; Elena Larrauri, *Criminología crítica y violencia de género* (Madrid: Trotta, 2007).

31. Para un análisis de esta problemática en las reformas penales en Latinoamérica, cf. Julieta Lemaitre, "Violencia", en Cristina Motta y Macarena Sáez (eds. acads.), *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana* (Bogotá: Red Alas, 2008), tomo I, 579 y ss.

