



*Análisis del
Código Penal
desde la
perspectiva
de género*



EMAKUNDE
EMAKUMEAREN EUSKAL ERAKUNDEA
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Erakunde autonomiaduna

Organismo Autónomo del

EUSKO JAURLARITZA



GOBIERNO VASCO

*Análisis del
Código Penal
desde la
perspectiva
de género*

EMAKUNDE/
INSTITUTO VASCO DE LA MUJER

Vitoria-Gasteiz 1998

TÍTULO: "Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género"
EDITA: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer. C/ Manuel Iradier, 36. 01005 Vitoria-Gasteiz
MAQUETACIÓN Y COORDINACIÓN: Ana Rincón
FECHA: Diciembre, 1998
Nº DE EJEMPLARES: 1.000
DESCRIPTORES: Derecho penal, estudios de género, violencia sexual, acoso sexual, infanticidio, prostitución, obligación de alimentos, aspectos históricos.
DISEÑO GRÁFICO: Ana Badiola e Isabel Madinabeitia
ILUSTRACIÓN: M^º José Gamboa
FOTOMECÁNICA: Esda, S.A. C/ Hurtado de Amézaga, 27. 48.008 Bilbao
IMPRESIÓN: Gráficas Santamaría. C/ Bekolarra, 4. 01010 Vitoria-Gasteiz
ISBN: 84-87595-74-X
DEPÓSITO LEGAL: VI-617/98

PROGRAMA DE LA JORNADA "ANÁLISIS DEL CÓDIGO PENAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO"

Jueves 6 de Marzo

- 9.30 h. Entrega documentación
- 9.45 h. APERTURA
Excmo. D. José Antonio Ardanza Garro
Lehendakari del Gobierno Vasco.
Ilma. Dña. Txaro Arteaga Ansa
Directora de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.
- COORDINACIÓN: Ilma. Dña. Itziar Fernandez Mendizabal
Secretaria General de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.
- 10.00-11.00 h. UN DERECHO PENAL DE GÉNERO, UN DOBLE DERECHO PENAL
D. José Ignacio Lacasta Zabalza
Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Zaragoza.
Dña. Elena Larrauri Pijoan
Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- 11.00-11.30 h. Coloquio
- 11.30-12.00 h. Descanso
- 12.00-12.45 h. LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL:
IMÁGENES CULTURALES Y DISCURSO JURÍDICO
Dña. Adela Asua Batarrita
Catedrática de Derecho penal de la Universidad del País Vasco.
- 12.45-13.30 h. ACOSO SEXUAL
Dña. Ángeles Rey Avilés
Abogada de Pontevedra.
- 13.30-14.00 h. Coloquio
- 14.00 h. Comida
- 15.00-15.45 h. LAS MATERNIDAD CONTESTADA: DEROGACIÓN DEL INFANTICIDIO
Y LA REGULACIÓN O CANCELACIÓN DEL ABORTO
Dña. María José Virto Larruscain
Profesora Titular de Derecho Penal de la Universidad del País Vasco.
- 15.45-16.30 h. PROSTITUCIÓN DE LAS MUJERES Y CONTROL: UNA RELACIÓN
CONTROVERTIDA
Dña. María Luisa Maqueda Abreu
Catedrática de Derecho penal de la Universidad de Almería.
- 16.30-17.00 h. Coloquio

17.00-18.00 h. Evaluación de la jornada
Relatora: Dña. Miren Ortubay Fuentes
Asesora Jurídica del Ararteko.

Viernes 7 de Marzo

COORDINACIÓN: Ilma. Dña. M^ª Jesús Conde Zabala
Directora de Derechos Humanos del Departamento de Justicia,
Economía, Trabajo y Seguridad Social.

9.30-10.15 h. CUESTIONAMIENTO DE LA EFICACIA DEL DERECHO PENAL EN RE-
LACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LAS MUJERES
Dña. Encarna Bodelón González
Profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de
Barcelona.

10.15-10.45 h. Coloquio

10.45-11.30 h. VIOLENCIA Y MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR
Excmo. D. Emilio Olabarría Muñoz
Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

11.30-12.00 h. Coloquio

12.00-12.30 h. Descanso

12.30-13.15 h. EL IMPAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN FAVOR DE
CÓNYUGE Y/O HIJAS E HIJOS
Dña. Mercedes Pérez Manzano
Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de
Madrid.

13.15-14.00 h. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA LEGISLACIÓN
PENAL
Dña. Patricia Laurenzo Copello
Profesora Titular de Derecho penal de la Universidad Autónoma de
Málaga.

14.00-14.30 h. Coloquio

14.30-15.00 h. Evaluación de la Jornada
Relatora: Miren Ortubay Fuentes
Asesora Jurídica del Ararteko.

15.00 h. CLAUSURA DE LA JORNADA
Excmo. D. Ramón Jauregi Atondo
Consejero de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social.
Ilma. Dña. Txaro Arteaga Ansa
Directora de Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
UN DERECHO PENAL DE GÉNERO, UN DOBLE DERECHO PENAL	11
— GÉNERO Y AMBIVALENCIA DEL DERECHO Y DE SU SISTEMA PENAL	13
José Ignacio Lacasta Zabalza	
— FEMINISMO Y MULTICULTURALISMO	33
Elena Larrauri Pijoan	
LAS AGRESIONES SEXUALES EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: IMÁGENES CULTURALES Y DISCURSO JURÍDICO	45
Adela Asua Batarrita	
ACOSO SEXUAL	103
Ángeles Rey Avilés	
LA MATERNIDAD CONTESTADA: LA DEROGACIÓN DEL INFANTICIDIO Y LA REGULACIÓN O CANCELACIÓN DEL ABORTO	115
María José Virto Larruscain	
PROSTITUCIÓN DE LAS MUJERES Y CONTROL: UNA RELACIÓN CONTROVERTIDA	161
María Luisa Maqueda Abreu	
CUESTIONAMIENTO DE LA EFICACIA DEL DERECHO PENAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE LAS MUJERES	183
Encarna Bodelón González	

VIOLENCIA Y MALOS TRATOS EN EL ÁMBITO FAMILIAR 203

Emilio Olabarría Muñoz

**EL IMPAGO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS EN FAVOR DE
CÓNYUGE Y/O HIJAS E HIJOS** 217

Mercedes Pérez Manzano

**LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO EN LA
LEGISLACIÓN PENAL** 241

Patricia Laurenzo Copello

**PROTECCIÓN PENAL DE LA LIBERTAD SEXUAL:
NUEVAS PERSPECTIVAS** 261

Miren Ortubay Fuentes

Presentación

Transcurrido aproximadamente un año desde la entrada en vigor del Código Penal se consideró de interés pararse a reflexionar sobre la incidencia que está teniendo en la sociedad la puesta en funcionamiento de un cuerpo normativo que debe tutelar los principios y valores básicos de la convivencia social ya que afecta a la convivencia de una comunidad, desde el elemento más pequeño como puede ser la familia, la unidad de convivencia, hasta la propia configuración de un país.

Mucho se ha escrito en torno a este Código que creó grandes expectativas en todos los ámbitos sociales, ya antes de su entrada en vigor, al sustituir a una normativa penal anquilosada que, aunque con posteriores reformas, databa en lo que a su núcleo básico se refiere del siglo pasado, y cuya necesidad de reforma y adecuación a los tiempos actuales era innegable para todos los sectores.

El objetivo del que ha sido llamado el "Código Penal de la Democracia" ha sido el adaptar el Derecho penal a los tiempos y a los valores sociales reinantes en la actualidad, procurando afrontar la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser, tal y como lo expresa la propia Exposición de Motivos de este texto normativo.

Nos encontramos, por tanto, ante un nuevo Código Penal en el que, a pesar de los avances, sabemos que no es el mejor que podía esperarse tras tantos años de estudios, proyectos, anteproyectos, propuestas y congresos, razón por la que ha sido criticado desde distintos ámbitos relacionados con el Derecho, entre otras cuestiones, por los problemas técnicos que en la práctica se pueden derivar de su aplicación. No obstante, es de esperar que pueda resultar útil para afrontar los problemas penales actuales.

En este sentido, y en lo que se refiere a los delitos concretos que en esta Jornada se analizan, podemos destacar como novedosos: la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual, que en este Código son definidos con más detalle, suprimiéndose la terminología clásicamente acuñada de violación, estupro, o rapto; la incorporación del delito de acoso sexual; la aplicación de las potenciales víctimas del maltrato doméstico a ascendientes y a hijas e hijos del cónyuge o conviviente; elevándose a la categoría de delito la falta de malos tratos graves que se cometen con habitualidad; el hecho de que se haya rebajado el número de impagos de prestaciones económicas en favor de cónyuge y/o hijas e hijos para que esta conducta sea tipificada como delito. Novedades positivas y plausibles en la medida que responden a una amplia demanda social y, que a lo largo de la publicación son objeto de concreción y matización por las y los ponentes de estas jornadas.

Ha de tenerse en cuenta que las mujeres han sido definidas históricamente por el sistema penal como sujetos necesitados de tutela, lo que ha comportado una articulación de su control diferente a la de los hombres, realizándose una interpretación penal de sus comportamientos diferente a la de aquellos. A este respecto, la propia Exposición de Motivos del Código Penal, cuando se refiere a las medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias reconoce que en la anterior regulación de los delitos contra la libertad sexual, bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio que ahora se trata de corregir. Cabe preguntarse, siendo éste el punto de partida de estas Jornadas, de qué forma en la actualidad el Derecho penal continúa contribuyendo a reforzar los roles tradicionales que mujeres y hombres vienen desarrollando en esta sociedad en base a la asignación de capacidades y cualidades que se les ha atribuido en función del género.

Y es justo desde esta perspectiva desde donde adquieren su relevancia estas Jornadas; ya que aunque el Código Penal ha sido analizado desde distintas perspectivas, parece oportuna una reflexión sobre el mismo desde la perspectiva de género, en la medida en que partimos de una situación estructural de desigualdad real en que se encuentran aún las mujeres dentro de la sociedad. En definitiva no hay que olvidar, y el Código Penal no puede abstraerse de ello, que la dependencia económica, el reparto de papeles y funciones, tanto en la esfera privada como en la pública en la que las mujeres siguen teniendo una consideración de subordinadas y el mantenimiento de estereotipos sexuales es donde se encuentran las causas más profundas de dicha desigualdad.

En consideración a lo expuesto y como instrumento de reflexión conjunta entre profesionales del Derecho, Emakunde organizó las Jornadas sobre Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género, cuyo contenido se recoge en esta publicación que esperamos contribuya a un mejor conocimiento de la problemática existente y a avanzar en la mejora tanto del marco normativo como de su aplicación práctica desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres.

A handwritten signature in blue ink that reads "Txaro Arteaga". The signature is enclosed in a large, loopy oval shape, with a long, wavy line extending downwards from the bottom right of the oval.

Txaro Arteaga Ansa
Directora de EMAKUNDE/
Instituto Vasco de la Mujer

*Un Derecho
penal de
género, un
doble
Derecho
penal*

**JOSÉ IGNACIO LACASTA
ZABALZA**

**Catedrático de Filosofía del
Derecho de la Universidad de
Zaragoza**

*Género y
ambivalencia
del Derecho y
de su sistema
penal*

A José Guallart y López de Goicoechea, catedrático de Derecho penal en la Universidad de Zaragoza; por haberme enseñado, desde las ideas de Beccaria y para toda la vida que, nunca y sin excepciones, el tormento y la pena de muerte son "útiles ni necesarias".

A José Cerezo Mir, en su homenaje y despedida del ejercicio de la cátedra de Derecho penal de Zaragoza; por habernos dado una lección ética y permanente de lo que es dignificar la profesión universitaria mediante el trabajo.

"Por eso, en una de sus exposiciones más sublimes — la *Antígona* de Sófocles— la piedad ha sido expuesta fundamentalmente como la ley de la mujer, como la ley de la sustancialidad subjetiva sensible, de la interioridad que aún no ha alcanzado su perfecta realización, como la ley de los antiguos dioses, de los dioses subterráneos, como ley eterna de la que nadie sabe cuándo apareció, y en ese sentido se opone a la ley manifiesta, a la ley del estado. Esta oposición es la oposición ética suprema y por ello la más trágica, y en ella se individualizan la feminidad y la virilidad" G.W.F. HEGEL, *Principios de la Filosofía del Derecho*, &166.

1.

La mujer y el poder: para saber previamente dónde están y dónde estamos

1.1

Antes que analizar el objeto de esta exposición que, resumidamente, podría ceñirse a dictaminar si el Derecho penal es o no un Derecho de Género, es preciso recordar algunas cuestiones elementales.

En primer lugar, y desde la óptica del Poder, el Derecho no es la parte más importante del edificio del Poder político (Lacasta-Zabalza, 1994-95). Y el Derecho penal no es tampoco el elemento más descollante del sistema jurídico (por su propio carácter —hoy en crisis y no precisamente positiva— fragmentario, de salvaguarda y última ratio de las libertades y de todo el ordenamiento).

Es más, el Poder se mueve demasiado al margen del Derecho penal; y cuando éste se convierte en un vehículo para él obligatorio, reacciona de manera negativa o de mala gana, como lo han demostrado los últimos Gobiernos con el asunto de los GAL (ya fuera el PSOE o el PP quien estuviera al mando del ejecutivo).

Por otra parte, las mujeres sufren situaciones de violencia o discriminación de grueso trazo, que no pasan por el Derecho penal. Ya sea por su particular e incrementado sufrimien-

to en las guerras o por las religiones que hacen de las mujeres auténticas víctimas de sus propuestas morales.

Por otro lado, habrá que hacer las oportunas salvedades con respecto al concepto mismo de Poder. Con la advertencia de no entenderlo aquí en un sentido meramente negativo, según es hábito en el marxismo (como lo que reprime, por ejemplo); sino, en sentido foucaultiano, también como un proceso conformador de conductas y afirmador de saberes que nos dicen, también por ejemplo, qué es y qué se espera de una mujer en su comportamiento social, privado y público. Tampoco es ajena esta reflexión a la importancia, tras Nietzsche (y el propio Foucault), de conocer que existen los poderes en plural. Poder en sentido macrofísico y poderes en sus variantes microfísicas son miradas insoslayables para entender la complejidad de la sociedad contemporánea (Lacasta-Zabalza, 1994-95). Pues hay una praxis del poder allí donde una voluntad se impone a otra, desde las aulas de una escuela hasta el pasillo de una casa familiar. De otro modo, no se podría captar la producción de "malos tratos", "acoso" y "violaciones" que se genera en ambientes tan teóricamente civilizados como las familias y matrimonios de la sociedad holandesa (Beijerse y Kool, 1994).

Dicho esto, vayamos con una primera y algo contundente afirmación: la mujer está hoy mucho más presente en la vida pública de nuestra sociedad civil que hace veinte o treinta años. Pero las mujeres distan mucho de cubrir cotas importantes del "poder público" (entendido sobre todo como poder político y gubernamental).

1.2

Y, para ubicarnos en la realidad social del presente que vivimos, nada mejor que una reflexión, sagaz como pocas y de las que dan qué pensar a cualquiera. Se trata de lo dicho por Celia Suay, a propósito de *Abolicionismo y feminismo* (Suay, 1995); una proposición que es más que conveniente destacar aquí:

"El movimiento feminista no nace en las universidades. Las mujeres hemos tenido, y seguimos teniendo, grandes dificultades para acceder a los centros de poder público. Se dice que cuando llegamos, es señal de que aquel lugar ha perdido su preeminencia social. El feminismo surge desde abajo, desde el conflicto, y está traspasado por él. Pero por eso mismo tiene la fuerza de los sentimientos que se expresan; aunque, a veces, con excesiva emotividad".

Fijémonos en que Celia Suay afirma que "cuando llegamos, es señal de que aquel lugar ha perdido preeminencia social".

Y, efectivamente, hace veinte y treinta años (cuando quien esto expone cursaba los estudios de Derecho) no había mujeres penalistas, criminólogas ni casi profesoras de derecho, salvo muy contadas excepciones.

El que hoy haya mujeres que son profesoras de estas materias y de otras es, sin duda, un avance y un tenue reflejo de lo que más intensamente sucede en la sociedad y en el seno de los estudios jurídicos. Pero un catedrático tenía mucho más poder (y capacidad de representación) ante toda la sociedad que lo que tiene hoy día. Hoy (y entiéndase el argumento no como añoranza bobia, racanería social o idea insolidaria en una panorámica de paro laboral de proporciones inadmisibles), ni siquiera nuestro sueldo es parangonable con los de los altos o medios cargos políticos y administrativos del centro o de la periferia. Y no digamos nada de los salarios de las personas de parecida formación universitaria en la empresa privada. Pero es que, sobre todo, hoy un catedrático ya no representa lo que representaba en cuanto a poder público se refiere (piénsese, si no, en la cantidad de ministros catedráticos que hubo en el pasado).

En cuanto a las mujeres, siguen sin cobrar lo mismo que los hombres en idénticos o parecidos trabajos; y continúa su "invisibilidad" en no pocas zonas de la vida pública, tal y como lo ha expuesto Elena Larrauri (Larrauri, 1995)

Y la profesora Suay lo ha sugerido con perfecto tino; porque si hay hoy muchas mujeres profesoras y juristas de primera fila, se debe a sus esfuerzos, desde luego. Pero también a que esas profesiones poseen actualmente bastante menos calibre desde el punto de vista del poder. Y aquí se comparte, casi al cien por ciento, lo afirmado por Celia Suay.

Solamente cabría hacer una pequeña precisión a lo expuesto por Celia Suay, cuando ésta habla de la "excesiva emotividad" existente en el seno del feminismo. Pues, como bien saben los teólogos y teólogas (que tienen más oficio que las y los mismísimos juristas), "sin pasión no hay conocimiento". Y, si el feminismo ha trascendido sus primeros y parcos límites, ha sido por la encendida pasión puesta por las sufragistas en su lucha o porque las mujeres del ámbito latino, desde los años sesenta, quisieron con fuerza separar una legislación civil y positiva de una religión mal entendida como una suerte de control social sobre sus cuerpos y almas.

2.

El Género: una posición metodológica

2.1

Que el concepto metodológico de Género y su aplicación al mundo o al campo —en sentido sociológico— del Derecho sea o no fructífero, lo habrán de decir las investigaciones que se hagan con esa dirección metódica. En todo caso, se puede adelantar una postura: que tal proyecto metódico es positivo pero que, con desmesura en su utilización (sobre todo en la perspectiva histórica de las transformaciones concernientes a la mujer), tiene sus limitaciones.

Y se avanza que aquí se entiende por teoría del Género (y en esto sigo a Encarna Bodelón, Elena Larrauri y Carol Smart), sin que eso quiera decir que todas ellas mantengan una sola y solidaria posición, que:

"las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica o social de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y hembras" (Bergalli y Bodelón, 1992).

Y aquí entra el Derecho, de la mano de esa profundización antropológica. El Derecho resultaría ser así una estrategia al servicio de un proceso de construcción del Género. El Derecho, en su versión más masculina o bien más "neutral, devendría un artefactum que construye una situación que inevitablemente favorece a los hombres y perjudica a las mujeres.

O, de manera más matizada, la carta de presentación del Derecho —y del Derecho penal— como algo "neutral", imparcial u objetivo, es "en numerosas ocasiones" (o no pocas veces) una manera de vestir lo que no es sino una perspectiva "subjetivo-masculina" (Larrauri, 1995)

Según Carol Smart, la superación de la consideración del Derecho sexista y del Derecho masculino, en las dos primeras etapas de la filosofía jurídica feminista, conduce al programa de estudio y crítica fundamentado en que "el Derecho tiene Género". Es decir, ya no

hace falta una categoría previa que fije el sexo mediante el Derecho y lo divida en el binomio Hombre/Mujer; ya no es preciso sostener que la mayoría de los jueces y juezas y abogados y abogadas son hombres, sino que se espera de esta metodología del género algo más sugerente y más sutil. Algo que responda a una constante creación de Género por parte del Derecho y a la siguiente pregunta: "¿Cómo funciona el género dentro del Derecho y cómo el derecho funciona para crear género?" (Smart, 1994).

Si el agente que aplica la ley es un hombre y si la norma es descaradamente sexista, con respecto a este asunto *ça va de soit* en el diagnóstico de su discriminatoria masculinidad. Pero ¿y si se trata de una jueza y el Derecho, neutral él y abierto en este supuesto, nos habla de categorías tan impersonales —y en ciertas circunstancias tan convenientes— como la "libertad sexual"?

Pues también la teoría del Género puede arrojar no poca luz al respecto. En efecto, el nuevo Código Penal español ha institucionalizado en su Título VIII el castigo de los "Delitos contra la libertad sexual". Y su flamante art. 178 comienza expresivamente así: "El que atente contra la libertad sexual de otra persona...". El Código usa así los conceptos de persona, sin distinción de sexo, y la "libertad sexual" de hombres y mujeres.

Se ha dicho por parte de algunas feministas que estas definiciones en neutro, como la de la "libertad sexual", oscurecen o debilitan que una violación es un delito de un género (masculino) contra otro. Y se ha recordado también que las mujeres no violan (Larrauri, 1994 y 1995). Pero quizá no se ha apuntado que en las cárceles españolas hombres organizados violan a hombres desprotegidos y que esto ha conducido en ocasiones al suicidio de la víctima, de donde puede deducirse que las categorías tan abstractas como "neutras" y "liberales" (la "libertad sexual" entre ellas) también pueden servir, con cierta autonomía del Género, para castigar agresiones inadmisibles de unos seres humanos contra otros.

De ahí que, junto al Género esta intervención haga hincapié en la ambivalencia del Derecho penal, por servir para propósitos efectivamente imparciales (castigar la violación de un recluso) y difundir, al mismo tiempo, el carácter habitual de una acción violenta de los hombres contra las mujeres.

Sin embargo, el Género puede explicar muy bien que, todavía en 1997, la magistrada barcelonesa Ana Ingelmo ("El Mundo" de 13-2-1997) considere que la violación de una esposa por su marido es menos grave, porque: "El delito cometido entre familiares será menos reprochable que el cometido entre extraños". Y porque:

"el padecimiento psíquico de la víctima es muy superior cuando se ve atacada por un desconocido que cuando el que no respeta su libertad sexual es su marido, con el que ha venido manteniendo relaciones sexuales consentidas a lo largo del tiempo".

Aquí se ven ciertos restos de la vieja mentalidad "correctora" que sostenía el más retrógrado iuspenalismo español y la viril moral que lo sustentaba. El que atribuía al hombre de la casa facultades de conservación de la disciplina familiar. El que solía equiparar a "mujeres y niños y niñas" (que debían obtener la "primera" o prioritaria protección jurídica, como si la norma penal estuviera ante un naufragio de película). El que, lógicamente, hizo surgir que "lo privado es público" como justa reivindicación del pensamiento feminista y de los derechos de las mujeres.

La ética franquista de prevalencia del hombre no se agotaba en la legislación penal, sino que, como lo ha demostrado Teresa Picontó (Picontó, 1996, págs. 62 y 63) en su crítica a las ideas del jurista Castán Tobeñas, poseía una cerrada concepción familiar jerarquizada por el "paterfamilias" y sin admitir que se cuestionase la muy nacionalcatólica "indisolubilidad del matrimonio".

Y la magistrada Ingelmo también se erige en defensora impropia de lo que ella entiende por el valor del "vínculo matrimonial". Porque, según esta magistrada, "él no aceptaba la separación" y "para el acusado todavía era su esposa". Peor aún es que el "parentesco" para la magistrada no sea "un criterio rígido" y se niegue a aplicarlo como "circunstancia agravante", tal y como dispone el Código Penal en materia, precisamente, de agresión a la "libertad sexual".

¿Qué nos diría la metodología del Género de todo esto? Pues cosas bastante convincentes: que, independientemente de los cambios legislativos en aras de la "neutralidad" de los delitos sexuales, aquí y ahora sale perjudicada la mujer. Que, también independientemente de ser en este caso una mujer la magistrada, el proceso de producción del Género mediado por su interpretación del Derecho ha cuajado en un trato notoriamente desfavorable para la mujer agredida. Que, soterradamente, una ética ultraconservadora para las mujeres perdura en el mundo de la interpretación y aplicación del Derecho, haciendo reproducir la dominante clasificación de los sujetos por el Género y reverdecir aún la abrupta masculinidad del Derecho, etc...

Bien, pero un contrapeso atemperador podría poner sobre el tapete otras cuestiones no menos esclarecedoras. Si esa sentencia de la magistrada Ingelmo es una regla o una excepción en nuestra jurisprudencia; si el nuevo Código Penal favorece o dificulta o es impropia-

mente "neutro" ante la pervivencia de la discriminación de la mujer en el territorio de la "libertad sexual". Si, de existir una innovación positiva en materia sexual, esto se debe en buena medida a las normas penales o no... Y tantas otras reflexiones, todas ellas formuladas desde el necesario observatorio que contrapone lo fáctico y lo normativo en la igualmente necesaria sociología jurídica; es decir, allí donde los hechos ciertamente acontecidos (su cantidad, su calidad) nos dicen cómo opera todo el mundo jurídico y, a la postre, si es o no positiva (y en qué medida) para las mujeres la nueva legislación penal y su práctica efectiva.

2.2

PROS Y PROBLEMAS DEL DERECHO COMO FORJADOR DE GÉNERO

Esta teoría tiene la ventaja de no adoptar una posición unilateralmente "materialista" ante el Derecho. Esto es, huye de considerar al Derecho y a sus normas penales como un mero producto de las relaciones socio-económicas que lo deberían explicar —según ese materialismo— casi todo.

Tampoco es tan ingenua esta actitud intelectual como para creer —y creerse— que las normas jurídicas por sí mismas modifican en sentido favorable para la mujer el orden de cosas verdaderamente existente. No piensa que las normas llamadas "progresistas", por ser igualitarias jurídicamente, hayan desterrado o "superado" la "discriminación sexual" (Smart, 1994).

Este talante feminista sabe que, en el Derecho penal, el *tipo* es resbaladizo y poroso cuando se trata de definir y acotar supuestos de hecho como el del "acoso sexual"; y cuando la "violencia doméstica" se resiste a ser contemplada en su dimensión habitual de "violencia psíquica" practicada contra la mujer (Larrauri, 1995). Si bien hay que matizar que algunas y algunos de los autores más avezados y avanzados de la Dogmática penal, como Luis Gracia y Díez Ripollés (Díez Ripollés-Gracia Martín, 1997, vol.I, págs. 424 y 425), han captado que, en el delito de "malos tratos" del art. 143 del Código Penal, el bien jurídico protegido incluye —escribe Luis Gracia— "la doble vertiente física y mental del ser humano en el sentido definido en esta obra por Díez Ripollés". Y que el supuesto fáctico de este delito no requiere el resultado material de unas lesiones físicas comprobables.

Epistemológicamente, y volviendo a la filosofía jurídica del Género, ésta más bien se aproxima a lo pensado por Foucault sobre la capacidad del establecimiento de un tipo de verdad a través de las formas jurídicas (Foucault, 1986). En todo caso, le adornan las cualidades de una epistemología o teoría del conocimiento jurídico marcadamente constructivista, que ha captado con precisión imaginativa (Martínez, 1992, pp. 33-37) que:

A) "El derecho ejerce una poderosa capacidad de definir la realidad, de conformarla (...) El derecho ostenta un poder de demarcación de la realidad y determina no sólo cómo deben ser las cosas sino también cómo son. El derecho decide cuál es la realidad que cuenta para él, qué es lo que existe o no jurídicamente. El derecho es incapaz de operar en una realidad contingente y caótica y necesita fabricarse una realidad simple y unívoca, una realidad artificial a la medida de sus necesidades".

La realidad jurídica no es falsa, sino convencional o, más bien, una esfera bastante peculiar de la realidad. Porque, en las capas más profundas del conocimiento humano:

B) "Lo jurídico y lo extrajurídico deben pensarse en una relación de traducción libre, de interpenetración. La realidad jurídica es, por tanto, una realidad inventada, y la realidad de la que el derecho surge y a la que se aplica es también un invento del mismo derecho. Es la forma de ver lo que no es derecho pero tiene relevancia jurídica".

La atalaya de la filosofía del Género guarda desde luego parentesco con esa imaginación jurídica expuesta por Martínez García, aunque éste, más preocupado por otras filosofías de aparentemente mayor calado académico (teoría de los sistemas, Rawls, la "razón fabuladora" del contractualismo social, etc.), es una lástima que no haya parado mientes en una filosofía jurídica tan constructivista como ésta de tan imaginativo Género. Desde luego, entre nosotros y nosotras, el feminismo —y esto habla de nuestras culturales insuficiencias— no pertenece al mundo de lo "jurídicamente correcto". Y, las críticas más sagaces a este feminismo, no salen de una ética "universalista" que presenta al Género —y a sus intelectuales antecesoras— como partícipes de una posición "agónica", en tanto que incompatible —o poco compatible— con una ética "plenamente universal y convivencial" (García Amado, 1992). Lo que, con toda confianza y aprecio por la buena e infrecuente documentación en su análisis del feminismo de un iusfilósofo español como García Amado, su posición es tanto como criticar el carácter parcial o "no universalista" del mejor Evangelio; porque Jesucristo propugnó amar a las personas pobres e indicó las dificultades que las personas ricas tienen para su salvación; la misma —piénsese— que el agobiante pasaje de un "cabello por el ojo de una aguja".

Aquí, en cambio, se comparte con el pensamiento del Género que hasta el Derecho más "neutro" puede no ser —con insistencia e intensidad— nada "neutral" para las mujeres. Sin embargo, es preocupante que la crítica feminista caiga con alguna frecuencia, y con respecto al Género del Derecho, en el mismo callejón sin salida que el de Marx en lo tocante a los "derechos humanos"; de los que no veía más que su carácter enmascarador y al servicio de las personas poderosas contra las desposeídas (Barrere, 1992).

Cabría pues, también aquí, admitir la atalaya del Género, pero a condición de no concebir unilateralmente al Derecho como una suerte de suma y compendio de la maldad intrínseca, al antijurídico estilo de Karl Marx. Y el Derecho también puede ser útil —lo ha sido ya hasta en su variante criminal— para la causa de la liberación de la mujer.

3.

Las transformaciones del Derecho penal español y la pervivencia del Género: paradigmas de cambios positivos y restos negativos de una moral más que tradicional

A veces no hay que complicarse tanto la vida metodológica y son la historia, la ideología y la política, las que explican cómo se produjo en determinadas épocas un beneficio para las mujeres en su consideración ante las leyes penales.

Si tomamos el Código Penal republicano de 1933 y su refrescante "Exposición de Motivos" sabremos muchas cosas. Sabremos que el ideario republicano consistía en algo más que conformarse con una determinada forma de Estado. En el Motivo III, que habla de las "Modificaciones impuestas por la nueva Constitución", se dice que ésta, en su artículo 25, establece la "igualdad de sexos". Como derivación impecable de esta igualdad, el Código republicano declara abolido el art. 438 del anterior texto penal. Artículo que, en el caso de adulterio de la mujer, le daba más que injustamente al marido ofendido la oportunidad de matar a su esposa con una práctica impunidad. Porque, como recordaba este Motivo III, lo que se hacía en la realidad era otorgar al uxoricida "una excusa absolutoria" o "una atenuación especialísima".

El Código republicano igualmente suprimió la excusa absolutoria del marido que descubre los secretos de su mujer o abre su correspondencia, textualmente —e interesa subrayarlo— en "razón de la igualdad de sexo".

La sociedad civil de la República era agresiva y hombruna en cantidades más que deseables. Pero fueron hombres, como Álvaro de Albornoz y Fernando de los Ríos, sin exageración (y aún con el buen recuerdo jurídico de mujeres como Clara Campoamor y Victoria Kent), quienes modificaron coherentemente el Código Penal con razonamientos extraídos del "neutral" Derecho constitucional republicano.

E igualmente fueron otros hombres los que, impulsados por una deleznable moral, acabaron la redacción del art. 428 del Código Penal franquista y resucitaron el adulterio de la mujer. Artículo que reinstauraba la "vindicta in honore" o la muerte de la esposa infiel a manos de un esposo que era simplemente desterrado por el juez o la jueza (lo que fue un incentivo para el crimen más que una disuasión o verdadera pena) Este artículo duró hasta la reforma del Código de 1963. Y la discusión doctrinal se las traía, pues algunos autores, como Ferrer Sama, reconocían la "enorme desigualdad" de la mujer en aquel art. 428. Pero, en su creación nítida de Género dominante, decían cosas de este estilo: "No desconocemos, como en su lugar quedará expuesto, la mayor gravedad del adulterio de la mujer respecto del marido" (Lacasta-Zabalza, 1964-65).

Una impecable interpretación del Derecho llevó a la República a descriminalizar el llamado adulterio y derogar el discriminatorio trato dado en él a las mujeres. Y una moral indecente, consagrada ya en el Preámbulo de 6 de noviembre de 1942, en aras del "amparo y protección de la mujer", lo que hacía era velar penalmente por la "honestidad de la Mujer" (según los particularísimos criterios acerca de la "honestidad" de aquellos sesudos y sexudos hombres que legislaron en el franquismo).

Prácticamente todos eran hombres, tanto los legisladores penales republicanos como los franquistas; pero la distancia intelectual y ética para con la igualdad de la mujer es tan abismal como la idea de unos y otros sobre la "honestidad", el pretendido "adulterio" o la equiparación republicana y la discriminación franquista establecidas para las hijas e hijos "legítimos e ilegítimos" (Picontó, 1996).

Conviene, con respecto a la mujer, no perder este hilo de argumentación histórico. Porque, dada la amnesia cultural que se ha impuesto sobre nuestro pasado, resulta que, para alguna autora, tan negativas son la "Mujeres Libres" de la CNT de los años treinta (que propugnaban el reparto de las tareas domésticas entre hombres y mujeres o los anticonceptivos) como la "Sección Femenina" de la Falange Española (Durán y Lalaguna, 1992). "Feminismo" falangista, cuya aportación de los "pololos" para que las chicas hicieran gimnasia recatadamente todavía es motivo de burla colectiva en la sociedad española y de crítica más que merecida a esa visión franquista y nacionalcatólica de la mujer (C. Martín Gaité, 1987). Durán asegura que las "Mujeres Libres" anarquistas y las de la Falange "son clara muestra de lucha política" y, por ende, parangonables y condenables en su proyección del feminismo "sobre la base de lo ideológico". Porque "la ideología absorbe cualquier criterio". Como si, en este mundo, significasen lo mismo las ideas antidiscriminatorias

y antisexistas de las libertarias y los antediluvianos propósitos del ama de casa figurada por Pilar Primo de Rivera. Vivir para ver y para leer cosas así escritas, además, por una mujer (Durán y Lalaguna, 1992). Quien, por supuesto, ni siquiera menciona las antifeministas ideas que Juan Pablo II tiene de la procreación y de los medios anticonceptivos; como si estas ideas vaticanas no constituyeran una "ideología", toda una "política" y toda una propaganda en detrimento de los derechos de las mujeres más desfavorecidas del globo terráqueo.

El Derecho tiene Género, desde luego; pero también existe, aunque con otros significados y menos intensidad que en el pasado industrial y antagónico entre trabajo y capital, la distinción Izquierda/Derecha en el plano político y en la historia de la cultura. Distinción que nos hace percibir algo tan elemental como que no fue lo mismo para las mujeres el ideario libertario que el Código Penal de Franco y su estrechez mental, al alimón con la jerarquía de la Iglesia católica, expresada en su trato a los casos —por esa ley llamados— de "amancebamiento" (que hasta suena mal) y "adulterio".

En cuanto a los cambios penales introducidos por el régimen constitucional de 1978 con respecto a la mujer, son enormes o parcos, rápidos o lentísimos, con pasos atrás y hacia adelante, según se miren.

Un acierto fue la idea de la igualdad como "valor superior" y "derecho fundamental". Pero hubo que esperar hasta 1983 para que se reformase la Circunstancia agravante 16 del art. 10 del Código, que recogía el "desprecio de sexo". Todavía hasta 1983, la mujer estaba excluida de la "nota infamante" del cumplimiento de la pena en un "presidio" y se le reservaba la "prisión" (art. 77).

A veces, como en el campo doctrinal, la vida iuspenalista parece haber marchado en cambio a toda velocidad. Una ejemplar muestra (de tono y contenido) de "disenso científico" entre maestro y discípulo, le llevó al catedrático Cerezo a discrepar de las tesis que sobre la "libertad sexual" mantenía en 1981 José Luis Díez Ripollés, entonces profesor ayudante de Derecho penal. Para el profesor Cerezo, el ataque a la "libertad sexual" no agotaba el contenido de lo "injusto" en las figuras delictivas del Derecho penal sexual. Había que tener presentes las "normas de ética social realmente vigentes en la sociedad". El profesor Cerezo tampoco compartía con Díez Ripollés que éste concibiera la "libertad sexual" como "desarrollo de la personalidad" y no veía ese "plus en el contenido de lo injusto" que defendía Díez Ripollés para esos delitos sexuales (Cerezo y Díez Ripollés, 1981, pp. IX-XI).

Pues bien, el nuevo Código Penal se ha desplazado desde la "protección de la moral" a la prevalente tutela de la "libertad sexual" en toda regla (Boix Reig, 1995). Y el articulado del Título VIII de este Código ha recogido sin reservas el concepto de "libertad sexual" que se ha impuesto decididamente en nuestro ámbito penal como un bien jurídicamente protegido. Con la vista hacia atrás fijada en el "disenso" entre el profesor Cerezo y su discípulo Díez Ripollés, parece que, más bien, ha sido la "ética social" la que ha ido acomodándose —no sin problemas— a las nuevas ideas sobre la "libertad sexual" recogidas en la actual legislación y doctrina.

Pero no todo es positivo y el art. 612. 3º del Código Penal se refiere a los "atentados al pudor" en caso de conflicto armado (quizá por influencia de la legislación internacional sobre la guerra), así como a la "protección especial de mujeres y niños" que son así equiparados. Y quedan restos de la vieja moral que excluía de la misma consideración a las "familias regulares" de las "irregulares" o generadas por "uniones de hecho". Lo que puede apreciarse en el nuevo Reglamento Penitenciario de 1996 que, en sus arts. 168 y siguientes, concibe la protección de la "estructuración familiar" a través del posible cumplimiento de la pena en "Establecimientos mixtos" para "hombres y mujeres", si bien restringe a "los cónyuges privados de libertad" la posibilidad de tener una "plena convivencia" (y guarda completo silencio sobre otras uniones afectivas, como las llamadas "de hecho", tan importantes precisamente entre esos sectores de la población).

4.

*Breve recapitulación:
funciones del Derecho
penal y el riesgo de las
"normas-escaparate"*

El enfoque del Género no parece ser una alternativa cerrada. Metodológicamente, no está de más quedarse con sus advertencias críticas sobre la pretendida "neutralidad" del Derecho y con su llamada de atención sobre el contexto en el que las leyes penales se aplican a las mujeres.

Pero el Derecho penal no ha de perder su función de constituir el último recurso social ni su carácter protector de los bienes jurídicos fundamentales. En el nuevo Código Penal se perciben ciertas desmesuras que hacen quebrar esa teleología de una mínima intervención represiva. La nueva ley ha endurecido y aumentado los castigos, ha cercenado algunas suavizaciones de la ejecución de la pena (con la supresión de la "redención de penas por trabajo") y ha cedido —bastante electoralmente— al "partido del Talión" de la sociedad española, tan reivindicativo él del "cumplimiento íntegro de las penas" (y de sus propias atrocidades, cabría añadir). Pues, al decir de los expertos y expertas, más de diez años de condena pueden acarrear graves e irrecuperables destrozos físicos y psíquicos en la persona condenada. El legislador o legisladora electoral (que es una figura distinta a la del "legislador o legisladora racional"), ha hecho que este Código se debata entre: a) medidas humanitarias y esperanzadoras como el "arresto de fin de semana" que sustituye a la prisión y b) el incremento inaceptable de las penas máximas y la derogación de las reducciones penitenciarias (Lacasta-Zabalza, 1995).

Además, hay una desviación de la acción del poder político en su constante recurso a las "normas-escaparate". Que consiste en el proceso siguiente: una vez detectada una fuerte demanda de un sector social potencialmente votante (personas consumidoras, ecologistas, feministas, víctimas de la droga, etc.), se plasma la citada demanda en una norma jurídica con rango publicitario de ley. Que luego se aplique o no la norma (como en el problemático supuesto de hecho de los "delitos ecológicos") eso ya es harina de otro costal. Y si esto es grave en general, más lo es en particular si la norma en cuestión pertenece al Derecho penal. Esta inflación normativa (cuya huella está en el nuevo Código) ha provocado una

"expansión desmedida del sistema penal" (Suay, 1995) y su subsiguiente desvirtuación y desvalorización.

Además, la funcionalidad del propio Derecho penal es más que discutible. La "libertad sexual" es también —y sobre todo— un asunto de efectividad material, de información, de educación, de crítica a la violencia, de renovación cultural.

Y no deja de ser paradójica la acción de esta sociedad, que reclama más castigos a la violencia y permite —y potencia— la difusión a mansalva de una cultura violenta desde sus poderosos medios audiovisuales.

La liberación de la mujer no vendrá de la mano de las normas penales ni mucho menos de su preocupante endurecimiento. Vendrá de una humanización del sistema penal y penitenciario, de más trabajo para quienes no lo tienen y de una mejora social y cultural general. Mientras tanto, convendría no esperar demasiado de las normas represivas ni del encarcelamiento. Mientras tanto también, y con palabras de Celia Suay, convendría no abandonar el horizonte de "un Derecho penal mínimo, garantista, efectivamente sujeto a los principios que lo legitiman y personalizado".

Bibliografía

- BARRERE, María Ángeles: "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 75-89.
- BEIJERSE y KOOL, Jolande Uit y Renée: "La tentación engañosa del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en el libro colectivo, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Elena Larrauri (comp.), Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 141-165.
- BERGALLI y BODELÓN, Roberto y Encarna: "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 43-67.
- BOIX REIG, Javier: "De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual", en el libro colectivo *Mujer y Derecho penal*, Coordinador Virgilio Latorre, Valencia, Generalitat Valenciana/Tirant lo Blanch, 1995, pp. 11-20.
- DIÉZ RIPOLLÉS, Luis: *El Derecho penal ante el sexo*, Prólogo de José Cerezo, Barcelona, Bosch, 1981.
- DIÉZ RIPOLLÉS, Luis: *Comentarios al Código Penal* (en colaboración con Luis Gracia como coordinador), Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, vol. I.
- DURÁN Y LALAGUNA, Paloma: "Mujer, poder, Derecho: una posible interpretación", *Anuario de Filosofía del Derecho IX* (1992), pp. 123-134.
- FOUCAULT, Michel: *La verdad y las formas jurídicas*, México, Gedisa, 1986.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio: "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho, IX* (1992), pp. 13-42.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "Apuntes de clase de Derecho penal (1964-65)", Zaragoza.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "Antiformalismo jurídico "fin de siglo": su Gracia e inconvenientes", *Ius Fugit*, Institución Fernando el Católico/CSIC, 3-4 (1994-95), pp. 437-456.
- LACASTA ZABALZA, José Ignacio: "L'ambivalent ideari del nou Codi Penal espanyol", *Veus alternatives*, 4 (1995), pp. 10-13.
- LARRAURI, Elena: *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. XI y XII y 93-108.
- LARRAURI, Elena: "Una crítica feminista al derecho penal", en el volumen colectivo *Mujer, Derecho y Sociedad*, Sevilla, Fundación El Monte, 1995-96, pp. 45-74.

MARTÍN GAITE, Carmen: *Usos amorosos de la postguerra española*, Barcelona, Anagrama, 1987.

MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio: *La imaginación jurídica*, Madrid, Debate, 1993.

PICONTÓ NOVALES, Teresa: *La protección de la infancia (aspectos sociales y jurídicos)*, Zaragoza, Egido Editorial, 1996.

SMART, Carol: "La mujer del discurso jurídico", *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. 167-189.

SUAY, Celia: "Abolicionismo y feminismo", *El Viejo Topo*, 87 (1995), pp. 52-56.

ELENA LARRAURI PIJOAN
Profesora Titular de Derecho
penal de la Universidad
Autónoma de Barcelona

Feminismo y
multiculturalismo

Este texto es la conferencia que se realizó en las Jornadas organizadas por Emakunde "Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género" (6/7 Marzo, 1997). Se ha respetado la forma en que se presentó oralmente.

1.

*Origen de la Feminist
Jurisprudence: de
“Mujer y Derecho”
(Woman and the Law)
a una Teoría del Derecho
Feminista (Feminist
Jurisprudence)*

¿Cómo se pasa de los estudios de mujeres y derecho desarrollados en la década de los setenta a la Feminist Jurisprudence (en adelante FJ) de la década de los ochenta?

A) La diferencia es que la primera se centra en conseguir la igualdad: abolir todas las prácticas discriminatorias en el empleo, en la educación, en la asistencia social, arguyendo que las mujeres son iguales que los hombres (y aceptando que la norma es neutral). Pero los límites a este planteamiento pronto se hicieron visibles precisamente en aquellas áreas en que las mujeres no eran igual, como por ejemplo en la reproducción. Ello planteó ya el debate en el mundo anglosajón de si el embarazo debía ser tratado como otra enfermedad o debía reivindicarse su especificidad. Frente a ello se intentó elaborar una lista de las diferencias, pero ello provocó una discusión interminable respecto de cuáles eran diferencias a tener en cuenta, cuáles reales y cuáles construidas y de qué modelos de integración o diferenciación debían favorecerse.

B) A pesar de la promulgación de normas destinadas a garantizar la igualdad entre ambos géneros, en la década de los ochenta se aperciben los límites de la reforma legal, en áreas como el empleo, la regulación de la violencia sexual, los vaivenes en la regulación del aborto, para conseguir la igualdad efectiva. Entre los problemas que sobresalen está la feminización de la pobreza y el que a pesar de los cambios legales, las mujeres “eligen” quedarse en casa con los hijos e hijas.

C) Se produce también la entrada de otras corrientes teóricas, distintas de las estrictamente jurídicas. Entre estas pienso que deben destacarse por su influencia:

C1) Gilligan (1982) quien en sus estudios de teoría moral da autoridad empírica al hecho de que hombres y mujeres resuelven sus conflictos morales de forma distinta y niega que ello pueda ser descrito como un estadio de desarrollo moral inferior.

C2) La entrada de la corriente postmodernista en el feminismo. Si bien los planteamientos de MacKinnon (1983) quizá no puedan tildarse de postmodernistas serán especialmente influyentes al mostrar cómo la perspectiva particular del hombre se ha hecho pasar por la perspectiva universal.

En definitiva: si mi análisis es acertado, lo novedoso de la FJ de la década de los ochenta es dudar acerca de la capacidad de reforma legal para cambiar la realidad social; cuestionar la asunción indiscutida de que el objetivo es la igualdad con el hombre; retar que el derecho liberal sea igualitario pues sus normas reflejan ya, aun cuando formuladas de forma universal, los valores del grupo social dominante en la época en que se promulgó: hombres blancos de clase media.

A continuación expondré cómo puede ser aplicada en mi opinión la perspectiva de la FJ al análisis del Derecho penal.

2.

Aplicación de la FJ al Derecho penal: las normas tienen sexo

¿Cómo puede verse que el conocimiento es contextual, que no hay unas normas elaboradas de acuerdo a criterios universales u objetivos? Para ello necesitamos una mirada “género-sensitiva”.

2.1

EL LENGUAJE: “LAS NORMAS TIENEN SEXO PORQUE SE EXPRESAN EN MASCULINO”

Una de las cuestiones que más han enfatizado las feministas es que el lenguaje provoca el olvido de las mujeres al expresarse en masculino. A ello se responde siempre que el uso del pronombre masculino es universal, pero indudablemente no se dice “El que produzca su aborto o consienta en que otro se le cause”.

¿Tiene ello alguna importancia?: a) denominar a las personas en femenino hace a las mujeres visibles; b) en algunos casos se arguye que refleja el problema social en cuestión.

2.2

EL CONCEPTO DE DAÑO: “LAS NORMAS TIENEN SEXO CUANDO HAN DEFINIDO COMO DAÑO EXCLUSIVAMENTE LO QUE SUCEDÍA EN EL ÁMBITO PÚBLICO”

El daño ha sido predominantemente definido desde una óptica masculina. Ello ha sido debido normalmente a que se ha partido de la “doctrina de las dos esferas” que entiende que el ámbito público es regulable por el Derecho penal, en tanto que el daño privado —si acaso es daño— pertenece al ámbito de lo privado, de lo íntimo.

Ejemplos de nuevos daños descubiertos cuando el daño se define desde una perspectiva de mujer son fundamentalmente la violencia doméstica (art.153, la dificultad era que se reali-

zaba en un ámbito privado y que no había lesiones), las agresiones sexuales en el seno del matrimonio y el impago de pensiones (art.227, el divorcio perjudica a la mujer, feminización de la pobreza).

Indudablemente señalar que todos estos son daños no es preconizar que deba intervenir el Derecho penal para "solucionarlos", pero desde luego es necesario que sean vistos como daños, como problemas sociales.

2.3

LA AGRAVANTE POR SEXO: "LAS NORMAS TIENEN SEXO DESDE EL MOMENTO EN QUE EXISTE UNA AGRAVANTE POR SEXO"

¿Incorporar una perspectiva de mujer implica que ésta deba recibir una protección específica?. Quizá no, porque de nuevo toda mayor protección es en base a una reificación de los estereotipos.

Pero negar el sexo me deja inquieta por dos cuestiones:

- a) En algunas situaciones sociales la discriminación se da efectivamente por razones de sexo (ej. art.314).
- b) Parece que el resto de las agravantes son neutrales porque están formuladas de forma neutral, ignorándose el distinto impacto que provocan (ej.alevosía en el delito de asesinato art.139 o incluso quizá la agravante de medios peligrosos en el delito de lesiones art.148.1).

2.4

LAS PENAS: "LA RESOCIALIZACIÓN TIENE SEXO"

Si se nos dijese que también el concepto de penas, como privación de derechos o bienes fundamentales se define desde una óptica masculina ello provocaría sin lugar a dudas un cierto asombro.

En este sentido aparece claro la dificultad de aplicar el concepto de días-multa cuando la persona condenada es una mujer.

De la misma forma toda la teorización de la pena de arresto de fin de semana está planteada en forma masculina, para que el hombre pueda ir a trabajar, si por el contrario se hubiese pensado para que el hombre cuidase a sus hijos e hijas a los cuales ve obviamente más en el fin de semana, el parámetro para considerar una pena no tan desocializadora (como la cárcel) quizá no hubiera sido privar de libertad precisamente en fin de semana.

Otros ejemplos: art. 179 (Reglamento Penitenciario) prevé que respecto de "(...) las internas con hijos menores clasificadas en tercer grado, la Junta de Tratamiento podrá aprobar un horario adecuado a sus necesidades familiares con el fin de fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar, pudiendo pernoctar en el domicilio e ingresar en el Establecimiento durante las horas diurnas que se determinen".

Al parecer respecto de los internos no es necesario "fomentar el contacto con sus hijos en el ambiente familiar".

Y qué decir del art. 82.2 del mismo reglamento "(...) en el caso de mujeres penadas clasificadas en tercer grado, cuando se acredite que existe imposibilidad de desempeñar un trabajo remunerado en el exterior, pero conste, previo informe de los servicios sociales correspondientes, que va a desempeñar efectivamente las labores de trabajo doméstico en su domicilio familiar, se considerarán estas labores como trabajo en el exterior".

Estos dos ejemplos ponen de manifiesto un tema recurrente en la literatura criminológica feminista: cuando se establece una cláusula específica que pretende favorecer a las mujeres ésta se basa y reafirma todos los estereotipos referidos al género.

2.5

LOS PARÁMETROS: "LAS NORMAS TIENEN SEXO CUANDO SE APLICAN DE ACUERDO AL CRITERIO DEL HOMBRE MEDIO"

El problema con algunas instituciones (como por ejemplo la legítima defensa) es que está redactada en forma neutral pero dotada de contenido de forma masculina. Así por ejemplo sucede en dos momentos claves: a) en el momento de privilegiar la actualidad del ataque por encima de la necesidad de la defensa (recuérdese que de exigir la actualidad del ataque entonces Sara Balaghan y normalmente las mujeres en situación de violencia doméstica no hubiese podido ampararse en legítima defensa); b) en el momento de determinar la ra-

cionalidad de la respuesta si no se atiende a las especificidades de la mujer como miembro de un grupo que ha sido particularmente socializada en defecto de fuerza física y en exceso de miedo psíquico.

Ello nos lleva al último tema que quisiera abordar: si reclamamos que el Derecho penal sea sensible a las valoraciones de las mujeres para determinar cuándo la respuesta es racional, ¿debemos admitir que se incorporen valores de otros grupos sociales? y ¿qué sucede cuando estos valores de grupos sociales, pertenecientes a culturas distintas de la europea u occidental, perjudican al colectivo de las mujeres?

3.

Feminist Jurisprudence y multiculturalismo: del reconocimiento de derechos específicos -síndrome de mujer maltratada- a la creación de una eximente cultural

Cuando se consigue que los tribunales norteamericanos empiecen a admitir una eximente para absolver de pena a la mujer maltratada que mata a su marido ello se realiza en base a la construcción del "síndrome de la mujer maltratada".

Este "síndrome" presentaba como particularidad que no se limitaba a presentar a la mujer como enajenada o en situación de trastorno mental transitorio sino que razonaba que debido a esta situación de malos tratos la mujer había aprendido a prever cuando el ataque del marido era inminente y en consecuencia su defensa era una respuesta racional.

Ahora bien si hemos aceptado acoger los parámetros de un grupo particular como las mujeres para determinar que un comportamiento es racional, se deberá admitir que de acuerdo a los valores de (otro) grupo determinado aquel comportamiento es racional, aun cuando estos valores perjudiquen en general a las mujeres (y niños y niñas).

Este es en síntesis el debate acerca de la eximente cultural que opone en principio a los grupos feministas, y que muestra de nuevo los riesgos de recurrir al Derecho penal porque cada avance (la creación de una eximente favorable) es contrarrestado (la creación de una eximente cultural) en aras de la igualdad.

3.1

LOS CASOS

Los casos que han recibido mayor atención desde hace aproximadamente una década son:

- Ablación de clítoris (Hope Lewis, 1995).
- Marido mata a la mujer para salvar su honor herido: (People v.Chen).

- Hombre rapta y viola mujer como forma de pedir la mano (matrimonio por raptó) (zij-poj-niam): People v.Moua.
- Suicidio de madre-hijo para salvar el honor herido (oyako shinju): People v.Kimura.
- Hindú mata a la novia que no acepta el compromiso: People v.Poddar.
- Marcas en la cara para reafirmar su pertenencia a determinado subgrupo (scarification): Regina v.Adesanya.
- Coining: lesiones a niños y niñas para curar resfriado.
- Sexual harassment: rito de iniciación de niña y niño pequeño.
- Mujer deja niña o niño pequeño sólo: State v.Chong Sun France.

3.2

LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

Las escritoras contrarias a incluir una eximente cultural entienden que ésta representa un ataque al principio de igualdad ("balcanización del Derecho penal") ya que esta eximente está vedada a los norteamericanos y norteamericanas.

También se alude que cuestiona la seguridad jurídica debido a que no es posible determinar claramente el ámbito de la eximente cultural: ¿cómo sabemos que en efecto aquello forma parte de la cultura del grupo y qué grupos deben considerarse?

Por último, y especialmente, se critica que pone en entredicho las conquistas de las mujeres debido a que la cultura que se reafirma es la que presenta valores patriarcales.

Por el contrario, las partidarias de crear una eximente cultural defienden que ésta es la única forma de que el Derecho penal sea consecuente con su propia afirmación de que la culpabilidad es un juicio individualizado, pues para tomar en consideración a la persona deberá considerarse su cultura.

Además se entiende que el sistema penal debe respetar el pluralismo jurídico, lo contrario es "pluralistic ignorance", no pudiendo exigirse a una cultura extranjera que abandone sus valores en aras de la mayoría ya que ello es una forma encubierta de racismo.

Por último se enfatiza que las eximentes actuales no hacen justicia a estos fenómenos ya que obligan a tratarlos como supuestos de inimputabilidad (capacidad disminuida) o de error, cuando no son ni uno ni lo otro. Lo cual además de añadir un estigma tampoco exige de

pena sino que sólo la atenúa o conlleva la imposición de una medida de seguridad temporalmente indeterminada en Estados Unidos.

Frente a ello se sugiere la creación de una eximente cultural, discutiéndose si debe ser una eximente específica formal o informal, esto es, integrar la información cultural en las eximentes existentes; completa o parcial que sólo atenúe la responsabilidad; y en menor medida si debe ser considerada excusa o causa de justificación.

Se es consciente de que los peligros de esta eximente es que se dé el mensaje de que no se protege a las mujeres, ya que los valores de la cultura que se protegen son valores decididamente patriarcales, lo cual lleva normalmente a tener que optar entre género o cultura.

Por otro lado la eximente cultural puede servir para reificar estereotipos de las personas inmigrantes y ocultar que estas prácticas o valores están también presentes en la cultura occidental. También se objeta que se habla de cultura olvidando que la exclusión no es (sólo) debido a factores culturales sino económicos (clase) y políticos (raza).

Por ello se propone que el uso de la eximente cultural sea discutido y cuestionado en cada caso y la necesidad de precisar algunos límites respecto de la eximente cultural.

3.3

ALGUNAS PRECISIONES

En general no me parece válido cómo se ha planteado mayoritaria y publicitariamente el debate en términos de contraposición entre grupos feministas y partidarios del multiculturalismo en el Derecho penal. Ello es falso cuando menos por dos razones: a) como observan algunas autoras la eximente cultural no sólo perjudica a las mujeres sino que en ocasiones las beneficia; b) la contraposición con la cultura extranjera esconde que muchos de los valores que se preconizan de la cultura extranjera están presentes en la nuestra.

Por otro lado se ha negado que esta eximente sea similar o guarde relación con el síndrome de mujer maltratada alegando que no es un diagnóstico psiquiátrico, que no se aplica a un grupo específico, o que una favorece a las mujeres y la otra las perjudica. Sin embargo, además de que ello no es cierto en todos los casos, no me parece un argumento atendible debido a que si se admite en unos casos una perspectiva particular no encuentro argumentos para excluirla en otros.

En tercer lugar tampoco me parece de recibo argüir que ello representa el mensaje de que la violencia está perdonada y que en consecuencia aumentarán los malos tratos en las co-

comunidades de emigrantes, pero no extrapolar este argumento al síndrome de mujer maltratada y afirmar que en consecuencia aumentará el número de mujeres maltratadas que matan a sus maridos.

En cuarto lugar pienso que debe haber un trato diferenciado pues parece claro que no es lo mismo matar a un perro para comérselo, el caso de la bigamia en los cuales el sistema normativo puede integrarlo, o la ablación de clítoris. Podemos discutir los límites de tolerabilidad en función del daño social, pues como dice la escritora norteamericana Alice Walker: "La tortura no es cultura".

ADELA ASUA BATARRITA

**Catedrática de Derecho penal
de la Universidad del País
Vasco**

*Las agresiones
sexuales en el
nuevo Código
Penal:
imágenes
culturales y
discurso jurídico*

El nuevo Código Penal presenta importantes novedades en la configuración de los delitos relacionados con la sexualidad. El abandono definitivo (1) de aquel entendimiento que vinculaba el ataque sexual a la lesión de la “honestidad”, se refleja en una nueva ordenación de la gravedad de las conductas desde el prisma de la tutela de la “libertad” en el ejercicio de la sexualidad.

En la presente exposición aludiré a los rasgos más significativos de estos cambios en relación a los ataques de mayor entidad denominados ahora “agresiones sexuales”. Dejo de lado las cuestiones relativas a abusos de menores o incapaces, que requieren un planteamiento específico desde la perspectiva de los derechos básicos de estos colectivos y sus peculiaridades (2). En cuanto al acoso sexual y a la prostitución, van a ser tratados por otras ponentes de estas Jornadas, por lo que únicamente haré alguna referencia tangencial a tales supuestos.

(1) A partir de la transición democrática, esta materia había sido objeto de sucesivas reformas que van a suprimir progresivamente los rasgos más anacrónicos de la regulación anterior: así en el año 1977 se despenaliza el adulterio y el amancebamiento; otras referencias moralizantes, introducidas durante el régimen franquista relativas al estupro, fueron suprimidas en reformas parciales al Código Penal en 1978 y en 1983; el delito de “escándalo público” cambia de nombre y de contenido en 1988, para recoger “el exhibicionismo y la provocación sexual”; y en la ley de 1989 de actualización del Código Penal (L.O. 3/1989 de 21 de junio) el conjunto del título queda ya enmarcado bajo el nuevo rótulo de “delitos contra la libertad sexual”.

(2) En relación a las y los menores, el tratamiento de los abusos sexuales (sin violencia o intimidación) desde la perspectiva estricta de lo “sexual”, supone, a mi juicio, un reduccionismo que minusvalora la dimensión fundamental del daño a su desarrollo integral, a su autoestima y a sus capacidades de participación social. El acento en la “lesión sexual”, ha ido acompañado de tintes estigmatizadores referidos a la “corrupción” del menor o la menor, que en nada ayudan a la construcción de su propia identidad. Una tutela congruente del menor o la menor frente a los abusos de las personas mayores, requeriría un tratamiento unitario de las distintas formas de utilización o sometimiento que lesionan gravemente el proceso de formación del menor y sus habilidades de comunicación interpersonal. El nuevo Código Penal francés —que entró en vigor el 1 de marzo de 1994— ha optado por este modelo de agrupamiento de los delitos contra las y los menores en una Sección titulada “De la puesta en peligro de menores”, (dentro del Capítulo V: “Atentados contra los menores y contra la familia”). En dicha Sección —arts. 227-15 a 227-28—, se incluyen distintas clases de privaciones causadas a menores de quince años, la iniciación al consumo habitual y abusivo de bebidas alcohólicas, la provocación al uso de drogas, la utilización de la imagen de éstas y éstos con carácter pornográfico, y los atentados sexuales (sin violencia o intimidación o por sorpresa) que, concurriendo determinadas circunstancias de agravación, pueden llegar a castigarse con pena de prisión de hasta 10 años. La violación y las agresiones violentas se rigen por las previsiones generales delitos sexuales (enmarcadas en el grupo de los atentados a la integridad física o psíquica de las personas).

Lo que interesa resaltar es la necesidad de tomar conciencia del cambio de significado de los "delitos sexuales" una vez de que se parte que no es la manifestación "sexual" en sí, sino la vulneración de la decisión autónoma de la víctima, lo que constituye el núcleo del desvalor de la conducta prohibida. Ello comporta la necesidad de una modificación de los discursos y de las interpretaciones jurídicas que hasta ahora han acompañado las explicaciones sobre la nocividad de tales conductas y el alcance de los elementos típicos que contienen las descripciones legales. En buena medida este cambio ha comenzado a abrirse paso, todavía de forma una tanto vacilante, en la propia jurisprudencia, como expondré más adelante.

La reflexión sobre la nueva regulación requiere un análisis de las asunciones implícitas y las pautas valorativas que inspiraron la normativa cuya vigencia ha perdurado casi dos siglos, con el consiguiente reflejo en la recreación jurisprudencial de las mismas. Volver la mirada a lo que se abandona y reconocer sus rasgos, facilita, por contraste, la clarificación de lo que quiere rechazarse. Por ello, acudiré a una exposición breve de los rasgos de la regulación tradicional como punto de referencia desde el que puede entenderse la necesidad de dotar de un nuevo contenido a la interpretación de las figuras del nuevo Código Penal.

Como marco introductorio comenzaré con algunas consideraciones generales sobre los esquemas culturales que subyacen a la problemática de estos delitos, y a algunas propuestas del feminismo sobre cuál debe ser el papel del Derecho penal en el tratamiento de la violencia sexual contra las mujeres.

Delitos sexuales e imágenes culturales

La tradicional regulación penal de los llamados “delitos sexuales” ha sido un exponente claro de la función de la normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres. Sobre el hecho biológico de la diferencia sexual, se edificaron las representaciones culturales de las supuestas diferencias “naturales” conforme a patrones sociales de lo masculino y lo femenino. La atención a esta construcción que hoy día se conoce como construcción de “género”, —concepto acuñado desde el discurso feminista (3), asumido ya ampliamente en la sociología y en la filosofía jurídica (4)— constituye un instrumento imprescindible para analizar las imágenes y las adscripciones que subyacen al entendimiento de la nocividad de las agresiones sexuales “ilícitas”.

A lo largo de este siglo, la emergencia de las reivindicaciones de las mujeres de emancipación y de igualdad de oportunidades, supusieron el inicio de la quiebra de aquel orden sustentado sobre la diferencia “natural” de capacidades y expectativas, y sobre la limitación de posibilidades de presencia social de las mujeres. La ruptura de los tópicos —en un proceso todavía en desarrollo— sobre las desiguales capacidades según el sexo (5), y el avance democrático hacia la igualdad, producirá inevitablemente el desmoronamiento del tradicional imaginario colectivo que asocia la moral sexual a un determinado patrón de comportamiento sexual de la mujer.

(3) La distinción entre lo que es el sexo biológico y lo que es la construcción sociocultural del “género” fue puesta de relieve a comienzos de los años 70 por OAKLEY, A., *Sex, Gender and Society*, London 1972. La diferenciación de ambos planos constituye la base del discurso de emancipación de la “dictadura de los géneros” como constructo que ha permitido asumir como “natural” la inferioridad social de la mujer y la asignación de roles, características, y funciones diversas a las del “varón”.

(4) FISS, O.M., “¿Qué es el feminismo?”, *DOXA* 1992, p. 320 enfatiza la relevancia de las aportaciones de las teorías feministas sobre el Derecho considerándola “la teoría jurídica de los 90”.

(5) Estereotipos que han abocado en “la atrofia o hipertrofia de nuestras potencialidades humanas de acuerdo con unos patrones sociales de lo masculino y lo femenino”, como expresaba sintéticamente IZQUIERDO M^o J., “No toda hembra es mujer”, en *El País*, 8 de marzo de 1984.

Debe reconocerse que en nuestro país aquella regulación de los denominados hasta hace poco "delitos contra la honestidad" venía siendo objeto de críticas desde los años 60, y más intensamente en los últimos tiempos. La denuncia de la pervivencia de sesgos moralizantes que respondían a una determinada concepción de la "moral sexual", era ya un lugar común (6).

Pero la apelación a la necesidad de desterrar los contenidos moralizantes, y de otorgar reconocimiento a opciones sexuales diversas, no daba cuenta del entramado de imágenes asociadas socialmente a la interpretación de las normas jurídicas en este ámbito. La construcción de las ideas sobre lo "moral" referidas a la sexualidad, se encuentran íntimamente unidas a la asignación a la mujer de funciones subordinadas en un determinado orden, donde el hombre ostenta el arquetipo y la medida de los valores y las interpretaciones sociales y jurídicas. Por ello, los cambios en la concepción de la "moral sexual" desde los parámetros del principio de igualdad, implican una transformación cultural de mucho mayor calado.

La tutela de la honestidad ha sido sobre todo la tutela de un determinado orden social donde la identidad de la mujer venía determinada en función de los cometidos atribuidos por razón de su sexo, y su status social en razón de su pertenencia a un hombre, y de sus cometidos en el aseguramiento de la descendencia legítima a través del matrimonio. A diferencia del hombre, la identidad de la mujer se asociaba a su "estado civil": soltera, casada, viuda o monja, como decía aquella canción que acompañaba los juegos de las niñas. La dignidad de la mujer quedaba cifrada en su sometimiento a las reglas que delimitaban su

(6) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1966. p. 782, denunciaba los "atavismos moralizantes" de aquella legislación y de la forma con que la jurisprudencia los recreaba. La reclamación de separación entre el Derecho y la "moral" (sexual) ha sido reiterada en la doctrina desde los años 60. Cfr. BOIX REIG, J., "Consideraciones político-criminales en torno a los delitos de estupro", *Cuadernos de Política criminal* 1977 p. 7 ss. donde se recoge una relación de las opiniones en aquellos años.

En aquella época GIMBERNAT por su parte ponía de relieve una evidencia, el legislador es hombre y consecuentemente es la perspectiva del hombre la que decide qué debe tutelarse penalmente en relación a la mujer; a la vez destacaba que "no es el hombre sin más, sino el hombre de una mentalidad y una escala de valores muy determinada el que ha decidido los contornos del protagonismo penal de la mujer como autora o como víctima del delito". Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., "La Mujer y el Código Penal español", en *Cuadernos para el diálogo*, número extraordinario XXVIII, diciembre de 1971, p. 19. Artículo reproducido en sus *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 2ª ed. 1981, p. 51-69

presencia social y su desarrollo personal a la esfera de esposa y madre a través del matrimonio. Fuera de este orden únicamente cabía “tomar estado” en la reclusión conventual. Las demás situaciones eran irregulares y peligrosas para su “sexo”, en el sentido estricto de peligro de ejercer la sexualidad fuera del ámbito de la subordinación al marido. Por ello las mujeres “solas” constituían una amenaza a la moralidad, que las distintas autoridades civiles y religiosas se encargan de conjurar (7).

Por el contrario la subjetividad del hombre se ha construido tradicionalmente en base a su profesión o sus habilidades sociales públicas, sin que su reputación o sus expectativas estuvieran condicionadas por su “estado civil”. La honestidad, como bien digno de tutela, era una propiedad que definía la “dignidad” de la mujer, un atributo referido a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor, el marido, la exclusividad de su uso sexual y la descendencia. La desviación en su conducta sexual suponía la pérdida de expectativas vitales, dado que éstas debían pasar por el matrimonio como forma de realización personal. La violación forzada suponía el deterioro de la “virtud” de la mujer y una mancha que devaluaba su ranking en el mercado de futuro matrimonial. Dentro del matrimonio, la honra quedaba definida por el derecho a la exclusividad. Una relación sexual con tercero —fuera consentida o no—, se convertía, además, en ultraje al marido-propietario.

En este contexto, la comprobación de que la víctima fuera realmente una mujer de merecida honra formaba parte de la comprobación de que se trataba de un ataque a la honestidad. El escrutinio de sus costumbres, de su actitud ante la agresión, y la reproducción testifical de los detalles de la forma de ataque a fin de confirmar si la violación había sido “perfeccionada”, convertían el proceso penal —todavía lo sigue siendo en buena medida— en una “ceremonia de degradación” (8) de la víctima que debía probar ser digna de la tutela penal. El núcleo del reproche, el sentido de la prohibición penal se orientaba a la protección

(7) Como botón de muestra, las previsiones recogidas en las Ordenanzas de Bilbao de 1548, dirigidas a controlar a las mujeres que quieren vivir solas, a aquellas mozas “que andan tras de sí”, porque “de andar en su libertad resultan muchas deshonestidades e inconvenientes”; En dicha ordenanza se decreta la expulsión de mancebas de hombres casados y de mancebas de clérigos, como “mujeres de vida deshonestas”, aun cuando no lleguen a la reprobación social reservada para las prostitutas. Cfr. OSABA, E., “La actividad reguladora de los concejos y las mujeres consideradas sospechosas: en empleo de política de control de las costumbres en el siglo XVI”, en *Lagaia* I.P.E.S, n.º 12 monográfico sobre La mujer en la historia de Euskal Herria, Bilbao 1988, p. 53.

(8) SMART, C., “Rape: Law and the Disqualification of Women’s Sexuality”, en SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, London/New-York, 1989.

de ese valor femenino por autonomasia, ligado a actitudes o comportamiento sexuales. Paradójicamente esa mistificación de la mujer virtuosa como modelo de mujer, evidencia la concepción reductora de la mujer-persona a mujer-cuerpo sexuado (9). En el universo de las representaciones masculinas, los calificativos que definen la mujer como virtuosa/honesta o viciosa/corrupta, abocan a esa inescindible referencia de lo sexual como definitorio de lo femenino.

Las percepciones del daño social que genera la transgresión sexual, y la realidad de los efectos de la misma para las mujeres, durante muchos siglos, han estado condicionadas por este universo simbólico. Desde estos parámetros, no es de extrañar que las leyes penales ubicaran bajo el mismo epígrafe el adulterio de la mujer —o el mantenimiento notorio de manceba por el marido—, junto a la violación, el estupro, y la prostitución.

El cuadro dibujado constituye un retrato superado en sus rasgos más grotescos (10), afortunadamente, pero en él pueden reconocerse todavía numerosas resonancias que permanecen. Resonancias que constituyen obstáculos al reconocimiento —y no pocas veces a la autoconciencia— de la autonomía de la mujer y a las legítimas expectativas de emancipación respecto a esquemas reductores de las posibilidades de desarrollarse y de situarse de forma autónoma como persona (11).

Las leyes penales como parte del ordenamiento jurídico, en lo que debe ser su limitado campo de intervención, constituyen inevitablemente un reflejo de los principios y valoraciones sobre lo que en cada momento histórico se concibe como orden social deseable. Es sabido que el poder de las normas jurídico-penales no reside únicamente en su fuerza coactiva para prevenir los hechos prohibidos. De forma más sutil pero decisiva, despliega su influencia en la generación de discursos y explicaciones que contribuyen a consolidar o a construir

(9) Como señala SMART, C., "Law's Power, the Sexed Body and Feminist Discourse", en *Journal of Law and Society*, 1990, v. 17 (2), pp. 194 ss., la contemplación de la mujer como "cuerpo sexuado", caracterizado por funciones reproductoras y por responder a patrones definidos de comportamiento sexual, es una construcción cultural asociada a esa división de roles pretendidamente "naturales".

(10) Superado en los rasgos extremos en nuestras coordenadas culturales, pero todavía vigente con características a menudo dramáticas, en numerosos lugares del planeta.

(11) LEES, S., "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid 1994, p. 17 ss., presenta los resultados de un estudio realizado en los años 80 sobre un grupo de chicas de 15-16 años, revelando la pervivencia de las ideas sobre la "reputación" de la mujer, como algo asociado a su comportamiento sexual con los hombres, y la introyección por parte de las adolescentes del mensaje de la necesaria "decencia" de las mujeres.

interpretaciones de la realidad, expectativas y modelos de conducta. Las explicaciones de la doctrina y las argumentaciones de la jurisprudencia en la aplicación de las normas, constituyen instrumentos poderosos de modulación de percepciones colectivas sobre distintas realidades (12).

La tradicional orientación del Derecho a la conservación de lo existente, no excluye sin embargo su potencialidad para contribuir al avance y progresiva consolidación de nuevas orientaciones valorativas en épocas de transición cultural. Pero las reformas de las leyes pueden quedarse en meros maquillajes epidérmicos si el discurso jurídico que le acompaña en su aplicación no llega a captar el trasfondo sustancial que impulsa el sentido de los cambios, desde la perspectiva de la progresión hacia una sociedad sustancialmente más equitativa.

(12) No menos influyentes son aquellas disciplinas que pretenden explicar los fenómenos de la desviación o de la delincuencia. En los diversos estadios de la evolución de la Criminología, las teorías sobre la criminalidad de la mujer han sido una muestra de las presunciones asumidas respecto a la "normalidad/anormalidad" de la mujer que delinque. Tampoco la Criminología Crítica se libra de las denuncias de "andocentrismo científico", vertidas sobre quienes parecen ignorar las construcciones de género que impregnan las interpretaciones de la realidad: Cfr. GRANSEE, C./STAMMERMANN, U., "Feminismus und kritische Kriminologie. Oder: was kann eine sich kritisch verstehende Kriminologie von Feminismus lernen?", *Kriminologische Journal* 2/1991, p. 82 ss.

Propuestas del feminismo en la regulación de los delitos sexuales

El ámbito de los delitos sexuales es una materia donde se proyectan de forma singular las demandas de superación de las adscripciones de género. Por ello los criterios político criminales relativos a la forma de regular estos delitos constituyen un campo preferente de reflexión y debate —o de combate— de las teorías feministas. Las diversas orientaciones que en la actualidad presentan las aportaciones del feminismo conducen a propuestas de reforma de distinta entidad y a menudo de distinto signo (13).

A nivel de opinión pública son conocidas las campañas de petición de ejemplaridad en los castigos contra el delincuente sexual como forma de tutela de las víctimas; una orientación que apela a la función simbólica del Derecho penal como respuesta “fuerte” a los abusos, pero que simplifica la dimensión de las cuestiones implicadas. Paradójicamente, la demanda de más ley penal, confluye con las demagógicas apelaciones a la “ley y al orden” que eluden el cuestionamiento del “orden” que quiere mantenerse y que abona los estereotipos de la debilidad de la mujer y de la tendencia agresiva del hombre (14). Las reclamaciones de ejemplaridad reproducen la simbología que se encuentra en la base de su oposición a los patrones masculinos de dominación.

(13) Una exposición de las distintas orientaciones en SMART, C., “The Women of Legal Discourse”, *Social and Legal Issues: An International Journal* 1992 1, pp. 29 ss.; PITCH, T., “Violence sexuelle, mouvement féministe et criminologie critique” en *Déviance et Société* 1989 V. 9, pp. 257 ss.

(14) Cfr. la crítica de estas posiciones en SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, London/Thousand Oaks/New Delhi 1995, p. 50 s.

Frente a estas posiciones destaca una corriente que arranca de la desconfianza del Derecho penal como instrumento eficaz para incidir en las desigualdades que nutren los abusos sobre la mujer (15). Partiendo de la constatación de que el sistema de responsabilidad penal está construido sobre la versión masculina —históricamente ha sido el hombre quien legisla y establece los patrones interpretativos— se desconfía de la capacidad del Derecho penal para dar cuenta del significado para la mujer de las agresiones sexuales, y de su idoneidad para ofrecer soluciones equitativas. En el marco de este escepticismo, una corriente del feminismo opta por apoyar el desarrollo de otras formas de respuesta ante el delito desde pautas consideradas “femeninas” en el tratamiento de los conflictos. El fomento de la autoconciencia de las mujeres sobre la fuente de la desigualdad, la solidaridad y el apoyo entre mujeres, serían alternativas de mayor incidencia en el cambio de los patrones culturales que se encuentran en la base de los abusos. El sistema de justicia penal, orientado a la determinación de la responsabilidad individual, elude el contexto y el significado de las agresiones contra las mujeres (16).

(15) SMART, C., “Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law”, (publicado inicialmente en *Law, Politics and Society* 1993, 13, pp. 37-54), reproducido en su libro *Law, Crime and Sexuality*, cit., p. 213 s.: “.. hemos malentendido el poder del Derecho, y debemos reconocer que acudiendo al Derecho para obtener determinados objetivos podemos estar contribuyendo a legitimar la realidad de cada día, que actualmente parece otorgar mayor legitimidad a una específica jerarquía de conocimientos que subyuga a discursos alternativos como lo es, por ejemplo, el discurso feminista. No obstante, también mantuve que determinadas materias se encuentran ya en el dominio de la ley y por ello no podrían abandonarse. También defendí que podíamos intentar hacer algún tipo de cálculo de daños, y decidir que pese a reconocer que la regulación legal no es satisfactoria, en determinadas circunstancias podía ser el mejor recurso utilizable. Finalmente también he mantenido que podíamos usar el campo de la regulación legal, no tanto para pedir reformas como para convertirlo en un espacio para el cuestionamiento de los significados de género”; [...] No creo que cada vez que identifiquemos un “daño” a las mujeres debamos demandar una ley que lo combata. Si esta afirmación se interpreta como una llamada a descriminalizar la violación, o como una forma purista de indiferencia a algo como el acoso sexual, que así sea.”

(16) Una política inspirada en la “ética del cuidado” que caracterizaría las formas de respuesta femeninas, opuestas a las premisas del castigo y de la estricta individualización de la responsabilidad que inspiran el sistema penal construido desde los patrones masculinos. La asunción de estos hipotéticos “valores” femeninos tuvo considerable aceptación por influencia de la conocida obra de GILLIGAN, C., *In a different Voice*, London 1982. En la actualidad, el postmodernismo feminista critica esta visión idealizada de la mujer, que en última instancia incide en la reproducción de esquemas de género: Cfr. DALY, K., “Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some Feminist Questions about Justice”, en LACEY, N., *Criminal Justice*, Oxford 1994, p. 226 s.

Entre estas dos posiciones opuestas —indicadas de forma esquemática— se encuentran numerosas variantes con importantes matices. A los efectos que ahora interesan en cuanto a criterios de reforma legislativa, merecen destacarse las dos propuestas manifestadas en Italia en los años 80 con motivo de lo que iba a ser la reforma —finalmente frustrada— de su Código Penal en esta materia. Ambas pretenden la superación de los estereotipos tradicionales de género, pero optan por estrategias distintas. La primera, parte de la idea de igualdad en derechos y propugna la supresión de normas “protectoras” que asumen la supuesta “debilidad” o vulnerabilidad de la mujer. Asume por lo tanto la idoneidad del sistema penal como instrumento de tutela de la libertad y la igualdad, y como medio de enfatizar el mensaje de reprobación de los ataques a las mujeres como personas. Las propuestas quedaron plasmadas en el Proyecto de ley de reforma de los delitos de agresión sexual, que debido a crisis gubernamentales que disolvieron el Parlamento, no llegaron a aprobarse (17).

El otro modelo reclama por el contrario una “política de la diferencia”, que atendiera la especificidad de la problemática que afecta a las mujeres como víctimas de agresiones sexuales. El carácter sexual y sexista de la violación, se insiste, constituye un rasgo que no debe minimizarse, lo que ocurriría si se equipararan a otra clase de agresiones contra las personas. El recelo que despierta el Derecho penal conformado según patrones masculinos, les lleva a defender el mantenimiento de la persecución a instancia de parte, como expediente que fortalece la autonomía de la mujer para decidir conforme a sus intereses reales. A la vez, sitúan como tarea prioritaria la promoción de organizaciones de mujeres que ofrezcan a la víctima apoyo y orientación para terminar con situaciones de dependencia y fomentar la propia autoestima y los espacios de autonomía (18).

(17) Una amplia referencia al Proyecto italiano y sus avatares, en PITCH, T., *Responsabilità limitate. Attori, conflitti, giustizia penale*, Milano 1989, 204 ss. La propuesta de reforma del Código Penal contra la violencia sexual, avalada por 300.000 firmas, fue presentada al Parlamento italiano en 1979. En ella se reivindicaba la persecución de oficio, y la legitimidad de agrupaciones o asociaciones de mujeres para interponer denuncias por estos delitos. La propuesta, convertida posteriormente en Proyecto legislativo, dió origen al correspondiente debate parlamentario y a algunas transacciones, pero finalmente los cambios de gobierno y disolución del Parlamento impidieron que se convirtiera en ley. El Proyecto fue objeto de contestación desde otras corrientes del feminismo que, por el contrario, avalaban el mantenimiento de la perseguibilidad a instancia de parte, abogando por el carácter subsidiario de la vía penal. La respuesta preferente, conforme a esta posición, debiera residir en proyectos de apoyo a las víctimas bajo la filosofía de la solidaridad y de la “ética del cuidado”, considerada más útil para el avance de la emancipación de las mujeres, y más acorde con lo que se afirma son las percepciones y las formas de reaccionar de la mujeres ante los conflictos.

(18) Cfr. PITCH, T., *Responsabilità limitate*, cit. 220 ss.

El modelo basado en la "política de la igualdad" opta por el instrumento penal como forma de expresar la gravedad de los delitos, con su poder simbólico y de coacción. Desde la "política de la diferencia", se parte en cambio de que el sistema penal no puede ser "neutral" aunque lo pretenda, de que su actuación deja insatisfechas las necesidades reales de las víctimas, y que su visión limitada oculta los problemas de fondo que subyacen al fenómeno de las agresiones sexuales contra las mujeres.

Cada una de estas opciones apuesta por una estrategia distinta para la consecución del mismo objetivo. La política de la igualdad apela a la confianza en el poder coactivo del Derecho penal para reducir las agresiones sexuales. Una propuesta que encuentra apoyos en la mayoría de grupos sociales y políticos; La "política de la diferencia", apuesta por el contrario por un trabajo a largo plazo de concienciación cultural a través de la implicación de colectivos de mujeres. Respecto al Derecho penal, su propuesta se sintetiza en "menos Derecho penal", del que desconfía, y más apego a la realidad. Desde la inducción y la atención a la realidad social, se propugna la necesidad de una reflexión para la reconstrucción de una identidad de mujer no subordinada, y para la elaboración de propuestas de forma independiente a las que el derecho "masculino" ha venido ofreciendo (19).

En nuestro país no ha tenido lugar un debate de características similares al producido en Italia. El discurso sobre el "género" en el Derecho se encuentra básicamente confinado en el campo de la filosofía y la sociología del derecho. En la reciente historia de instauración democrática el refuerzo de las garantías jurídicas basadas en la igualdad como proclamación formal de partida, y como horizonte en cuanto a la consecución de condiciones materiales para su realización, son reivindicaciones irrenunciables. Por ello se resalta su compatibilidad con el reconocimiento de las diferencias y con la tarea de reconstrucción conceptual desde parámetros no sexistas (20). A mi juicio esta opción favorece una orientación hacia la libertad, y no interfiere en la reclamación de que la interpretación y aplicación de las previsiones del Código se realicen desde claves no sexistas.

(19) Un interesante análisis crítico sobre el "feminismo de la diferencia" valorando su potencialidad constructiva en tanto modelo extensivo a la comprensión de la "diversidad" de otras "diferencias", Cfr. GIMÉNEZ MERINO, A., "Una nota sobre la emancipación sexual: el feminismo y otras disidencias", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1992, p. 181 ss.; p. 183 "la realidad de las mujeres ha sido la de subordinación a los hombres. ¿Pueden entonces las mujeres pensar en un mundo distinto sin tener previamente una identidad específica? Es aquí donde entra la filosofía de la diferencia: en tanto que las mujeres piensan en sí mismas como individuos con experiencias vitales propiamente específicas, alimentan una posibilidad de abrirse al mundo en una relación de no-identidad con él".

(20) Cfr. BARRERE UNZUETA, M.A., "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del derecho feminista?", *Anuario de Filosofía del Derecho* 1992, p. 75 ss.

En la línea del postmodernismo, las construcciones de las teorías feministas más recientes mantienen sus cautelas ante el instrumento penal (21). Pero a la vez renuncian a proponer modelos de respuesta precisos en los que confiar la superación de las desigualdades. Como punto de partida reconocen la diversidad de situaciones y de condicionamientos, tanto en hombres como en mujeres, ya que el entrecruzamiento de elementos culturales, históricos, de clase, o de raza, se opone a la pretensión de universalidad de un modelo o definición de una realidad (22). Ni existe un prototipo de hombre, ni una sola idea de "mujer". La esquematización bipolar hombre-mujer tanto en las construcciones tradicionales de género como en las construcciones feministas, oculta la multiplicidad real. El escepticismo ante propuestas que pretenden ser "la" respuesta ideal, no significa sin embargo la renuncia a cualquier propuesta. Por de pronto, se señala la necesidad de continuar en el análisis del derecho y de sus discursos, para desvelar y reconocer en ellos los apriorismos implícitos que recrean estructuras y micropoderes generadores de desigualdad y de sometimiento.

(21) Cfr. SMART, C., "Proscription, Prescription and the Desire for Certainty?: Feminist Theory in the Field of Law", en SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, cit. p. 212 s. ; LARRAURI, E. (comp.) *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid 1994, p. 99 s. ; BEIJERSE, J./KOOL, R., "La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit. p. 162.

(22) Cfr. SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, cit. p. 45 ss., donde expresa los puntos de partida del feminismo postmodernista, que —reclama— no es una síntesis de otras corrientes ni pretende superar las deficiencias de otras posiciones; el núcleo del "post-feminismo" reside en el rechazo de la idea de una "perspectiva universal", y por tanto no pretende establecer una "verdad feminista", sino más modestamente "deconstruir" las pretensiones de "verdad" y analizar los efectos poderosos que conlleva imponer una "verdad" con la consiguiente ocultación de otras realidades.

Como señala Smart, los instrumentos jurídicos constituyen la sede idónea para contestar y descubrir los significados de género recreados en la ley, para impedir la construcción de apriorismos sexuados fijados en el discurso masculino. Este es el poder que puede deconstruirse en servicio de una mejor comprensión de la realidad diversa, con el objetivo de evitar la perpetuación de los códigos culturales de género que limitan el ejercicio de la autodeterminación personal (23).

Una tarea que resulta fundamental en momentos de cambio legislativo si pretendemos que las modificaciones de las viejas leyes supongan también el abandono de viejos discursos. La identificación de los estereotipos en la forma de interpretar las normas, constituye un paso previo para evitar la pervivencia subrepticia de los esquemas que pretenden superarse. Por ejemplo, la agresión sexual violenta constituye un delito cuya brutalidad le situará siempre como la infracción más grave dentro de este grupo de ataques. Pero la forma de explicitar la gravedad de la conducta ilícita no puede realizarse ya en clave de ultraje a la "honra" de la mujer, sino desde los parámetros de la tutela de la igualdad en la elección libre de una relación sexual. De hecho, en la evolución de la jurisprudencia en estos últimos años se constata un cambio de orientación en este línea.

Desde estas premisas, pretendo ahora subrayar los puntos de contraste entre la regulación tradicional de los delitos sexuales vigente en nuestro país hasta hace unos años, y las novedades que presenta el Código Penal de 1995.

(23) SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, cit. p. 217 ss.

La tutela de la “honestidad” como expresión de los estereotipos de género: el Código Penal de 1848 y su prolongación hasta nuestros días

El Código Penal que en sus líneas maestras ha estado vigente hasta 1996, mantenía en lo sustancial las pautas establecidas en la época de la codificación hace siglo y medio. En aquel inicial Código Penal de 1848 el Título “Delitos contra la honestidad” agrupaba varios conjuntos de delitos relativos a ese orden de moralidad sexual. En primer lugar, los delitos de adulterio y amancebamiento. En el segundo grupo, la violación, definida como “yacimiento” con mujer en alguno de estos tres supuestos: a) usando violencia o intimidación; b) cuando la víctima se hallara privada de razón o de sentido; c) cuando la mujer fuera menor de 12 años. Son las tres modalidades conocidas que han acuñado la definición jurídica de la violación en el Derecho penal español durante siglo y medio. Seguidamente el capítulo tercero recogía el estupro de doncella menor de 23 años, y la prostitución o corrupción de menores (24), y por último el delito de raptor con miras deshonestas. En las disposiciones comunes se recogía la necesidad de denuncia de la agraviada o sus representantes, o del fiscal en caso de persona desvalida (25). Asimismo, siguiendo la tradición anterior, se

(24) El Código Penal de 1848 castigaba únicamente el favorecimiento de la prostitución o de la corrupción de menores de edad en los siguientes términos: art. 357: “El que habitualmente ó con abuso de autoridad ó confianza promoviere ó facilitare la prostitución ó corrupción de menores de edad, para satisfacer los deseos de otro, será castigado con la pena de prisión correccional” [de 7 meses a 3 años de prisión]. La punición de el favorecimiento de la prostitución de personas adultas se produce muy posteriormente, a comienzos del siglo XX; inicialmente se incluye dentro del grupo de los delitos de escándalo público, y en épocas menos lejanas, en 1963, pasa a constituir un capítulo separado que recoge de forma profusa y confusa todo un elenco de actos de ayuda a la prostitución, acorde con el signo de las cruzadas abolicionistas de la época (Cfr. LIDON CORBI, J.M., “La regulación de las conductas relativas a la prostitución”, *Revista del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, enero-febrero 1984, p. 9-55). EL nuevo Código Penal de 1995 deroga por fin aquella regulación moralizante para incriminar únicamente la promoción de la prostitución de menores o incapaces, y los supuestos de coacción, engaño o abuso de superioridad o necesidad para determinar la prostitución de mayores de edad.

(25) Arts. 358 y ss. del Código Penal de 1848.

establecía que “el ofensor se libra de la pena casándose con la ofendida”.

La regulación del Código Penal de 1848 en esta materia recoge en buena medida las mismas pautas de la legislación del Antiguo Régimen plasmadas en las Partidas y en la Novísima Recopilación. La tarea codificadora supuso un evidente progreso en cuanto ordenación y agrupación de delitos de naturaleza afín, y en cuanto descripción precisa y clara de las conductas delictivas, pero el significado que reciben estos delitos presenta una continuidad en lo sustancial respecto a las concepciones anteriores (26).

Brevemente, interesa destacar algunos de los rasgos más sobresalientes de esta regulación. Por de pronto la agrupación bajo el rótulo de la “honestidad” de conductas tan dispares indica el carácter organizador de tal concepto para definir las expectativas asociadas al orden matrimonial —adulterio— o a la obediencia familiar —el raptó—, o a las “buenas costumbres” —el escándalo público—, como ya ponía de relieve críticamente la doctrina desde principios de este siglo (27). Queda patente la estrecha vinculación entre la denominada “moral sexual” y la asignación de la mujer a espacios de sometimiento a la tutela y decisión del cabeza de familia, marido o padre. A través de la tutela de la honestidad individual de la mujer, se tutela fundamentalmente la infracción del orden familiar, y del orden social de distribución de roles según el sexo. Se trataba de proteger la “moral y las costumbres” como explicaba entonces Pacheco, porque “la moral y las costumbres son el fundamento de la familia, la condición de la sociedad” (28).

Veamos ahora someramente algunos aspectos de los concretos delitos “contra la honestidad”:

[26] PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*, T. III, Madrid 1849, p. 108 y ss. reproduce la normativa concordante de la legislación del Antiguo Régimen, cuya lectura resulta ilustrativa de esa continuidad básica de criterios.

[27] Así JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, T. II Madrid 1929, o. 217, refiriéndose al entonces vigente Código Penal de 1928 (Código aprobado durante la dictadura de Primo de Rivera, que estuvo en vigor únicamente tres años), resaltaban lo inadecuado de esta agrupación, proponiendo una redistribución de los delitos en títulos diferenciados.

[28] PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*, T. III, cit. p. 107.

- **DELITO DE INFIDELIDAD CONYUGAL:** la distinta forma de considerar la infidelidad según fuera el marido o la mujer, patentiza la diferencia de roles asignados a cada uno en el “orden familiar y moral”. El adulterio de la mujer se consumaba con un solo yacimiento, castigándose con una pena considerablemente superior a la prevista para el delito de “amancebamiento” cometido por el marido. Para éste, el adulterio no constituía delito sino cuando fuera permanente, y en tanto mantuviera a su amante —“manceba”— en la casa conyugal “ó fuera de ella con escándalo” (29). Hasta época reciente —1978— el adulterio y amancebamiento permanecieron como delitos diferenciados prácticamente en los mismo términos, situados dentro del mismo grupo de “delitos contra la honestidad”. El peligro que acarrea el adulterio de la mujer para la legitimidad de la prole matrimonial, se aducía como justificación de aquella diferencia penológica, según explicaba Pacheco en su época. Una consecuencia a la que se asocia el papel central de la mujer en el orden familiar: “La mujer es el centro de la familia, como el hombre es la cabeza. La falta de aquélla destruye sustancialmente la sociedad conyugal, que la falta de éste altera, pero no puede destruir. La mujer infiel da derechos injustos, que el hombre no puede dar. La mujer infiel disuelve todos los lazos, que ninguna otra infidelidad disolvería del mismo modo.” (30).

(29) La pena por el adulterio de la mujer (que se extiende al hombre que yace con ella), era de 4 a 7 años de prisión; la del marido que mantiene “manceba”, la de prisión correccional de 7 meses a 3 años (arts. 349 a 353 del Código Penal de 1848).

(30) PACHECO, J.F., *El Código Penal...*, cit. p.113; en el párrafo anterior manifestaba, siguiendo en la misma línea argumental, que: “Aun moralmente hablando, la diferencia entre una culpa y otra no puede desconocerse. Mas fijándonos en la esfera del derecho esa diferencia es todavía más notoria. No procede, como han querido decir algunos, de que las leyes han sido hechas por los hombres; procede de la misma razón, que encuentra en una y otra falta distintos caracteres, distintas consecuencias”. Argumentos que encontramos de forma explícita en *Las Partidas, Partida VII, Ley 1ª, tit. 17*: “E esto tuvieron por derecho por muchas razones. La primera, por que del adulterio que faze el varon con otra mujer non nace daño, ni deshonorra á la suya. La otra, por que del adulterio que faze su mujer con otro, finca el marido deshonorrado, recibiendo la mujer á otro en su lecho; é demas, por que el adulterio della puede venir al marido grand daño. Ca si se empreñasse de aquel con quien fizo el adulterio, vernia el fijo estraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernia á la mujer del adulterio que el marido fiziesse con otra: é por ende, pues que los daños é las deshonorras, no son iguales, guisada cosa es, que el marido aya esta mejoría, é pueda acusar á su mujer del adulterio, si lo fiziere, élla non á el; é esto fue establecido por las leyes antiguas, como quier que segund el juizio de santa iglesia non seria assi.”[sic].

Argumentos que encontramos reproducidos en la jurisprudencia hasta hace dos décadas. Los problemas derivados de la eventual prole extramatrimonial del marido infiel es una cuestión que queda fuera de consideración; es decir sería problema exclusivo de la mujer amancebada, lo cual no deshonra a hombre alguno. Únicamente el amancebamiento, con escándalo, o en la propia casa conyugal, alcanza la categoría de delito porque ya alcanza la categoría de afrenta social a la esposa inocente, según explicaba la jurisprudencia mientras permanecieron en el Código estas figuras.

- **VIOLACIÓN:** en la definición de este delito el Código Penal de 1848 se separa de la tradición anterior. Se unifica en una sola previsión y se castiga con la misma pena el yacimiento forzado con violencia de cualquier mujer, independientemente de su estado. Un avance en la extensión de la tutela igual a las mujeres, si tenemos en cuenta que las leyes de las Partidas diferenciaban la gravedad del hecho según la condición de la mujer: el “robo” o el yacimiento con fuerza de mujer “viuda de buena fama, ó virjen ó casada, ó relijiosa”[sic.], se castigaba con pena de muerte; el yacimiento forzado con otra clase de mujer, no tenía señalado pena fija, sino que quedaba al “alvedrío del judgador; catando quien es aquel que fizo la fuerza, é la mujer que forzó, é el tiempo, é el lugar en que lo fizo”[sic.] (31).

El criterio de tratamiento unificado de los supuestos considerados más graves conduce a asignar la misma penalidad al yacimiento por la fuerza (“violación propia”) y al yacimiento consentido cuando la víctima fuera menor de 12 años o mujer privada de sentido (“violación impropia”). Este criterio de atribuir la misma denominación y la misma pena al acceso carnal violento y a la “violación impropia”, se mantendrá hasta el nuevo Código Penal de 1995, es decir prácticamente siglo y medio. Sólo recientemente, con la reforma de 1989, se introdujo una novedad importante al ampliar la definición de la violación para incluir la penetración anal y bucal, y para incluir como sujeto pasivo del delito tanto a mujeres como a hombres.

(31) *Partida VII, Ley 3, tit. 20.*

Hasta la reforma citada de 1989, el entendimiento de la dañosidad del delito desde la idea de la honestidad, conforman una jurisprudencia restrictiva respecto a lo que podía considerarse violación. La exigencia de “fuerza o intimidación” como requisito típico, se convierte en la exigencia de oposición expresa de la víctima al acometimiento del autor. La prueba de la resistencia de la mujer aboca en el escrutinio de huellas corporales que patenten algo más que pequeñas acometidas pasionales erotizantes —esa “vis grata puellis” que la jurisprudencia deshecha como prueba de violencia—, supuestamente usuales en el cortejo sexual como forma de excitar la libido (de la fémina, según la jurisprudencia). El calvario probatorio termina por producir una doble victimización en la mujer que no se hubiera resistido lo suficiente según podía constatarse por la ausencia de marcas plausibles de violencia. De hecho, la violación realizada bajo intimidación, abocaba en absolucón si la mujer se doblegó antes de verificar en sus propias carnes que el agresor estaba dispuesto a utilizar la amenaza de hierla seriamente (32).

En este contexto, las mujeres de “mal vivir”, o sospechosas de costumbres licenciosas, no encajaban como posibles víctimas de una violación, supuesta su proclividad a aceptar el trato sexual. El tenor de la ley es evidente que no establecía diferencias, —rompiendo en este punto con la legislación antigua— por lo que en teoría se reconoce que también la prostituta queda protegida. No obstante se apunta a la contradicción valorativa, y a la conveniencia como apuntaba Pacheco de mitigar la pena de la violación a una mujer no honesta: “¿Debe la ley garantizar del mismo modo contra esos brutales arrebatos á una prostituta que á una vírjen, á la que vive con completa holgura que á la que educa sus hijos en el hogar doméstico?” (33). De hecho, algunos códigos de aquella época recogían una penalidad suavizada para la violación de una mujer pública (34). La violación de una mujer de

(32) Aunque en la actualidad la jurisprudencia abjura de aquella doctrina de la “resistencia” casi heroica exigible a la mujer, siguen produciéndose resoluciones que mantienen una interpretación tan restrictiva de la intimidación que reproducen la teoría de la “resistencia”. Cfr. SUAY HERNÁNDEZ, C., “Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación” (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 16 de enero de 1991. El caso del “alfiler”), en *La Ley*. 1991-2, p. 1062 ss.

(33) PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*. T.III, Madrid 1849, p. 132.

(34) Así en el Código Penal napolitano, —que sirvió como modelo para otros Códigos europeos y para el propio Código español de 1848 en la definición de las modalidades de violación— se establecía la rebaja de la pena en uno o dos grados. También el que fue primer Código Penal español cuya vigencia no sobrepasó unos meses —C.P. de 1822— preveía una rebaja de la mitad de la pena; el mismo criterio siguió el Código Penal de 1928 de la dictadura de Primo de Rivera.

costumbres “libertinas” sólo podía considerarse como un mero ataque a su libertad, y por ello de menor entidad que la lesión de la honestidad (35). La libertad nunca se consideró atributo propio de las mujeres decentes.

En la jurisprudencia se ha admitido la violación de prostituta, si bien hasta los años 80 son muy escasas las resoluciones en este sentido. En la mayoría de los casos la brutalidad de la violencia parece ser la determinante de las condenas, máxime cuando en algunos supuestos se trata de violación y asesinato (36). La doctrina mayoritariamente también ha defendido la tutela de la prostituta frente la violación. En contra, por ejemplo Jiménez de Asúa, mantenía que el ataque sexual contra una mujer que no fuera honesta únicamente podía calificarse como delito de coacciones (37).

Tampoco era concebible la violación entre cónyuges. El Código Penal no mencionaba tal supuesto, a diferencia de lo que ocurre en otros países donde expresamente se excluye del ámbito de la violación. No obstante tal exclusión se deducía del propio significado de la “honestidad”. La violencia ejercida por el marido para “el uso del matrimonio” de ningún modo podía considerarse un ataque a la honestidad de la mujer: la virtud de la mujer residía precisamente en la exclusividad del uso consagrada al esposo. La violencia probada podía suponer a lo más un delito de lesiones, y casi inverosímil sería que prosperara una denuncia por delito de coacciones, si es que la afectada se atreviera a interponerla (38). El ejercicio del derecho al débito conyugal, se aducía como eximente de la antijuricidad del hecho, salvo que por las circunstancias —peligro de transmisión de enfermedad, debilidad o

(35) Es ilustrativa la explicación que ofrecía en el año 1927 la Comisión de Codificación (al presentar el que luego fue Código Penal de 1928, durante la dictadura de Primo de Rivera), para justificar el tratamiento separado de la violación de una prostituta, figura en la cual “la gran atenuación de la pena responde al hecho de que tal delito, a diferencia de la violación de la mujer honesta, que tiene un doble carácter contra la honestidad y la libertad, sólo puede considerarse como un delito contra la libertad” (Cfr. *Comisión de Codificación, Sección 3ª, Proyecto de Código Penal, 1926-1927*, p. 26.).

(36) Así en la STS 27 de febrero de 1992.

(37) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El Criminalista*, 2ª serie, T. III, Buenos Aires 1960, p. 137.

(38) Sobre la inviabilidad de la violación en el matrimonio y la posibilidad de considerar la conducta como un delito genérico contra la libertad o contra la integridad física, Cfr. GIMBERNAT ORDEIG, E., “Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español: con especial referencia a la violación intimidatoria”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales* 1969, p. 507 ss. (Reproducido en sus *Estudios de Derecho penal*, 2ª ed. Madrid 1981, p. 246 s.)

problemas de salud de la mujer, exigencia de actos “contra natura”, —la esposa tuviera derecho a negarse (39).

En cuanto a la pena prevista para la violación, inicialmente fue algo más grave que la prevista para el homicidio (40), pero posteriormente, y hasta el actual Código de 1995, se mantuvo con la misma pena que éste (12 a 20 años de reclusión).

Desde aquella simbología que consideraba la violación como la pérdida de la honestidad y esta pérdida como una desgracia irreparable para la mujer, podía explicarse tal equiparación punitiva. Si se adopta la perspectiva de la afectación a la libertad de la víctima y a su dignidad, en cuanto vejación de la intimidad sexual, no resulta justificada la similitud penalógica con el homicidio. El daño social de conmoción de las expectativas de seguridad y de respeto a la igualdad de decisión en las relaciones sexuales, debe integrarse en la valoración de la gravedad de la conducta, pero todo este conjunto de elementos no pueden sumar un desvalor equiparable al de la eliminación intencionada de la vida de la víctima. La causación de lesiones a la víctima como consecuencia de la agresión, o en los casos extremos excepcionales, la producción de la muerte, llevan ya aparejada la correspondiente punición por delito de lesiones o de homicidio (o de asesinato), que se añade a la derivada de la agresión sexual.

- **LOS ABUSOS DESHONESTOS:** la agresión violenta de una mujer sin intención de “yacer” con ella, se consideraba un “atendado al “pudor”. Excluida la “conjunctio membrorum”, la mujer salvaba su preciada virtud, conmoviéndose únicamente su decoro. La penalidad es sustancialmente inferior a la de la violación: 6 meses y 1 día de prisión como pena mínima frente a los 12 años y 1 día previstos para la violación.

La genérica descripción de la conducta —“el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo”— incluía tanto la agresión violenta, como actos “obscenos” sin violencia con menores de 12 años o con personas privadas de razón. Asimismo quedaban equiparadas abusos de muy distinta intensidad, desde simples tocamientos superficiales “impúdi-

(39) Una relación de las posturas en la doctrina puede consultarse en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, cit. p. 286 s.

(40) En el Código Penal de 1848 el art. 354 establecía para la violación la pena de “cadena temporal”, cuya duración (de 12 a 20 años) era igual a la señalada para la “reclusión temporal” con la que se castigaba el homicidio, pero su forma de cumplimiento resultaba de mayor dureza por la sujeción continua con una cadena y el destino a los trabajos “más duros y penosos”. (arts. 95 y ss. del C.P. de 1848)

cos" a la penetración anal. Los ataques sexuales contra hombres, —en tanto concurren violencia o intimidación, o la víctima fuera menor o incapaz— quedaban enmarcados en esta figura de "abuso sexual", la única previsión referida a víctima hombre.

Habría que esperar hasta épocas muy recientes (reforma de 1989) para que algunas modalidades de abuso sexual violento, sean consideradas de gravedad equiparable a la "genuina" violación.

- **DELITOS DE ESTUPRO:** bajo estas figuras se reproducen algunas de las previsiones de la antigua legislación que castigaban las relaciones sexuales extraconyugales en el ámbito de la convivencia doméstica.

La primera modalidad, el "estupro de prevalimiento" era el realizado con doncella menor de 23 años, cometido por persona que pudiera tener ascendencia o relación próxima con la joven (autoridad pública, sacerdote, tutor, criado). Se entiende por "estupro" el acceso carnal conseguido mediante seducción de la víctima, o aprovechando la ascendencia sobre ella. Como hasta hace poco podía leerse en la jurisprudencia, una mujer honesta no accede a tener relaciones extraconyugales si no se le presiona de alguna de aquellas formas, por ello:

"Se caracteriza este delito por el consentimiento que la doncella mayor de 12 años pero menor de 23 presta para yacer con el varón por miedo reverencial, temor de desagradar o de faltar al respeto que el hombre le merece por su ascendiente como autoridad o sacerdote, o por sus relaciones por convivencia, guarda o educación" (41).

La mujer soltera menor de 23 años gozaba de la presunción de "doncellez" —virginidad— y de conducta honesta, salvo prueba en contrario (presunción "iuris tantum") (42). La obligación del estuprador de dar dote a la ofendida se dirigía a compensar el perjuicio de la pérdida de valor de la mujer desflorada.

Como modalidad distinta se recogía el "estupro por engaño" originariamente prevista respecto a menores de 23 años. Esta previsión se reducía en la práctica a los casos de falsa promesa de matrimonio. Supuesto que, según se explica en numerosas sentencias, constituye un engaño grave porque "en el orden moral de las relaciones sociales no existe estímulo más poderoso para vencer la natural honestidad de la mujer que la formal promesa de matrimonio" (43).

(41) Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1959 (Ref. Aranzadi 2692)

(42) Cfr. STS 8 noviembre de 1954 (Ref. Aranzadi 2455)

(43) Sentencia del Tribunal Supremo de 1 mayo de 1944 (Ref. Aranzadi 618)

El estupro incestuoso, con hermana o descendiente se configura como una tercera modalidad (44), que nos sitúa ante una realidad sociológica de entidad totalmente distinta. La legislación del siglo pasado rompió con la antigua tradición que consideraba el incesto un crimen de herejía, para situarlo entre los delitos de menor gravedad, lo que fue alabado por los comentaristas de la época. Superadas las consideraciones que remitían al tabú del incesto, en la actualidad el abuso sexual con “prevalimiento” de la relación de parentesco se fundamenta en la defraudación de las expectativas reforzadas de respeto y tutela en el ámbito familiar, particularmente respecto a las y los menores (45).

Fuera del gupo de los delitos contra la honestidad, aquel Código Penal de 1848 penalizaba lo que hoy llamaríamos acoso sexual, realizado por un “empleado público” contra mujer que tuviera pretensiones ante él pendientes de resolución. Una figura que se mantiene hasta la actualidad en el marco de los delitos cometidos por los funcionarios (46).

El sustrato material que fundamenta la incriminación del estupro admite dos lecturas interpretativas. En una primera, el estupro se orientaría a la tutela de las buenas costumbres y de la honestidad, partiendo de la idea de debilidad de la mujer ante artimañas seductorales del hombre; se recrea así el tópico sobre la proclividad del hombre a la conquista de doncellas,

(44) En el Código Penal de 1848 el estupro “incestuoso” con hermana o descendiente, era considerado delito aun cuando la mujer fuera mayor de 23 años. La reforma de 1978 en esta materia, recortó la edad de la víctima a los 18 años, tanto para el incesto como para el estupro de prevalimiento, mientras que para el estupro por engaño se situó en los 16 años. En dicha reforma de 1978 se suprime la referencia a la mujer como sujeto pasivo, acogiendo de esta forma al hombre como posible víctima de estupro.

(45) El Código Penal de 1995, recoge en los abusos sexuales —sin violencia o intimidación— la agravación por “prevalimiento de la relación de parentesco” sin distinción de la edad de la víctima (art. 182,1º), pero la exigencia de ese “aprovechamiento” se traducirá en que de hecho la aplicación de la cualificación se proyecte sobre los abusos contra niñas/niños, o adolescentes. Debe destacarse que la cualificación por “parentesco” se limita a los abusos sexuales de mayor entidad (aquellos que conllevan “penetración” corporal). La agravación se traduce en la elevación de la pena: de 7 y 10 años de prisión si la relación (no violenta o intimidatoria) se comete contra un menor de 12 años; de 3 años y medio a 6 años si la relación se obtiene con abuso de una situación de superioridad.

(46) Desde aquel primer Código, se establecía el castigo por “solicitar a mujer” que tuviera causas pendientes de las que conociera el funcionario, y al “alcaide” respecto a mujer sujeta a su guarda o mujeres familiares de los sometidos a su custodia. En el actual Código Penal de 1995, ambas figuras han ampliado sus contornos, admitiendo que la víctima sea mujer u hombre, y ampliando los supuestos de posible prevalimiento de la posición de la persona funcionaria (Vid. arts. 443 y 444).

mujeres virtuosas sin experiencia sexual. La importancia de la virginidad requeriría esta protección especial incluso ante relaciones sexuales consentidas, que se atribuyen a artes de seducción o de engaño. La finalidad de la conminación penal sería la contención de las relaciones sexuales extramatrimoniales preservando la virginidad.

Pero a la vez, el delito de estupro admite otra lectura que apunta a una realidad que entonces, y todavía ahora, se plasma en la tendencia de quien ostenta una posición de superioridad a prevalerse de ella para imponer a la mujer el sometimiento sexual bajo presión o bajo la amenaza más o menos velada de empeorar su situación. Una utilización de las circunstancias no para “seducir” o “enamorar”, sino para colocar a la mujer “en el lugar que le corresponde” como objeto de satisfacción sexual del dueño, patrón, jefe o superior. Situaciones en las que no se busca el consentimiento de la mujer, sino su temerosa docilidad. En estos supuestos la dinámica de la imposición se encuentra próxima a la intimidación propia de la violación.

En la concepción decimonónica de aquel Código, el acento en la tutela de la doncella, dejaba fuera del estupro los casos de prevalimiento respecto a mujeres que superaran los 23 años. Si se trataba de proteger la supuesta debilidad de la mujer debida a la inexperiencia, era comprensible la limitación por edad; desde los parámetros actuales que subrayan la libertad en las relaciones interpersonales, no tiene sentido la tutela frente a la seducción, porque nada se perjudica por la experiencia sexual consentida, aun cuando se considerara prematura. Por el contrario, sigue teniendo sentido la tutela frente al abuso de posición ejercido como imposición de doblegamiento, como vejación de la dignidad y de la intimidad sexual, como ataque torticero a la libertad. Una tutela que se justifica por la pervivencia sociológica de situaciones dramáticas de vulnerabilidad que afectan a aquellas mujeres, que por precariedad económica, o condiciones especiales —por ejemplo inmigración no autorizada—, sean duraderas o conyunturales, gozan de escaso margen de libertad ante el “acosador”.

Estas situaciones serán tomadas en cuenta aunque de forma limitada, en la reforma de los delitos de estupro introducida en 1942, bajo el régimen franquista. La finalidad explicitada de tutelar a las mujeres “de acreditada honestidad” se plasmó en la redacción del texto que definía como estupro la relación sexual mantenida con mujer menor de 23 años “de acreditada honestidad, abusando de su angustiosa situación de necesidad” (art. 436 en vigor hasta 1978). Asimismo se incluyó la figura de estupro en el ámbito laboral, que sería el cometido por “el patrono o jefe que prevalido de esta condición” tuviera acceso carnal con

mujer menor de 23 años de acreditada honestidad (art. 437 en vigor hasta 1978). En ambos casos la pena era de un máximo de 6 meses de prisión.

La oscilación en la forma de definir y regular las conductas referidas al “estupro”, revelan la dificultad de separar el Derecho penal de consideraciones sobre la moralidad sexual. Persiste el problema de cómo tratar los casos de seducción de jóvenes en los primeros años de la adolescencia. A mi juicio se requiere una ponderación de las circunstancias de cada caso en cuanto al perjuicio que determinada precocidad sexual pueda acarrear para su equilibrio y madurez como persona. Ello supone rechazar determinados tabúes sociales sobre la trascendencia de lo sexual en la conformación de una identidad “respetable”. El eventual daño al adolescente no deriva de la relación sexual, sino de la constricción de su autonomía en los supuestos de abuso de superioridad, creación de fuerte dependencia psicológica, o prevalimiento de situación de necesidad.

Con el Código Penal de 1995, desaparece el término “estupro”. Se mantiene el castigo del prevalimiento de situación de superioridad manifiesta, que coarte la libertad de la víctima, independientemente de la edad de ésta (47). Superada la idea de la tutela de la “donce-

(47) El nuevo Código mantiene sin embargo la antigua figura de “estupro por engaño” respecto a mayores de 12 años y menores de 16, aunque ya no se utilice el término “estupro”, sino el de “abuso sexual”. La pena prevista es de multa de doce a veinticuatro meses, para los casos de menor intensidad del contacto sexual, y de prisión de seis meses a tres años en caso de que el abuso consistiere en “acceso carnal, introducción de objetos o penetración anal o bucal” (Art. 183).

En relación a la tutela de adolescentes en esa franja de edad, el nuevo Código presenta varias incongruencias en cuanto a la correspondencia penológica. Por un lado se ha querido cubrir todos los supuestos de abuso incluyendo también el “engaño” —tradicionalmente el engaño en la promesa de matrimonio— respecto a estas y estos menores; la pena es mayor que la prevista para el abuso por prevalimiento de una situación de superioridad. Ello conducirá a la incongruencia de que el abuso mediante presión aprovechando la necesidad económica del menor —por ejemplo— resulte castigado con pena inferior a la del abuso por engaño. En cambio, si el abuso conlleva penetración corporal, la pena prevista para los casos de “engaños”, resulta notablemente inferior a la prevista para el prevalimiento de situación de superioridad (art. 182, prisión de uno a seis años).

llez”, el delito de “abuso sexual” pasa a acoger los supuestos de acoso sexual (48) en situaciones de especial vulnerabilidad de la víctima. La realidad de las situaciones de manifiesta inferioridad y dependencia por necesidades económicas, precariedad laboral, enfermedad, indefensión jurídica, hace que todavía determinadas personas —mayoritariamente mujeres— se vean abocadas a ceder ante las solicitudes sexuales de quien tiene el poder de perjudicarles seriamente.

- PERSEGUIBILIDAD A INSTANCIA DE LA PERSONA AGRAVIADA: Siguiendo la tradición en esta materia, la persecución de los delitos comentados requiere la presentación de que-rella o de denuncia de la ofendida o sus representantes. La paradoja de que un delito que la ley considera tan grave como el homicidio no pueda ser perseguido a instancias del Ministerio Público, se ha justificado por la propia tutela de la privacidad. El “strepitus fori” aumenta la resonancia de la deshonra, y añade estigmatización a la víctima. La contrapartida de esa reserva de la acción privada es la desprotección de las víctimas más vulnerables por razón de su relación de dependencia del agresor, o por el temor —verosímil— a sus represalias. La finalidad de prevención general de futuros delitos pasa a un segundo plano para atender preferentemente a los intereses de la ofendida. La víctima podía elegir entre el proceso penal conducente al castigo del ofensor, o el silencio o en su caso otra forma privada de composición; el matrimonio con el agresor implicaba el perdón del delito.

El efecto exonerador del matrimonio como perdón al agresor se mantiene hasta épocas recientes; la mancilla causada a la mujer en su honra se consideraba compensada con el “honor” del matrimonio, estado que aseguraba la recuperación de la dignidad social de la agraviada. Igualmente se mantuvo hasta hace poco la obligación del condenado de dar

(48) Aunque el nuevo Código Penal utiliza la denominación “acoso sexual” únicamente en la nueva figura que castiga la mera “solicitud de favores sexuales” con anuncio expreso o tácito de causar un mal a la víctima en el ámbito de su relación de dependencia con el autor(art. 184), los abusos sexuales de prevalimiento contemplados en el art. 181,3 y 182, constituyen supuestos de “acoso sexual” con resultado de efectivo doblegamien-to de la voluntad de la víctima.

El abuso sexual con prevalimiento no hace referencia a la conminación amenazante de un mal referido a las expectativas de la víctima, pero lógicamente es la amenaza implícita de padecer un perjuicio o deterioro en su situación lo que constituye el “abuso” o prevalimiento de la relación de superioridad. Paradójicamente, el tipo básico de abuso sexual —sin penetración— lleva aparejada una pena que puede resultar igual o inferior a la establecida para el “acoso sexual” que se queda en el estadio de la amenaza expresa o tácita. [Art. 181,3: multa de seis a doce meses; art. 184: arresto de doce a veinticuatro fines de semana, o multa de seis a doce meses].

“dote” a la víctima, si fuera soltera o viuda, una forma de asegurar o facilitar su colocación en el mercado matrimonial, o su futuro económico, ante la merma de expectativas de futuro por la pérdida de la virtud de la mujer. A partir de 1983 se sigue admitiendo la posibilidad del perdón —por matrimonio o por voluntad de perdonar de la víctima— como forma de paralizar el proceso penal, pero se excluye la virtualidad del perdón manifestado después de la condena judicial.

En 1989 se suprime definitivamente la institución del perdón del ofendido en estos delitos (49). La doctrina ha venido manteniendo opiniones encontradas sobre la conveniencia de mantener o no esta figura de “nuestra tradición jurídica” (50). La tensión entre las finalidades públicas de prevención general a través del castigo, y el respeto a la intimidad de la víctima, son palmarias. Desde la clave de la “honestidad”, la preservación de la “reputación” como valor principal de una mujer, explicaba la opción por la persecución a instancia de parte.

Desde los parámetros actuales, rechazado el criterio que prima la “reputación” sexual de la mujer, permanece sin embargo el componente de la intimidad afectada y de la humillación a la propia dignidad. Imponer aun en contra de la voluntad de la víctima, la obligación de pasar por el proceso de denuncia penal en aras al interés general, significa supeditar el legítimo interés de la víctima a no airear aquella experiencia traumática. Desde las teorías feministas esta cuestión tampoco es pacífica. El debate italiano antes mencionado es un exponente de la dificultad de conciliar el interés general y el respeto a la decisión de la víctima de no acudir a la tutela judicial.

(49) La reforma de 1989 excluyó la eficacia del perdón de forma explícita incluyendo, en el entonces art. 443 el siguiente párrafo: “En estos delitos el perdón del ofendido o del representante legal o guardador de hecho, no extingue la acción penal ni la responsabilidad de esta clase”.

(50) Un relación de las distintas posturas, en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación*, cit. p. 413 ss. RUIZ VADILLO, E., “El perdón en los delitos contra la honestidad” en *Comentarios a la legislación penal*, V.2, Madrid 1985, p. 983 consideraba que debía mantenerse el perdón en el caso de matrimonio del ofensor con la ofendida, incluso en la violación, apelando a su experiencia como fiscal y magistrado: “Todos hemos visto, especialmente en los estupros, cuántas veces el matrimonio extingue la pena o su ejecución, y aunque es verdad que cabe la preocupación de que se llega a esta situación por la presión psíquica o la amenaza de no perdonar si no se celebra la boda, la verdad es que en la mayor parte de los casos se trataba de noviazgos o de parejas a las que la pena impuesta, en general corta, no era ni mucho menos determinante de la decisión de matrimoniar, aparte que afortunadamente el cambio en este sentido es fundamental, y la mujer, en general, no busca ya, como antes, en el matrimonio un seguro, sino una relación estable basada en el cariño y comunidad de vida”. (Subrayado añadido).

El nuevo Código Penal de 1995 recoge por primera vez la posibilidad de que las agresiones sexuales, —incluida la antigua violación—, los abusos y el acoso sexual puedan perseguirse por querrela del Ministerio Fiscal, quien “actuará ponderando los intereses en presencia”; cuando se trate de víctima menor de edad, incapaz o persona desvalida, “basta la denuncia del Ministerio Fiscal” (art. 191 del nuevo Código).

4.

Hacia la tutela de la libertad sexual. La reformulación del significado de estos delitos desde la perspectiva de la igualdad

La designación de la "libertad sexual" como un bien digno de protección penal supone un avance indudable respecto a la tradición anterior. En primer lugar porque parte de la asunción del derecho igual de toda persona a la manifestación libre de sus decisiones en materia de sexualidad. En segundo lugar porque implica reconocer la sexualidad como una manifestación positiva del desarrollo personal en un ámbito vital de intimidad que requiere espontaneidad y autonomía. Por ello, una relación sexual impuesta se convierte en un mero acto de violencia o de dominación que desde estas coordenadas no merecería el nombre de manifestación sexual (51). Únicamente por lo que supone de implicación fisiológica corporal puede decirse que es una manifestación "sexual", lo que en sí mismo para la víctima no es sino un ataque a la libertad y a esferas sustanciales de la intimidad (52).

El enfoque de los delitos sexuales desde la perspectiva de la libertad presupone la superación de aquella adjudicación de roles y expectativas sociales diferenciados por razón del género. Si en la concepción anterior la limitación de la libertad de la mujer era el presupuesto de su honestidad y por ello lo que le hacía digna de protección, ahora se invierte el significado. Es la constricción de la libertad, lo que colorea la ilicitud de la conducta.

Excluido el acento en el acceso carnal como expresión máxima de la gravedad del ataque, la concreta modalidad de invasión corporal pasa a ocupar un lugar subsidiario o complementario ante la primacía valorativa del ataque a la libertad. La relevancia social de la violencia sexual no deriva de la alteración al orden familiar o del temor a la descendencia ilegítima, o del efecto de pérdida de la reputación de la mujer y consiguiente merma de posi-

(51) VEGA, J., "Coercion and Consent: Classical Liberal Concepts in Texts on Sexual Violence", *International Journal of Sociology of Law* 1988, 1, p. 75 ss.

(52) Cfr. ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 23 ss, y 43, sobre la conexión de la libertad en la esfera sexual con la intimidad.

bilidades. El orden social que conmueve el ataque sexual es el de la garantía de la igualdad de derechos y expectativas de todas las personas y su legítimo ejercicio de la sexualidad en libertad.

Sobre estas premisas, deja de tener sentido partir de una supuesta debilidad de la mujer para ser seducida por la "ascendencia o el respeto debido a la autoridad del hombre". Las conductas que antes se incluían en el "estupro" únicamente pueden considerarse relevantes cuando se trate de aprovechamiento de situación de superioridad como coacción de la voluntad. Si el acoso sexual merece una represión penal, lo será por lo que implica de obstáculo a la presencia social de la mujer como persona, en los distintos ámbitos sociales, en condiciones de igualdad.

Por ello, quedan también fuera de lugar aquellos discursos y explicaciones que adornaban el reproche jurídico con referencias a toda una policromía de adjetivos referidos al "pudor", la "decencia" o la "moralidad". La violencia o el abuso sexual no es una manifestación de "obscenidad", impudicia, lascivia, depravación, perversidad, indecencia, lujuria, inmoralidad, corrupción, vicio, etc. (53). La violencia o el abuso sexual son conductas de imposición de la voluntad de un ser humano sobre otro, que niegan el ejercicio de la libertad que espreciado atributo de toda persona, máxime si su ejercicio tiene que ver con una manifestación en esta esfera de la intimidad.

Desde la tutela de la "libertad sexual", la imposición a la víctima para que realice o soporte la manipulación corporal pretendida por el agresor, debe entenderse como un ataque a la libertad especialmente humillante y vejatorio. La imposición sexual queda caracterizada como un acto de dominio y supeditación en los aspectos más íntimos y personales. Esta valoración constituye el núcleo del injusto, el sentido de la prohibición penal que las normas legales deben expresar.

(53) Un repaso de la jurisprudencia tradicional permite constatar la abundancia de adjetivos del tenor expresado en la caracterización de los ataques sexuales; expresiones que todavía encontramos en las sentencias de los años 90 sobre todo en relación a los delitos de favorecimiento de la prostitución y de corrupción de menores. Cfr. BLANCO LOZANO, C., "Delitos relativos a la prostitución: conceptos de prostitución y de corrupción de menores." *Cuadernos de Política Criminal* 1997, p. 127 ss., donde se recoge una extensa relación de referencias jurisprudenciales hasta el año 1994.

El reconocimiento de la autodeterminación en el ámbito sexual, conlleva la premisa de la igualdad en la capacidad de decisión. Precisamente este aspecto es el que debe subrayarse como fundamento del reproche en esta clase de delitos si partimos de que no es la relación sexual en sí el objeto de la condena, sino la constricción de la libertad. La agresión se concreta en la utilización del cuerpo de la víctima sin su consentimiento espontáneo. La mayor o menor intensidad de la vulneración de la libertad es el criterio básico indicador de la gravedad de la conducta, al que se añade la apreciación de la intensidad del contacto corporal impuesto como segundo elemento referido al ataque a la intimidad (54).

No obstante, la explicación del daño individual a la víctima y del daño social que generan estos delitos no puede ignorar el papel que todavía desempeñan los estereotipos tradicionales en las expresiones de violencia contra las mujeres. La violación, como imposición forzada contra la mujer, expresa de forma grosera o exagerada, el clásico esquema de género que construye subjetividades de poder y de subordinación, en el microcosmos de las relaciones interpersonales (55). El Derecho penal evidentemente no es el instrumento idóneo para erradicar estos estereotipos, pero sí para incidir en su rechazo a través de las explicaciones sobre el sentido y fundamento de las prohibiciones penales. Ello requiere una reorientación de los parámetros valorativos desde los que los tribunales interpretan las normas jurídicas y la nocividad de las conductas que se enjuician.

El daño a la reputación de la víctima y a sus expectativas de futuro explicaban en gran medida la gravedad asignada a la violación en la tradición anterior. Y de hecho la víctima padecía aquella pérdida de su status de honorabilidad y la afección de su autoestima como mujer. Desde la perspectiva de la tutela de la libertad, corolario de la asunción de la igual-

(54) En este sentido se manifestaba el estudio holandés elaborado por el "Comité Melai" para la reforma de los delitos sexuales, que dio lugar al Proyecto holandés de 1981 sobre las "ofensas graves" contra la moralidad pública, si bien estas propuestas fueron recogidas sólo parcialmente en la reforma de su Código Penal. Cfr. UIT BEJERSE, J./KOOL, B., "La tentación del sistema penal. ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en LARRAURI, E., (comp), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit., p. 147 ss.

(55) Como pone de relieve LEES, S., en su estudio realizado en los años 80 sobre las actitudes y vida sexual de jóvenes mujeres adolescentes, "no se puede explicar la violación y la violencia como conductas de maníacos sexuales psicópatas, sino más bien como la prolongación de la habitual estructura represiva de las relaciones sexuales". Cfr. LEES, S., "Aprender a amar. Reputación sexual, moral y control social de las jóvenes", en LARRAURI, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit. p. 38.

dad en la autodeterminación para situarse en las relaciones sociales, el daño a la víctima no debiera traspasar el mero padecimiento de la constricción temporal de su libertad y la vejación grave de su intimidad. Pero ni sus expectativas de futuro ni su consideración social debieran considerarse conmovidas.

La violación evidentemente no deshonra a la víctima, sino al autor (56). La explicación del daño no puede realizarse ya en clave de honestidad. Pero no puede ignorarse que el sometimiento y la humillación padecidas remite a las imágenes de género que todavía perviven culturalmente: la secular percepción de la mujer ante todo como objeto de la sexualidad del varón (57). En el tránsito hacia la plena asunción de este entendimiento, al Derecho penal —a las y los operadores jurídicos que lo interpretan— se les debe pedir que no recreen los tópicos sexistas y “moralizantes” que obstaculizan el avance hacia el reconocimiento de la igualdad.

La nueva delimitación de los delitos agresión sexual y abuso sexual que presenta el Código Penal de 1995 expresa la decisión de la legislación de situar el acento en el ataque a la libertad como clave interpretativa de la nocividad de tales conductas. Reconducir el discurso jurídico desde esta clave, va a requerir una depuración de los conceptos tradicionales sobre el contenido del injusto, donde “lo sexual” quede reinterpretado desde la vulneración de la intimidad y la libertad.

(56) Como destaca acertadamente GONZÁLEZ RUS, J.J., “El bien jurídico protegido en la violación”, en *Estudios penales. Libro Homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca 1982, p. 723.

(57) BROWNMILLER, S., *Against our Will: Men, Women and Rape*, New York 1975, p. 5 ss. destaca el sustrato ideológico de la violación en la sociedad occidental desde la perspectiva de la imagen de la mujer como propiedad del hombre. La percepción por las mujeres del temor a una eventual “apropiación” violenta constituye un “proceso de intimidación” a través del cual se mantiene a las mujeres en un “estado de miedo”, que limita su presencia y espontaneidad en determinados espacios. De forma análoga al fenómeno de linchamientos de ciudadanos y ciudadanas de color en Estados Unidos con motivo del reconocimiento de sus derechos iguales; la amenaza del linchamiento pasa a ser una expresión de la resistencia a la superación de situaciones de desigualdad. Cfr. también, DAVIS, N./FAITH, K., “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, en LARRAURI, *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit. p. 122 ss.

Valoración de las novedades del Código Penal de 1995 desde la tutela de la libertad. Pautas de interpretación

El cambio de orientación en la consideración de los ataques sexuales como delitos contra la libertad se produce ya, como se ha indicado, con la reforma de 1989. La modificación del título del grupo de delitos como "delitos contra la libertad sexual" (58) fue acompañada de la inclusión del hombre como posible sujeto pasivo de estas infracciones, y de la superación de la centralidad del "acceso carnal" vaginal, para equiparar en cuanto a gravedad la penetración vaginal, anal y bucal. El significado tradicional de la violación como invasión genital del cuerpo de la mujer, quedaba por fin desplazado. El propio Tribunal Supremo había solicitado la consideración de la penetración anal como violación, argumentando que su

(58) La "libertad sexual" como rótulo general, ofrece una orientación interpretativa general para el conjunto de infracciones del grupo, pero como indica MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 11ª ed. Valencia 1996, p. 176, constituye más una directriz político criminal a seguir en la interpretación de los tipos penales que el objeto concreto de tutela de cada una de las figuras delictivas incluidas en dicho título. Respecto a las y los menores de edad o a incapaces, que no ostentan condiciones idóneas para formular su voluntad en condiciones de libertad equiparable a las de una persona adulta, la tutela se dirige a preservarles de injerencias que socialmente se consideran intolerables para su intimidad (ORTS BERENGUER, E., en VIVES ANTÓN, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, T.I, Valencia 1996, p. 937); o como forma de preservar su libertad sexual potencial "in fieri", ante experiencias que pudieran ser traumáticas para su desenvolvimiento futuro en este ámbito (MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., en QUINTERO OLIVARES, G. /VALLE MUÑIZ, J.M. et alter, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona 1996, p. 228 s. Ha sido tradicional apelar a la "indemnidad sexual" como objeto de tutela respecto a estos colectivos, e incluso se propugna que la referencia a la "indemnidad" debiera consignarse en el encabezamiento del Título (cfr. CARMONA SALGADO, C. en CARMONA SALGADO, C. /GONZÁLEZ RUS, J.J./MORILLAS CUEVAS, L./POLAINO NAVARRETE, M./PORTILLA CONTRERAS, G., *Curso de Derecho penal español. Parte especial*. t.I Madrid 1996, p. 300). Mantiene convincentemente que en todo caso la "indemnidad" sexual del menor y la menor queda comprendida en la tutela de la libertad sexual, entendida ésta como el derecho a ejercer la sexualidad "en libertad", DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Las últimas reformas del Derecho penal sexual", en *Estudios penales y criminológicos* T. XIV, Santiago de Compostela 1991, p. 47.

gravedad era equiparable (59). Una vez que se rechaza la "honestidad" como pauta interpretativa, no podía mantenerse la definición tradicional de este delito que parecía cosificar la "honra" en la cavidad vaginal de la mujer.

Con el nuevo Código, se deslindan definitivamente los ataques que comportan violencia o intimidación respecto a los que implican aprovechamiento de una situación objetiva de menor capacidad de la víctima para actuar "en libertad". Se adopta así el criterio que se venía propugnando por la doctrina sobre la conveniencia de distinguir la agresión violenta de las otras modalidades, con la consiguiente diferenciación de penalidad (60).

5.1

PANORÁMICA GENERAL DEL NUEVO CÓDIGO EN ESTA MATERIA

La nueva clasificación atiende al grado de lesión de la libertad de la víctima como primer criterio definitorio del delito; como segundo criterio, la intensidad del contacto sexual se conjuga como elemento que conduce a una pena agravada cuando concurre "penetración".

(59) Así procedió por decisión adoptada en la STS de 7 de noviembre de 1987(Ref. Aranzadi 8475), donde después de rechazarse la calificación como "violación" de una agresión con penetración anal, porque admitirlo sería adoptar una interpretación "contra reo", la Sala "decide hacer uso de la facultad-deber establecido en el art. 2 del Código Penal, acordando elevar al Gobierno una Exposición dirigida a que, si lo estima oportuno, promueva el procedimiento legislativo que punitivamente aproxime las indicadas conductas de yacimiento natural y 'contra natura' entre personas de distintos e iguales sexos, por entender que en el actual sentir comunitario ambas conductas deben tener similitud punitiva".

(60) El Consejo General del Poder Judicial, en su informe sobre lo que entonces era todavía "Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1992", proponía "distinguir entre la violación violenta y las restantes. Para la primera podría llegar a propugnarse un tratamiento punitivo más grave [...], (v.g. una pena de ocho a catorce años); para la segunda bastaría probablemente una penalidad entre seis y diez años, más benigna que la actual". Una diferenciación que fundamentaba en el hecho de que "valorativamente suscitan una reprobación muy distinta". Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, Madrid 1992, p. 241.

El Título VIII, "De los delitos contra la libertad sexual" comienza dedicando el Capítulo I a las denominadas "agresiones sexuales" caracterizadas por la violencia o intimidación como forma de doblegar la voluntad opuesta del sujeto pasivo. Junto al tipo básico del art. 178, la figura agravada del art. 179 recoge las agresiones que comportan una mayor intensidad "sexual" en cuanto invasión corporal de zonas de mayor intimidad: penetración vaginal o anal, bucal o mediante objetos. A su vez, se establecen nuevas agravaciones específicas en el art. 180 para recoger la concurrencia de circunstancias que incrementan la gravedad de la lesión a la libertad y dignidad (ataques especialmente vejatorios, agresión en grupo), que implican abuso de situación de vulnerabilidad (por razón de la edad, enfermedad, u otra especial situación de la víctima), o que crean serio peligro para la vida o salud (uso de medios peligrosos); se incluye como agravación también el prevalimiento de una relación de parentesco o afinidad.

En el Capítulo II, se recogen los denominados "abusos sexuales": actos contra la libertad sexual realizados sin violencia ni intimidación, pero sin el consentimiento válido de la víctima (art. 181). En este grupo se incluyen situaciones diversas, que van a tener su reflejo en ciertas variaciones de la penalidad. Por un lado, utilización sexual de la víctima sin que ésta haya dado su consentimiento por no poder hacerlo: ataque por sorpresa, o utilización sexual de persona privada de sentido (61). Por otro lado, los actos de significación sexual realizados con menores de 12 años, supuestos que siempre se consideran "no consentidos"; y los realizados con personas que padezcan trastorno mental, en tanto se haya "abusado" de dicho trastorno para acceder al trato sexual (62).

En el marco de los abusos sexuales, como modalidad de menor gravedad, se recoge el abuso de superioridad que coarta la libertad de la víctima, cualquiera que sea la edad de ésta (art. 181.3) (63). Desaparece por tanto, como ya se indicó anteriormente, la antigua denominación de "estupro" para supuestos de prevalimiento, que se sitúan en esta última modalidad de abuso sexual. Se cubre así una laguna en la tutela de la libertad sexual, respecto a situaciones en las que el agresor no necesita acudir a la intimidación porque puede utilizar otro tipo de presiones para lograr que la víctima acceda a soportar o realizar los actos

(61) La penalidad señalada para el tipo básico (sin penetración) es de multa de doce a veinticuatro meses (art. 181.1.)

(62) La penalidad establecida en el tipo básico, cuando la víctima es menor de 12 años o padece trastorno mental, es de prisión de seis meses a dos años.

(63) La penalidad es sustancialmente menor: pena de multa de seis a doce meses.

que le propone. Se trata de constreñimiento de la libertad de decisión, abusando de una posición de dominio. Con la nueva formulación se acogen supuestos fronterizos con la violación, que hasta ahora conducían a la absolución por dificultades en la obtención de prueba concluyente sobre el grado de constricción de la voluntad de la víctima (64).

Siguiendo la misma técnica de diferenciación de supuestos agravados, los abusos sexuales se cualifican con penalidad superior “cuando el abuso sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal”(art. 182, p.1). Y todavía la pena puede quedar doblemente agravada, si concurre prevalimiento por parentesco, o especial vulnerabilidad de la víctima (art. 182, p.2) (65).

Se mantiene como un supuesto específico de abuso sexual sobre menores de 16 años, el antiguo “estupro por engaño”, en términos prácticamente idénticos al Código anterior (66).

(64) Esta modalidad de abuso sexual acoge la propuesta del CGPJ de incriminar la obtención del consentimiento de la víctima “abusando de una situación de superioridad manifiesta”, independientemente de la edad de ésta. Una propuesta que pretendía “por un lado, tipificar los supuestos más graves de ‘acoso sexual’; por otro lado, se dispondría de un tipo intermedio adecuado para conductas fronterizas con la violación intimidatoria, que en la actualidad dejan al Tribunal en la difícil textura de optar entre la reclusión menor y la impunidad, con el resultado fácilmente previsible de fallos absolutorios, entendidos como escandalosos por amplios sectores de la opinión pública”. Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Anteproyecto de Código Penal de 1992*, cit. p. 242.

En la reciente STS num. 381/1997, de 25 de marzo de 1997, precisamente se absuelve del delito de violación por el que era acusado quien mediante amenazas de despido había conseguido mantener relaciones sexuales con una empleada de la limpieza del Banco del que había sido Director. En la sentencia se reconoce que la amenaza no reunía los caracteres de la intimidación grave que requiere el tipo de violación, y por ello se le absuelve dado que los hechos se cometieron antes de la entrada en vigor del nuevo Código; pero a la vez se ratifica en la conveniencia, ya manifestada por la propia Sala en su sentencia num. 212/1995 de 17 de febrero, de una figura intermedia para los supuestos de prevalimiento sobre mayores de edad, vacío que, recuerda, ya ha sido cubierto en el nuevo Código Penal.

(65) En estos casos las penas pueden llegar a 10 años de prisión si se trata de abuso sin consentimiento, o de abusos con consentimiento (ineficaz) de menores o incapaces; y puede llegar a 6 años de prisión en el caso de abuso de superioridad.

(66) El prevalimiento por engaño se mantiene en idénticos términos, salvo en la penalidad, que en el nuevo Código resulta mucho más grave: el antiguo art. 436 —prevalimiento por engaño sobre menor de 16 años—, establecía una pena de 1 mes a 6 meses de prisión cuando hubiera “acceso carnal”; el nuevo C.P. en su art. 183 establece una pena de 6 meses a 3 años de prisión para la misma conducta.

En capítulo separado, Capítulo III, se recoge la incriminación del “acoso sexual” como particular novedad del Código; el Capítulo IV se dedica a los delitos de “exhibicionismo y provocación sexual” delimitados por razón de la minoría de edad o la incapacidad del sujeto pasivo; y el Capítulo V a los delitos “relativos a la prostitución”, que reduce sustancialmente la farragosa y moralizante regulación anterior de esta materia.

Veamos ahora algunos de los caracteres sobresalientes de las “agresiones sexuales”, como materia básica que refleja la necesidad de un profundo cambio de orientación interpretativa, en contraste con la regulación anterior.

5.2

LAS AGRESIONES SEXUALES. ALGUNOS ASPECTOS DESTACADOS

El capítulo específico dedicado a las agresiones violentas, nos sitúa ante los supuestos que presentan el máximo desvalor en cuanto al desprecio y vejación a la que se somete a la víctima. Sociológicamente, teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de los casos tiene a la mujer como sujeto pasivo, podemos afirmar que constituyen una de las manifestaciones de la violencia ejercida contra las mujeres.

La primacía de la imposición violenta como definidora de estos delitos, y el hecho de que esa imposición se traduzca en utilización del cuerpo de la víctima, aproximan esta figura a la de tratos inhumanos o degradantes, en la línea de la tortura física y psicológica. Una perspectiva que ha sido tomada en cuenta en recientes normas internacionales relativas a la persecución de delitos contra la población civil cometidos durante un conflicto armado, al incluir la violación en el grupo de los “crímenes de lesa humanidad”, junto a la esclavitud, la tortura, y otros actos inhumanos (67).

Lo que pretendo indicar es que aun cuando “lo sexual” aparezca como rasgo definitorio de la agresión, su significado en este contexto de violencia, es el de vejación de la intimidad personal, con el componente añadido de las representaciones culturales que remiten a la subordinación de la mujer en las relaciones interpersonales con el hombre.

(67) Cfr. *Estatuto del Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales perpetrados en la antigua Yugoslavia*, Nueva York, 25 de mayo de 1993, art. 5.; y el *Estatuto del Tribunal Internacional para Ruanda*, de 8 de noviembre de 1994, art. 3.

El proceder del Derecho penal, centrado en la individualización de los actos de agresión, no facilita la visualización de estos componentes sociológicos que subyacen a las conductas delictivas. Sin embargo, de la misma manera que en la tradición jurisprudencial hemos visto cómo se han recreado las explicaciones sobre la “moralidad” familiar, o la “honestidad” de la mujer, puede acoger hoy la perspectiva valorativa que incida en el desvalor propio de la conducta delictiva, desde el prisma de la vejación humillante para la víctima y desde el daño social que provoca la constatación de la pervivencia de esquemas de género de sometimiento-subordinación. Ello requiere abandonar la fijación por la cosificación corporal de los ataques sexuales, para acentuar lo que es el objeto material de la agresión: la autodeterminación y dignidad de la víctima, y no sólo determinadas partes de su cuerpo.

La concreta descripción legal de las agresiones sexuales como tipo básico, en el art. 178, es la siguiente:

“El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, con violencia o intimidación será castigado como culpable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cuatro años”. La legislación ha optado por una definición general amplia, que admite modalidades de comisión anteriormente no susceptibles de incluirse en las agresiones sexuales. Se entiende que constituyen ataques a la libertad sexual no sólo los efectuados por el agresor sobre la víctima, sino también el obligar a ésta a realizar determinadas manipulaciones de contenido sexual sobre sí misma o sobre un tercero (68). Hay acuerdo en considerar que las conductas incluidas en el art. 178 son aquellas que suponen un ataque a la libertad “negativa” (69), es decir el derecho a negarse a una relación sexual no querida. No sería típica la vio-

(68) Se entiende que incluye el hecho de obligar a la víctima a realizar determinadas manipulaciones sobre sí misma, o sobre un tercero, o de obligarle a soportar contactos del agresor o de un tercero. Cfr. entre otros, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. en *Comentarios*, cit. p. 232; ORTS BERENGUER, E. en *Comentarios*, T.I., cit. p. 909 ss.; CARMONA SALGADO, C. en *Curso de Derecho penal, Parte especial*, cit. t.I p. 305.; CANCIO MELIA, M., “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual”, en *La Ley*, 5 diciembre 1996, p.2.

(69) El Código Penal, como instrumento de control social respecto a las conductas lesivas de mayor gravedad, limita la tutela de la libertad sexual a los supuestos de afectación a la autonomía sexual en su vertiente “negativa-pasiva”: Sobre las dos vertientes de la libertad sexual, “dinámica-activa” y “negativa-pasiva”, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona 1985, p. 15 ss.; CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos deshonestos*, Barcelona 1981, p. 31; GONZÁLEZ RUS, J.J., *La violación en el Código Penal*, ... p. 240. ORTS BERENGUER, E., *Los delitos contra la libertad sexual*, Valencia 1995, p. 24; POLAINO NAVARRETE, M., *Introducción a los delitos contra la honestidad*, Sevilla 1975, p. 46 s.

lencia ejercitada sobre otra persona para impedirle que mantenga una determinada relación sexual con otra persona. Este caso se enmarcaría en los delitos genéricos contra la libertad (coacciones, amenazas) o contra la integridad corporal (lesiones). Como tipo básico, acoge aquellos ataques a la libertad sexual que no alcancen la intensidad propia del tipo cualificado del art. 179, por lo que su aplicación es subsidiaria respecto a éste.

Tradicionalmente se ha venido exigiendo como elemento típico de esos delitos la concurrencia del “ánimo libidinoso” o “móvil lúbrico” en el agresor (70). Este requisito hoy debe considerarse superfluo y distorsionador. Lo que importa es que se trate de una utilización degradante de la víctima, que afecte a aspectos íntimos corporales, independientemente de que el autor se “excite” sexualmente” o simplemente sea un sádico que pretende humillar y vejear a la víctima. Parte de la doctrina, y más recientemente incluso la Fiscalía del Estado ya se pronunciaron por la improcedencia de tal requisito, admitiendo que la agresión sexual existe cuando se realice con ánimo de venganza o menosprecio (71). No obstante, como veremos más adelante, la apelación a la “excitación erótica” o “pasión libidinoso” del autor reaparece todavía en numerosas resoluciones como elemento de referencia para cuantificar las agresiones en función de la continuidad o no de la misma “pulsión sexual” en el autor.

(70) Así, por ejemplo, en la STS de 7 de junio de 1975.(Ref. Aranzadi 2820), se enuncian las características exigidas por la jurisprudencia para la existencia de abusos deshonestos, refiriéndose a la realización de “actos obscenos o deshonestos, consistentes en tocamientos impúdicos en zonas erógenas [...]”, y al elemento subjetivo específico cifrado en el “ánimo lúbrico, salaz, lujurioso, libidinoso, voluptuoso o concupiscente de excitar o apagar la propia sexualidad o de despertar la ajena logrando una satisfacción o deleite venéreo o sexual”; la resolución concluye afirmando que los actos del acusado supusieron la transgresión de “todas las barreras impuestas por el decoro, la decencia y el pudor”.

(71) Respecto a la regulación anterior consideraban no innecesario el ánimo “libidinoso” como elemento de estos delitos, CARMONA SALGADO, C., *Los delitos de abusos*, cit. p. 169; QUERALT, J., *Derecho penal español. Parte especial I*, Barcelona 1986, p. 158 s. Es de destacar que la Fiscalía General del Estado en su Circular n.º 2/1990 sobre la aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal (arts. 431 a 483) se pronunció en el sentido de no exigir necesariamente el ánimo lúbrico, que “puede ser sustituido por otros ánimos como el de venganza o el de menosprecio”.

Si partimos de que lo que colorea el desvalor de la conducta es su orientación al menoscabo de la libertad e intimidad corporal-sexual, no es “el ánimo libidinoso o propósito de satisfacción sexual” lo que “tiñe de antijuricidad” la conducta, como leemos todavía en alguna sentencia reciente (72), sino la voluntad de utilizar sexualmente a la víctima sin su consentimiento. Por ello, quien violenta o intimida a una mujer para obligarle a que acceda a tener una concreta relación sexual con un tercero, realiza los elementos de la agresión sexual (73). En caso de que esa relación implique “acceso corporal”, quien intimida puede responder como autor mediato (74) de la agresión sexual cualificada del art. 179, si la persona con quien mantiene aquel contacto sexual desconoce que la mujer actúa bajo intimidación.

La agresión sexual cualificada por la intensidad del contacto corporal, se contempla en el art. 179, con la siguiente descripción casuística:

“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, la pena será de prisión de seis a doce años”

Esta figura acoge la antigua “violación propia” que ahora pierde su nombre tradicional. La discusión sobre la procedencia de mantener o no esta denominación no ha concluido (75).

(72) STS n.º 932 de 1997, de 27 de enero.

(73) En este sentido, MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R. en *Comentarios*, cit. p. 266 s., matizando las diferencias entre la coacción al ejercicio genérico de la prostitución, prevista en el art. 188, y la intimidación para obligar a una relación sexual concreta, por ejemplo con un cliente, dentro de un contexto de inmediatez y de relación causal de la presión ejercida y el acto al que se obliga.

(74) En este sentido, GÓMEZ PAVÓN, P., “El delito de violación: algunas cuestiones. El Código Penal de 23 de noviembre de 1995”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* 2/1995, p. 322.

En la STS de 2 de noviembre de 1994 (Ref. Aranzadi 8386), expresamente se reconoce la posibilidad de autoría mediata en quien aplica la violencia o intimidación para que la víctima acceda a yacer con una tercera persona. La Audiencia había condenado a la procesada por favorecimiento a la prostitución. (Aunque se mantiene dicha condena por razones de irretroactividad de ley menos favorable). El magistrado ponente rechaza la conceptualización de la violación como delito de “propia mano”, y concluye que “Por lo demás, no se percibe razón alguna para hacer depender el merecimiento de pena de una realización del acceso carnal con el propio cuerpo, toda vez que lo que se castiga no es la satisfacción sexual del agente, sino la lesión del bien jurídico de la autodeterminación sexual, que resulta vulnerado, desde la perspectiva de la víctima, tanto cuando la realización se realiza con el propio cuerpo como cuando se la realiza a través de otro que opera como instrumento”

(75) Recientemente el Gobierno ha presentado un Proyecto de Ley de reforma del Título VIII, que en su conjunto supone una elevación de la penalidad prevista para los delitos contra la libertad sexual, y ampliación de algunos supuestos; entre otras “novedades” —o más bien “recuperación” de rasgos de la antigua regulación— se recupera el nombre de violación para las agresiones sexuales cualificadas del art. 179. Cr. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VI Legislatura*, 17 de octubre de 1997, Serie A. núm. 89-1.

5.2.1

LA VIOLACIÓN COMO “AGRESIÓN SEXUAL” AGRAVADA. LA PÉRDIDA DE UNA DENOMINACIÓN ASOCIADA A LA HONESTIDAD

La supresión del nombre de “violación” dio lugar a intensas discusiones en la tramitación parlamentaria del nuevo Código, tanto en el Congreso como en el Senado. El Partido Popular y la Coalición Canaria, defendían el mantenimiento del “nomen iuris” acuñado por la tradición jurídica y los textos positivos, insistiendo en que sería un despropósito prescindir de un vocablo “que en la calle tiene un sentido claro, evidente y contundente” y que por ello “sigue acuñado en el léxico de la ciudadanía” (76) Desde el Partido Socialista se defendía la supresión de dicho término precisamente porque —se argumentaba— contiene connotaciones claras que responden a la concepción histórica que ligaba la sexualidad a la honestidad y a la reproducción; por ello el tema, insisten, tiene “calado material” como denunciaban las y los defensores de dicho nombre, pero un “calado” que afecta a un cambio de concepción del sentido de la agresión sexual, que permite ahora incluir al hombre como víctima en el mismo plano que la mujer (77). Izquierda Unida, mantuvo una posición ecléctica, manifestando que el cambio ofrecía más inconvenientes que ventajas, por lo que propusieron una enmienda transaccional (78) que fue aprobada en el Pleno del Congreso, por la que se añadía a la descripción de las agresiones sexuales cualificadas una coletilla incluyendo “será castigado, como autor de violación...”.

En la tramitación del Proyecto en el Senado, se vuelve a suprimir dicho término; de nuevo se reproduce la discusión entre los grupos parlamentarios, pero finalmente desaparece aquella mención. La extensión del debate parlamentario contrasta con la que según manifestó el senador Guía Marqués, fue parecer unánime de las Asociaciones dedicadas a la prevención de agresiones sexuales que fueron consultadas, en el sentido de considerar un avance la supresión del nombre “violación” (79).

(76) Las palabras transcritas corresponden al Diputado OLARTE, de Coalición Canaria (*Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 159, de 28 de junio de 1995). En el mismo sentido se había pronunciado la Diputada BARRIOS, en las sesiones de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso (*Diario de Sesiones del Congreso, Comisiones*, n.º 510, 2 de junio de 1995), donde insistía en que la reforma no era una mera “ruptura semántica”, “sino una modificación de mucho mayor calado”.

(77) Diputado JOVER-PRESA, *Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 159, 28 de junio de 1995.

(78) Diputado LÓPEZ GARRIDO, *Diario de Sesiones del Congreso*, n.º 159, 28 de junio de 1995.

(79) Senador GUÍA MARQUÉS, *Diario de Sesiones del Senado, Comisiones*, n.º 226, 10 de octubre de 1995.

En la doctrina vuelve a reproducirse la divergencia de opiniones sobre la oportunidad de esa supresión, apelando de nuevo a la conveniencia de mantener la "tradición" del vocablo (80), o por el contrario la necesidad de superar aquella tradición teñida de rasgos moralizantes y ligada a la "honestidad". El empeño dedicado a esta cuestión indica la carga simbólica de una expresión cuyo significado excede de su alcance semántico. Como destaca Lamarca, en realidad la concepción popular de la violación nunca había coincidido del todo con la definida en los Códigos, al menos respecto a la violación "impropia" (yacimiento consentido por mujer menor de 12 años o por persona con deficiencias mentales). Cuando la definición legal acogió la penetración "anal" y bucal como modalidades de "violación", se rebasó con creces el campo semántico asociado a dicho término.

A mi juicio, lo importante no es el mantenimiento o la supresión de una denominación, sino la decisión de equiparar valorativamente ataques de invasión corporal de gravedad similar desde la perspectiva de la intimidad sexual y el grado de utilización forzada de la víctima. Si la supresión del término "violación" conduce a diluir los significados estigmatizantes que históricamente se han proyectado sobre las víctimas, podemos considerarlo positivo. La fuerza expresiva de la palabra "violación" no solo indica la gravedad del hecho en sí, sino que también reconduce a los significados culturalmente arraigados sobre la mancilla y la pérdida de alguna supuesta esencia femenina irremediablemente adulterados en la mujer "violada".

La eliminación del nombre se acompaña de lo que, a mi juicio, es más importante: la agrupación bajo el mismo nombre de "agresión sexual" de todo ataque violento o intimidatorio. La técnica de situar el acento de la figura básica en la constricción de la libertad diluye el protagonismo de la "penetración", que ahora se convierte en una circunstancia indicadora de una mayor gravedad del ataque. No obstante hay que reconocer que la notable elevación de la pena que acarrea el tipo cualificado por la "penetración", vuelve a sentar la cen-

(80) Así mientras LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual en el Código Penal". *Jueces para la Democracia* n.º 27 noviembre 1996, p. 51, se muestra claramente favorable a la superación del antiguo vocablo, y otros lo consideran indiferente, como CANCIO MELIA, M., "Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual", *La Ley* 5 diciembre 1996, p.3; critican el abandono del nombre tradicional, CARMONA SALGADO, C., *Curso de Derecho penal*, cit. p. 302, por considerarlo "disfuncional" y generador de confusión; esta autora se pronuncia a favor de la regulación de las figuras tal como había quedado después de la reforma de 1989; también crítico con la eliminación del término "violación" y con el conjunto de las novedades, OCTAVIO DE TOLEDO, E., "Agresión, abuso y acoso sexual en el Código Penal de 1995", en *Actualidad penal* n.º 32 1996, p. 606 s.

tralidad del acceso carnal (81), pero se produzca o no éste, se podrá afirmar el reproche por la "agresión sexual". Se podrán abandonar las matizaciones al uso sobre si la víctima llegó a ser "violada, o si "felizmente" el delito no se "perfeccionó" y la víctima se salvó de la violación.

5.2.2

SUJETO PASIVO HOMBRE O MUJER

En el nuevo Código Penal, no se contempla ya ninguna diferencia por razón del sujeto pasivo —mujer u hombre— en los delitos contra la libertad sexual (82). La explicación que se ofrece en la Exposición de Motivos, resulta ilustrativa de la preocupación por la "igualdad", pero precisamente para superar la "intolerable situación de agravio" que suponía mantener que la violación era un delito contra la mujer (83).

La ampliación del sujeto pasivo para incluir al hombre, se produjo ya en 1983 en el delito de estupro, o abuso con prevalimiento de situación de superioridad. El mantenimiento de la restricción de la violación para calificar las agresiones contra mujeres empezó a considerarse poco "igualitario", e incluso inconstitucional por oponerse al principio de "igualdad" (84). La sustitución de la perspectiva de la "honestidad" por la de la "libertad sexual", en la

(81) Lo que se ha interpretado como un dato indicador de que se trata de un "injusto" diferente al de la mera agresión sexual sin penetración: así, SÁNCHEZ TOMÁS, J.M., "Los abusos sexuales en el Código Penal de 1995: en especial sobre el menor de 12 años y abusando de trastorno mental", *Cuadernos de Política Criminal* 1997, p.98.

(82) La única distinción implícita es la previsión referida al pronunciamiento que deberá fijarse en la sentencia condenatoria "en orden a la filiación y fijación de alimentos", cuando proceda (art. 193).

(83) *Exposición de Motivos* del nuevo Código Penal: "se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad efectiva, tratando de cumplir la tarea, que en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos. [...] Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ello adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se escondía una intolerable situación de agravio que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero en este caso alejarse de la tradición parece un acierto."

(84) Cfr. Díez Ripollés, J.L., "La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983" en *Documentación Jurídica*, n.º 37/40 1983, Monográfico, Vol.1, p. 460.; Casas Nombelas, J.J., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 6 (monográfico), Jornadas de Profesores de Derecho penal, Madrid 1983, p. 220.

reforma de 1989, junto a la ampliación de la violación a la penetración anal y bucal, conducía en lógica formal a acoger indistintamente a mujeres y a hombres como sujeto pasivo del delito. Modificación aceptable desde una perspectiva estrictamente formal, pero discutible desde la realidad sociológica del fenómeno de la violación, que sigue siendo básicamente un ataque contra mujeres. Desde los estudios feministas, la valoración de esta equiparación no es unívoca. Suele lamentarse que con la equiparación se oscurece el hecho de que la violación expresa el modelo de sometimiento de género a través del ejercicio de la sexualidad (85). No obstante, desde algunos sectores del feminismo se valora positivamente la equiparación, como una forma que permite superar determinadas interpretaciones de género en los discursos jurídicos (86).

Una política criminal apoyada en la realidad de los problemas que pretende afrontar, no puede ignorar las situaciones estructurales y las circunstancias que favorecen una clase de delitos. Los ataques a hombres, aunque puedan participar de un esquema similar de imposición y sometimiento, no responden a las mismas claves histórico-culturales que inciden en los abusos a mujeres. Esta realidad debe tenerse en cuenta sobre todo en la adopción de las medidas de distinta clase en apoyo a las víctimas de agresiones sexuales, o en las necesarias medidas de prevención, que deben incidir en la erradicación de los condicionamientos sociales y culturales que favorecen las actitudes violentas contra las mujeres.

(85) LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit. p. 96 s. informa de la reacción contraria a esa equiparación que tuvo lugar en Canadá cuando se produjo la reforma de la violación en aquel país.

(86) Así SMART, C., *Law, Crime and Sexuality*, cit. p. 86 s. En Alemania, donde la violación sigue reservándose para las agresiones contra mujeres, se ha solicitado reiteradamente la equiparación; desde una perspectiva feminista apoya esta reclamación SICK, B., "Zweierlei Recht für zewierlei Geschlecht", *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft* 1991, p. 73.

5.2.3

AGRESIÓN SEXUAL EN EL MATRIMONIO

A partir de la Constitución de 1978, y en el clima de reformas legislativas de aquellos años, se produjo una decidida reconstrucción valorativa del significado lesivo de la violación. La reclamación de la "libertad" como objeto de protección en este campo, condujo a la doctrina y a la jurisprudencia a aceptar la violación en el matrimonio (87). No obstante se matiza la conveniencia de que la pena se atenúe, o de que se mantenga la perseguibilidad a instancia de la víctima y la admisión del perdón (88).

En la jurisprudencia las primeras sentencias condenatorias de violación matrimonial aparecen a finales de los años 80, cuando las víctimas de vejaciones conyugales comienzan a presentar denuncias de violación ante los tribunales (89). La perspectiva de la "libertad sexual" abrió definitivamente la vía para considerar encuadrable en la figura penal de violación el uso de fuerza o intimidación contra la propia esposa. La nueva designación de los epígrafes, "no fue sólo una reforma de palabras", leeremos en alguna sentencia, por lo que desde el reconocimiento de la igualdad y de la libertad no puede negarse que cabe violación dentro del matrimonio, "toda vez que el matrimonio no impone a la mujer una reducción de su libertad de decisión sexual frente al marido" (90).

La superación de las relaciones de dependencia mediante la igualdad de oportunidades en la configuración de la propia vida, aparece como factor decisivo que permite romper la indefensión y la ocultación de los abusos en el matrimonio. Es sabido que el mantenimiento de situaciones de desigualdad constituye el obstáculo básico para la efectiva denuncia de

(87) Pero el rótulo de "la honestidad" seguía ejerciendo su influencia en la interpretación. Así GIMBERNAT, E. "Sobre algunos aspectos del delito de violación en el Código Penal español, con especial referencia a la violación intimidatoria", en sus *Estudios de Derecho penal*, Madrid 1990, p. 248, consideraba que la mera lesión a la libertad sexual no podía considerarse típico penalmente si no suponía una acción "deshonesta"; en consecuencia, mantenía que la violación de la propia esposa no podía encardinarse como delito de violación porque la reprobación de tal conducta no procede de que su acción sea deshonesto, sino de la "de la falta de sensibilidad y de lo desconsiderado de la actuación del marido".

(88) Cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "La reforma del Derecho penal sexual y la Propuesta de 1983", cit. p. 473 s. Un balance de las distintas posturas doctrinales hasta fecha reciente, en SUÁREZ RODRÍGUEZ, C., *El delito de agresiones sexuales*, cit. p. 286 s.

(89) En la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1988 se reconoce la posibilidad de calificar como violación la imposición violenta del acto sexual a la propia esposa. A partir de esa fecha, y sobre todo en los últimos cinco años, es notable el incremento de sentencias condenatorias por violación conyugal.

(90) STS 23 de febrero de 1993, (Ref. Aranzadi 1401)

agresiones de cualquier clase. La reforma de la normativa sobre el matrimonio, divorcio, filiación, capacidad jurídica de la mujer, su acceso a esferas laborales más amplias, etc. coadyuvó al cambio de las percepciones sociales sobre la función de la ley penal en la prevención de agresiones a la mujer e hizo posible el inicio de esta nueva interpretación. A la vez, sale a la luz parte de lo que hasta ahora se mantenía en la "cifra negra", como estadística oculta e inaccesible.

La mayoría de las agresiones sexuales en el matrimonio que llegan a los tribunales tiene lugar cuando la mujer ha iniciado los trámites de separación conyugal. En algunas resoluciones se atiende a las alegaciones de "error de prohibición" sobre el derecho al débito conyugal para atenuar la pena (91), o bien a consideraciones sobre el menor ataque a la intimidad que supone que no sea un extraño sino el marido o ex-marido (92). La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido en general firme en negar atenuaciones en estos supuestos: así la sentencia de 29 de abril de 1997 recuerda que :

"Ni la norma legal excluye al cónyuge como sujeto pasivo al tipificar el delito de violación, ni existen supuestos 'derechos' a la prestación sexual, debiendo primar, ante todo, el respeto a la dignidad y a la libertad de la persona. Es por ello que esta Sala ha declarado reiteradamente que comete violación y no está amparado por causa alguna de justificación, quien, con violencia o intimidación, tuviese acceso carnal con su cónyuge (SS. 7-11-89, 9-3-89, 13-2-90, 24-4-92 y 21-9-92, 23-2-93, 27-9-95 y 8-2-96, entre otras)" (93).

(91) Admitiendo "error vencible": así se apreció en la resolución de la Audiencia Provincial de Oviedo respecto al marido que obliga a su mujer por la fuerza, atándole las muñecas al somier con unas esposas; el Tribunal Supremo mantiene la condena inicialmente impuesta —2 años y 4 meses de prisión—, rechazando las alegaciones de la defensa sobre la atipicidad de la conducta y sobre el carácter "invencible" de la creencia de actuar amparado por el "derecho al débito conyugal", dadas las condiciones culturales del autor, marinero de profesión; en los fundamentos de Derecho, no obstante, manifiesta que la calificación del error como "vencible" sólo era concebible desde una interpretación "harto benevolente", pero no puede modificar este extremo por no haber sido objeto de recurso por la acusación.

(92) Argumentación utilizada en una reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, conocida a través de la prensa (*El País*, 13 de febrero de 1997), en la que la magistrada estima que concurre un "menor reproche" en la agresión sexual cometida por el marido, por no tratarse de un extraño, sino de aquél con quien se han venido manteniendo relaciones sexuales consentidas durante tiempo. Se le condenó a 2 años de prisión, al parecer aplicando la atenuación por parentesco.

(93) Cfr. STS n.º 584/1997 de 29 de abril. "

La concurrencia de alguna atenuación puede estimarse por la vía de la embriaguez o del arrebató u obcecación. Si la atenuante por "provocación" de la víctima suscitó hasta hace poco indignación por la forma de apreciarse, a través del "arrebató" se reproduce en ocasiones una argumentación similar. Así por ejemplo en una reciente sentencia en la que se aprecian ambas atenuantes en una violación conyugal, se reconoce el "lógico arrebató" que produce en el marido la negativa de su esposa a la relación sexual:

"La concurrencia de la atenuante de embriaguez no habitual viene basada en la ingesta de bebidas alcohólicas realizada, que de un modo leve, altera o disminuye sus facultades, mientras que el arrebató u obcecación, tiene su origen en la negativa de su mujer a mantener relaciones sexuales, quien si en un primer momento espoleado por el alcohol, posteriormente, como dice el factum, la persistencia en la negativa, que frustraba su deseo, determinó que cogiera por el cuello a su mujer, luchando ambos, transformándose el deseo momentáneo en arrebató, que sólo cesó cuando satisfizo sus apetitos sexuales [...]. En el presente supuesto, el estímulo viene propiciado por la negativa de C. a tener relaciones sexuales con el procesado, independientemente del originado por la ingestión del alcohol, ya que la persistencia en la negativa provocó el estímulo aludido" (94).

Es decir, la víctima tuvo también su parte de culpa: las mujeres deben conocer cuándo propician una situación explosiva. Una explicación desde la óptica masculina, que recrea cuáles son los papeles sexuales de cada género.

5.2.4

LA AGRESIÓN SEXUAL CUALIFICADA: LA PERMANENCIA DEL CRITERIO FALOCRÁTICO

El principio de seguridad jurídica exige que las descripciones legales de los delitos sean precisas y claras. Pero la opción por el casuismo extremo tampoco resulta satisfactoria, pues deja fuera supuestos de igual entidad que los descritos. En el art. 179 la legislación ha optado por la técnica de cualificación del tipo básico de agresiones sexuales, incluyendo

(94) STS num. 955/1996, de 28 de noviembre. Es sabido que la concurrencia de dos atenuantes, en ausencia de agravantes, permite una sustancial rebaja de la pena.

como especialmente graves los ataques que comporten penetración corporal en las modalidades que describe como catalogo cerrado: "acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal" (95).

Desde el sentido o significado de estos delitos como actos de coacción y vejación de la intimidad sexual, es evidente que la realización forzada del acto sexual comporta una lesión más grave a la intimidad. La invasión corporal forzando una penetración anal, o imponiendo la introducción del pene en la boca de la víctima (96), cit., pueden sin duda considerarse vejaciones de mayor gravedad que otros contactos corporales. E igualmente la introducción vaginal o anal de objetos. Pero la técnica de la descripción cerrada deja fuera casos de vejación equiparable, en cuanto que suponen manipulación o invasión corporal similar: introducción de dedos, lengua, obligación de exposición ante terceros mostrando zonas genitales, forzando masturbación, utilización de animales sobre el cuerpo de la víctima...etc. (97) La descripción legal mantiene la centralidad del órgano sexual del hombre como criterio para establecer la gravedad del ataque. La introducción de objetos es el único supuesto donde no es necesario la intervención del pene; pero los primeros comentaristas del nuevo Código proponen que debe tratarse de objetos que sean similares al órgano sexual del hombre, que se usen como especie de sucedáneos de éste (98).

(95) La redacción ha sido tachada de confusa y de incorrecta gramaticalmente, porque no queda claro si la introducción de objetos a que se refiere es la que se produzca vía vaginal solamente, o también anal; la introducción de objetos vía bucal requiere una depuración interpretativa. Prescindo ahora de analizar estos extremos y remito a los comentaristas del nuevo Código: Cfr. sobre estos aspectos, CARMONA SALGADO, C., *Curso*, cit. p. 310; LAMARCA PÉREZ, C., "La protección de la libertad sexual", cit. p. 52; ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, cit. p. 914 s.; MORALES PRATS, F./GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios*, cit. p. 237 s.; ORAÁ GONZÁLEZ, J., "Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas", en *La Ley*, 27 mayo 1996, p. 4.

(96) La penetración bucal, que suele denominarse felación, aun cuando no requiere eyaculación, ha sido considerada por la doctrina como un supuesto que no debiera haberse equiparado al "yacimiento". Así, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit. p. 183; ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, cit. p. 73; En el mismo sentido se pronunciaba el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, en su *Informe sobre el Anteproyecto de Código Penal de 1992*, cit. p. 241, reproduciendo explícitamente los argumentos de MUÑOZ CONDE.

(97) Cfr. por todos ORTS BERENGUER, E., *Delitos contra la libertad sexual*, cit. p. 73.

(98) Cfr. ORTS BERENGUER, E., *Comentarios*, cit. p. 914.

Una referencia a la gravedad de la invasión corporal, dejando a quien juzga la interpretación en cada caso, permitiría a mi juicio, mayor acierto en la valoración global del hecho lesivo de la libertad y la intimidad sexual de la víctima. Y sobre todo, evitaría el escrutinio sobre el exacto desarrollo de los actos vejatorios que aquélla ha padecido.

Desde el momento en que se considera que la incriminación penal se fundamenta en la lesión de la libertad sexual de la víctima, el protagonismo concedido hasta ahora al órgano sexual del hombre debe decaer para tomar en cuenta la intensidad del ultraje en el contexto general de la agresión concreta y su intensidad lesiva de la intimidad y dignidad de la víctima. En este punto el nuevo Código Penal, al optar por la relación casuística de lo que es "introducción" de órgano sexual del hombre en orificios corporales de la víctima, o introducción de objetos, no ha logrado superar esa fijación falocrática. La importante elevación de la pena que acarrea el tipo cualificado, es una muestra de la dificultad de abandonar la centralidad asignada al órgano sexual del hombre.

De hecho, a partir de la reforma de 1989 la equiparación de la cópula con la penetración anal o bucal desplazó las antiguas disquisiciones sobre la "conjunctio membrorum" y las inspecciones sobre las huellas de la resistencia ejercida por la mujer, para pasar al examen de orificios varios susceptibles de penetración. Se ha incrementado la casuística descriptiva, porque lo que antes permanecían como actos encuadrables en el genérico delito de "abusos deshonestos" ahora pasan a considerarse momentos de consumación de la agresión cualificada (desde 1989, consumación de una violación anal, bucal, vaginal). La tendencia a la cuantificación del número de penetraciones y de modalidades de invasión, mantiene en la jurisprudencia ese tono de relato cuasi-pornográfico que ha caracterizado las explicaciones de estos delitos. El problema continúa residenciado en el peso de lo "sexual" concebido desde la óptica masculina.

Otra cuestión merece destacarse en la casuística descriptiva de las agresiones cualificadas. Las distintas modalidades de penetración aluden a formas posibles de ataque. La imposición a la víctima de varias penetraciones, en la misma o distinta modalidad, permiten graduar la intensidad y gravedad del delito. El ataque a la libertad no queda cifrado en el concreto acto de penetración o introducción de objetos, sino en el conjunto de manipulaciones o actos. El abandono del vocablo "violación", debiera facilitar la interpretación de los hechos en su conjunto.

5.2.5

LOS CRITERIOS SOBRE LA “UNIDAD DE ACCIÓN” O LA “PLURALIDAD” DE DELITOS Y LAS EXPLICACIONES SOBRE EL “IMPULSO ERÓTICO” DEL AGRESOR

Bajo el entendimiento de la violación como yacimiento con mujer - “conjunctio membrorum”- el número de delitos se contabilizaba en función del número de penetraciones. Las informaciones que trascienden al público reproducen esa contabilidad: la víctima fue cinco veces violada... La misma forma de contabilizar las hazañas de los hombres cuando un hombre relata sus éxitos con las mujeres. Cuando el agresor no lograba la introducción al menos parcial de su órgano sexual, la mujer “felizmente” no había sido violada, calificándose el hecho como mero intento con la consiguiente reducción de penalidad. Como leemos en numerosas sentencias: “la penetración del pene, más o menos perfecta,... es lo que atenta plenamente contra la libertad sexual de la mujer” (99). A efectos de la calificación jurídica, es inevitable delimitar las fronteras entre una figura y otra, y entre la consumación o la tentativa, pero la lesión a la libertad de la víctima no puede quedar cifrada en ese momento de “conjunción de miembros”, como si hasta entonces sólo se hubiera producido un peligro para el bien jurídico. La actual configuración de la agresión sexual no requiere para su “perfección” el coito; éste, en cualquiera de sus modalidades, constituye un dato indicador de la gravedad del ataque, que cualifica su intensidad, —y por ello la tipificación como tipo agravado— pero no su consumación. A mi juicio ésta es una de las ventajas que ofrece el abandono de la figura de “violación” como tipo autónomo.

A partir de la reforma de 1989, la equiparación expresa del coito con la penetración anal y bucal condujo a la singularización de cada una de estas modalidades como momentos de consumación de la violación, lo que se tradujo en la calificación de tantas violaciones como modalidades de penetración producidas en el transcurso de la agresión sexual a la misma víctima. Hasta entonces, estas modalidades quedaban incluidas en el tipo genérico de los “abusos deshonestos”, de aplicación subsidiaria respecto a la violación. No obstante se admitía la posibilidad de apreciar un concurso de delitos entre los “abusos deshonestos” y la violación, cuando los tocamientos abusivos no fueran un mero prolegómeno o preludio

(99) STS n.º 186/1997 de 12 de febrero; en la misma línea la STS n.º 693/1997, de 20 de mayo. “para la mujer ya se ha perfeccionado la agresión, porque ya ha visto rebasada la puerta de su vagina con la introducción del pene”.

del yacimiento, sino un nuevo episodio “lúbrico”, de “renovado ánimo lascivo”. En tales casos, quedaba excluida la absorción en el delito más grave, por no concurrir los rasgos propios de la “unidad de acción” conforme a los criterios jurídico-penales (100).

La “unidad de acción”, o “unidad natural de acción” tendría en cuenta el “natural” funcionamiento de la libido del hombre en cuanto a sus fases de excitación, pulsión y “satisfacción”, que culminaría en el yacimiento (101). Cuando en 1989 la nueva descripción legal de la violación equipara el acceso carnal vaginal a la penetración anal o bucal, se crea una cierta confusión; inicialmente numerosas sentencias, siguiendo la calificación solicitada por las y los fiscales, aprecian la concurrencia de tantas violaciones como modalidades de acceso sexual se hubieran dado sobre la víctima. Pero este formalismo interpretativo, que considera las modalidades típicas de penetración como formas de apreciación acumulativa, conducía a una penalidad excesiva —24 ó 30 años de prisión—, por lo que en algunas resoluciones que condenan por concurso real de violaciones se proponen a la vez la solicitud al Gobierno de un indulto parcial de la pena (102).

Progresivamente se asienta el criterio de la “unidad natural de la acción” para la valoración conjunta de las agresiones sexuales realizadas sobre la misma víctima, en un mismo contexto de violencia o intimidación, en el mismo espacio y en un corto lapso temporal; pero la referencia a la “pulsión erótica” continúa apareciendo como elemento decisivo para la interpretación de esa “unidad natural”. De nuevo la delimitación de la “unidad de acción” va a girar sobre el decurso de la pasión sexual del autor: la reiteración inmediata de acceso sexual con el mismo sujeto pasivo “por insatisfacción o por dominio del furor erótico” cons-

(100) Así por ejemplo, STS 14 noviembre 1991 (Ref. Aranzadi 1057), y STS 22 de abril de 1992 (Ref. Aranzadi 3183).

(101) En algún caso, como en la STS de 22 de abril de 1992 (Ref. Aranzadi 1467), se consideran también subsumidos otros tocamientos posteriores al yacimiento, porque el “abuso deshonesto”—la masturbación— siguió sin solución de continuidad a la violación, que consumada efectivamente como figura delictiva —yacimiento con desfloración— no agotó los deseos lúbricos del agente [...], lo que inclina a referir ambos hechos a una misma y única intención, a un idéntico móvil lascivo [...]

(102) Así puede comprobarse en la STS n.º 773/1996, de 26 de octubre que precisamente casa la resolución de la Audiencia Provincial que había apreciado dos delitos de violación —que consideró que los yacimientos respondían a dos impulsos eróticos diferenciados— a la vez que había propuesto la solicitud de indulto parcial por estimar que la pena resultante era desproporcionada. El Tribunal Supremo admite el recurso de la defensa, interpretando que los actos enjuiciados constituían una “doble exteriorización del mismo impulso erótico”, por lo que debía apreciarse “unidad de acción” y por ello, un único delito de violación.

tituyen una sola acción punible (103). O, en la misma línea, “las penetraciones segunda e inmediatas, bajo la misma intimidación, como expresión de una descarga lasciva que lleva al agente a buscar sin freno alguno para el instinto, completa satisfacción de sus deseos sexuales incluso en formas aberrantes [...]”, constituyen un solo delito (104). Aunque la consumación de la violación se “perfecciona” con la penetración —“vestibular”—, y no requiere eyaculación, no existiría una nueva “violación” si todavía el autor no ha descargado su pulsión erótica. En cambio, se apreciaría una segunda violación, si el agresor inicia un segundo episodio lascivo bajo un nuevo “impulso sexual”. La determinación de si se trata de “un mismo impulso erótico”, o de “dos impulsos”, no debe ser tarea fácil; así comprobamos que el Tribunal Supremo corrige a los tribunales de instancia que estimaron “dos impulsos” diferenciados y por ello dos violaciones, para matizar que las dos penetraciones en realidad respondían a “una doble exteriorización de un mismo impulso erótico” (105). Sólo faltaría que además se recrearan las explicaciones sobre las habilidades o debilidades de los agresores para consumir sus impulsos de forma más o menos rápida, como si de tal habilidad dependiera la mayor o menor intensidad del ataque al bien jurídico.

Para las víctimas de la agresión sexual estas matizaciones tienen que conducir a cierta consternación. Desde los parámetros jurídicos, resultan superfluas. El ultraje a la libertad y la dignidad de la víctima no depende del número de “impulsos”, sino de la forma concreta de manipulación, de la mayor o menor duración temporal del sometimiento, y del conjunto de circunstancias vejatorias. El tipo cualificado de agresión sexual del art. 179 describe varias conductas consideradas de mayor gravedad, que debe considerarse modalidades alternativas de comisión agravada de la agresión, de forma que cuando concurren varias de ellas no hay por qué apreciar varios delitos, sino uno sólo, aun cuando deba matizarse la intensidad del menoscabo a los bienes jurídicos atendiendo a las circunstancias del caso.

La apreciación de la “unidad natural de la acción” no requiere mayores matizaciones que las usuales en cualquier otra clase de delitos. Afortunadamente también encontramos resoluciones recientes que reconducen los criterios de delimitación sobre la unidad o la pluralidad de delitos conforme a las pautas generales. Así por ejemplo la sentencia de 13 de noviembre de 1995 a la que se remitirán otras posteriores:

(103) STS de 31 de enero de 1986 (Ref. Aranzadi 211); 26 de diciembre de 1990 (Ref. Aranzadi 10.081); Auto del TS de 25 de mayo de 1994 (Ref. Aranzadi 4766).

(104) STS n.º 176/1992 de 21 de abril.

(105) Cfr. STS n.º 773/1996 de 26 de octubre (citada), y STS n.º 513/1997 de 19 de abril.

[...]“La Audiencia entendió que no cabía estimar unidad de acción allí ‘donde pueda apreciarse una individualización manifiesta de las acciones acumuladas en el tiempo revelándose que cada una responde a impulsos eróticos diferenciados como cuando se alternan la violación bucal y vaginal’. [...]

El criterio seguido por la Audiencia, como se ve, concede a las vías de acceso carnal un valor decisivo en la determinación de la unidad o pluralidad de acciones de violación. Este punto de vista, sin embargo no resulta convincente, dado que debería admitir también que varias penetraciones por un mismo acceso, aunque fueran dentro del mismo espacio de tiempo correspondiente a un acto sexual, implicarían otras tantas acciones, algo que contradice la concepción jurisprudencial que considera la unidad de acción en un sentido natural. En este sentido, es claro que la repetición de un movimiento corporal que realiza el tipo objetivo de un delito, sin solución de continuidad, se debe considerar como una única acción, de la misma manera que —como ejemplo clásico— ocurre en el delito de lesiones, respecto del cual una continuidad de golpes propinados a la víctima no determina una pluralidad de acciones, aunque afecten a diversas partes del cuerpo” (106)

En la misma línea, la sentencia de 20 de noviembre del mismo año 1995 casa la resolución de la Audiencia que apreció dos delitos de violación, por dos penetraciones vaginales, aplicando luego las reglas del delito continuado. Recordando la improcedencia de estimar “delito continuado” en los casos de agresiones sexuales violentas, el Tribunal recuerda los requisitos de la “unidad de acción” aplicables al caso: diversos actos parciales que responden a una única resolución volitiva, vinculados en el tiempo y en el espacio, y que por una persona observadora imparcial puedan ser considerados como una unidad. La repetición de acciones en un corto espacio de tiempo hace que la lesión delictiva experimente sólo una “progresión cuantitativa dentro del mismo injusto unitario”. Y finalmente considera que “hay un solo delito de violación que merece dentro de la pena propia de este delito, una pena superior,[...] por revestir una mayor antijuricidad a la que pudiera corresponder en los supuestos de delitos simples consistentes en un único acceso carnal” (107).

(106) STS n.º 1118/1995, de 13 de noviembre.

(107) STS n.º 1150/1995, de 20 de noviembre.

Las normas jurídicas cobran vida a través de la recreación que hace de ellas quien juzga delimitando su alcance y contenido. La perspectiva valorativa que adopta la persona que juzga incide decisivamente en el mensaje que se transmite a la sociedad con la aplicación de la ley, a través no sólo de las decisiones de condena o absolucón, sino sobre todo a través de las explicaciones que recorren la motivación de tales decisiones. El desplazamiento hacia la tutela de la libertad de la víctima ha modificado la orientación de los razonamientos jurisprudenciales. No obstante, el arraigo de los conceptos y de las pautas tradicionales todavía mantiene una presencia considerable en resoluciones recientes, como se ha podido comprobar en los anteriores apartados.

El peso de la importancia concedida a las concretas formas de contacto corporal, tiende a mantener su centralidad en la indagación probatoria a efectos de ponderar la gravedad del ataque sexual. Evidentemente el campo específico de la libertad vulnerada es el del ejercicio de la sexualidad, y no puede dejarse de comprobar que se ha involucrado a la víctima en un contexto sexual, afectando a su cuerpo. Pero ello no requiere ese acento en la diferenciación pormenorizada de cada "tocamiento" o "penetración", que parecen convertir el cuerpo de la víctima en el único "objeto material" del delito.

Si el bien jurídico tutelado es la libertad en el ejercicio de la sexualidad, y la salvaguarda de la intimidad correlativa a la autonomía de decisión en esta esfera, el "objeto" de ataque no es tanto el "cuerpo" como la facultad de decisión en este ámbito. La constricción de la autonomía, constituye un ataque a aspectos sustanciales de la dignidad personal, que van más allá de una lesión de la libertad. Lo "sexual" es lo conectado a uno de los reductos más preciados de las relaciones interpersonales, donde se vuelcan aspectos esenciales de la propia identidad. Avasallar este reducto, constituye una vejación flagrante de la personalidad.

El componente sexual del hecho lo es sobre todo para el autor del delito. Las explicaciones sobre el ánimo, el furor erótico, el desahogo libidinoso, tiñen el relato de colorido sexual. Pero precisamente para la víctima el significado de su padecimiento no es "sexual", sino físico y psíquico por la grave vejación que tiene que soportar. La perspectiva masculina puede explicar que cuando el sujeto pasivo actúa por el impulso sexual, el sujeto paciente "participa" de un suceso "sexual". La perspectiva de la víctima —normalmente mujer— es bastante distinta. Se trata ante todo de un ejercicio de intolerable dominio, brutal en la agresión

sexual, o de un dominio forzado por las circunstancias, en el abuso sexual. En ambos casos existe un continuum o una similitud sustancial en la lesión a la víctima: la experimentación de que el agresor le convierte en un ser inferior sometido a su capricho. Una percepción que remite en el caso de las mujeres víctimas, a las imágenes seculares que estamos empeñados en superar.

No resultará cometido sencillo la deconstrucción de significados secularmente arraigados, máxime cuando la propia víctima los padece como parte de su victimización. Y mucho menos si quien asiste a la víctima o recoge su testimonio comparte aquellos significados de vulnerabilidad sexual y fragilidad social, por no decir si comparte la tolerancia con las situaciones de dependencia, malentendidas como situaciones de “tutela”.

La mayor fuerza expresiva y carga simbólica de lo relacionado con el sexo dificulta este cambio de orientación. Sin desdeñar la gravedad específica de la invasión de la intimidad corporal, creo que el camino a recorrer debe dirigirse hacia la supresión de la centralidad de lo sexual como clave definitoria de estos delitos. La erradicación de los adjetivos que se han venido predicando de las víctimas —mujer violada, deshonrada, desflorada— evitará importantes dosis de victimización y de morbo que acompañan a estos hechos en perjuicio de quienes lo padecen. El trauma evidente de una agresión sexual no disminuye en lo sustancial porque modifiquemos las palabras. Pero las representaciones de la propia identidad y del reconocimiento social se conforma sobre elementos complejos. La recomposición de la dignidad lesionada requiere que la víctima recupere su nombre sin adjetivos que designen cómo ha sido usada su intimidad corporal.

Sobre todo, el discurso jurídico permitirá situar el elemento central de la lesión de la libertad en la explicación de los hechos. Este es el mensaje que debe expresar y hacer público el reproche a la conducta del autor: la transgresión de la autonomía ajena.

En el actual estadio histórico-cultural, el grado de autonomía y de posibilidades reales de ejercicio de decisiones propias difiere según las circunstancias. Ni la interpretación de la propia identidad, ni la vulnerabilidad o el peligro real de ser sometida a agresiones o abusos son los mismos para todas las personas. La posibilidad de resistir una estigmatización y de reaccionar o asimilar sin traumas un ataque sexual depende de los distintos significados que se hayan asumido sobre el propio rol social.

Por ello no es fácil acertar con las respuestas adecuadas a la hora de expresar el significado de los ataques sexuales. En una situación de efectiva consecución de igualdad de oportunidades y de superación de relaciones de sometimiento, las agresiones sexuales podrían

conceptuarse como una modalidad dentro del grupo de los delitos contra la libertad, agravados por el ataque a la intimidad corporal que supone tener que soportar o que realizar actos que para el autor tienen significado sexual, pero para la víctima constituyen una lesión de la intimidad o de la "integridad moral" (108). Para el futuro, incluso lo más adecuado posiblemente sea ubicar las agresiones sexuales violentas o intimidatorias en el ámbito de los delitos contra la "integridad moral".

(108) El Código Penal de 1995 ha incluido como novedad el delito genérico "contra la integridad moral" junto a los delitos de tortura cometidos por autoridad o persona funcionaria. La crítica a la amplitud y vaguedad de la conducta típica (art. 173: "el que infligiere a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años") y la inseguridad jurídica a que conlleva, puede superarse si progresa una interpretación restrictiva. La utilización de la víctima como mero "objeto" para obligarle a desarrollar conductas o a soportar en la propia persona actos de extrema vejación y humillación, de esclavismo, o de negación de la dignidad humana, encierra un significado específico que no resulta atendido desde el ángulo valorativo de la lesión corporal, de la privación de libertad, o de las amenazas o coacciones, y sin embargo, la forma de imponer un trato degradante puede contener dichos planos. (Cfr. art. 177 sobre la concurrencia de delitos que pueden apreciarse junto al atentado a la integridad moral).

ÁNGELES REY AVILÉS
Abogada de Pontevedra

Acoso sexual

1.

Acercamiento al concepto. Derecho positivo español

El Código Penal, en su artículo 184, tipifica las conductas de Acoso Sexual, definiendo éste como la actividad consistente en solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaliéndose el sujeto activo de una situación de superioridad, entre otras causas, de naturaleza laboral y con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito de la relación laboral.

Diego López Garrido al respecto señala: “por coherencia con la rúbrica del Título, (las conductas contempladas) deben contener un cierto grado de compulsión sobre la libertad, en este caso sexual, como presión dirigida a obtener determinados comportamientos de la víctima. Así, el elemento central que caracteriza a la situación típica es el prevalimiento de determinadas situaciones de superioridad del autor sobre el sujeto pasivo, esto es, que proporcione al autor una posición de dominio de la que puedan depender consecuencias favorables o desfavorables para la víctima”.

La regulación que del acoso sexual contiene nuestro Código Penal es parcial, dejando fuera de su órbita comportamientos que se desenvuelven en el ámbito de las relaciones laborales y en los que, pese a no existir esa situación de prevalimiento, aparece el elemento compulsivo sobre la libertad sexual, es decir, el acoso realizado por compañeros de trabajo o “acoso ambiental”.

Este modelo ha sido objeto de crítica. López Garrido afirma que “el artículo se queda corto, porque sólo habla de chantaje y ...basta que se produzca una coacción o una vejación, mediante palabras y actos que persigan favores sexuales para sí o terceros, para que tenga que penalizarse como delito ... además sólo se refiere a superiores jerárquicos, cuando también son situaciones que se producen entre personas del mismo rango laboral”.

En cualquier caso, y pese a la matización anterior, considero acertada la inclusión como delito del “acoso sexual”, y ello por la función disuasoria que la norma penal lleva en su esencia. Como señaló el diputado Javier Barrero en la discusión parlamentaria “El Código Penal tiene una función pedagógica, y al tratarse de un delito, muchos acosadores sabrán que pueden ser castigados”.

Regresando al texto del artículo 184, establece una pena para la conducta que se ha expuesto de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de seis a doce meses. Acorde con el espíritu y principios del Código Penal, la elección de pena es acertada. El di-

putado socialista mencionado antes indicaba que "con arrestos de este tipo se trata de evitar que el culpable tenga que abandonar su trabajo y finalmente resulte un perjuicio adicional para su familia".

Como requisito de procedibilidad, el artículo 191 del Código Penal exige denuncia de la persona agraviada, abriendo la posibilidad a la querrela del Ministerio Fiscal en ponderación de los intereses legítimos en presencia, como asunción expresa del principio de oportunidad procesal.

Es así mismo aplicable a este tipo de conductas la falta del artículo 620.2 del Código Penal, que castiga con la pena de multa de diez a veinte días "a los que causaren a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve".

Y por último hay que señalar la posible aplicación de otros tipos relativos a los delitos contra la libertad sexual, atendiendo a la entidad y gravedad de las conductas que comporte el acoso sexual, mediante las reglas previstas para los concursos real o ideal de leyes o delitos en los artículos 73 al 79 del Código Penal.

Hasta aquí me he referido a la reciente incorporación a nuestro Derecho, como delito, del acoso sexual en su faceta de chantaje sexual. También es creciente en nuestro Derecho laboral la preocupación por el tema, existiendo una adecuada protección a las víctimas del acoso en la jurisdicción social. A la delimitación del concepto jurídico laboral de acoso y a perfilar los elementos de protección frente al mismo, dedico las siguientes líneas, considerando que no debemos perder de vista que los instrumentos de protección frente al acoso deben encontrarse en primer lugar en su ámbito natural, es decir, en la relación laboral y en la jurisdicción social.

Hasta la promulgación de la Ley 3/89 de 3 de marzo, no existía en nuestro Derecho una referencia expresa al acoso sexual. Así, el Estatuto de los Trabajadores en su redacción original (Ley 8/80 de 10 de marzo) establecía en su artículo 4.2.e) el derecho de los trabajadores y trabajadoras al "respeto de su intimidad y a la consideración debida de su dignidad". La Ley 3/89 de 3 de marzo afirma en su exposición de motivos que "en la normativa vigente se establecen ya derechos que pueden prevenir las situaciones de acoso sexual en el trabajo...(pero) la efectividad de estos derechos genéricos exige una mayor clarificación." Por ello, el artículo 4.2.e) del E.T. que redacta la Ley mencionada añade que la protección de la dignidad y la intimidad de los trabajadores y trabajadoras comprende "la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual".

Fernando Lousada afirma al respecto que “si un acierto legislativo lo es que el artículo 4.2.e) E.T. no circunscriba al sujeto activo del acoso sexual laboral en la persona del empresario o el pasivo en la trabajadora, no parece acertado, al momento de especificar el acto del acoso, referencia exclusiva a lo verbal o a lo físico, ya que, sin fundamento alguno pudieron excluirse de protección jurídica conductas no verbales sin agresión física, olvidando, de un lado, que el chantaje sexual, aunque no sea lo habitual, puede ser provocado con conductas gestuales no verbales, y de otro lado que, en muchas ocasiones, el acoso ambiental se alcanza con conductas no verbales, como sucede con la exhibición de imágenes pornográficas en el lugar de trabajo”.

Sin embargo, la generalidad del artículo 4.2.e) al referirse a la protección del derecho del trabajador y trabajadora “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad” permite abarcar ese otro tipo de conductas. No cabe tampoco duda que la mención del tipo de conductas que llamamos acoso sexual surte sus efectos pedagógicos y nos sirve para comenzar a desglosar los elementos de este nuevo concepto jurídico.

Podemos decir en primer lugar que el Estatuto de los Trabajadores contiene protección frente al chantaje sexual y frente al acoso ambiental, conceptos que están comprendidos en el más genérico del acoso sexual. Nuestra jurisprudencia social, entre la que cabe citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1991 y del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 11 de febrero de 1991 (Ar.S. 1.621) se ha referido a ambos tipos de situaciones. La diferencia esencial entre uno y otro tipo de conductas estriba en la existencia de un condicionamiento.

Podemos indicar también que al utilizar la expresión “de naturaleza sexual”, el E.T. se refiere a la obtención de una satisfacción o contacto de carácter carnal, estableciendo así una distinción de aquellas otras conductas en las que podríamos hablar de “acoso por razón del sexo”.

El tercer elemento definitorio del acoso es su carácter ofensivo, siendo necesario en este momento determinar qué sentido debe otorgarse al término ofensas utilizado en la Ley. Siguiendo a Fernando Lousada “el término ofensas debe interpretarse como referido al sentido objetivo y al subjetivo alternativamente, al ser tan ofensa la que lo sea en el sentido objetivo, pero no subjetivo, como la que lo sea en el sentido subjetivo, pero no objetivo, o en todo caso la que lo sea en ambos sentidos, objetivo y subjetivo. Se trata en definitiva de otorgar la mayor protección frente al acoso, considerando ofensivo aquello que socialmente atenta contra la dignidad de las personas y por supuesto todo lo que pueda ser indeseado al arbitrio de la víctima. Al no prescindir de lo ofensivo en sentido objetivo, se amplía, en consecuencia, el ámbito de protección frente al acoso sexual laboral”.

Mecanismos de protección jurisdiccional social frente al acoso sexual

Delimitado el concepto, es preciso configurar los elementos de protección frente al acoso sexual en la relación de trabajo.

Como he dicho, el artículo 4 del E.T. contiene una auténtica carta de derechos del trabajador y de la trabajadora, en su primer párrafo lo que denomina “derechos básicos” y en el segundo los “derechos en la relación de trabajo”. Entre estos, que la doctrina considera auténticos derechos subjetivos laborales, se recoge el derecho a no sufrir acoso sexual en la relación laboral.

Se trata además de un derecho de alcance constitucional y que goza de la especial protección que el ordenamiento concede a estos (art. 53.2 de la Constitución Española), al relacionarse directamente con el derecho fundamental a la intimidad y a la dignidad de la persona, así como al derecho a no ser discriminada, derechos todos ellos (arts. 10, 14 y 18 de la C.E.) incluidos en la tabla de los considerados fundamentales y libertades públicas.

Se trata de un derecho de ámbito contractual y de contenido complejo. El que el Estatuto de los Trabajadores, reconozca el derecho a no ser acosado y acosada sexualmente entre los que denomina “derechos en la relación de trabajo” no implica naturalmente, como afirma Fernando Lousada, “la desvinculación de los poderes públicos con los derechos fundamentales en las relaciones privadas, antes al contrario, les obliga a intervenir en el ámbito contractual para la garantía de estos derechos...(configurando) un derecho de reacción y un derecho de protección”.

Los poderes públicos tienen el mandato constitucional de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y ciudadanas sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, así como tienen la obligación de facilitar la participación de los ciudadanos y ciudadanas en la vida política, económica, cultural y social. No debemos olvidar lo que el Tribunal Constitucional nos recordaba en su Sentencia 88/85 de 19 de julio: “la celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

La consideración del acoso sexual, que es en sí mismo una conducta discriminatoria, y que vulnera derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador y ciudadano y de la trabajadora y ciudadana, nos lleva a afirmar, con Teresa del Río “que pocas actuaciones en el ámbito de la relación de trabajo implican una violación simultánea de tantos derechos fundamentales constitucionales y legalmente reconocidos a los trabajadores como el acoso sexual”.

Las consecuencias jurídicas de tales afirmaciones no pueden ser otras que la existencia de un amplio abanico de mecanismos de protección no excluyentes entre sí y que se concretan en la protección de los órganos jurisdiccionales sociales, la protección en el ámbito administrativo e interempresarial, y la protección en materia de Seguridad Social que facilita la novedosa consideración de las consecuencias del acoso como accidente de trabajo.

La protección jurisdiccional se basa en tres clases de acciones: Anulatoria, Resolutoria e Indemnizatoria.

2.1

LA ACCIÓN ANULATORIA

Pese a su contundencia hay determinados supuestos en los que no es una solución efectiva, pensemos en aquellas situaciones de acoso que se producen antes de la contratación o aquellas otras en las que pese a tratarse de un chantaje sexual no hay pérdida tangible de derechos laborales, o casos de acoso ambiental.

La acción anulatoria, y así se sustenta legalmente en el art. 17 del E.T. debe ser utilizada en aquellos supuestos en los que hay una pérdida tangible de derechos laborales, Art. 17: “se entenderán nulos y sin efecto... las decisiones unilaterales del empresario... cuando contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, por circunstancias de sexo”.

En la Sentencia 52/94 de 4 de febrero, del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo se razona: “la causa del despido alegada no es más que una disculpa... porque el verdadero motivo fue la resistencia de la trabajadora a las pretensiones del empresario manifestada en su actitud repetida en los últimos meses y sus intentos de tocamientos, rechazados sistemáticamente por la actora... Por las razones expuestas el despido ha de ser declarado nulo por violación de derechos fundamentales... la alegación contenida en la carta de despido es una pura ficción que pretende enmascarar una atentado contra la libertad personal”.

2.2

ACCIÓN RESOLUTORIA

El art. 50 del E.T. establece que “ el incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, es justa causa para que el trabajador pueda perder la extinción del contrato de trabajo”.

Si ponemos en relación este artículo con el ya citado 4.2e) E.T. en el que como hemos dicho se reconoce el derecho de los trabajadores y trabajadoras a la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual, llegamos a la conclusión de que el acoso sexual es justa causa para la resolución del contrato, en cuanto se califique como grave el incumplimiento.

Esta acción destaca frente a la anulatoria por ser aplicable a un mayor número de supuestos de acoso: de intercambio o ambiental; con o sin pérdida tangible de derechos laborales; y grave.

Pero sin lugar a dudas presenta un gran inconveniente, la pérdida del puesto de trabajo.

Es preciso destacar también, que en aquellos supuestos en los que, la prestación de servicios suponga un grave riesgo físico o moral para el trabajador o trabajadora, reiterada jurisprudencia admite que el trabajador o trabajadora suspenda los servicios hasta la decisión judicial, sin que tal actitud sea considerada como abandono del trabajo. Al respecto la Sentencia de 2 de julio de 1985 del Tribunal Central de Trabajo razona: “aún en el supuesto de que la actora hubiera abandonado el puesto de trabajo antes de dictarse sentencia de instancia, es indudable que conforme a reiterada doctrina de esta Sala..., si bien es requisito esencial para que prospere la acción resolutoria del contrato de trabajo que se mantenga y subsista la relación laboral, tal requisito desaparece cuando el trabajador corre peligro en su integridad física o de sufrir vejaciones que afecten a su dignidad personal... resulta evidente la justificación de la conducta de la actora”.

2.3

ACCIÓN INDEMNIZATORIA

En palabras de Fernando Lousada, “quizas la posibilidad de una indemnización económica para reparar los daños y perjuicios derivados de un acoso sexual en la relación de trabajo sea el mecanismo de protección de mayor eficacia”.

Entre otras ventajas presenta las siguientes:

- Abarca tanto los daños materiales como los morales, lo que la hace efectiva en aquellos supuestos en los que no hay pérdida tangible de derechos laborales.

-
- Impulsa al empresariado a establecer dentro de la empresa mecanismos de protección frente al acoso.
 - Permite la protección en aquellos supuestos en los que aún no existe relación laboral en sentido estricto (contratación).
 - No obliga al trabajador o trabajadora a dejar su puesto de trabajo y es compatible con las otras acciones.

Cuestión trascendente es la de determinar a qué jurisdicción corresponde decidir sobre la indemnización en los supuestos de acoso laboral.

Los órganos judiciales del orden social han admitido ya en diversas resoluciones su propia competencia. El acoso sexual laboral se produce en la relación de trabajo, el orden social es el "cauce natural" de la reclamación indemnizatoria, al igual que ocurre cuando se vulneran otros derechos fundamentales del trabajador y la trabajadora, (libertad sindical). Esta doctrina jurisprudencial es la mantenida por el Tribunal Constitucional en S. 55/83 de 22 de junio, S. 3/88 de 21 de enero y la S. 51/88 de 22 de marzo.

Únicamente en el supuesto de que el acoso sexual pueda ser tipificado como delito o falta, tendrá competencia en materia indemnizatoria otro orden jurisdiccional, el penal, pero en todo caso la víctima podrá optar en ejercitar la acción indemnizatoria por la vía laboral, sin que la penal la suspenda o paralice.

3.

Cuestiones relativas a la prueba en este tipo de procesos

En otro orden de cosas, al abordar el estudio del acoso sexual laboral, es imprescindible referirse a la cuestión de la prueba.

Normalmente, cuando se producen situaciones de acoso sexual, al igual que ocurre en los delitos contra la libertad sexual, éstas se realizan sin testigos, sin publicidad, y aún existiendo, es difícil obtener testimonio de compañeros o compañeras de trabajo por miedo a posibles represalias.

Esto hace que los Tribunales del orden social, deban considerar como prueba reina a la confesión de la víctima del acoso durante la vista del juicio oral, y en este sentido, la Sentencia 448/95 de 3 de julio, Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo razonó: "las contradicciones entre las declaraciones de la actora y el demandado son evidentes, pero hemos dado por probada la versión de la actora porque no hay razones objetivas que puedan invalidar su declaración... no hay razón alguna para que estando contenta con su trabajo, se inventara una situación que en nada le beneficia".

En estrecha relación con el medio probatorio antes citado, la confesión, se encuentra lo que el Tribunal Constitucional llamó en su día "inversión de la carga de la prueba" y que puede entenderse a través de las muy significativas palabras de la Sentencia de 22.12.93 del T.S.J. de Galicia: "dada la grave dificultad que comporta el acreditar la voluntad discriminatoria, el art. 96 de la L.P.L. establece una especie de contrapeso procesal a la posición en principio prevalente del demandado, y una vez que aparecen indicios de violación de un derecho fundamental, impone una corrección a los principios de la carga de la prueba del art. 1214 del Código Civil para hacer que ésta se desplace al demandado, no para que acredite la inexistencia del ataque, que como prueba que versa sobre hechos negativos, es difícilmente practicable, sino que se le impone la carga procesal de acreditar que su actuación ha estado motivada por causas objetivas o razonables que excluyen la voluntad discriminatoria o lesiva del derecho fundamental...".

4.

El acoso sexual como accidente de trabajo

Siguiendo con la enumeración de aquellos mecanismos de protección que el orden laboral ofrece frente al acoso sexual, fijemos la atención en uno de los elementos que define el acoso sexual, su conexión con el trabajo.

El art. 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social establece que "se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena".

Si como consecuencia de una situación de acoso sexual laboral la víctima sufre lesiones corporales, ya sean físicas o psíquicas, estas deberían considerarse como contingencia de accidente de trabajo.

Así lo ha entendido la Sentencia de 29.12.1987 de la Magistratura de Trabajo nº 2 de Ciudad Real, confirmada por la Sentencia de 16.11.89 del T.S.J. de Castilla la Mancha, y más recientemente la Sentencia de 25.6.1996 del Juzgado de lo Social nº. 5 de Vigo en la que con rotundidad en su fundamento de derecho tercero se afirma, en un supuesto de acoso sexual, "existe un nexo causal entre la situación laboral y el padecimiento físico".

No cabe duda por tanto de que, en materia de seguridad social, el ordenamiento establece protección frente al acoso sexual laboral.

La protección frente al acoso la encontramos también en el ámbito administrativo sancionador, así, entre las llamadas infracciones del orden social, aparecen varias en las que podría encajar.

Los arts. 93 a 97 del Estatuto de los Trabajadores (R.D.L.1/95 de 24 de marzo), y los arts. 42 a 54 de la ley 31/95 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales regulan respectivamente infracciones en materia laboral y en materia de seguridad e higiene y salud laborales.

Finalmente para concluir, y refiriéndonos al ámbito intraempresarial, puede señalarse el mecanismo de protección más deseado probablemente por la víctima del acoso sexual. Se trata de la prevención y sanción disciplinaria, pues la víctima suele preferir la eliminación del acoso y la recuperación de la normalidad en su relación laboral sin necesidad de acudir a vías externas. Evidentemente cuando el acosador es el propio empresario esta protección intraempresarial no existe. Ofrece grandes ventajas, especialmente para la prevención de conductas acosadoras, la sanción interna de las mismas aplicándose las medidas que normalmente prevén los Convenios Colectivos.

La negociación colectiva asegura los mecanismos de prevención, protección y sanción de la forma más deseable, al ser producto de un pacto entre el empresariado y trabajadores y trabajadoras, asumiendo ambos agentes el cumplimiento efectivo de las medidas acordadas. Para concluir la exposición podemos resumir que las víctimas del acoso sexual tienen por primera vez protección penal en el ordenamiento español. Refiriéndonos más en concreto al acoso sexual laboral, que es el más frecuente, hemos indicado que la protección que ofrece nuestra normativa es abundante, variada y creciente: desde el proceso especial de tutela de derechos fundamentales regulado en la L.P.L. a otras variadas acciones que puede emprender la trabajadora reguladas en la misma ley; desde la protección administrativa contenida en la tipificación de infracciones administrativas, a la autorregulación que empezamos a ver en los Convenios Colectivos. Todo ello con el marco del Derecho Comunitario que se ha ocupado expresamente de este grave problema, señalando en este ámbito las primeras pautas de actuación para los Estados miembros. La protección frente al acoso sexual laboral comienza a disponer de importantes elementos de protección, y quizás sea la prevención la mejor medida contra su expansión o permanencia en las relaciones laborales.

MARÍA JOSÉ VIRTO
LARRUSCAIN

Profesora Titular de Derecho
penal de la Universidad del
País Vasco

*La
maternidad
contestada: la
derogación del
infanticidio y
la regulación o
cancelación del
aborto*

El sensible decrecimiento del número de causas por infanticidio (1), la transformación de las condiciones de vulnerabilidad económica y social de la mujer o el entender que no es defendible una discriminación punitiva por razones de honor sexual (2) pueden ser, entre otros, los factores que han contribuido a desplazar el interés científico sobre esta figura, considerando este tipo delictivo como un residuo de arqueología penal, una reliquia que debe ser exhumada. Pero a menudo como recuerda Karstedt (3), las innovaciones en las diferentes disciplinas se deben a la introducción de una nueva perspectiva que permite ver los viejos problemas, bajo nuevos aspectos. El estudio de las consecuencias de la derogación de un tipo penal como el infanticidio puede ser una ocasión para introducir en la Política Criminal y en la práctica penal conceptos activados por la reflexión feminista sobre el Derecho y una plataforma y un marco para avanzar propuestas sobre conflictos entre principios e intereses divergentes, como los que puede haber; entre el principio de igualdad y la toma en consideración en términos jurídico penales de la diferencia sexual, en el momento de crear o derogar normas, cuyo única persona destinataria en cuanto sujeto-del derecho es la mujer: o entre la justicia material versus justicia formal o entre la responsabilidad de la mujer y el reconocimiento de sus necesidades de protección.

(1) El estudio de FERNÁNDEZ VILLANUEVA, FERNÁNDEZ CANTERO, ORST POVEDA, *La mujer ante la Administración de Justicia. El caso del Parricidio*. Madrid, 1988. pp. 12 y 16 y ss. (a partir de los datos extraídos de las estadísticas judiciales editadas anualmente por el I.N.E) señalan que el número de Parricidios y de Infanticidios excedentes (incluidos entre los parricidios por no apreciarse la causa de honor) es muy pequeño en relación al total de delitos contra las personas cometidos anualmente (exactamente 306 de 14.501 en el período 1975-1981, lo que significa un 2,11% sobre dicho total). Pero en este estudio no se valora el crecimiento o decrecimiento de este delito, a efectos de su derogación, sino el carácter discriminatorio del motivo de la ocultación de la deshonra.: LEAUTÉ, J., "Recherches sur L'infanticide 1955-1965" en *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg XVI*. p. 5, quien además de señalar que "L'infanticide est l'un des rares crimes qui décline quand une société se développe" afirma "mais le même graphique illustre aussi un autre fait, nouveau depuis 1946,... de nos jours, la proportion de cette sorte de crimes par rapport aux avortements ne baisse plus".

(2) Existía un mayoritario rechazo en la doctrina penal española hacia la anterior regulación del delito de infanticidio, por todos Cfr. Díez Ripollés, J.L.; Gracia Martín, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*. Valencia, 1993, p.180. Más recientemente Sanz Morán, A., "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida", *A.D.P.C.P.*, 1995. F.III, pp.822 (nota 106).

(3) Karstedt, S., "Liberté, Egalité, Sororité. Quelques réflexions sur la politique criminelle féministe", *Déviance et Société*. 1992, pp. 287-296.

Infanticidio gesto que permanece

Audiencia de Sevilla 1994, " la mujer que mató a golpes a su hija tras dar a luz dice que se desmayó y no recuerda nada" (noticia aparecida en El Correo 1994). Audiencia Provincial de Valencia 1995, por hechos ocurridos en la localidad de Requena, el 18 de Agosto de 1992, juzga por Parricidio a una mujer de 19 años que confiesa que mató a su hijo recién nacido porque ocultó el embarazo a su familia (El Correo, 1995). La muerte de la recién nacida ocurrió el 11 de Abril (EL Correo, mayo 1995). Audiencia Provincial de Palencia, ha condenado a una joven de 20 años a más de dos años de prisión por haber arrojado a su bebé recién nacido a un vertedero de basura de San Mamés de Campos (El Correo Español, 1995). El recién nacido que fue abandonado la noche del domingo en un contenedor de basuras de una barriada de Almería evoluciona favorablemente. (El Correo Español, 1 agosto 1996). Hallan a un recién nacido en el interior de un contenedor de basura en Madrid. (El Correo Español, Jueves 21 de mayo 1998).

Este breve repaso a la prensa local nos pone ante historias de mujeres que podrían etiquetarse de sorprendentes, increíbles, ahistóricas o como dice Pomata se trata de la enésima modernidad de un anacronismo de ulterior demostración, esto es que la historia de la experiencia de las mujeres sigue los propios tiempos, no siempre coincidentes con aquellos progresistas y evolucionados con los que estamos acostumbrados a medir la historia de la humanidad. Pero nos dice también que el infanticidio, delito viejo como el mundo, ocupa todavía de vez en cuando la atención de las crónicas periodísticas que recogen casos de muertes violentas o de abandonos de recién nacidos, lo cual demuestra la persistencia de ese gesto criminal que, si bien cuantitativamente se ha reducido mucho respecto de épocas anteriores, no parece desaparecer jamás (4).

Creo, por consiguiente, que no puede darse por superado un debate sobre la maternidad contestada, el infanticidio en el extremo y el aborto en la alternativa, en un momento que el llamado Código para la democracia ha llevado a cabo una modificación demasiado brusca de la respuesta penal para el gesto persistente de la madre que mata a su hijo recién nacido, a lo que se añade el rechazo definitivo durante esta legislatura del Proyecto de Ley Orgánica sobre regulación de la interrupción voluntaria del embarazo de 25 de Julio de 1995.

(4) SELMINI,R., *Profili di uno studio storico sull'infanticidio*, Milano, 1987, p. 1.

2.

El infanticidio como historia del género en el Derecho penal

2.1

FUNDAMENTO HISTÓRICO DOGMÁTICO Y POLÍTICO CRIMINAL DEL DELITO DE INFANTICIDIO

Pocas figuras delictivas han experimentado sin embargo cambios tan espectaculares en su significación jurídica y en su valoración social, como este hecho recurrente. Desde una situación de explícita o implícita legalidad en el Derecho romano, para el cual el derecho que corresponde al padre de no criar a las hijas e hijos recién nacidos, sino de matarlos o exponerlos a la muerte, junto a la obligación que imponían las primitivas costumbres de exponer o matar a las y los recién nacidos deformes, no constituía más que una aplicación del poder general de vida y muerte del ascendiente sobre cada uno de sus descendientes bajo la patria potestad. Esta potestad *vitae necisque*, que debe ser contemplada no como un derecho de represión, sino como una emanación del derecho de propiedad, es plenamente reconocida en la época histórica, en la República y será aún reconocida bastante más tarde en la época Imperial, para acabar siendo suprimida incluso restringida finalmente por las costumbres. Pero no es la patria potestad lo que hacía lícita (de hecho o de derecho) la exposición y la muerte de las y los recién nacidos. En opinión de Voci estos actos eran también manifestación de vigencia de la ley del más fuerte, de la que usan las personas adultas, empujadas por razones de miseria, o por prejuicios o por venganza. De ahí que los supuestos que más se citan sean, la muerte por hambre de las hijas e hijos ilegítimos o adulterinos, aunque también se mencionen los de la madre que después del divorcio expone a la hija o al hijo nacido del marido (5). Una práctica que confirman recientes estudios antropológico-demográficos que presentan el infanticidio y su tolerancia como un delito muy marcado por las condiciones sociales y económicas de los pueblos y comunidades pre-in-

(5) MOMMSEN, T., *Le Droit Penal Romain* (Traduit de l'alleman par J.Duquesne) T. Deuxième. París, 1907. p.331-33; VOCI, P., *Studi di Diritto Romano, II, (Patria Potestas da Augusto a Diocleziano)*. Padova.1985, p. 443-445.

dustriales, hasta el punto de poder considerarse como uno de los pocos medios que podían utilizar para controlar el aumento de la prole no deseada y para la que no se contaba con medios de subsistencia (6). El hecho, casi natural, del infanticidio se transformará en el Medioevo en un crimen gravísimo sujeto a despiadada represión fruto, entre otros factores, del papel relevante de la cultura cristiana en la valoración de la vida humana y de las relaciones familiares, así como de la posible necesidad de controlar, a contrario sensu, los descensos drásticos de población por efecto de guerras y epidemias.

La situación se modifica de nuevo a finales del siglo XVIII coincidiendo con el notable desarrollo conceptual que experimenta la Ciencia Penal. A partir de ese momento el gesto insano de la madre infanticida empieza a contemplarse como la respuesta de una mujer desesperada, digna más de piedad que de reproche (7). Si esta versatilidad, en opinión de Quintano (8) hace de sumo interés el estudio histórico de la figura, por mi parte creo que también advierte de la dificultad que entraña la lectura de un delito tan complejo como el infanticidio, retrayéndonos, sobre todo, de la tentación de caer en reduccionismos.

Las características genuinas del infanticidio (9), expuestas hoy a revisión y crítica, hasta el punto de haber sido expulsada esta figura de los nuevos Códigos penales europeos, deben su desarrollo teórico y legislativo, primero a los alegatos de Beccaria y después al trabajo de Carrara quien bajo un perfil mucho más técnico reelabora de forma completa la definición del delito. Será por fin mérito de las y los positivistas la atención dirigida a la figura y personalidad de la mujer infanticida.

(6) LANGER, W., "Infanticidio. Una rassegna storica", in MC KEOWN, *L'aumento della popolazione nell'era moderna*. Milano, 1987, p. 2 y 225 : COLEMAN.E.R., "L'infanticide dans le Haut Moyen Age", en *Annales ESC*, 1974 ,2, p.315. : GORDON, L., *Woman's Body Woman's Right*. New York, 1975, p. 30 CARLONI, C.; NOBILI, D., *La mamma cattiva. Fenomenologia e antropologia del figlicidio*. Firenze, 1975, p. 55.

(7) Si può infatti osservare che, ciclicamente, il legislatore ha considerato, di volta in volta, l'infanticidio come condotta non punibile o, tutt'al più punibile in forma attenuatá, per poi prescrivere, in epoca succesiva, pene severe e tal volta ben piú gravi di quelle previste per l'omicidio comune. Il che non contrasta affatto con la constatazione, fondata su basi altrettanto storiche, che il fenomeno in questione, come condotta umana, é antichissimo e presente in ogni società A.A.V.V en "Considerazioni Criminologiche in tema di infanticidio" en *Criminologia e Psiquiatria Firenze* (a cura di G.B Traverso), Milano, 1987, p. 315 ss

(8) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte especial de Derecho penal I*, Vol I, 1972, 2ª ed. puesta al día por Enrique Gimbernat Ordeig, p.462-463.

(9) A partir del diciannovesimo seculo in numerosi Paesi europei il delitto di infanticidio assume una configurazione autonoma, volta a sottrarre tale crimine alle pene rigorose previste in via generale per l'omicidio. AMBROSETTI, E., *L'infanticidio e la lege penale*, Padova,1992, p.18.

El tipo penal del infanticidio como figura privilegiada frente al homicidio representa en su origen, la superposición de dos corrientes penales y criminológicas. La preocupación inicial manifestada por los autores ilustrados y clásicos de descriminalizar el gesto violento de la madre que mata a la hija o al hijo (ilegítimo) recién nacido, quedará plasmada en la modificación del elemento objetivo (10) del delito, mediante la creación de la llamada causa de honor, requisito con el que se pretende justificar el daño causado por el delito.

La descriminalización del gesto infanticida se completará, en el ámbito subjetivo, con la elaboración de un estereotipo de mujer infanticida que obra en estado de enfermedad mental. Es decir, se busca, todavía, neutralizar lo que de perturbador y antisocial permanece, a pesar de la justificación moral del honor, en el comportamiento de la madre infanticida mediante su patologización (11).

Son varias las consideraciones político criminales que sustentan el nacimiento en el siglo XIX de la nueva figura del infanticidio, elaborada sobre dos justificaciones de distinta naturaleza; la causa de honor y la situación psicológica de la imputada.

2.1.1

EL INFANTICIDIO COMO PROBLEMA SOCIAL (LA CAUSA DE HONOR)

En primer lugar voy a examinar las concretas y significativas orientaciones político criminales que subyacen tras la causa de honor, aparente motivo y soporte tanto de la mitigación de la pena, como de la especialidad del delito.

(10) La naturaleza objetiva de la circunstancia del honor, sobre la que más adelante volveré, se deduce, no tanto de la autoestima del honor sexual de la mujer, sino de las consecuencias anudadas a su pérdida, como la alteración de las condiciones laborales, la posibilidad de sevicias o malos tratos, la incapacidad económica y cultural de hacer frente a su situación, el desconocimiento de su propio cuerpo, es decir en elementos que no sólo existen en la mente de la mujer, sujeto actuante, sino que poseen una entidad objetiva que se refleja en el valor social del comportamiento e incide en la mente y voluntad de quien actúa. vid. SANZ MORÁN, A., *Elementos subjetivos de justificación*, Barcelona, 1993, p.1.

(11) CASARINI, P., "Tra criminalità e follia". cit.p.131-137; PITCH, T., "Prostituzione e malattia mentale: due aspetti della devianza nella condizione femminile", in *La Questione Criminale*, 2 , 1975, p. 382 y ss.

La causa de honor servirá para fundamentar, no sólo a nivel doctrinal, sino también legal, el giro tan espectacular y hacia la benignidad operado en el tratamiento penal de una conducta hasta entonces incluida entre los más atroces crímenes.

A propósito de este espectacular cambio, en la apreciación legal y social del infanticidio Quintano advierte, que la emergencia de la honra en las postrimerías del siglo XVIII "es una prima a la hipocresía social, pues si bien produce una gradual sustitución del bien jurídico tutelado, vida del recién nacido, en aras del honor de la madre y de la familia no lo es precisamente en una perspectiva de su defensa, sino para ocultar una deshonra ya consumada" (12).

El crítico juicio de Quintano, en mi opinión se queda en la superficie. Desde una perspectiva de moral social puede ser cierto que la nueva concepción sobre el infanticidio, no pretendiera contradecir y mucho menos enmendar los prejuicios de moral sexual, el sentido del honor de la mujer, o el valor de la institución familiar: criterios que quedarán incluso reforzados en una sociedad cada vez más ciudadana y reglada. En este sentido, señala Selmini, toda la elección de política criminal de la norma sobre el infanticidio, encaminada a la acentuación del limitado daño social producido por el delito y a la desresponsabilización del nuevo sujeto agente, se inserta en un proceso complejo de transformación de la institución familiar y de los papeles femeninos. Lo que nos lleva de la mano al planteamiento según el cual, la historia del infanticidio es también la historia de la educación social y cultural para ser madre y la resistencia a ese papel (13).

Sin negar, por tanto, el reverso hipócrita latente en la reforma (que se produce en la Ilustración) de esta figura delictiva, ni obviar la complejidad ínsita en la adaptación de la mujer al papel femenino y maternal propuesto, me parece más correcto atribuir la relevancia asignada a la causa de honor a otros factores. La nueva fórmula sobre el infanticidio respondía, en mi opinión, a criterios mucho más utilitaristas, propios de una Sociedad inmersa en un acelerado desarrollo industrial y convulsionada por las transformaciones económicas, donde delitos como el infanticidio dejan de ser objeto preferente de tutela.

(12) QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado*, p.463 y 491: CARMIGNANI, C., *Elementi di diritto criminale*, 5ª ed., Milano, 1983.

(13) SELMINI, R., ob. cit., p.11: CASARINI, P., "Maternità e infanticidio a Bologna. Fonti e linee di ricerca", *Quaderni Storici*, 1, 1982 .p. 278 y ss

Los nuevos principios que inspiran la reforma penal en general y la de este tipo particular de delito contra la vida, aparecen expuestos por primera vez en el citadísimo capítulo XXXVI de Beccaria: escribe este autor; "L'infanticidio é l'effecto di una inevitabile contraddizione in cui é posta una persona che, per debolezza o per violenza, abbia ceduto. Chi trovasi tra l'infamia e la morte di un essere incapace a sentirse i mali, come non preferirà questa a la miseria infallibile a cui sarebbero esposti ella e l'infelice frutto". En opinión de Ambrosetti la cita permite concluir que, a pesar de reconocerse la gravedad objetiva del crimen, no puede considerarse justa una pena que sancione severamente a la infanticida, hasta que la Sociedad no haya intentado todos los medios idóneos para prevenir el delito (14). De forma más concreta y añadiendo otras motivaciones para la atenuación de la pena destacados penalistas como Romagnosi, incluso filósofos o juristas alemanes como Kant, o Mittermaier completan esta línea de pensamiento (15). Pero será sobre todo Carrara quien formule de manera más técnica que el motivo para delinquir, la causa de honor, comporta una mitigación de la pena "porque la muerte del recién nacido no provoca el mismo daño de un homicidio común, el delito es objetivamente menos grave". Si bien deja bien claro que dicha mitigación alcanza tan sólo al infanticidio cometido sobre la prole ilegítima (16). El planteamiento de Carrara será retomado por otros autores de la época, algunos de los cuales llegan incluso a poner de manifiesto las ventajas que los delitos sobre la prole en general (aborto e infanticidio) proporcionan a la Sociedad que desea una progresiva disminución de la población, a lo cual estos delitos pueden contribuir de cara al desarrollo económico y social de las naciones (17).

(14) BECCARIA, C., ob. cit., p. 169; AMBROSETTI, E.M., ob. cit., p.19.

(15) ROMAGNOSI, E., *Genesi del Diritto penale*, 5 ed. Prato, 1883, p. 446. Se cuestiona si el impulso criminal de la infanticida es verdaderamente malvado o bien si se trata de un impulso criminal derivado de un sentimiento laudable, aunque mal aplicado. MITTERMAIER, O., "Beyträge zur Lehre vom Verbrechen des Kindesmordes und der Verheimlichung der Schwangerchaft", in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1825, p. 21, comparte la opinión de BECCARIA sobre la idea de mujer desventurada que ve el infanticidio como el único medio de salvar, no sólo el honor, sino una mejor existencia.

(16) CARRARA, F., *Infanticidio*. Ob. cit. 340.

(17) BALESTRINI, R., *Aborto, Infanticidio ed esposizione d'infante*. Torino, Bocca 1888, p. 229; en el mismo sentido SIGHELE, S., "Sull' infanticidio", in *Archivio Giuridico*, vol.XLII, 1899, p. 208.

A la luz de estos textos, me parece muy atinada la valoración que hace Selmini sobre la causa de honor, como un elemento que permite dar una justificación moral a la violencia del gesto infanticida, a fin de neutralizarlo y hacerlo más comprensible. Pero este certero análisis requiere todavía una importante matización, pues la creación de la causa de honor responde a una política criminal que busca, ante todo, rebajar la conflictividad escondida en delitos como el infanticidio o el aborto en relación a los nacimientos ilegítimos, en condiciones de miseria y abandono y conducentes a elevados índices de mortalidad infantil (18). De ahí que en los análisis de los juristas y en los informes de los médicos legales de la mitad del siglo XIX, el infanticidio no es casi nunca tratado como un homicidio, sino como un problema social unido a particulares condiciones de miseria económica y social (19). Es precisamente este perfil del infanticidio, su calificación más que como un delito como un grave problema social, el que aporta la perspectiva desde la que debe interpretarse la modificación sufrida por el objeto de tutela, el derecho a la vida del recién nacido. Por consiguiente no se puede decir, simplemente, como lo hace Quintano, que el bien en alza es el honor de la madre y de la familia en detrimento o frente a la vida del recién nacido ilegítimo. Más correcto parece entender que el infanticidio en unas condiciones de altas tasas de ilegitimidad, en situaciones de abandono y de miseria, no produce la misma perturbación social de los otros homicidios o de la muerte de una niña o un niño legítimo. Todo ello en el contexto más general de una Sociedad (italiana, alemana, inglesa) de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, abocada a un tardío y forzado desarrollo industrial que hacen que las exigencias de tutela, según señala Selmini, se desplacen de una genérica defensa de la vida para todas las personas, a la defensa del derecho para unas cuantas, esto es, para la futura clase trabajadora del siglo XIX (20). Una sociedad interesada, por tanto, en el control social de la maternidad.

(18) SELMINI, R., ob. cit. p. 17-18: VALVERDE LAMFUS, L., *Entre el deshonor y la miseria (Infancia abandonada en Guipuzcoa y Navarra siglos XVIII y XIX)*. Bilbao, 1994, pp. 21-37. Sobre todo en el siglo XVIII, pero también en el siglo XIX, entre las niñas y los niños de las Inclusas, las tasas de mortalidad eran superiores a las ya de suyo elevadas tasas de mortalidad infantil. pp. 42 y ss.

(19) VALVERDE LAMFUS, L., ob.cit. pp. 40-46 sobre el abandono —infanticidio como regulador demográfico y problema social: CASARINI, M.P., "Tra criminalità e follia". cit. p. 134, 135.

(20) SELMINI, R., *Profili...* p.25-26, basándose en PUGLIA, F., "Del reato d'infanticidio", in *Studi critici di Diritto Criminale*, Napole, 1985, p.184; PAVARINI, M., *Introduzione a la Criminologia*, Firenze, 1980, p. 26-29.

En definitiva, el objetivo político criminal perseguido con el requisito de la causa de honor, elemento que con el paso del tiempo se circunscribirá a lecturas más restringidas y moralistas, es el de canalizar lo que más que un crimen se consideraba un fenómeno social con matizaciones y causas removibles mediante una correcta legislación. En términos foucaulianos podríamos decir que hay una redistribución de la responsabilidad desde la madre, para quien el niño o la niña viene a la sociedad no tanto a testimoniar una culpa como a invadir elecciones y ritmos de vida ya difíciles de defender (21).

2.1.2

LA INFANTICIDA COMO LOCA O COMO ASESINA (ALTERACIONES PSICOLÓGICAS O A CONSECUENCIA DEL PARTO)

En segundo lugar y como ya he indicado en las páginas iniciales, hay que considerar el factor bio-psicológico elemento determinante, junto con la causa de honor, para la configuración de este tipo penal privilegiado que será el delito de infanticidio en los textos legales del siglo XIX y en muchos de los Códigos Penales vigentes a lo largo de este siglo, hasta la derogación de la causa de honor en el Código Penal Italiano por Ley de 5 agosto de 1981, n.º 442 reforma que marca un nuevo punto de inflexión en la tendencia a eliminar no sólo la relevancia penal de la causa de honor, sino la figura privilegiada del infanticidio. Tendencia que parece haber prevalecido finalmente en el Código Penal español de 1995, y en el nuevo Código Penal de 22 de Julio de 1992, que entró en vigor el primero de marzo de 1994.

El primer paso en la nueva dirección lo da Carrara cuando argumenta en contra de la presunción de la existencia de premeditación, una de las tres agravantes que sirven para calificar la muerte del recién nacido de crimen muy grave en el Derecho penal preiluminista. No se puede hablar de premeditación, según Carrara, a causa de la situación psicológica de la mujer, pues aunque la madre es conocedora de su estado, casi siempre es sorprende-

(21) SELMINI, R., *Profili...* pp.105-6, para las ciudadanas bolognesas de fin del siglo XIX, obligadas a trabajar todo el día y a separarse pronto de sus hijos e hijas, o por necesidad económica o por la elevada mortalidad en los primeros años, el infanticidio expresa según esta autora sobre todo "una forma siniestra de lucha por la vida", frase cinematográfica que en otro contexto se pone en boca del abogado Emmerich en la película "La jungla de asfalto" dirigida por J. Houston; CASARINI, M.P., ob. cit., p.134 y ss.

da por el parto y no está en condiciones de poder reflexionar razonablemente sobre la situación (22).

A partir de las características y de la historia del sujeto que delinque, las investigaciones de los antropólogos, médicos legales y juristas que utilizan la metodología positivista de Lombroso, ofrecen el retrato, imagen tipo de infanticida, de una joven núbil, pobre sin amparo familiar, seducida y después abandonada por haber creído en falsas promesas de matrimonio. La ilegitimidad de la concepción, el no saber a quién atribuir la paternidad del recién nacido, con la seducción y el abandono son los dos rasgos que afloran repetitivamente como la causa del crimen y a la vez sirven para demostrar el vacío moral y la falta de escrúpulos morales típicos de la personalidad infanticida. La mujer que da muerte a su hijo recién nacido (la rea de infanticidio) debe por tanto ser considerada, una mujer moralmente enferma, deseducada en la principal función de la mujer, la maternidad y el amor por la prole.

A las carencias morales, atribuibles a una inadecuada educación familiar se une, en este análisis, la natural predisposición de la mujer a la locura y a la enfermedad mental a causa de las transformaciones que se producen en su débil y excitable organismo, situación lógicamente acentuada en el estado de parto, gravidez y alumbramiento. Exposición o tendencia a la locura que se agrava en el caso del infanticidio por la falta de moralidad y conciencia del propio papel de la mujer (23).

Según este estereotipo de mujer delincuente diseñado por Lombroso y desarrollado por la metodología positivista, y que encuentra su expresión más plástica en los estudios sobre la mujer infanticida o sobre la mujer que aborta, realizados a finales del XIX y comienzos

(22) CARRARA, F., *Infanticidio*. pp. 339 y 351. La severidad con la que se castigaba el infanticidio en el Antiguo Régimen, se fundamentaba, además de en la circunstancia de la presumida premeditación, en los lazos de parentesco o vínculos de sangre que unían los sujetos activo y pasivo del delito y por último en la alevosía o incapacidad del sujeto pasivo para defenderse.

(23) PAZZI, M., *La responsabilità giuridica della donna nello stato di maternità e particolarmente in rapporto all'aborto criminoso ed all'infanticidio*. Unione cooperativa editrice, Roma, 1913, pp. 28 y 36. Este autor, junto con Luigi Maria BOSSI, constituye el representante más destacado de la escuela de ginecología positivista. Sus debates con los psiquiatras y criminalistas de fe positivista están recogidos en la importante obra de: BABINI, V. P.; MINUZ, F.; TAGLIAVINI, A., *La donna in la scienze dell'uomo. Immagini del femminile nella cultura scientifica italiana di fine secolo*. Milan, Angeli, 1989.

del siglo, la criminalidad de la mujer sería un fenómeno natural más que social o cultural, al estar estrechamente ligado a sus características físicas (24).

Pero como el gesto infanticida es demasiado violento y produce perturbación en los ánimos, hay que despojarle todavía de toda posible conciencia en la comisión del delito, hay que eliminar cualquier hipotética libertad de elección por parte de la mujer. El estereotipo de mujer del paradigma positivista es, por ello, particularmente adecuado para neutralizar la insoportable agresividad presente en esa plaga social que constituye el infanticidio, trastocándola en un gesto imprevisible y desconsiderado, pero también extrapolable, frente a la naturalidad del amor y el afecto de una madre por su criatura, ahogada por una distorsión momentánea de la mente (25). Sobre este avance de la Escuela Positiva Graziozi recalca que, al cobijo de las adquisiciones científicas en el campo de la fisiología, en ese momento es de nuevo planteado y parece necesario reforzar el flexible e indeterminado concepto de infirmitas sexus, o impedimento del sexo que durante siglos sirvió para explicar, en todo caso, una perpetua inferioridad de la mujer (26). De ahí que el paradigma jurídico científico elaborado por el positivismo sobre la diferencia o diversidad —basada en la inferioridad natural— de la desviación de la mujer, no hace sino retomar antiguas argumentaciones entre las que destaca el de la escasa racionalidad de ésta. Y es por ello también que las teorizaciones de los juristas se deslicen en la temática y profundicen sobre la cuestión del cuerpo de la mujer para enfatizar una innegable diferencia que no puede ser colmada, ni con el acceso a la educación-cultura, como pretendían los Ilustrados, ni mucho menos con la igualdad de derechos.

Desde el punto de vista técnico penal esta diferencia se incrustará en el debate sobre la atenuación, disminución o exclusión de la imputabilidad conectado al más amplio debate sobre el libre albedrío (27).

(24) GRAZIOZI, M., "Quotidianità femminile e piccola criminalità. Ipotesi per una ricerca", en *Dei delitti e delle pene*, n.º 1, 1983, pp 154.

(25) SELMINI, R., ob. cit. pp 110; CASARINI, M.P., ob. cit., pp.137.

(26) La constante referencia a las fuentes romanas es otro de los elementos característicos de la literatura criminal de esa época, para retomar los procesos de la construcción de la inferioridad jurídica de la mujer, vid. GRAZIOZI, M., "Infirmitas sexus. La Donna nell'immaginario penalistico", *Democrazia e Diritto*, n.º 2, 1993, pp.106-107 y ss.

(27) SPANGENBERG, E. P., "Del sesso femminile, considerato relativamente al diritto ed alla legislazione criminale", in *Scritti Germanici di Diritto Criminale*, raccolti da F.A. MORI, Livorno, Nanni 1846-47. En esta recopilación se publican, entre otros, los estudios de Mittermaier sobre el infanticidio.

El modelo de mujer (construido por el paradigma positivista) que marcará la normalidad para quien se adecúe a él y lo patológico para quien lo cuestione, perdurará en los primeros años del siglo, como lo prueba el que psiquiatras y médicos forenses aparezcan todavía enfrascados en una viva polémica. Se preguntan si la infanticida es una loca, una enferma en el instinto maternal, necesitada, por tanto, más de ser curada y reeducada que de ser recluida, o es una asesina digna de la pena capital. Un debate que deja traslucir la incertidumbre que alimentan todavía las y los expertos respecto de la sanidad de la mente de la infanticida.

Con oscilaciones y altibajos, la línea teórica iniciada por el positivismo a mediados del siglo XIX, tiende a descriminalizar reduciendo a producto de enfermedad mental los comportamientos de las mujeres fuera de la norma (28). El proceso a través del cual se buscaba desposeer a la mujer de la responsabilidad (criminal) de sus propios actos, se prolongará casi dos siglos. El desarrollo del psicoanálisis Freudiano llevará nueva sabiduría a los estudios de estos comportamientos.

Coincidiendo con los planteamientos teóricos individualistas, Freud mantendrá, igualmente, que la mujer delincuente es un ser anormal (29), tanto biológicamente, por mostrar una agresividad propia del hombre, como psicológicamente por ausencia de un desarrollo equilibrado de su yo. El objeto de estudio se traslada del biologicismo rudimentario al inconsciente, lugar misterioso y recóndito, capaz de esconder las pasiones e instintos más incontrolables (30). De la infanticida, seducida y abandonada, pero dueña de sus actos, descrita por Beccaria, se pasa a la primípara furiosa y convulsionaria, la madre delincuente Lombrosiana, que se vuelve contra la vida del recién nacido, y de ahí a la inconsciencia morbosa, al desdoblamiento de personalidad que, según el psicoanálisis, ocurre en la mujer que obra por un impulso inconsciente, y luego ante el Juez o la Jueza negará su propio acto. El delito es en suma, el resultado de un impulso inconsciente del cual no queda traza en la memoria de la mujer. De ahí que la valoración de su responsabilidad tiene que ser correlativa, es decir, la acción no le pertenece. De esta manera la infanticida es expropiada también de su acto. No es una criminal, es ante todo una madre sufriente, una demente de

(28) SELMINI, R., ob. cit., p. 109.

(29) CLEMENTE DIAZ, M., "La delincuencia femenina, I.: Contexto y tratamiento histórico del problema.", *Delincuencia, Teoría e Investigación*, Madrid, 1987, pp. 374-388; CANTERAS MURILLO, A., *Delincuencia femenina en España: un análisis sociológico*. Ministerio de Justicia. Madrid, 1990, pp.63.

(30) SELMINI, R., ob. cit., pp.110.

la voluntad (31). Con esta categoría se cierran casi dos siglos de evolución en la valoración como tipo privilegiado del infanticidio. Pues a partir de los años 30 esta situación psicológica (de persona loca) de la mujer que aborta o comete infanticidio, es ya la regla.

En suma, la línea teórica iniciada por el positivismo, tendente a descriminalizar y patologizar, reduciendo a producto de enfermedad mental, los comportamientos de las mujeres fuera de la norma, se consolida en el primer tercio del siglo XIX. De ahí surge un estereotipo de criminalidad de las mujeres, que será dominante durante mucho tiempo, no sólo en el pensamiento criminológico, sino también en el menos experto sentido común (32).

El peso de este segundo factor bio-psicológico en la reforma legal de la figura del infanticidio, dio lugar a nivel de codificación a lo que de manera bastante equívoca Quintano (33) llama sistema latino (o de motivación) y sistema germánico (que desvía el radio de acción a lo psicológico de alteración).

2.1.3

LA EXPLICACIÓN TRADICIONAL SOBRE LA CRIMINALIDAD DE LAS MUJERES Y LA PRIMERA DEFINICIÓN DE SUJETOS QUE TIENEN GÉNERO

Según se ha señalado en las páginas anteriores, los argumentos biologicistas van ganando terreno a medida que avanza el siglo XIX prevaleciendo sobre las tesis utilitaristas de Beccaria y Carrara. Estos argumentos provenientes del primer tipo de explicación sobre la criminalidad de las mujeres se inscriben en lo que se ha denominado perspectiva etiológica, la cual constituirá el enfoque dominante de la criminología, desde la mitad del siglo XIX hasta el fin de los años sesenta (34). Las primeras contribuciones críticas feministas al estu-

(31) SELMINI, R., ob. cit., pp111.

(32) GRAZIOZI, M., *Quotidianità...* cit.pp.154; CASARINI, M.P., ob. cit., pp.137.

(33) QUINTANO RIPOLLÉS, A., ob. cit., pp. 447.

(34) LABERGE, D., "Les recherches sur les femmes criminalisées: questions actuelles et nouvelles questions de recherche", en *Anales Internacionales de Criminología*, 1991, pp. 21 y ss. Este artículo describe la panorámica del pensamiento feminista y de los trabajos de investigación que desde esa perspectiva analizan cómo la Criminología ha tratado la criminalidad de las mujeres. Constituye una revisión de la versión publicada en *The Journal of Human Justice*, con el título "Women's criminality, Criminal Women, Criminalized Women? Questions In and For a Feminist Perspective", vol.2, n.º 2.

dio de los comportamientos de agresión de las mujeres operan en torno a los estereotipos sexistas que contaminan las teorías criminológicas tradicionales, haciendo resaltar o destacando los límites del paradigma positivista (35).

En opinión de Klein y Smart, pioneras en esta labor, la criminología tradicional explicaba la criminalidad de las mujeres, esencialmente a partir de las características individuales detraídas o sustentadas en última instancia en su naturaleza, en su biología. Estas características, vinculadas a la sexualidad de las mujeres, proporcionaban las claves para interpretar el comportamiento en general de la mujer, así como su comportamiento criminal. En su peculiar naturaleza hay que buscar también las causas de la inferior posición económica y social de la mujer, respecto a la del hombre, la atribución de su pasividad y falta de inteligencia y en suma la explicación de su confinamiento en el hogar desempeñando el papel de esposa y madre. El espejo biológico del cuerpo de la mujer refleja las relaciones de sexo y justifica el doble estándar de moralidad, según el sexo que prevalece en la época. En definitiva y como ya se ha indicado anteriormente, el planteamiento real que subyace bajo esta explicación primera de la criminalidad de las mujeres no es otro, que la importancia causal asignada a la naturaleza frente o por oposición a la cultura (36).

Las críticas que desde la perspectiva feminista Klein y Smart dirigen a este primer enfoque, me parecen de singular significación, por cuanto descansaban sobre una tradición de pensamiento, cuya influencia aparece particularmente extendida e impermeable al paso del tiempo, al menos en lo que concierne a las mujeres. En este sentido son muy gráficas las palabras de Graziosi "Quando se teorizza sulle donne, sul genere femminile, e sul mondo

(35) Como bien puntualiza PARENT, C., ("Au dela du silence: les productions féministes sur la "criminalité" et la criminalisation des femmes", en *Déviance et Société*, 1992, Vol. 16, n.º 3, pp. 297 y ss.) hasta los años setenta la cuestión de las mujeres en la Criminología ocupó un estatuto muy marginal. Pero en el mismo momento que TAYLOR, WALTON y YOUNG (1973) pasan por el tamiz las teorías tradicionales sobre la criminalidad de los hombres, C. SMART del movimiento radical americano, en su obra *Women Crimen and Criminology. A Feminist Critique*, London, Routledge and Kegan Paul, 1976 y D. KLEIN ("The Etiology of Female Crime: Review of the Literature", *Issues in Criminology*, 1973, 8, 2, pp 3-30) emprendían la misma crítica a las teorías tradicionales sobre la criminalidad de las mujeres, pero desde la óptica feminista. Ellas serán seguidas por otras autoras que pusieron en evidencia, asimismo, los presupuestos de las teorías tradicionales y dieron fe de su supervivencia, enmascaradas a través de explicaciones sazonadas al gusto de hoy.

(36) KLEIN, D., "The Etiology..." cit. p. 5: esta autora estudia los presupuestos sexistas que alimentaban las teorías de Lombroso y Ferrero, de Thomas, de Freud y de Davis y Pollak, sobre la criminalidad de las mujeres. LA-BERGE, D., "Les recherches..." cit. p. 24.

immutabile di questo, segnato da eventi naturali per sempre e da sempre uguale a se stessi, si presuppone e insieme si costruisce il paradigma di un'umanità al femminile costantemente e ciclicamente identica, estranea anche ai mutamenti storici... Sono gli esseri umani di sesso maschile che portano avanti il progresso aprendo e sperimentando nuove vie che conducono verso la modernità" (37).

Si el siglo XVIII da lugar al desarrollo de las libertades y en el XIX el derecho fragmentario y disperso del Antiguo Régimen se ordena en los Códigos Penales conforme a los cuales se deja de castigar el cuerpo para dar paso a las penas más suaves, seguras y proporcionadas que no buscan borrar el crimen sino prevenirlo, también es entonces cuando se inventa la disciplina y se da un mayor crecimiento o mayor refinamiento y concreción de categorías relevantes y de sujetos jurídicos. De ahí que el feminismo postmoderno (38) reivindique que en el siglo XIX tiene lugar una definición más rigurosa de la gama de sujetos que tienen género (39). El siglo XIX marca, por consiguiente un momento importante en la historia del género, pues es la época en la que se fijan las estrategias entre las que debe incluirse el Derecho, a partir de las cuales la Mujer/mujeres son creadas.

(37) GRAZIOZI, M., "Infirmitas..." pp.105: SMART, C., *Women Crimen...*, p. 27.

(38) Para una lectura ordenada y clara sobre los diferentes modos de interrogar las reflexiones feministas sobre el Derecho vid. PITCH, T., "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista". *Democrazia e Diritto*, 1993, n.º 2 pp. 3-47: centrando más la atención en el Movimiento "Critical Legal Studies" o el de la "Feminist Jurisprudence" vid. GARCÍA AMADO, J.A., "Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la Teoría feminista del Derecho. I Mujer, Poder y Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1993, n.º 42, pp. 15-41.

(39) Sobre la evolución de la teoría del género como categoría de análisis o modelo de interpretación de las relaciones sociales y de su historia elaborado por la política y el pensamiento feminista vid. RIVERA GARRETAS, M.M., *Nombrar el mundo en femenino. (Pensamiento de las mujeres y teoría feminista)*, Barcelona, 1994, pp. 78 y ss. y 151 y ss. De las muchas definiciones que sobre la categoría Género se han dado, quiero elegir la de GERDA LERNER (*The Creation of Patriarchy*, 238) reproducida por Garretas "como la definición cultural de la conducta definida como apropiada a los sexos en una sociedad dada en una época dada" o la que propone LABERGE, D. ("Sexe, genre et classe de sexe: quelques interpellations au droit pénal", *Déviance et Société*, 1992, Vol.XVI- n.º 3, p. 274) "le genre peut, á bien des égards, être pensé comme un code, un ensemble de manières de fair, de penser, de dire que donne un sens aux situations particulières mais qui, beaucoup plus largement, crée l'appartenance, la distinction pour paraphrase Bourdieu".

Ahora bien, cuando se habla de estrategias de creación de género (40), es necesario hacer una distinción entre la producción discursiva del ideal de mujer, es decir aquella que perfila la concepción de la naturaleza de la Mujer/mujeres y de los papeles (roles) que de ello se derivan, y la construcción legal discursiva de un tipo o estereotipo de Mujer, referida a la mujer delincuente, a la madre infanticida, a la prostituta, etc., que se contraponen y complementan, con la idea de mujer en contradistinción al hombre. Estas estrategias variarán o serán diferentes en función del momento histórico y cultural y por consiguiente pueden ser contradictorias y ambivalentes.

Contextualizando el análisis en el siglo XIX (y como hemos apuntado continuará hasta bien entrado el siglo) Smart asigna las concepciones sobre la naturaleza de la mujer a las representaciones sociales dominantes respecto de mujeres de clase media europea. Por ello la mujer criminal es un tipo, que primero y sobre todo se distancia de otras mujeres (del género) y desde esta perspectiva es etiquetada de anormal el comportamiento de la madre infanticida, desnaturalizada en su instinto maternal, o el de la prostituta que representa la licencia y la desviación. Pero al mismo tiempo, lo que ellas son es sustraído de la previa categoría de Mujer, siempre opuesta al Hombre, el cual permanece inocuo, no contaminado, pues no se crea la categoría de hombre licencioso, o de hombre de paternidad —sexualidad irresponsable. Este doble movimiento como muy bien apunta Smart, representa la ver-

(40) LABERGE, D., "Sexe..." cit. pp. 275 y ss. advierte que la contribución del Derecho penal a la (re)producción del género, no debe ser confundido o reducido al carácter más o menos sexista del Derecho penal. El Derecho dice esta autora, no produce sobre todo discriminación, produce más que nada diferenciación. El género se funda sobre este trabajo constante y múltiple de diferenciación. Desde esta perspectiva se puede plantear la hipótesis de que el Derecho penal produce el género mediante la normativización de comportamientos o de situaciones relativas a la sexualidad. El aborto, la violación, la prostitución y la pornografía serían las cuatro formas que sirven para definir la dinámica del género en el derecho penal...". Todas sin excepción reenvían a la cuestión de la propiedad del cuerpo de las mujeres y por extensión a las reglas del uso que de él se hace y el gozo que procura" (la traducción es mía). Sobre estas cuatro formas: GRAZIOZI, M., "Infirmitas..." cit. pp. 100-113 apunta asimismo cómo en el pasado los juristas no han ignorado, en absoluto, la existencia de dos sexos en el mundo que disciplinaban. La presencia de las mujeres y su regulación en el derecho penal interesaba prevalentemente a los juristas bajo dos aspectos: de una parte, el del control de la esfera de la sexualidad en la definición y construcción de delitos, como el adulterio, aborto, estupro, o infanticidio, esto es delitos específicamente unidos a lo femenino como sexo. De otra parte, por la necesidad de poner límite a la aplicación de penas a un cuerpo de mujer.

dadera base de la construcción discursiva de la Mujer moderna, enfocada desde esta doble estrategia (41).

El dualismo o representación binaria previa a la diferencia que existe entre los sexos, se afianza por un discurso jurídico y médico, y entrado el siglo XX psicoanalítico que actúa para asentar las diferencias de género en la naturaleza. La naturaleza particular de las mujeres es puesta por delante, y al mismo tiempo que se resaltan sus virtudes particulares se ponen de manifiesto sus debilidades constitutivas. Las razones de por qué las mujeres delinquen menos, se deducen de diversos factores, entre otros, incapacidad física, sensibilidad, carácter, sentido maternal, pero todos ellos son factores que les diferencian de los hombres. De ahí que la disidencia, la transgresión normativa de la mujer sean diferentes y juzgadas mucho más graves, pues marcan una ruptura y un defecto mucho más serio. Ello explica la aparente paradoja, antes apuntada, del dualismo representado por la mujer, a la vez buena o asesina, virtuosa o demonio. Binarismo bien articulado en el caso del infanticidio por los médicos y juristas de finales del XIX, enfrascados en un vivo debate, cuya pregunta fundamental era, si la mujer infanticida podía ser considerada una loca y por tanto debía ser recluida, o si por el contrario se trataba de una criminal, una asesina digna de la mayor pena, una criminal mucho más peligrosa que los hombres, pues no sólo había violado el mandato normativo de "no matarás," sino que desoía la llamada de su género, el natural amor por la prole.

2.2

INFANTICIDIO Y LEY PENAL

2.2.1

MUJER Y DERECHO (PRESUPUESTOS)

La cuestión del infanticidio y Ley penal nos enfrenta a una de las viejas y nunca cerradas polémicas del feminismo sobre la utilización del Derecho y el desarrollo de estrategias legales para remover las condiciones de inferioridad o subordinación de las mujeres en los diversos campos de actuación y sobre los efectos perversos que dejan al descubierto las victorias logradas en el ámbito de la legislación y Jurisprudencia (42).

(41) SMART, C., "The Woman of legal Discourse", en *Social and Legal Studies*. Vol.1. n.º1, p. 40. La misma en "La mujer del discurso jurídico" en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, comp. por Elena Larrauri, Madrid, 1994, pp.175 -186.

(42) SMART, C., *Feminism and the Power of Law*, London, New York, Routledge, pp. 84-85.

A su vez el infanticidio y el aborto nos sitúan ante el problema de mujeres Autoras de crímenes, cuyo estatuto no se puede unir al de mujeres víctimas aunque la dialéctica entre ambos vértices deba inscribirse en una disquisición más amplia sobre, si queremos que las mujeres sean tomadas en cuenta por la Justicia penal de la misma manera que los hombres o por el contrario queremos una justicia diferente. Esto es, parafraseando a Pitch, si las mujeres tienen el mismo estatuto que los otros sujetos del derecho de quien las necesidades y los intereses han sido históricamente tomados en cuenta. Con lo cual la igualdad se transformaría en asimilación, lo que situaría el debate en la oposición tradicional entre igualdad formal (que implicaría extender el campo de los derechos civiles, políticos y sociales) y desigualdad material. O si por el contrario se trata de deconstruir el sujeto de derecho, históricamente constituido como sujeto hombre, (blanco, propietario, adulto, imputable...), afirmando el carácter sexuado del derecho (43), "que conduce a explorar las posibilidades de un sujeto diverso, a pensar de la diferencia como consecuencia de un proceso de relaciones más que como un producto del ser, (biológico): es decir que la diferencia se constituye más como algo a valorizar, antes que como un límite a eliminar, más como base para la atribución de derechos que como aquello que impide la plena asunción de derechos" (44).

La aceptación del carácter sexuado del derecho nos introduce en la categoría de diferencia sexual, la cual entre otras funciones ha servido para criticar y redefinir el principio de igualdad jurídica y el del universalismo de los derechos construidos por la tradición liberal en el origen del Estado moderno. Instrumento o herramienta a utilizar en la evaluación de las reformas de la justicia penal fundadas en parámetros constitucionales de igualdad, pero que sólo tenían en perspectiva como destinatario de la norma ese individuo, abstracto, neutro, universal, del Derecho penal (en general el ciudadano cuyos derechos civiles son reconocidos) pero hombre.

(43) "es decir construyendo un sujeto de derecho femenino, lo que forma parte de un proyecto simbólico de sexualización del mundo, en el cual la diferencia sexual, no es simplemente percibida como un estado social e histórico (sino como el resultado de una opresión que debe esforzarse en eliminar) y no más como un dato ontológico que nada tiene que ver con la historia y la sociedad. La diferencia sexual puede ser percibida a la vez, como un dato y como un objetivo político" (la traducción es mía . PITCH, T., "Femmes dans le droit, femmes hors du droit?, justice sexuée, droit sexuée", *Déviance et Société*, 1992. Vol. 16, n.º 3. pp. 263-265.

(44) BERGALLI, R./BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 47-49.

Infanticidio y aborto en cuanto maternidad contestada constituyen una rebelión demasiado cruenta contra el patriarcado y el simbolismo que el género atribuye a la mujer (madre protectora), pero también según la perspectiva de la diferencia sexual, la maternidad parece ser una clave esencial de la identidad de la mujer, generadora de la ética del cuidado como producto de la cultura femenina y como diversidad no reductible que reivindicaría ella misma una discriminación, esto es un tratamiento separado y adaptado a la condición de mujer.

La consideración del infanticidio, ante todo como un problema social, por parte de los Ilustrados y reformadores, valoración a la que superpone, a lo largo del siglo XIX, el discurso binarista del positivismo sobre la infanticida como mujer que se aparta del modelo de femineidad normal (la mujer ante todo y sobre otra cosa es madre) descontrolada y superada por sus propios condicionamientos biológicos, puede ser la explicación de por qué las severas prescripciones legales del Antiguo Régimen y de algunos de los primeros Códigos, en lugar de lograr disminuir las importantes cifras de infanticidios que entonces se cometían, no se aplicarán por los Jurados, transformándose así en medidas absolutamente ineficaces (45). Esto es lo que en mi opinión lleva a buscar unas reformas legales más eficaces, donde la pena sea proporcionada a la percepción de la gravedad del delito (como hecho que provoca menor daño social) y que justifica la frase de Radbruch de estimar "el infanticidio un delito clave o paradigmático para todos los esfuerzos reformadores del Derecho penal en el siglo XVIII." (46).

(45) Las penas que se aplicaban a las infanticidas en el País Vasco (y Castilla) eran levísimas, sobre todo si se tiene en cuenta que las leyes sancionaban este delito con la muerte, Cifr. VALVERDE, L., *Entre el deshonor*, cit. pp. 32-34 CASARINI, M P., "Tra criminalità e follia". pp. 138-140 cuenta que de los once procesos examinados, relativos al período 1817-1823 en Bologna, a pesar que el C.P. de 1836 italiano, señalaba pena de muerte para el infanticidio y asesinato con premeditación, ninguna de las once sentencias prevé la pena de muerte, ninguna supera los 10 años de detención, la mayor parte se limita a una pena de cárcel de 5 años y dos casos se concluyen con absolución. Las atenuantes que juegan a favor serán: la joven edad, la inexperiencia, la falta de ayuda durante el parto, el haber bautizado al recién nacido, elementos plausibles a los ojos de los jueces para justificar el infanticidio.: STAMPA BRAUM, J.M., "Las corrientes humanitaristas del siglo XVIII y su influencia en la concepción del infanticidio como "delictum exceptum" ADPCP, 1953, pp. 60-62.

(46) RADBRUCH /GWINNER, *Historia de la criminalidad. (Ensayo de una criminología histórica)* trad. A. Majada, Barcelona 1955, pp. 278 y ss.

La conjunción de esas variables se inserta en el discurso legal, y se normativiza a través de tres circunstancias; la causa de honor, por haberse cometido el delito para ocultar la deshonra sexual que el nacimiento del niño o de la niña suponía, opción seguida entre otros por el art. 410 del Código Penal español; las alteraciones psicológicas o emocionales derivadas del parto o alumbramiento, atendidas por el parágrafo 79 del StGB Austríaco, y la ilegitimidad de los hijos e hijas, en el caso del parágrafo 217 del StGB Alemán, circunstancias que en opinión de Ambrosetti (47) demuestran que las legislaciones de muchos Países europeos, empiezan a tener en cuenta las condiciones subjetivas que han podido incidir en la compleja valoración del desvalor social de una conducta. (consideración que dogmáticamente reconduce, a una menor culpabilidad de la infanticida).

A pesar del enraizamiento de este delito y de su resistencia a desaparecer de las legislaciones, ya en 1956 Reig lo etiquetaba de "delito moribundo" que tenía que haber entrado en la historia del Derecho penal, pero hay que esperar la década de los ochenta para ver surgir con fuerza las opciones derogatorias de la causa de honor, que revelan las apetencias crecientes de las legislaciones europeas de abolir el privilegio sancionatorio que la figura del infanticidio conlleva.

En este sentido me parece particularmente representativa La Ley Italiana de 5 de Agosto de 1981, que modifica profundamente la figura prevista en el art. 578 C.P.I, pero mantiene o confirma el delito de infanticidio, y por otro lado la abolición o derogación llevada a cabo en el Nuevo Código Penal español de 1995, que hace desaparecer no sólo la causa de honor, sino el delito, reconduciendo, en principio, el hecho al asesinato.

Interesa sobre todo preguntarse a partir de qué genéricos y neutros planteamientos de evolución y cambio en las condiciones culturales y sociales, con qué ausencia de análisis de cómo estos han incidido en el sujeto del derecho a quien el delito afecta, (en las condiciones de vida de las mujeres, o en los comportamientos y el proceder de la justicia en relación a la mujer), se posiciona la doctrina en el estudio de la bondad o crítica de las importantes reformas legales que se llevarán a cabo.

(47) ob. cit. pp. 20-21.

2.2.2

LA LEY ITALIANA DE 5 DE AGOSTO DE 1981

La ley italiana de 5 de Agosto de 1981 ofrece una alternativa de reafirmación del tipo penal de infanticidio, como figura autónoma, sistematizada en el Tit.XII *Delitos contra las personas*, Cap.I *Delitos contra la vida e incolumidad individual*, art.578, donde bajo la rúbrica de "Infanticidio en condiciones de abandono material y moral" se establece: La madre que causa la muerte del recién nacido inmediatamente después del parto o del feto durante el parto, cuando el hecho venga determinado por condiciones de abandono material o moral, unidas al parto, será castigado con la reclusión de cuatro a doce años... No se aplicarán las agravantes establecidas en el art. 61 (48).

El contexto de la nueva formulación del delito es la derogación de lo que Caraccioli llama el fenómeno de la causa de honor, objetivo fundamental de esa Ley como se deduce de su nombre (Ley 5/8/81 n.º 442 *Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore*) dentro de una reforma parcial del Código Penal. Esta renovación daba continuidad al camino iniciado tres años antes con la supresión de la causa de honor en el aborto, realizada también en el marco de una reforma más importante, el de la Ley del 22 de mayo de 1978, n.º 194 *Norme per la tutela sociale della maternita e sull'interruzione volontaria della gravidanza*. Una decisión normativa que a su vez venía precedida por la Ley n.º 194 de 1978 que en cumplimiento del art. 31 de la Constitución proclamaba, el derecho a la procreación consciente y responsable, el valor social de la maternidad, la exigencia de tutela de la vida humana desde su comienzo, asegurando una particular asistencia a la mujer en estado de gravidez. La normativa asistencial se completaba con el apoyo articulado anteriormente en la Ley n.º 405 de 1975 de carácter más bien programático, donde se estipulaba la creación de consultorios familiares y la dedicación de importantes sumas con el fin de ayudar a las mujeres en estado de indigencia.

A luz de la antecitada normativa asistencial y protectora de la mujer en estado de gravidez Francia, Pintucci y Traverso se preguntan por qué la legislación ha querido, con la reformulación del infanticidio, en todo caso "salvar" a la madre del rigor de la Ley sobre el homicidio? Nos introducimos así en las razones político criminales en que se apoyará la doctrina para criticar o aceptar esta reforma.

(48) *Codice Penale e leggi complementari*, a cura di Vincenzo Patalano, Padova, 1992. Queda expresamente excluida la aplicación al infanticidio de las agravantes genéricas o comunes del art. 61, entre otras la n.º 5 "l'averne profittato di circostanze di tempo, di luogo o di persona tali da ostacolare la pubblica o privata difesa".

En primer lugar hay que distinguir la valoración crítica sobre la derogación de la causa de honor, de las reacciones doctrinales (y jurisprudenciales) que suscita el mantenimiento de una específica figura delictiva de infanticidio (49).

La primera opción legislativa y objetivo primordial de la Ley (suprimir la causa de honor) será unánimemente aplaudida por considerar que con ella desaparecían algunas normas cuya vigencia se fundaba en una mentalidad patriarcal superada, y sobre un concepto de honor sexual estrechamente unido a una concepción de la mujer en estridente contraste con los principios fundamentales de la Constitución (arts. 3 y 29), como la igualdad moral y jurídica de todos los ciudadanos y ciudadanas, sin distinción de sexo y con los principios sancionados en el nuevo Derecho de Familia en otras Leyes ordinarias (50).

En este sentido Palazzo, interpretará la reforma como medio necesario para armonizar el viejo Código Roco con la protección constitucional a los bienes jurídicos personalísimos, y su proyección solidaria y social de la persona humana, perspectiva constitucional incompatible con unas normas penales inspiradas en una visión de la persona egoísta y degradada por la hipervaloración de una exigencia de tutela propia de ordenamientos familiares y sociales dominados por la opresión (51).

Queda claro por tanto, que existe una amplia convergencia de posiciones sobre la desaparición de la causa de honor como medio de poner fin a la desarmonía del sistema penal con los valores constitucionales y con las cambiantes condiciones de vida, o los diversos planteamientos de las relaciones entre los componentes de la familia moderna (52). El infanticidio paradigma de delito de la mujer, no es sin embargo asimilado al conjunto de las normas afectadas por la causa de honor, y como bien matiza Caraccioli, la legislación ha reser-

(49) Pues llama la atención el peso o la omnipresencia que la idea de honor sexual poseía como factor justificativo de una importante moderación de la pena, respecto de los delitos base de homicidio y lesiones personales, malos tratos, abandono de menores o personas impedidas, feticidio e infanticidio; así como del peculiar art. 544 C.P.I, que no contemplaba una causa de honor estrictu sensu, sino una causa de extinción de la responsabilidad por delitos contra la libertad sexual.; vid CARACCIOLI, I., "L.5/8/1981 n.º 442. Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore". in *Enc.Dir.VI*, 1960, 580, pp.22 y ss.

(50) (la traducción es mía) así se pronuncia CONTE, R., "Note sull'abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore e sul nuovo testo dell'art. 578 codice penale", en *Rivista Penale*, 10, 1981, pp. 672 y ss.

(51) PAZZO, F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, 3ª ed., pp. 325-6. En el mismo sentido PATALANO, V.I., *I delitti contro la vita*, Padova 1984. pp170 yss

(52) PATALANO, V., cit. p. 170.

vado al art. 578 un tratamiento diverso que para las otras disposiciones, pues la norma no ha sido derogada, sino reformada. Discriminación —selección que confirma en opinión de Ambrosetti la particular posición de esta figura en el cuadro de la normativa penal, pues cuando la legislación ha considerado inaceptable la causa de honor, como fundamento de un trato sancionatorio privilegiado, ha excluido sin embargo que el infanticidio pudiese entrar en la disciplina general del homicidio (53).

No han faltado sin embargo voces que se opusieron a esa elección legislativa abogando por su supresión.

Los mismos autores y autora arriba citados contestan a su pregunta, aduciendo la sin razón de la misma incluso desde una perspectiva intrasistemática. En su opinión, golpea el hecho, que la razón de esta normativa no se alíne con la voluntad manifestada por todas aquellas providencias legislativas que niegan, en concreto, la hipótesis que una mujer, en nuestros días, pueda vivir en condiciones de abandono, especialmente material (54). Esta disposición es asimismo una nota disonante que contradice en gran medida los objetivos perseguidos por las reformas anteriores en materia de Derecho de familia. Tampoco entiende Caraccioli que en el clima permisivo en el que se legaliza el aborto, atendiendo asimismo a genéricas "condizioni economiche o sociali o familiari", quede quebrado el salto cualitativo que se ha querido dar al terminar con situaciones conexas con la moral sexual, frente a la necesidad de una más rigurosa protección de la vida de seres indefensos (55). Con términos aparentemente más tajantes y progresistas Barni critica la nueva formulación del infanticidio por conservadora y contradictoria. Semejante "novedad" sólo sería explicable en las condiciones (descritas por Puccinoti, médico toscano que escribe en 1840) propias de una época protorromántica, muy distintas de las condiciones de la mujer en la Sociedad de hoy. También se pregunta si el tiempo no se ha detenido en la *mens legis*, ya que todavía se invocan razones socio-políticas para mantener en una pálida nebulosa la dramática situación de la mujer, resguardada con paternalista y diferenciado rigor en el art. 578, como si no hubiese cambiado la relación entre maternidad y sociedad y cultura y derecho en la desincentivadora discriminación (no confesada por ser inconfesable) de una pública concien-

(53) AMBROSETTI, E., *L'infanticidio...* p. 32.

(54) FRANCIA, A.; PINTUCCI, R.; TRAVERSO, J.B., "Considerazioni Criminologiche in tema di infanticidio", en *Criminologia e Psichiatria Forense* a cura di G.B. Traveso. Milano, 1987, pp. 312 y ss.

(55) CARACCIOLI, I., "Abrogazione..." p. 28.

cia colectiva e individual, en definitiva distinta del derecho a la procreación y de la dignidad de la maternidad (56).

Pero la crítica a la nueva fórmula no afecta sólo o no afecta tanto, a la sinrazón político criminal de su mantenimiento como tipo privilegiado, cuanto a la configuración del elemento constitutivo del delito "el abandono material y moral unido al parto". A esta innovadora formulación se llega después de resolver dos problemas; 1º evitar que el hecho del infanticidio recayera bajo la previsión del homicidio, 2º por la exigencia de fijar la nueva figura con base en elementos objetivos, una vez rechazado el presupuesto de una alteración psíquica, entendida como fenómeno normal en la mujer después del parto. Al considerarse inadmisibles una presunción absoluta de semi-incapacidad que caería en la concepción machista de una inferioridad psico-física normal de la mujer (57).

La principal crítica o temor que suscita esta fórmula será su generalidad, el hecho de que la Ley no fije con claridad suficiente los límites de su aplicación, lo que supone atribuir una notable discrecionalidad en sede de interpretación del delito, al Juez o Jueza, con riesgo de caer en fácil pietismo (58). Quizá por este temor, reiteradamente alertado por los primeros comentaristas de la ley, la Jurisprudencia se ha orientado hacia una interpretación extremadamente restrictiva, al menos en su tesis mayoritaria. Puede citarse como paradigmática la Sentencia dictada por la Corte di Cassazione el 16 de Abril de 1985, que excluye la aplicabilidad de la norma especial del infanticidio y castiga por homicidio doloso. Según el alto Tribunal las condiciones de abandono material y moral "possono ritenersi sussistenti solo quando la madre venga a trovarsi, al momento del parto, o subito prima o dopo di esso, in uno stato di isolamento tale che non consenta l'aiuto di presidi sanitari o di altre persone o la loro partecipazione fisica o morale, non quando l'isolamento venga creato e mantenuto a causa dell'indifferenza o dell'incuria della donna, che da esso tragga pretesto per la soppressione della sua creatura" (59).

(56) BARNI, M., "Abrogazione della rilevanza penale della causa d'onore". *Rivista Italiana di Medicina Legale*, 1981, pp. 1122 y ss.

(57) En ese sentido la intervención de la Senadora Ravaioli en la Comisión de Justicia en la sesión del 3 de Octubre 1979, y la intervención de Garavaglia en la Comisión de Justicia de la Cámara en la sesión del 2 de Julio de 1980 vid. PATALANO, V., *Infanticidio*. nota 17, p. 173.

(58) CARACCIOLI, I., ob. cit. p. 97: en el mismo sentido MERLI/CAVE BONDI: "Osservazioni sulle recenti modifiche legislative in tema di infanticidio", *Riv. It. Medicina Legale*, 1981, p. 957.

(59) Por todos AMBROSETTI, E.M., cit. pp. 50.

Otro planteamiento, si bien minoritario, parece emerger de algunos Tribunales de Instancia, reconociendo que el art. 578 hace referencia "a condiciones de aislamiento, de desamparo, de incomunicación y de desaliento de la mujer. Porque no hay duda que el legislador, una vez hecha la elección de mantener el delito de infanticidio como figura delictiva autónoma, no pensó ciertamente en la hipótesis de una mujer que diera a luz en un páramo desolado, objetivamente privada de cualquier asistencia, puesto que de ese modo la norma no habría encontrado jamás aplicación, dada la inverosimilitud de semejantes condiciones objetivas en los años ochenta, aunque sólo sea por la difusión de los servicios asistenciales y de las atenciones hospitalarias utilizables por toda la población" (60).

El choque de estas dos lecturas de la norma, encontrará su expresión más dramática, en el famoso caso de Génova, que tiene como hechos probados el infanticidio cometido por parte de una mujer casada, funcionaria del estado, madre de una hija de diez y ocho años, que había ocultado el embarazo porque el niño era fruto de relaciones extraconyugales. Mientras la sentencia de primera Instancia de 14 de Noviembre de 1989, subsume la conducta en el art. 578, y aprecia la existencia de condiciones de abandono material y moral porque "el comportamiento observado en los meses de gestación, hasta el día del parto, constituye un índice inequívoco de un fuerte trabajo interior, de problemas no resueltos, de contradicciones no superadas sobre su expresa intención. Esta compleja situación, amplificada por las distorsiones de su personalidad (según informe del perito psiquiatra), han conducido a la mujer a un estado de gran soledad" y a afrontar la dura prueba del parto en un estado de abandono material que aparece como la consecuencia obligada de su estado de abandono moral" (61). El Tribunal de Apelación no aceptará sin embargo por estimarlas muy genéricas, las consideraciones sobre "fuerte trabajo interior", "contradicciones no superadas", "problemas no resueltos", además de considerar que la mujer ha sido consciente de su embarazo y por consiguiente ha podido prepararse para el parto. En consecuencia no puede apreciarse el requisito de, moralmente abandonada, desde el momento en que dichas condiciones deben ser preexistentes y actuales, no meramente virtuales (62).

(60) (la traducción es mía) Trib. minorenni Bari, 7 aprile 1988, en *Riv. It. Medicina legale*, 1991, pp. 631, 636-37.

(61) La sentencia de 1ª Instancia de la Corte de Assise, Genova, 14 novembre 1989, que será apelada ante la Corte Ass. Appello Genova 2 de abril 1990, reproducidas en, *Foro It.* 1991, II, c, pp. 35 y ss.: asimismo AMBROSETTI, E.M., pp. 52 y ss.

(62) AMBROSETTI, E.M., p. 53.

Con semejante interpretación, la norma sobre el infanticidio se transforma en una norma transparente a la que no es que se le fijen contornos, sino que se le vacía de contenido, salvo que como indirectamente sugiere Ambrosetti esté pensada para las mujeres de Estados no comunitarios (esto es para las africanas) o para casos procedentes de las bolsas de marginación, supuestos de tóxicodependencia o de emigración clandestina (63).

Pero aunque esas situaciones de marginalidad se dieran, la interpretación estrictamente objetiva del art. 578, (recordar que en el curso de los trabajos parlamentarios fue rechazado el Proyecto de una figura de infanticidio en estado de alteración psíquica) y el rechazo del Alto Tribunal a que la situación de abandono material y moral fuera el fruto de una elección de la mujer, limitaría la aplicación del precepto a casos muy contados.

Ambrosetti, autor muy representativo del estado de la doctrina en Italia, país pionero en la reforma que cuenta con más de 10 años de aplicación, no se sumará a las y los autores que piden la derogación del precepto, sino que reafirmará, aunque de forma elíptica, la necesidad de un precepto especial que supere las dificultades con que ha topado el actual art. 578, "pues no parece del todo oportuna una total abolición de un tratamiento atenuado para el infanticidio." Revisemos rápidamente sus razones.

Primero, parte de un juicio negativo sobre la elección de la legislación en 1981, ya que las contradictorias resoluciones jurisprudenciales demostrarían el anacronismo del precepto respecto a las cambiantes condiciones sociales, culturales y económicas de la mujer y la inactualidad del privilegio del infanticidio respecto a las modernas exigencias político criminales. Hay que tener en cuenta, que estos juicios o perspectivas únicamente tienen como referente la lectura médico asistencial del requisito del abandono material. No parece que el problema de la feminización de la pobreza, el incremento de las familias monoparentales o las consecuencias de la maternidad en las condiciones de vida de las mujeres tengan nada que ver con ese abandono material, siempre que el parto pueda hipotéticamente ser asistido en un hospital.

Segundo, uno de los problemas de la derogación es, a su juicio, la falta de alternativas legales. Pues ello implicaría que "en ausencia de una figura privilegiada para el infanticidio los jueces se encontrarían en el dilema de reconocer la enfermedad mental, esto es de declarar la incapacidad de entender y querer de la madre infanticida, o bien de aplicar la grave pena establecida para el homicidio." Una disyuntiva que no se plantearía en otros

(63) AMBROSETTI, E.M., p. 50-55.

países como Alemania, donde SIEG (64), partidario de la derogación del párrafo 217 StGB, propone reenviar los casos de infanticidio al párrafo 213 StGB para supuestos de homicidios menos graves. Ahora bien, ¿por qué se sitúa en esa encrucijada Ambrosetti? De sus palabras se deduce que hay un tema no del todo resuelto, en el delito de infanticidio, —que es el eterno retorno a las alteraciones físico psicológicas derivadas del parto, como presupuesto principal del régimen más favorable de pena, aunque a él se sumen otros factores legales que legitimen el menor desvalor jurídico que el ordenamiento otorga a ese comportamiento.

Aunque le parece necesario descartar el automatismo de la declaración de incapacidad de entender y querer en los supuestos de infanticidio, esto es el carácter absoluto de la presunción de disminuida capacidad psíquica para la madre infanticida, entre otras razones por la crisis del concepto del elemento de la imputabilidad, sigue manteniendo que según las investigaciones criminológicas, aumenta la incidencia de la enfermedad mental entre los factores determinantes de ese gesto criminal (65). Aplaude por ello el *Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale*, elaborado por la Comisión constituida en 1988 por el Ministro de Justicia, Giuliano Vasalli, que contiene, en el ámbito de los delitos contra la vida e incolumidad individual (Libro I, Delitos contra las personas art. 59.2º), una regulación del infanticidio en condiciones de aislamiento psicológico o bien de abandono material y moral. La expresión de aislamiento psicológico correspondería "a aquello que es la moderna realidad criminológica del infanticidio."

No obstante desde el punto de vista de la técnica legislativa, valora como más coherente la propuesta de los Proyectos Alemanes de insertar la figura del infanticidio, en una figura más amplia de Homicidio en estado de alteración emocional (Affekttotschlag), utilizado también para la eutanasia u homicidio piadoso. Desde el punto de vista dogmático en ambos casos el menor desvalor vendría determinado por una culpabilidad menor del sujeto agente, ya que la antijuricidad objetiva de la conducta criminal es equiparable a aquella de un homicidio doloso común. El privilegio del infanticidio sólo alcanzaría a la madre, "en la única hipótesis en que ello aparece justificado en nuestra sociedad contemporánea el de una mujer constreñida a vivir el momento del parto en una situación de tal soledad psicológica y

(64) SIEG, R., "Gegen die Privilegierung der Tötung des nichtehelichen Kindes", en ZStW 1990, pp. 292 y ss.

(65) AMBROSETTI, E.M., ob. cit. pp. 128-132.

afectiva o en un tal estado de abandono material y moral que le induzca a cometer ese crimen" (66) ...tan incomprensible.

La necesidad de partir de hechos aprehensibles, que puedan ser fácilmente probados o constatados por los Tribunales (o por los peritos y psiquiatras) y la imposibilidad de asimilar en nuestra cultura el gesto infanticida, por lo que conlleva de antinatural respecto de ese poder o capacidad de generar vida que posee la mujer, resulta ser un círculo vicioso en la comprensión de este delito, pues constantemente nos devuelve a las situaciones de alteración psicológica localizadas o vinculadas con el momento y el acontecimiento físico del parto.

Como si el problema de la maternidad no deseada no pudiera ser analizado o enfocado desde otras coordenadas, que sin embargo son tenidas en cuenta para el aborto. El parto sólo constituye un momento cronológico en que se actualizan o intensifican los desajustes iniciales y constantes de la ajeneidad y agresión o invasión con que la mujer percibe su relación con el feto. Ajeneidad que se trastoca en destrucción una vez que se ha materializado, en la percepción visual de la niña y del niño recién nacido.

Desde una perspectiva de "Derecho de Género"—que quiere decir simplemente que hombres y mujeres son portadores de derechos fundamentales sexuados— Graziozi (67) enfoca muy críticamente el mantenimiento de supuestos de derecho desigual, entre los que incluye, a la Ley del Aborto y a la actual regulación del delito de infanticidio en el art. 578 del Código Penal Italiano. Rechaza estos ejemplos de derecho desigual, por lo que representan de continuidad con la vieja cultura penalista. Ya que como esta misma autora demuestra, en la Historia del Derecho penal la menor punibilidad de la mujer siempre se ha construido o se ha justificado a partir de la fisiología de su cuerpo y de las implicaciones emotivas o de comportamiento que de ahí se derivaban. Alteraciones fisiológicas-psicológicas de las que se deduce una menor capacidad de juicio y de raciocinio, que jurídico-penalmente incidirá en una diferente (menor) comprensión y en un disminuido conocimiento de la norma. Está claro que hoy, estima esta autora, cualquier hipótesis de diferenciación penal entre los sujetos que se suponen capaces de entender y querer aparece como extraña e injusta (68).

(66) Cita la conocida frasse de PESTALOZZI (Über Gesetzgebung und Kindermord, en Sämtliche Werke, vol.VII.18, p.269) "L'infanticidio. Sogno o son desto? È forse possibile una tale azione?". AMBROSETTI, ob. cit. pp. 12 y 139.

(67) Ob. cit, p.143.

(68) GRAZIOZI, loc. cit. pp. 101 y 138-141.

Esta posición de rechazo se fundamenta asimismo en la idea que “el derecho diferenciado” que pretende tutelar a la mujer contra la discriminación, acaba siempre asimilado a carencia, a minoridad o a inferioridad. Y en lugar de recalcar el nuevo paradigma de la diferencia-diversidad, lo que hace es sancionar la diferencia-inferioridad de la minoridad biológica de triste memoria (69).

“Más fecunda aunque también más difícil y problemática, es la hipótesis completamente diferente, de proponer un nuevo derecho como “derecho de género” unido al reconocimiento y a las garantías de los derechos fundamentales sexuados”. Esta alternativa tiene otros presupuestos a tenor de los cuales, las mujeres no constituyen un grupo unido por vínculos internos normativos o por identidades culturales, (como las minorías o los grupos oprimidos), por ello el género no puede ser equiparado a otras formas de identidad diferente, que reclaman tutela y protección y cuya problemática pueda ser informada, mostrada, o superada a través de los principios liberales de la autonomía o de la tolerancia o más modernamente por el modelo propuesto por el pluralismo político. La diferencia de género es una diferencia irreductible, de ahí que la igualdad entre los géneros no puede ser realizada si no se supera la lógica de la mera tutela propia del derecho diferenciado, y no se actúa “sopra la legge” en una orientación que la trascienda (70).

(69) Il “femminile”, para el Derecho ha sido por siglos un sexo enfermo, a gobernar y tutelar, por el sentido de minoridad y de carencia a él siempre asociado. A las mujeres les han sido prohibidos los cargos públicos como formas de representación de otros y otras y de sus propios intereses. El ejercicio de la abogacía, ...la misma tutela de los hijos por parte de la madre ha sido objeto de contrastes y diatribas y de una larguísima conflictividad de las mujeres ...ha sido excluida del poder de denunciar y de acusar ...también la prohibición de ser testigo, que en varias formas ha sido negada a la mujer expresa esa congénita imposibilidad... Hoy el derecho concede la inclusión. Y de nuevo ejerce funciones de tutela, si bien a favor de la igualdad entre hombres y mujeres. Está claro que todo ello no puede sino suscitar desconfianza... Es también sobre este mismo plano que se mueven las intervenciones de acción positiva, que proponen una legislación de tipo emancipatorio informada por la idea de la función promocional del Derecho, también para la mujer. Se trata de un planteamiento insidioso, con posibles valencias regresivas que ha sido objeto de agudas y detenidas críticas por parte de la mujer. (la traducción es mía) GRAZIOZI, loc.cit. pp.140-142.

(70) GRAZIOZI, M., loc. cit. p. 143. Con más claridad sobre esa idea de “sopra la legge”., BOCCIA, M.L. (“Da “sopra la legge” una critica a un punto di vista maschile”. *Democrazia e Diritto*, 1993, p. 315) nos dice; una delle piú preziose acquisizioni del femminismo è proprio nel differente modo di produrre pensiero, di creare un altro ordine, altre forme e misura della realtà, reinterrogando insieme ciò che in essa appare già dotato di un suo senso e posto, e ciò che invece a questo sfugge, restando affidato a la mera esperienza, alla vita come se dice. Anche rispetto al diritto, l’elaborazione sulle forme e i principi, che del diritto sono l’essenza, ha preso le mosse nel femminismo da questa recognizione di ciò che vi era compreso, e dunque risultava comprensibile a partir dal diritto, e ciò che, al contrario, era, è, a esso irriducibile, e per ciò stesso appare destinato a rimanere “incivile”, “selvaggio”. Sarebbe un grave errore ridurre la posizione da cui parla la differenza sessuale o a istanza “della vita” verso la forma (e lo si fa quando si riduce la differenza a identità, portatrice di “nuovi” contenuti, “nuovi” diritti.

Esta idea de —por encima de la Ley— suscitada, en parte por la desconfianza hacia la diferencia, por miedo a que nos lleve a retrocesos hacia el pasado, a un renacer del biologicismo positivista (71), aunque con otros ropajes o con otras loables intenciones, produce asimismo efectos contradictorios y desiguales. Así para el supuesto del Aborto este ser o estar “sopra la legge” hace referencia a la producción de libertad de las mujeres, producción que no tiene por qué ser actuada por el derecho, sino por la práctica política y social entre mujeres. Libertad de las mujeres manifestada (en el caso del aborto) por el ejercicio de la soberanía de la mujer sobre el propio cuerpo, lo que supone pedir la desregulación legal de ese comportamiento o lo que es lo mismo sacarlo del Código Penal, con lo cual se sustraería la decisión de la mujer, su maternidad contestada, del control patriarcal del Estado. En cambio a los casos de infanticidio que también constituyen un supuesto de maternidad contestada, en defecto de un tipo especial autónomo, o de un tipo de homicidio atenuado donde puedan subsumirse y diferenciarse esta clase de conductas, se les aplicaría la misma ley que al hombre, su comportamiento sería etiquetado como un asesinato. El ser o estar “sopra la legge” o la no previsión de un derecho desigual o diverso arrastraría la diferencia irreductible derivada de la maternidad, que de este modo quedaría asimilada o neutralizada.

(71) Este temor nacía, a su vez, de la importancia que la política y el pensamiento de la diferencia sexual dan al cuerpo de las mujeres y al deseo de éstas, al goce, al bienestar del cuerpo así dado a luz.; GARRETAS, M. M., *Nombrar el mundo en femenino*. Cit. pp.184 y ss.

3.

La derogación del infanticidio en el Código Penal español 1995

3.1

RAZONES Y CONSECUENCIAS DE UNA REFORMA

La extraordinaria benignidad de la pena del delito de infanticidio respecto al marco penal consignado para los delitos de asesinato, parricidio u homicidio en su caso, venía provocando toda suerte de críticas en sede científica por tratarse de un privilegio cada vez más injustificable o necesitado cuanto menos de una contundente explicación político criminal (72).

Doctrina y Jurisprudencia empiezan a manifestar, a partir de los años ochenta, que no sólo no compartían las opiniones de Beccaria y Carrara, sino que desde el punto de vista de los valores en juego, estimaban inadmisibles una disminución tan importante en la protección de la vida. A esta crítica se añadía, que el delito representaba un anacronismo y constituía una contradicción con el texto constitucional, pues nunca el honor familiar puede privilegiar la muerte de una persona. En definitiva no se encontraba explicación para un precepto sustentado en un concepto de honra, (un subproducto espurio del concepto de honor) proveniente de una Sociedad jerarquizada, que hoy ni constituye un valor digno de protección penal, ni por tanto puede fundamentar semejante privilegio (73).

Este unánime rechazo por parte de la doctrina científica a la regulación anterior e incluso al mantenimiento de un tipo penal autónomo parece haber encontrado eco finalmente en el Nuevo Código Penal. La derogación llevada a cabo obliga o al menos invita a reflexionar sobre las razones subyacentes a esta propuesta abolicionista y sin precedentes.

(72) BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 2ª ed. Barcelona, 1986, p. 39; BAJO FERNÁNDEZ, M., *Manual de Derecho penal, Parte especial*, 1ª ed. Madrid, 1986, p. 101.

(73) COBO DEL ROSAL, M.; CARBONELL, J.C., *Derecho penal. Parte especial*. Vol. I. Valencia 1987, p. 517; QUERALT, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*. Vol. I, Barcelona. 1986. p. 39, quien parafraseando a GIMBERNAT puntualiza: "no se trata de proteger el honor de la madre, sino del varón, aquí del abuelo. Cabe seriamente cuestionarse la constitucionalidad de este privilegio".

En el Proyecto de Ley Orgánica de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983 se preveía tan sólo una sustitución del móvil de ocultar la deshonra, por otro elemento, el de las tensiones emocionales producidas por la circunstancia del alumbramiento y el estado puerperal (74). Los Proyectos de los años 90, anuncian sin embargo una modificación demasiado brusca de la respuesta penal, para el gesto persistente de la madre que mata a su hijo recién nacido. En este sentido el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992 y el Proyecto L.O.C.P de 1994 trastocan de manera sustancial el estado de cosas hasta entonces vigente. En ambos Proyectos desaparece la figura del infanticidio y se modifica la definición tradicional de la alevosía, objetivándola, al añadir un último inciso a tenor del cual: existe alevosía "cuando el hecho se ejecutare sobre persona ab-

(74) En el Proyecto de 1980 el infanticidio conserva un tipo específico, aunque pierde su capítulo independiente y es regulado en el Lib.II. Tit.I. Cap.I. art.159 "La madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada como reo de infanticidio, con la pena de Prisión de tres a ocho años". Esta propuesta fue rechazada a nivel parlamentario por el Grupo Minoría Catalana, en su enmienda n.º 58, argumentando: "que el acierto de la derogación del infanticidio honoris causa no debe empañarse con la derogación de otro tipo de infanticidio" ...Asimismo El Grupo Comunista en su enmienda n.º 158 proponía la supresión del tipo del infanticidio. La justificación era —"la figura del infanticidio se suprime por su anacronismo y contradicción con el ordenamiento constitucional que impide que el honor familiar para privilegiar la muerte de una persona, aunque el proyecto pretenda evitar esta crítica a través de la referencia a las fiebres puerperales, fenomenología que no pertenece a nuestro siglo". A estas críticas se sumaron las de la doctrina penal, quizá por ello la PANCP de 1983, mantiene el infanticidio como tipo privilegiado, pero redacta de nuevo el precepto en el L.II, Tit.I, Cap. I. art.143 "la madre que matare a su hijo recién nacido bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada como reo de infanticidio, con la pena de prisión de tres a ocho años". Cfr.en este sentido por todos, TALÓN MARTÍNEZ, F., "Delitos contra las personas", en el *Proyecto de Código Penal* (monográfico de la R. Jur. Cat.), Barcelona 1980, pp. 81 y ss. Véase también GONZÁLEZ CUÉLLAR GARCÍA, A., "Parricidio, Infanticidio y problemas de participación en el Proyecto de Código penal", en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 17, 1982, pp. 218-219. Más recientemente la importante aportación de SANZ MORÁN, A.J., "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida", en *A.D.P.C.P.*, Fascículo III, Sep-Dic 1995, pp. 822 y ss.

solutamente indefensa," (75) condición que obviamente se predica de una o de un recién nacido. De ahí resultaba, que en el PLOCP de 1992, donde también se prescindía del Parricidio y de la agravante de parentesco en el marco de los delitos contra la vida, el Infanticidio quedaba transformado en Asesinato, con pena de Prisión de 15 a 20 años (76). De igual manera el PLOCP de 1994, donde sólo pervive con nombre propio el Homicidio y se recupera como agravante específica el Parentesco, el Infanticidio podrá ser castigado como un Homicidio agravado con dos circunstancias —la Alevosía y el Parentesco— con la máxima pena prevista para los delitos contra la vida, de 20 a 25 años (77).

Las duras críticas de la doctrina científica al último párrafo de la definición de la alevosía (en el art. 21.1 PLOCP 1992 y art. 23.1 PLOCP 1994), entre otras razones, porque da lu-

(75) "Proyecto de ley Orgánica de Código Penal de 1992", *Boletín Oficial de las Cortes Generales Congreso de los Diputados*. V *Legislatura*. n.º. 77-1. Secretaría General Técnica Ministerio de Justicia, 1992, art.21: "son circunstancias agravantes: 1º Ejecutar el hecho con alevosía .Hay alevosía cuando el sujeto comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa. "Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal 26 de Septiembre de 1994", *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, V *Legislatura*, Num. 77-1 art.23: "son circunstancias agravantes: 1º ejecutar el hecho con alevosía: hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido, o cuando el hecho se ejecuta sobre persona absolutamente indefensa."

(76) "P.L.O.C.P. 1992: art.145": "Será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años, el que matare a otro concurriendo alguna de las siguientes circunstancias: 1º la alevosía".

(77) "P.L.O.C.P 26 de Septiembre 1994, art.138": "El que matare a otro será castigado como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años"; art.139: "será castigado con la pena de prisión de quince a veinte años el que perpetrare un homicidio concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1º con alevosía..., 5º cuando la víctima fuese ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable"; art. 140: "Cuando en el homicidio concurren dos o más de las circunstancias previstas en el artículo anterior, se impondrá la pena de veinte a veinticinco años".

gar a una figura de sospecha incompatible con la prohibición de responsabilidad objetiva (78), prevalecerán, finalmente, sobre el criterio mantenido por una conocida y reiterada línea Jurisprudencial que abogaba por dar una naturaleza mixta (aunque de carácter predominantemente objetivo) a la circunstancia de la alevosía (79). De forma que la Ponencia de la Comisión de Justicia e Interior acepta en su Informe la enmienda Num. 243 "de supresión" de ese inciso final, firmada por el Grupo Popular (80).

No progresará sin embargo, la enmienda Num. 37 de modificación al art.139, presentada también por el Grupo Popular: "con la misma pena será castigado, como reo de parricidio, el que perpetrare homicidio cuando la víctima fuese ascendiente, descendiente o cónyuge del culpable", que pretendía diferenciar —como una forma de Homicidio— al Parricidio

(78) DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad criminal en el Proyecto de Código Penal de 1992", p. 404-405 y DEL ROSAL BLASCO, B., "Política criminal de los delitos contra la vida humana independiente en el Proyecto de Código Penal de 1992", pp. 953-956, ambos en *Política Criminal y Reforma Penal, Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Madrid, 1994. En ese mismo sentido ya se había pronunciado CEREZO MIR, J., *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, pp. 212.

(79) Cfr. Ver una plasmación de esa conocida corriente Jurisprudencial en el "Informe de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria", sobre "Borrador de Anteproyecto de 1990", en *Actualidad Penal*, n.º 17. p. 244

(80) Según la cual se suprime la frase "o cuando el hecho se ejecutare sobre persona absolutamente indefensa". Supresión que nada altera, pues en la Justificación de la enmienda Num. 243 se dice: "la frase es superflua, no es preciso que la persona esté absolutamente indefensa, pues con tal que sus posibilidades de defensa no ofrezcan riesgo para el agresor, como se contempla en el resto del precepto, ya se produce la alevosía. Tesis no muy diferente de la mantenida por el Tribunal Supremo en reiterada Jurisprudencia. La divergencia queda reducida, por tanto, a un problema de técnica legislativa. *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados. V Legislatura, Proyectos de Ley, 22 de mayo de 1995, Num. 77-8.*

con nombre propio (81). Se acepta, en cambio, la propuesta del Grupo Federal IU-IC de considerar el Parentesco como circunstancia mixta que puede agravar o atenuar los delitos en general, según los motivos y efectos y por tanto debe ser contemplada exclusivamente como circunstancia genérica, como así fue finalmente aprobada (82).

A pesar de las reiteradas manifestaciones de la doctrina penal, y de la opción abolicionista plasmada en los Proyectos de Código Penal antes citados, los Grupos Parlamentarios, entonces en la oposición, no parecen compartir este criterio. Prueba de ello son: Primero, la enmienda Num. 318, firmada por el Grupo Popular, en la que se propone la adición al art. 140, de un nuevo punto dos, con la siguiente redacción "2. La madre que matare al hijo recién nacido, bajo la influencia del estado puerperal o de las tensiones emocionales, provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada con la pena de dos a cuatro años de prisión". La justificación no es otra, que la de actualizar la fórmula del infanticidio por causa de honor, sustituyéndola por una circunstancia psicológica más acorde con las circunstancias de la Sociedad actual (83).

(81) Sorprende esta enmienda del Grupo Popular, en la que incluso se mantiene el conyugicidio, en abierta oposición con lo señalado por la mejor doctrina penal y por la inmediata línea Jurisprudencial, en STS, 28 de Marzo, 10 de Mayo, 31 de Octubre 1994, acatando la resolución adoptada por la Junta General de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, celebrada el 18 de Febrero de 1994, donde se acuerda por mayoría, la no aplicación del art. 405 (ACP) "en los supuestos de destrucción de hecho de la relación conyugal entre los sujetos activo y pasivo del ilícito contra la vida. Vid. El comentario de MATA Y MARTÍN, R.M., "La relación conyugal como elemento del delito de parricidio. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo, 10 de Mayo y 31 de Octubre", en *La Ley 1995, 18 de abril*, pp.1-4: Sobre la interpretación restrictiva de este tipo agravado, que ya se había impuesto en la doctrina Jurisprudencial, al aplicar la agravante genérica de parentesco del art. 11 (ACP). Cfr. MESTRE DELGADO, E., "La atenuante y la agravante de parentesco", Madrid, 1995, pp.14 y ss. Respecto a la oposición o no justificación del mantenimiento del tipo agravado de parricidio, por todos, SANZ MORÁN, A.J., "Presupuestos para la reforma de los delitos contra la vida". cit (notas 81 y 82) pp. 814-817.

(82) En la redacción de la circunstancia mixta de Parentesco, se persiste en la ampliación de su ámbito, camino iniciado con la reforma de 1983, sin escuchar las críticas que estimaban que puede darse una violación del principio de seguridad jurídica, o la utilización de la analogía prohibida. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L., "Las circunstancias..." cit. p. 412.

(83) Enmienda Num. 318, Primer Firmante, Grupo Popular, *Boletín Oficial de las Cortes. Congreso de los Diputados, 6 de Marzo de 1995, Serie A, 77-6*, pp. 187-188.

Segundo, la enmienda Num. 708 —al art. 140 bis— firmada por El Grupo Federal IU-IC. De adición de un nuevo artículo con el siguiente texto art. 140 bis “La madre que matare a su hijo recién nacido, bajo la influencia de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada con la pena de prisión de tres a ocho años”. La motivación, —más técnica— alude a razones de política criminal, coincidentes con las, manifestadas en páginas anteriores, que también las había advertido un sector de la doctrina penal. Dice lo siguiente : “De no preverse esta situación especial, el hecho resulta un homicidio agravado por parentesco, del artículo 139.5º, y de estimarse que la muerte de un niño es siempre alevosa, por concurrencia de dos circunstancias agravantes, recibirá la pena máxima de todas las previstas en esta materia. Por el contrario y sin acudir al móvil de ocultación de la deshonra incluido en el vigente tipo de infanticidio, es recomendable atender a las especiales situaciones socio-culturales en que se producen estos hechos, estableciendo una pena menor” (84).

Como es conocido, ninguna de estas dos propuestas fueron atendidas, sino que según lo anunciado el Infanticidio se transforma en un Homicidio- Asesinato, nueva valoración que de manera expresa se justifica en la Exposición de Motivos del Proyecto de 1992, ya que “la concurrencia en su caso de las eximentes completas o incompletas de trastorno mental, o miedo, puede resolver en justicia los supuestos que merezcan una comprensible benevolencia”.

Es fácil pues constatar, que la supresión de la figura de infanticidio implica cuanto menos, endurecer la respuesta punitiva y dejar a la madre expuesta al rigor de la pena y de la calificación de asesina (85). Por toda alternativa y en el mejor de los casos, deberá esperar

(84) Enmienda Num. 708, Primer Firmante, Grupo Federal IU-IC, *Boletín Oficial de las Cortes, Congreso de los Diputados, 6 de Marzo de 1995, Serie A, 77-6, pp. 285-286.*

(85) CEREZO MIR, J.: *Estudios sobre la moderna reforma penal española*, Madrid, 1993, p.212 , estima a propósito de la solución del Proyecto que “de no mantenerse la figura del infanticidio y al haberse ampliado la agravante de alevosía de acuerdo con una conocida corriente Jurisprudencial, la muerte del niño por su madre sería en todo caso asesinato”. En otro sentido GARCÍA VALDÉS, C., *El Proyecto de nuevo Código Penal*, Madrid, 1993, p.19, defiende la derogación, aunque luego contradictoriamente señale que el hecho nunca podrá calificarse de asesinato “pues la cortísima edad es inherente al delito, no cupiendo, así, la alevosía”. Como apunta SANZ MORÁN, A., “Presupuestos...” cit. p. 825 (nota 109 bis) habrá que ver si el Tribunal Supremo abandona o no la tesis ampliatoria en la interpretación de esta agravante. Y por otra parte, no sé a qué delito (desaparecido el infanticidio) puede ser inherente la cortísima edad.

que entren en juego las reglas de la Parte General sobre el miedo insuperable, el estado de necesidad (eximentes que se resiste a aplicar el Tribunal Supremo en el Aborto, parece ilusorio mencionarlas en el Infanticidio) o sobre el trastorno mental transitorio, esto es reconduciendo el hecho a la locura. Una reforma que no deja de suscitar interrogantes que merecen una consideración más detenida.

En primer lugar, esta abolición que no tiene parangón en el Derecho penal europeo, actualiza y reaviva la discusión planteada hace más de un siglo, entre médicos y juristas sobre la sanidad de la mente de la infanticida. Volvemos por tanto a una polémica nunca superada, y que hoy parece reavivarse, ante la alternativa entre punición (asesinato) o locura (si se aplican las reglas de las eximentes de la Parte General) a que nos conduce la reforma aprobada. Pues como bien apunta Sanz Morán, no son idénticos los efectos que se siguen de dejar a su juego las reglas de la Parte general, que fijar un tipo penal específico con marco penal propio. Sólo en este último caso, el arbitrio judicial queda ceñido a sus justos términos. A ello se suma que desaparece el efecto oclusivo del tipo más benigno, y no es posible impedir la eventual calificación del hecho como asesinato (86).

En segundo lugar, interesa dirigir la interrogación sobre los parámetros de comprensión del principio de igualdad constitucional con que se juzga la calificada de "inaceptable" discriminación que suponía el privilegio del infanticidio.

En unos casos, porque el rechazo técnico dogmático y político criminal del privilegio del infanticidio se apuntala en un preocupante retorno a los criterios propugnados por Pacheco, en su cínico y preiluminista Comentario sobre el delito, tal y como se regulaba en el Código Penal de 1848. "Comprendemos y aprobamos que el designio de ocultar la deshonra sea tenido en cuenta por la Leyes. Mas el hacer rebajar la pena, por esta causa atenuante, desde la muerte, castigo ordinario del parricidio, la cadena perpetua es sólo cuando hubiere otras causas del mismo género, hasta la prisión menor, nos parece incomprensible y digno de toda censura. Artística, científicamente, es un salto que no tiene ejemplo. Humanamente lo encontramos de absoluta repugnancia. A esa idea de honra que no contuvo para evitar el nacimiento del hijo, no se le puede dar moralmente, ni el valor ni la fuerza que el artículo

(86) Ob. cit., pp. 824-825.

le da para excusar la muerte de un hijo de tres días. No basta adorar la honra, es menester llevar un corazón de fiera para hacer esto.”(87).

Según estas gráficas palabras resulta evidente que aquella idea de honra, que no contuvo, debe presidir las relaciones sexuales de la mujer en todo momento, manteniéndose la confusión entre sexualidad y maternidad, por ello la mujer que viole este Código es digna del mayor castigo. Lo que está en juego no es entonces sólo los intereses, vida del recién nacido, versus honor sexual de la mujer, sino toda la trayectoria sexual maternal de la mujer y en ningún caso de su complemento, el hombre, cuyo honor sexual no quedará menoscabado por el contacto y mucho menos por la maternidad, de la que habitualmente no se hace responsable, basta leer la Jurisprudencia, salvo para colaborar en su destrucción. Convendría recordar aquí las palabras de Rojas Marco, a propósito de los niños y niñas sin padre del Bronx de Nueva York : “Ser padre implica para ellos tomar responsabilidad, proveer afecto y seguridad (algo que desafortunadamente muy pocos han vivido en sus hogares). Hacer un niño significa que un día tuvieron relaciones sexuales con una joven, la embarazaron y ella tuvo un hijo. Eso es todo”(88).

En otros casos, porque la desaparición del privilegio se fundamentaba, en el rechazo de la idea de honra, en cuanto expresión de honor sexual implícita en el tipo de infanticidio, ya que según este planteamiento no es posible plantear en la actualidad que una relación sexual o un nacimiento sea más o menos honorable, de modo que conforme a la Constitución no se puede excluir a nadie por la estimación pública, pues ello no determina en modo alguno el concepto de honor (89). Llevada a su límite esta lectura nos dice, que el honor sexual no existe. La consecuencia lógica será entonces pedir la supresión del delito de infanticidio, al desaparecer su fundamento, la causa de honor (entendida como honor sexual).

(87) PACHECO, J.F., *El Código Penal comentado y concordado*, 2ª ed. T.III, Madrid 1856, p. 35. La cita del Comentarista más famoso del Código Penal de 1848, parece ser del agrado de los más recientes estudios en lengua castellana sobre el infanticidio, que por otra parte desconocen, o al menos no dan razón de ello, la mejor bibliografía extranjera sobre el tema. Así MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I., "Delito de infanticidio", *Rev. D. P. Crim.* (UNED) n.º 3, 1993. p. 415 : MELÉNDEZ SÁNCHEZ, F., "El infanticidio", *Rev. D. P. Crim.* (UNED) n.º 2, 1992. p. 518: anteriormente COBO/CARBONELL, *Derecho penal, Parte especial*, Valencia, 3ª ed. 1987 p. 517-8: BAJO FERNÁNDEZ, M., *Parte especial*, p. 103

(88) ROJAS MARCOS, Luis, *El País Semanal*, Domingo 6 de Julio 1996, p.92.

(89) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., "Revisión del contenido del bien jurídico honor", *A.D.P.C.P.*, Mayo-Agosto, 1984, pp. 307 y ss. BUSTOS RAMÍREZ. Cit. p. 42.

—Sin olvidar la función promocional de contribuir a la evolución del sistema social, que con base en el art. 9 de la Constitución, cabe asignarle al Derecho penal, la propuesta manifestada, que constituye un indudable deber ser, supone en mi opinión una ideológica comprensión de la norma constitucional y de las más concretas normas del Derecho de familia, por cuanto trata de suplir una falta de observación de la realidad social, que sin necesidad de mayores comprobaciones nos la proporcionan los Hechos Probados de las Sentencias sobre Infanticidio (o en su caso Parricidio).

Si algo pone en evidencia un delito tan primitivo (y a la vez tan complejo) como el infanticidio es, precisamente, que el sistema social realmente vivido por la madre infanticida no coincide con aquel (sistema abstracto, universal neutro, pero masculino) constitucionalmente reflejado y al que se toma como punto de referencia para descalificar el privilegio.

Lleva razón el postmodernismo cuando apunta que la posición jurídica de la mujer, no será posible comprenderla si no se confronta con su vida real. Para comprender la efectiva situación de la mujer frente a la ley sería exigible una interpretación contextual que tenga en cuenta sus condiciones de vida, la diferencia entre unas mujeres y otras y la diferencia entre mujeres y hombres (90).

3.2

INFANTICIDIO-ABORTO

Por esa misma razón no se puede admitir esa constante visión del infanticidio como un comportamiento en cortocircuito que sólo se puede analizar a partir de la alteración física o psíquica presuntamente provocada por el parto, sino que su valoración y comprensión está estrechamente ligada al Aborto, y su revisión y crítica no puede desconectarse de las pro-

(90) PETERSEN, H., "Dalla Scandinavia un'interpretazione femminista postmoderna del diritto", *Democrazia e Diritto*, n.º 2º, 1993, p. 145 y ss. Cuando se quiere evaluar las consecuencias de una interpretación feminista post-moderna del Derecho, se acentúa el análisis de los modos de vida de la mujer y se remarca el fracaso del concepto unitario del Derecho y de la concepción universal de la Mujer. Porque si se quieren analizar y describir las diversas situaciones jurídicas, de las diversas mujeres, en las diversas situaciones no puede servir un concepto unitario del Derecho. Pero todas estas exigencias son más fáciles de aplicar a ámbitos del Derecho no monopolizados por el Estado, (como el Derecho penal), caso del Derecho laboral, donde es posible describir, como hace Hanne Pertersen, normas y modelos generados y desarrollados por la mujer, en lo que ella denomina, ámbitos sociales semi-autónomos construidos en los lugares de trabajo con predominio de mujeres.

puestas de desregulación o de ampliación de los supuestos de descriminalización del aborto. Pia Casarini apunta al respecto, la similitud que presentan los casos de infanticidios estudiados a nivel de comportamiento, aunque existan diferencias a nivel de conciencia. Similitud que atañe sobre todo al modo en que parto y embarazo han sido vividos, al modo en que han sido ocultados, la soledad y el silencio de que han estado rodeados. Pero el nudo central del discurso está representado, en su opinión, por la relación con el feto. En todos los casos parece seguirse un comportamiento que no es sólo definible como negación de la maternidad, sino como su reverso, su contrafaz. La ausencia de cuidados y de atenciones respecto del recién nacido o nacida, es lo opuesto, el reverso en un cierto sentido, de un comportamiento maternal típico. Así como al ahogamiento trastoca el gesto de amor y de cuidado del abrazo materno, en un gesto de muerte (91).

Ambos comportamientos presentan, asimismo, una continuidad como formas de desviación debido a la semejanza de las motivaciones y de la problemática de adaptación al control social que revelan, en un contexto socio-cultural siempre presumido, pero que no ha sido nunca objeto de investigación: el de situaciones donde las mujeres reciben un escaso reconocimiento y muy precario soporte material para adoptar un papel central en la vida (92). Así la disminución del número de casos de infanticidio, antes apuntada, tuvo su réplica inmediata en una progresiva ascensión de las cifras de Aborto, sin embargo llega un punto en que el saldo del primer delito se hace insensible a los movimientos del Aborto. Esta comprobación, que no deja de ser sorprendente, tiene mucho que ver con la feminización de la pobreza, problema respecto del cual Davis, J. y Faith, K. resaltan, cómo la intervención burocrática ha conseguido aislar a las mujeres en función de sus necesidades y ha precipitado la pérdida de privilegios específicos por razón del género, La "madre" y la "señora" podrían ser papeles ventajosos para las mujeres del siglo XIX, pero bajo el control burocrático del Estado asistencial no existen mecanismos análogos para la mujer anómica moderna. En suma, el recurso a la asistencia social combinada con el menor nivel de ingresos de las mujeres y la limitada aceptación social de las madres solteras, son factores, que todavía hoy, reducen la autonomía de la mujer respecto a la familia y limitan sus posibilidades de elección sobre su propia vida (93).

(91) CASARINI, M.P., "Tra criminalità e follia". Ob. cit. p. 141.

(92) DAVIS, Nanette J. y Karlene FAITH, "Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación", en LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*. Madrid, 1994, pp. 114-115.

(93) *Ibidem.*, 116-7.

Desde un punto de vista técnico dogmático, Sanz Morán, por primera vez, ha puesto en evidencia, la correlación existente entre el aborto eugenésico y la eutanasia precoz, y el alto contraste valorativo que se produce en el tratamiento legislativo de una y otra conducta, al suprimirse el tipo del infanticidio.

Pero esta continuidad entre infanticidio y aborto se quiebra o crea contradicciones en el momento de proyectar sobre uno y otro el corsé del Derecho. Si para el aborto una posible solución jurídica es la de descriminalizar, esto es, la desaparición de los Códigos Penales de toda regulación sobre el aborto. Por entender que cualquier ley relativa al aborto, aunque sea para legalizarlo, somete a la mujer, en cuanto mujer y sólo a la mujer a una jurisdicción que limita drásticamente la soberanía sobre sí misma. El aborto está ligado al cuerpo sexuado de la mujer, su eventualidad está inscrita en la potencialidad de este cuerpo de concebir y de reproducirse. Por ello prohibirlo o legislar sobre ello, significa operar con un concepto de libertad individual que tiene en cuenta únicamente cuerpos sexuados de hombres, cuerpos en sí cerrados y completos, contenidos y continentes, propiedad de quien lo habita, sin vínculos y relaciones (94).

Del infanticidio, en cambio, se habla en términos de pasado, como problemática medieval y cuya regulación, incluso la más benigna procedente de la Ilustración, debe ser rechazada. O bien por considerarse una opción o una estrategia que reproduce el género y las categorías de mala madre, (infanticida o que aborta), madre soltera, madre de alquiler, y es esta mujer del discurso jurídico la que el feminismo debe continuar deconstruyendo. O bien porque aunque sea verdad que con la Ilustración las penas se volvieron menos crueles, también más mujeres fueron absorbidas por la inescapable red de la maternidad. O bien por contemplarla como política que reproduce el dilema de la diferencia-inferioridad.

Pero aún sumando a esta resistencia las críticas que se hacen al tipo privilegiado de infanticidio por la imagen que presenta de la mujer, o por la forma en que están concebidos los tipos penales donde se regula (95), no puede menospreciarse o sepultarse bajo la acusa-

(94) (la traducción es mía), PICH, T., "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista". *Democrazia e Diritto*, 1993, n.º 2, pp. 37-38. Vid. también BOCCIA, M.L., "Aborto, pensando l'esperanza", in *Coordinamento nazionale donne per i consultori*, "Storie, menti e sentimenti di donne di fronte all'aborto", Roma 1990: CAVARERO, A., "Sovrane", *Via Dogana*, n.º 5, 1992.

(95) LARRAURI, E., "Control formal... y el Derecho penal de las mujeres", en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit. pp. 101-102: DE LA CUESTA, P., "La protección penal de la mujer en la familia", en *Páginas*, n.º 13, p. 46.

ción de afianzar aún más la diferencia (minoridad) y la desigualdad, el importante giro hacia la benignidad, que se produce en la Ilustración, frente al endurecimiento punitivo que implica la propuesta de abolición actual.

Aceptando que las posibles vías jurídicas para afrontar los casos de infanticidio sean más difíciles de pensar, cabe aceptar en principio la propuesta de Ferrajoli que parte del presupuesto de la igualdad como norma y la desigualdad como hecho, y cuya posición se inscribe dentro de la política de los "derechos". Reconoce este autor, después de preguntarse si existen derechos fundamentales de la mujer y sólo de la mujer, "que un derecho que atañe a la mujer y sólo a la mujer, es el derecho de autodeterminación en materia de maternidad y consiguientemente de aborto. Se trata de un derecho al mismo tiempo fundamental y exclusivo de la mujer por múltiples y fundadas razones: —primero— porque ello es todo uno con la libertad personal, la cual no puede no comportar la autodeterminación de la mujer en orden a la elección de ser madre; —segundo— porque ello expresa aquello que John Stuart Mill llamaba "la soberanía" de cada uno sobre la propia mente y sobre el propio cuerpo; —tercero— porque cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los deseos de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo Kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o como instrumento —sia pure di procreazione— para fines no propios, sino únicamente como fin en sí misma; —cuarto— porque diversamente de cualquier prohibición penal, la prohibición del aborto equivale también a una obligación —obligación de llegar a ser madre, de sostener el embarazo, de parir, de criar un hijo, —en contraste con todos los principios liberales del Derecho penal. No se trata sólo de una fundamental libertad negativa (de no ser madre y por tanto de abortar), sino de una inmunidad de constricciones y de servidumbres personales que es complementaria a una fundamental libertad positiva: el derecho - poder de engendrar, de traer al mundo a las personas, que es un poder por así decirlo constituyente, de tipo pre o meta jurídico, siendo el reflejo de una potencia natural inherente exclusivamente a la diferencia femenina."

Al menos para este derecho la diferencia sexual debe traducirse en un derecho desigual, o si se quiere sexuado. Gestación y parto no pertenecen a la identidad masculina, sino sólo a la femenina" (96).

(96) (la traducción es mía) FERRAJOLI, L., "La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza", in *Democrazia e Diritto*, 1993, n.º 2, pp. 62-65: Cfr. También, *Diritto e Ragione, Teoria del garantismo penale*. 2ª ed. Roma, 1990, pp. 460-482.

De ahí las diversas y contradictorias consecuencias de proponer por un lado la abolición o no regulación de un tipo especial para el infanticidio, que nos puede hacer retroceder hacia penas, mucho más severas (como las del asesinato u homicidio) que las valoradas para este hecho por los ilustrados, y la petición por otro de la regulación penal del aborto, como reconocimiento del valor de una fundamental libertad positiva de la mujer. El infanticidio entendido como la muerte del recién nacido a manos de su madre, nunca puede ser equiparado a un homicidio u asesinato ejecutado por un hombre, pues el factor de la maternidad no deseada como desencadenante de ese gesto criminal, por razones de desequilibrio personal, por razones sociales, de severas presiones familiares, de abandono o desentendimiento del padre, etc., marcan la presencia de una diferencia irreductible, no equiparable a otras diferencias. La simple abolición del tipo penal da lugar a una equiparación, que ya implica una desigualdad, que ignora y asimila las diferencias en nombre de una abstracta afirmación de igualdad.

MARÍA LUISA MAQUEDA ABREU

**Catedrática de Derecho penal
de la Universidad de Almería**

*Prostitución de
las mujeres y
control: una
relación
controvertida
(1)*

(1) (Intentar aproximarse al análisis de la prostitución como fenómeno genérico, sin distinción de sexos, resulta pretencioso, en particular si con ello se busca ofrecer una visión global, no interesada ni partidista del tema. Cualquier profundización sobre la prostitución, por superficial que sea, termina reconduciéndose inevitablemente a la mujer. Véase Roberta TATAFIORE, "Fare vuoto di norme intorno alla prostituzione", *Democrazia e Diritto*, anno XXXIII, n. 2, aprile-giugno, 1993, especialmente, pp. 246 ss.).

Introducción

1.

A principios de este siglo afirmaba Cesare Lombroso, en una frase que se ha hecho célebre como exponente del enfoque biológico de la criminalidad, que “la prostitución es a las mujeres lo que el delito a los hombres, porque las prostitutas tienen los mismos caracteres físicos y morales que el delincuente” (2). Muy poco variaba la apreciación de otros criminólogos contemporáneos del autor, preocupados por incorporar una perspectiva social al examen de la delincuencia: “Si la mujer en sociedad no suministra a las cifras de criminalidad más que un débil contingente, no obstante, manifiesta ampliamente por la prostitución, la degeneración especial de su sexo”, decía Enrico Ferri (3).

Por otra parte, desde la Federación Abolicionista Internacional fundada en 1875 bajo los auspicios de Josefina Butler, se denunciaba la prostitución como una forma de explotación y degradación de la mujer, incompatible con su dignidad y la autonomía de su personalidad (4).

Se trata de dos perspectivas fundamentales para la comprensión del fenómeno de la prostitución de las mujeres: la prostituta como estereotipo de la mujer desviada y la prostituta como símbolo de la victimización característica de una estructura social sexista y patriarcal (5).

(2) *El delito: sus causas y sus remedios*, trad. de Bernaldo de Quirós, Madrid, Suárez, 1902, p. 260. También, ampliamente, la obra de C. LOMBROSO / G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, 3 ed., Turín, Bocca, 1915.

(3) *Sociología Criminal*. Versión española de Soto y Hernández, I, Madrid, Góngora. Una evolución de esta visión criminológica de signo positivista acerca de la prostitución puede verse en Teresa MIRALLES, “La mujer: el control informal”, *El Pensamiento Criminológico II. Estado y control*, Barcelona, Península, 1983, pp.123 ss. También, Miguel CLEMENTE, “Elaboración de un modelo psicosocial explicativo de la delincuencia femenina”, *Papers D’Estudis i Formació*, n.º 5, 1989, pp. 67 ss.; Marina GRAZIOSI, “Infermitas sexus. La donna nell’immaginario penalístico”, *Democrazia e Diritto*, Num. cit., 1993, pp. 108 ss.

(4) Cfr. ampliamente esta referencia en la obra compartida *La prostitución de las mujeres*, Fundación Solidaridad Democrática, Madrid, Instituto de la Mujer, 1988, pp.212 ss. También, Luis GARRIDO GUZMÁN, *La Prostitución: Estudio Jurídico y Criminológico*, Madrid, Edersa, 1992, pp. 62 ss.

(5) Este planteamiento, más amplio, en René VAN SWAANINGEN, “Feminismo, Criminología y Derecho penal: una relación controvertida”, *Papers D’Estudis i Formació*, n.º 5, 1989, pp. 85 ss. Desde una perspectiva crítica, en cuanto a las manifestaciones más extremas de esta dicotomía, Beverly BROWN, “Desviación femenina: Perspectivas británicas en 1988”, *Papers*, Num. cit., pp.15 y 27 ss.

Ambas se corresponden, a su vez, con dos de los sistemas que en orden a la prostitución se encuentran más arraigados en la actualidad en los ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno cultural: el sistema prohibicionista, para cuando la desviación pasa a ser criminalizada y amenazada con penas o medidas de seguridad, y el sistema abolicionista que aspira a erradicar la prostitución dirigiendo todo su potencial represivo hacia las conductas de terceros que la favorezcan. Una y otra se desarrollan preferentemente durante este siglo, como reacción frente al más arcaico y denostado sistema reglamentista que, en su afán por salvaguardar la salud y la moralidad públicas, no hizo sino garantizar torpemente una forma de control pernicioso e inútil sobre la prostituta. Veamos la primera de esas perspectivas.

2.

Prostitución y desviación

Si la “desviación” es, en su sentido más genérico, una cualidad que expresa la contradicción con una norma y “desviado” es el comportamiento que se define negativamente frente a esa norma, sea una norma moral, social o, más estrictamente, jurídico-penal (6), parece obvio que bajo esos conceptos puede incluirse la prostitución. Como con razón se ha afirmado, ésta pertenece a “toda una serie de comportamientos (con la pornografía, la homosexualidad o las drogas ...) que son socialmente reprobados, sin que tal reprobación sienta la necesidad de justificarse ...que son reprobables resulta per se evidente para muchas personas” (7).

Si, por otra parte, esa forma de desviación se atribuye a quien ejerce la prostitución —esto es, la prostituta— resulta inevitable que sea ella quien sufra el efecto negativo de una reacción social que normalmente expresará aquella reprobación en términos de exclusión y estigmatización, más o menos informales.

Pues bien, todos esos sistemas que persiguen una regulación del ejercicio de la prostitución, reglamentándola o, en su caso, criminalizándola, no son sino diversas manifestaciones de esa reacción social, ya institucionalizada y elevada a rango “oficial”. Representan, por tanto, modelos de control formalizados en torno a una conducta desviada. Y es que desviación y control son realidades íntimamente interrelacionadas (8).

Y desde esa perspectiva deben analizarse, por lo menos, dos de los sistemas más clásicos y representativos de esa toma de posición característica ante la prostitución: el sistema reglamentista y el sistema prohibicionista. Porque el abolicionismo, si bien no cuestiona el carácter desviado del comportamiento de quien se prostituye —“el comercio del sexo constitu-

(6) Cfr. por todos, Massimo PAVARINI, *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, trad. de Muñagorri, Madrid, siglo XXI, 1983, pp.62 ss.

(7) Cfr. Emilio LAMO DE ESPINOSA / Julio CARABAÑA, “Vicios privados y virtudes públicas. Consideraciones sobre ética, marginación social y Derecho penal”, *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*, Num. 53, marzo de 1983, p.4.

(8) Sobre esta cuestión, vid. la interesante perspectiva crítica que proponen Ian TAYLOR, Paul WALTON y Jock YOUNG frente al determinismo excesivo que encierran las teorías liberales de la reacción social, en *La nueva criminología. Contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, pp. 156 ss. y 284 ss.

ye, dicen sus representantes más modernos, una transgresión moral" (9)—, dirige sus mecanismos de represión sólo frente a quienes lo sostienen y lo favorecen. Será analizado, por ello, separadamente.

2.1

SISTEMA REGLAMENTISTA

Sus principios inspiradores han sido la tolerancia controlada y el apartamiento social. La prostitución es considerada "un mal necesario que es preciso reconocer y reglamentar en bien de la salud y del orden público ..." (10). La idea de separación y control son esenciales: control "personal" —tarjetas o cartillas de identificación—, control "local" —confinamiento en determinados establecimientos (prostíbulos) o lugares (ciertos barrios)—, control "sanitario" —para prevenir o combatir las enfermedades de transmisión sexual—, control "policial" ...

Este sistema se considera históricamente el más antiguo (11) y fue el más utilizado en Europa hasta los primeros años de este siglo en que se vió desplazado, sobre todo, por el influjo creciente de la ideología libertaria de la Federación Abolicionista Internacional y de otras iniciativas más localistas de signo básicamente prohibicionista. A su desaparición en muchos de los países donde estaba implantado (Suiza, Dinamarca, Holanda, Gran Bretaña, ...) (12) contribuirían también, de modo decisivo, los negativos efectos que se predicaban de su funcionamiento real. "La reglamentación, decía Luis Jiménez de Asúa en 1930, de nada sirve desde el punto de vista higiénico: a) Porque se vigila sólo a la prostituta, sin registrar ni examinar al prostituidor, tan propagador del contagio como la mujer, o más aún. b) Porque, como es natural, la enorme mayoría de las mujeres que se prostituyen, escapan a la humillación del reconocimiento, así como a todas las medidas policíacas

(9) Cfr. *The Penn State Report*. Reunión Internacional de Expertos sobre Explotación Sexual, Violencia y Prostitución. Pensilvania, Unesco, 1992, "Prefacio" (ii). Críticamente, Roberta TATAFIORE, "Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione", cit., pp.244 ss.

(10) Así lo describe Luis Jiménez de Asúa, en su obra conjunta con José ANTÓN ONECA, *Derecho penal conforme al Código de 1928. Parte especial, II*, Madrid, Reus, 1930, p. 229

(11) Luis GARRIDO GUZMÁN, monografista del tema, sitúa su origen histórico en Atenas en los años 640-550 a.d.c. con Solón coincidiendo muy probablemente con su nuevo régimen de organización de las ciudades y de la economía nacional. *La prostitución ...*, cit., pp.32 ss.

(12) Cfr. Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución ...*, cit., pp. 56 ss. y 62 ss. Detalladamente, también, en la obra colectiva, *La prostitución de las mujeres*, cit., pp.229 ss.

que le preceden y le siguen. c) Porque la inspección sanitaria que el Estado parece tomar a su cargo induce a los hombres a error, dándoles una falsa seguridad..." Y, prosigue, "nulas son igualmente sus ventajas en el orden moral, en el que da los peores resultados ya que conduce indefectiblemente a propagar el tráfico de blancas (13), y pervierte el sentido moral de los jóvenes, haciéndoles pensar que lo que el Estado organiza y reconoce debe ser una necesidad pública...". "En suma, concluye, puede decirse que los grandes moralistas, en general, juzgan hoy el régimen de la prostitución reglamentada como una forma de esclavitud femenina que debe desaparecer inmediatamente ..." (14).

El primer intento de llevar a la práctica esa propuesta en nuestro país, no se haría esperar. En 1932, un Proyecto destinado a la lucha contra las enfermedades venéreas derogaba en su artículo primero, "la reglamentación de la prostitución en la República española". "El Gobierno, rezaba su artículo segundo, no acepta la prostitución como género de vida". Esta tentativa, que conseguiría hacerse realidad con la publicación del Decreto de 28 de junio de 1935, tendría, sin embargo, una vida demasiado breve. Otro Decreto de 27 de marzo de 1941 lo derogaría bajo pretexto de "reorganizar con más eficacia la lucha anti-

(13) Sobre este aspecto en particular incide la Reunión Internacional de Expertos en su informe de la Universidad de Pensilvania de 1992 (Apéndice I) —la reglamentación "promueve notoriamente ... el tráfico y el comercio internacionales de prostitutas"— y le atribuye el mérito de haberlo denunciado a la Federación encabezada por Josefina Butler así como el de haber promovido la elaboración más tarde del Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas de 1904. *The Penn State Report*, cit., p. 13.

(14) En su obra conjunta con José ANTÓN ONECA, *Derecho Penal*, cit., pp.230 ss. Abunda asimismo en esas ideas, en lo que a la prevención de males sífilíticos y enfermedades de transmisión sexual se refiere, en su libro *El delito de contagio venéreo*, Madrid, 1924, pp. 42 y 45. Unos años antes, Concepción ARENAL se había manifestado, con menos lujo de detalles, en un sentido crítico similar: "al hablar de prostitución clandestina y reglamentada más me acomodo al lenguaje usado en otros países que a los hechos; porque en España, la autorización de las casas públicas y el atentado a la moral es una realidad; las ventajas higiénicas, una ilusión más completa que en parte alguna; y la libertad para el vicio, tan licenciosa como él puede desear". "Estado actual de la mujer en España" (1884) publicado con otros artículos de la autora en *La emancipación de la mujer en España*, Madrid, Armiño, 1974, p.47.

Lo cierto es que la valoración que se recoge en el texto ha sido compartida sin reservas a nivel general, primero por la ya aludida Federación Abolicionista Internacional (véase en la obra colectiva *La prostitución de las mujeres*, cit., pp. 212 ss.)y, casi un siglo después, en 1986, por la Reunión Internacional de Expertos sobre las causas socio-culturales de la prostitución y estrategias contra el proxenetismo y la explotación sexual de las mujeres. Cfr. su publicación por el Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988.

venérea" (15). Habría, pues, que esperar algunos años todavía para ver desaparecer de la legislación de nuestro país —como también de la de otros países vecinos (Bélgica -1948- o Italia -1958-, por ejemplo)— el sistema reglamentista y, como se verá, no decisivamente a favor de uno de signo abolicionista al menos en el caso de España. Resultaba tentador dejarse llevar por las corrientes correccionalistas del momento y optar por la definición de la prostitución como uno de esos "comportamientos antisociales contrarios a las buenas costumbres". Se estaba gestando su etiquetamiento como estado peligroso. El conservadurismo y el ambiente moralista de la época harían todo lo demás.

2.2

SISTEMA PROHIBICIONISTA

Mientras la filosofía abolicionista se desarrollaba a nivel internacional, a partir sobre todo del Convenio de Naciones Unidas de 1949 "para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena", otros países optaban por la vía de la criminalización, entre ellos, Gran Bretaña o Canadá que votarían en contra de aquel Convenio o Estados Unidos que se abstuvo (16). Nuestro país, que se adhirió a ese texto el 18 de junio de 1962, tenía, sin embargo, buenas razones para no hacerlo pues mantendría, a partir de entonces, una doble adscripción. De una parte, se comprometía a regular y castigar, como propugnaban los abolicionistas, las conductas de proxenetas y rufianes y de cuantos promovieran, favorecieran o facilitaran la prostitución ajena, y así lo hizo, manteniendo e incrementando, a partir de la reforma de 1963, la punición de cualquier forma de participación en ese tráfico sexual, fueran menores de edad o mayores de 23 años quienes protagonizaran su ejercicio (art.452 bis a), antes art. 431,2) que regulaba estos últimos casos como escándalo público, con una pena inferior). Además, esa ideología abolicionista se había manifestado ya años antes. El 3 de marzo de 1956, un Decreto Ley había declarado "tráfico ilícito la prostitución" (art. 1) y prohibido "en todo el territorio nacional las mancebías y casas de tolerancia" (art. 2), con el propósito expreso de velar... "por la dignidad de la mujer y en interés de la moral social".

(15) Cfr. esta información en Isaías SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español. Parte especial*, 3ª ed., Madrid, Reus, 1942, p. 254.

(16) Cfr. *The Penn State Report*, cit., Apéndice I, p. 17. También, ampliamente sobre la regulación penal del ejercicio de la prostitución en esos países, Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución ...*, cit., pp. 58 ss. y el libro colectivo *La prostitución de las mujeres*, pp. 210 y 233.

Sin embargo, y de otra parte, por esos años se modificaría el tratamiento antes permisivo del ejercicio de la prostitución, que pasaría a ser considerado estado peligroso, susceptible de la aplicación de una medida de seguridad. Y esto significaba optar por su criminalización y permitía encuadrar a nuestro país entre los de signo prohibicionista.

En efecto. No obstante, el proceso hacia la consideración de la prostituta como sujeto peligroso sería particularmente lento y sinuoso. La primera de nuestras leyes de defensa social inspirada en una filosofía más tutelar y asegurativa que retributiva, esto es, la Ley de Vagos y Maleantes de 1933, no contemplaba entre sus estados peligrosos el ejercicio de la prostitución (17). Por aquel entonces la única "medida reeducativa" que podía aplicarse a una prostituta, si se trataba de una menor de veinticinco años, era su eventual sometimiento al Patronato de Protección de la Mujer cuyo fin declarado era el de "velar por su moralidad" a través de la adopción de "medidas protectoras de la juventud femenina y de todas aquellas mujeres que se desenvuelven en medios moralmente nocivos y peligrosos" (18). Fue años más tarde cuando, a falta de una ley que lo hiciera posible, una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 3 de abril de 1963 ideó la fórmula para intervenir frente a la prostituta con la aplicación de medidas de seguridad. La justificación que la animaba era, según sus propias afirmaciones, contemplar "la situación marginal de la mujer pública que termina en una forma de vida antisocial con predisposición al delito dada la anulación de los valores permanentes de cultura y el predominio de los valores económicos que las hace proclives al mangantismo" y el cauce elegido, "presumirla en estado de peligrosidad" conforme al art. 1,g) del Reglamento de Vagos y Maleantes de 1935 que permitía la inclusión bajo su ámbito (!) de "todas aquellas personas que por su forma de vida habitual dedicada a actividades inmorales, demuestran un estado de peligrosidad por analogía con lo dispuesto por la ley" (junto a las prostitutas se entenderían comprendidas las echadoras de car-

(17) Muy probablemente, porque su principal artífice, Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, se declaraba abiertamente abolicionista: "la lucha debe dirigirse contra la prostitución y en modo alguno contra la prostituta", "como medidas penales ... postulo la firme represión de la trata de blancas, el proxenetismo y el rufianismo", decía. *Derecho penal*, cit., p. 233.

(18) Cfr. arts. 1 y 3 de la Ley de 20 de diciembre de 1952. Para una referencia más amplia de la génesis, evolución y cometidos de este Patronato, véase la obra colectiva *La prostitución de las mujeres*, cit., pp.215 a 218.

tas, invertidos, lesbianas y aún las personas que frecuentaban habitualmente los prostíbulos y lugares de abyección ...) (19).

Finalmente, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto 1970 declararía, de forma expresa, en su art. 2, 4, el estado peligroso de "las mujeres que ejerzan la prostitución haciendo de ella su principal medio de vida". Sorprendió ya entonces que una Ley criminalizara comportamientos tan genéricos como el ejercicio de la prostitución por referencia sólo a las mujeres. La misma Ponencia de la Comisión que reformó en 1974 esta Ley denunciaría la injusta exclusión de su ámbito de "ese negocio costero de hombres, sobre todo jóvenes que conquistan o se dejan conquistar por mujeres, más viejas que jóvenes, para venderles placer en semanas de cómodo veraneo de las que extraen pingües ganancias" (!) y modificó su articulado haciéndolo comprensivo indistintamente de mujeres y hombres (20). El texto resultante, que en su última redacción no sólo abarcaba ya a las personas que habitualmente ejercieran la prostitución, sino también a las que la promovieran, la favorecieran o aún permitieran su ejercicio en los locales o establecimientos de las que fueren propietarias o encargadas, sobrevivió a la reforma de esta Ley de 26 de diciembre de 1978 que sólo suprimió del cuadro de sus "peligrosos sociales" a rufianes y proxenetas, seguramente en la confianza de que eran suficientes para su prevención y represión las previsiones del Código Penal entonces vigente. Ello no debe extrañar si se piensa que, en sus orígenes, esta Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social se había propuesto regular únicamente los comportamientos peligrosos que no fueran a la vez constitutivos de delito, esto es, sólo aquéllos que tuvieran carácter "predelictual" y cuya peligrosidad no se hubiera evidenciado, como se afirmaba en su Preámbulo, a través de la comisión de una infracción penal (21) .

(19) Cfr. Enrique BELTRÁN BALLESTER, "Los comportamientos sexuales en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970", en *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 29 ss.

(20) Asimismo se criticó la referencia a hacer de la prostitución un medio de vida: "lo esencial, lo que perturba la moral, decía asimismo la Ponencia que reformó el texto, es que se ejerza habitualmente". Por otra parte, sorprende que en estas leyes las "medidas reeducadoras" fueran diferenciadas tratándose de mujeres: no se preveía ni la multa ni el internamiento en establecimientos de trabajo, como en el caso de los hombres, sino el internamiento en establecimiento de reeducación y la prohibición de visitas a establecimientos públicos. Sobre todo ello, véase ampliamente, Enrique BELTRÁN BALLESTER, "Los comportamientos sexuales ...", cit., pp. 30 ss.

(21) "No debe desnaturalizarse la Ley convirtiéndola en otro Código Penal ... por lo que debe quedar fuera de ella toda peligrosidad que naciera de delito". Cfr. BELTRÁN BALLESTER, "Los comportamientos sexuales ...", cit., pp. 22 y 23.

Unos años después, desaparecería también el ejercicio de la prostitución como “conducta peligrosa”, susceptible de reacción penal. Y no, como pudiera pensarse, a través de una reforma legal que tardaría demasiado tiempo en llegar, sino mediante la declaración de su naturaleza inconstitucional, por contraria al principio de legalidad, que reclamaba para su castigo que fuera —y no lo era— delito o falta. La sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1985, seguida de otras de idéntico sentido (22), se pronunciaba explícitamente en contra de la aplicación de medidas de seguridad a comportamientos pre-delictuales: “no cabe otra condena —y la medida de seguridad lo es, dice el TC.—, que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal”. Finalmente, la reciente reforma penal de 23 de noviembre de 1995 terminaría, de modo definitivo, con la vigencia de aquella perniciosa normativa. La Disposición Derogatoria c) del nuevo Código declara sin efecto la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 1970 y sus listados de “peligrosos sociales” entre los que se contaba a las personas ejercientes de la prostitución.

Hay, no obstante, otros ordenamientos jurídicos que mantienen vigente la criminalización de ese ejercicio, normalmente a través de la previsión de penas, privativas de libertad (la mayoría de los Estados Norteamericanos, vgr.) o pecuniarias (Gran Bretaña vgr.) (23) . Nadie duda, sin embargo, de que este sistema prohibicionista atrae las peores consecuencias. Y no sólo ya por su inevitable referencia a la defensa de valores morales cuya tutela penal debiera cuestionarse (24), ni siquiera por su probada ineficacia (25), sino, sobre todo, por su carácter eminentemente injusto a causa del grave proceso de victimización a que somete a la prostituta.

(22) Vgr. STC. de 14 de febrero de 1986 o de 19 de febrero de 1987. Cfr. Tomás S. VIVES ANTÓN, “Constitución y medidas de seguridad”, *Revista del Poder Judicial*, Num. 3, pp. 91 ss.

(23) Sobre la regulación de la prostitución y, en particular, de su ejercicio en estos y otros países, véase, la obra colectiva *La prostitución de las mujeres*, cit., pp.229 ss. y Luis GARRIDO GUZMÁN, *La prostitución ...*, cit., pp. 58 ss.

(24) Cfr. por todos Emilio LAMO DE ESPINOSA / Julio CARABAÑA, sobre cuyos argumentos se volverá más adelante. “Vicios privados y virtudes públicas ...”, cit., pp. 7 ss.

(25) Pese a sus elevados costes personales y económicos. Véase, más ampliamente, Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH, “Las mujeres y el Estado: modelos de control social en transformación”, en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*. comp. por Elena LARRAURI, Madrid, Siglo XXI de España, 1994, pp. 129 y 130.

Y es que, como sucede bajo cualquier política prohibicionista, la persecución penal de la prostitución genera amplios espacios de clandestinidad que incrementan la posición de debilidad de quien se prostituye, en cuanto que queda, más que bajo cualquier otro sistema, a merced de protectores interesados —chulos e intermediarios— y persecutores no menos interesados en su explotación —policías vgr.— (26). Al abuso y la corrupción que favorece esa situación se une la indefensión que crea frente a otras graves infracciones respecto de las que la prostituta es innegablemente una víctima propicia. Me refiero a los que se han llegado a calificar como sus riesgos laborales —“agresiones físicas por parte de los clientes y los chulos, violación, perversiones forzadas, impago, robos, incumplimiento de los términos del contrato por parte del cliente, reparto injusto de las ganancias con el chulo...”—(27), cuya denuncia es prácticamente impensable desde su posición de actora “delincuente” o “peligrosa social”. Por otra parte, la estigmatización —y apartamiento social— que acompañan a su condición de persona desviada, perteneciente a la subcultura de la prostitución, facilita su integración en otras subculturas no menos victimizantes, como la de las drogas,

(26) Como afirman Emilio LAMO DE ESPINOSA y Julio CARABAÑA, “el efecto básico de la intervención del Estado en el control de la moral pública es transformar lo privado en clandestino”, cfr. su artículo “Vicios privados y virtudes públicas”, cit., p. 17.

Sobre este y otros efectos negativos de esa clandestinidad, véase, por todos, Luis GARRIDO GUZMÁN, “La prostitución ...”, cit., p.58

(27) Como afirman Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH, “este tipo de delitos son raramente denunciados a causa del proceso de autoinculpación que sufren las víctimas y de la indiferencia de la policía”. Por otra parte, está también su mayor facilidad para “ser víctimas de un homicidio, por su mayor movilidad, relaciones con hombres desconocidos y falta de vínculos sociales estables ...”, en “Las mujeres y el Estado ...”, cit., p.129. A este último dato, el de los peligros que para su vida tiene el ejercicio —más aún si es prohibido— de la prostitución, añaden esas autoras, con razón, la dificultad de su esclarecimiento y eventual castigo de los culpables acrecentada por la compleja red de intereses que subyace a la subcultura en que la prostitución se desenvuelve. Sirvan de muestra los siete homicidios perpetrados en los últimos años en Almería que siguen sin resolver pese a sus rasgos coincidentes. Véase las reiteradas columnas aparecidas hace poco menos de un año, cuando se produjo la última de esas muertes, en el Diario “La Voz de Almería” (de 10, 11 y 18 de abril; 4, 5 y 10 de septiembre y 11 de octubre de 1996), comentadas por Elisa BENI UZABAL y A. JIMÉNEZ.

Consúltense también los datos, muy interesantes que, en orden a la victimización ofrece Rosemary BARBERET en el Num. 19 del *Boletín Criminológico* (abril de 1996) editado por el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología (Sección de Málaga) y que tiene por título “Victimización de prostitutas en Sevilla y Málaga”. Otro trabajo, más amplio de la autora, no publicado aún pero consultado con su permiso, ofrece una perspectiva más completa y global del problema. Su título: “Victimización y prostitución. Informe de resultados”.

que incrementan su marginación y sus relaciones de dependencia, provocando, a menudo, reacciones de rechazo social que tienden a encauzarse a través de preocupantes iniciativas ciudadanas de lucha contra la inseguridad de las calles y lugares públicos (28). Por si fuera poco, es innegable la discriminación existente en el ámbito de la persecución de estas infracciones. Según los datos que ofrece la estadística de los EE.UU. en esta materia, "la mayoría de las detenciones recaen sobre las mujeres de nivel social más bajo que trabajan 'en la calle' (del 85 al 90%) ... y aproximadamente el 40% son 'mujeres de color' (y este grupo representa el 55% de las que son detenidas (la cifra de detenciones de la que se parte es la de 89.000) y un 85% de las que son condenadas". A cambio, resulta impermeabilizada frente a cualquier posible detención o punición de esa otra prostitución "íntimamente conectada con la industria urbana del ocio, de las ferias y congresos, la cual a menudo actúa con la complicidad de la policía local, y está legalizada de facto en las salas de masajes, servicios de compañía y otros negocios llevados por terceros que son los encargados de las licencias. Los clientes de las prostitutas por lo general son hombres de negocios convencionales de clase media ..." (29).

Todas esas razones explican el paso de la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno socio-cultural al abolicionismo.

(28) Eso explica la reciente campaña ciudadana llevada a cabo en algunas ciudades de Andalucía (Huelva, Málaga, Almería ...) para implantar, con el apoyo municipal, una política de desplazamientos forzados de prostitutas a zonas de las afueras de la ciudad, en un intento de evitar la alarma social existente y la percepción de inseguridad ciudadana por parte del vecindario. Esa campaña, que aparece reflejada de forma muy explícita en la prensa diaria, se describe y se justifica sin rubor a niveles oficiales, véase, por ejemplo, la reciente ponencia presentada por el Área de Servicios de Seguridad de la Policía Local de Málaga -"La seguridad y la prostitución"- a las Jornadas sobre *Prostitución: violencia y marginación*, celebradas en esa ciudad los días 10 y 11 de octubre de 1997.

Sobre el significado de estas subculturas y de las reacciones sociales frente a ellas en nombre de la moral pública por parte de esos "empresarios de la moral", así como sobre la intolerancia existente hacia los espacios en que se desenvuelven, merece consultarse el análisis de Emilio LAMO DE ESPINOSA y Julio CARABAÑA en su obra cit. "Vicios privados y virtudes públicas", pp. 15 ss. y 19.

(29) Sobre la base de los estudios de Davis y Anderson (1983), Alexander (1980) y Bressler y Leonard (1978), cfr. Nanette J. DAVIS / Karlene FAITH, "Las mujeres y el Estado ...", cit., p.128.

3. *Prostitución y victimización: la perspectiva del abolicionismo legal*

Si los reglamentistas habían hecho suyo el discurso de “moralistas y bienpensantes” acerca de que la prostitución era un “mal necesario” que bastaba regular y controlar, los abolicionistas tomarían, en su reacción frente a ellos, el discurso de “los progresistas” y, sin cuestionar su naturaleza de “mal”, se propusieron eliminarlo. Así describe, Roberta Tatafiore, los dos modelos culturales más representativos en torno a la prostitución (30).

Este último, el del abolicionismo, nacido en la Inglaterra de finales del siglo pasado por obra de la Federación Abolicionista Internacional, encontró una de sus expresiones más significativas en el Convenio de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 1949. Conforme a su ideario más clásico, este sistema parte del reconocimiento de la autonomía de la persona y rechaza, por ello, el castigo del ejercicio mismo de la prostitución —“la prostitución personal y privada pertenece a la conciencia de cada uno y no debe constituir nunca un delito”— reservando las penas sólo para las personas que sirven de intermediarias o explotan la prostitución ajena —“la intervención del Estado, en materia de costumbres, debe limitarse ... al proxenetismo en aquellas de sus manifestaciones delictuosas que puedan ser comprobadas sin caer en arbitrariedades ...”— (31).

Estos principios, que fueron enunciados por la Federación hacia 1875, serían más tarde desarrollados por el Convenio y acogidos por los ordenamientos jurídicos de la mayoría de los Estados. Conductas tales como “promover”, “favorecer”, “concertar”, “financiar”, “mantener” o “explotar” la prostitución de otra persona, con o sin su consentimiento, a través o no de locales y establecimientos abiertos o no al público, y aún, “vivir a expensas” de la persona prostituída, se han considerado tradicionalmente delictivos y, por tanto, punibles (32).

(30) “Fare vuoto di norma intorno alla prostituzione”, cit., p. 248

(31) Cfr. la obra colectiva, ya citada, *La prostitución de las mujeres*, pp.212 a 214; y también *La prostitución ...*, cit. de Luis GARRIDO GUZMÁN, pp.63 y 64.

(32) Para un estudio comparativo de la regulación española anterior a la reforma de 1995 (arts. 452 bis a) y ss.) y la de otros países (Alemania, Bélgica, Italia, Francia, Suiza ...), véase, *La prostitución de las mujeres*, cit., pp. 222 a 246.

La cuestión más interesante que suscitan esos criterios de punición tiene que ver con la tarea de identificar un objeto unitario de interés —un bien jurídico de tutela— que permita justificar en su caso la intervención estatal. O, expresado más simplemente, se trata de buscar — y encontrar— las razones que hacen a esas conductas merecedoras de pena.

En la mayoría de los países, también en el nuestro clásicamente, la intervención penal ha pretendido explicarse en función de la defensa de la moralidad pública —también llamada “moral sexual colectiva o social”— para incluir bajo su protección el castigo de esas “formas degradadas de ejercicio de la sexualidad” que “suponen el fomento o la explotación comercial de actividades como la prostitución” (33). No parece, sin embargo, que esa respuesta sea suficiente para agotar el problema de legitimación de la pena, por lo menos, cuando esas conductas son consentidas, y aún reclamadas, por quien se prostituye.

Nos estamos refiriendo a comportamientos, socialmente proscritos si se quiere, pero que no pasan de ser transacciones voluntarias entre personas adultas donde, por principio, no se daña a nadie, esto es, no se afecta ningún bien personal concreto e identificable. Se trata, por tanto, de uno de esos clásicos delitos “sin víctima” que, todo lo más, pueden encontrar justificación en la tutela de bienes supraindividuales como el antes aludido de la “moralidad pública”. Y la cuestión es, precisamente, tal como aparece formulada por algunos autores y autoras, si “es legítima la utilización del Derecho penal por parte del Estado para imponer una moral pública” o, lo que es más importante, “si puede llamarse moral una conducta impuesta por la fuerza” (34). Y la respuesta, creo que no puede ser más que negativa, como se justificará más adelante.

Otra situación distinta se plantea, desde luego, cuando ese intercambio de bienes y servicios no es voluntario, por mediar violencia o fraude, o cuando las personas implicadas no son adultas, sino menores de edad, porque entonces sí habría una víctima que tutelar — quien se prostituye o se mantiene en la prostitución en contra de su voluntad o sin una voluntad jurídicamente relevante— y un interés digno de tutela —no ya la moralidad (privada

(33) Cfr. por todos, esta interpretación de Francisco MUÑOZ CONDE a la rúbrica “Delitos contra la honestidad” que presidía el Título IX de nuestro Código Penal, con anterioridad a la reforma parcial de 1989, en *Derecho penal. Parte especial.*, 7 ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1988, p.362.

(34) Este planteamiento, resumido en sus pautas más esenciales, puede verse desarrollado en el interesante análisis de Emilio LAMO DE ESPINOSA y Julio CARABAÑA, “Vicios privados y virtudes públicas”, pp.6 ss. También, Teresa MIRALLES, “La mujer: el control formal”. *El pensamiento criminológico, II, Estado y control*, Barcelona, ed. Península, 1983, p. 152.

o pública) sino la libertad de decidir sobre el propio ejercicio de la sexualidad o bien, la indemnidad de quien todavía no está capacitado para disponer de su sexualidad (35)—, que se verían gravemente afectadas por esos comportamientos.

No resulta fácil, por tanto, hallar explicación a esas otras posiciones de valor que se monopolizan hoy por el “nuevo” movimiento abolicionista y desde las que se niega esa distinción entre prostitución voluntaria y forzada, pretendiendo con ello exteriorizar su signo de identificación más genuino en su lucha a favor de los intereses de la mujer.

Me refiero a la actitud de un cierto sector del feminismo actual, empeñado en difundir y expandir un discurso abolicionista radical de fundamentos poco convincentes. Otras asociaciones comparten su posición (36), pero es el denominado “Grupo de Expertos sobre Explotación Sexual, Violencia y Prostitución” el que ha asumido esa iniciativa en dos Reuniones Internacionales: la de Madrid, de marzo de 1986 y la de la Universidad de Pensilvania, de abril de 1991. Su ideario se puede resumir en los siguientes términos: “La distinción entre la prostitución forzada y la voluntaria ... es el producto de la ideología burguesa patriarcal que se niega, invocando la libertad de los individuos, a prohibir la prostitución...”...“Consideramos la prostitución como un intercambio en el que el cuerpo de la mujer se asimila a una mercancía y en el que la mujer es rebajada a la categoría de objeto. El “sexo” que el cliente compra, el intercambio mercantil trastorna violentamente la personalidad de la mujer y destruye en ella el sentido de su valor. En consecuencia, afirmamos que esta práctica es un atentado a la dignidad de las mujeres y constituye una forma de violencia sexual” (37). Y, avanzando un poco más, en sus conclusiones de 1991 se afirma, “la explotación sexual de las mujeres por medio de la prostitución perjudica tanto a las mujeres que están dentro como a las que están fuera de la prostitución ... lo que se legitima es

(35) Un concepto éste de la indemnidad, que podría reconducirse asimismo al de una libertad sexual “potencial” respecto de esas personas (menores, vgr.) que no tienen jurídicamente reconocido el derecho a decidir sobre su sexualidad. Sobre todo ello, véase José Luis Díez Ripollés, *La protección de la libertad sexual. Insuficiencias actuales y propuestas de reforma*, Barcelona, Bosch, 1985, pp.15 ss.

(36) Así, por ejemplo la Federación Europea para la Desaparición de la Prostitución (FEDIP), que persigue la prevención global de esta práctica en el marco de una política social global promovida por la Comunidad Europea y dirigida hacia todo lo que suponga explotación y exclusión de personas. Se nutre de asociaciones en Bélgica, Portugal, España, Irlanda y Francia, donde se encuentra su sede.

(37) Son, resumidamente, las conclusiones más importantes que se alcanzaron en esa Reunión de Expertos de Madrid. Véase la obra colectiva *Causas de la prostitución y estrategias contra el proxenetismo*, Ministerio de Cultura, Instituto de la Mujer, Madrid, 1988, pp. 12 ss.

la venta del cuerpo y la prestación sexual de la prostituta y de cualquier mujer. Al reducir a las mujeres a un bien que es posible comprar, vender, dominar, intercambiar o adquirir, la prostitución afecta a la mujer en su conjunto, afianzando la idea de que la mujer es un objeto, rebajando su condición humana y consolidando la inferioridad de la condición femenina en todo el mundo" (38).

Las conclusiones de semejante discurso son imprevisibles, y podrían alcanzar a penalizar a la mujer que se prostituye por contribuir a la degradación de su género y a afianzar o acrecentar la discriminación de que ya es objeto por razón de su sexo. Sin embargo, sus pretensiones no van tan lejos y se limitan a proponer la criminalización del cliente. La prostituta quedaría impune en cuanto víctima —simbólica— de ese atentado a su condición de mujer o, en su caso, como símbolo de la victimización de que es objeto bajo las estructuras de una sociedad eminentemente sexista y patriarcal —"La prostitución es una expresión particular del poder masculino ..., es la explotación de la sexualidad por el hombre y para su exclusivo beneficio" (39)—.

De nuevo, el problema reside en justificar esa demanda de mayor criminalización y la legitimidad de los argumentos en que se basa su propuesta. ¿Es otra vez la moral social la que se está invocando para fundar la necesidad de una mayor intervención penal? Y, si así fuera, ¿en virtud de qué título puede reivindicarse el derecho a erigirse en empresarios de esa moral? Porque no es sólo que se afirme "que la prostitución libre no existe", sino que se mantiene que si se admitiera que "la prostitución tiene lugar en un contexto de total libertad

(38) Se trata de una de sus propuestas para un nuevo Convenio que vendría a desplazar al de 1949. Véase, con más detalle, el "informe final" de la Reunión de Expertos celebrada en Pensilvania, en *The Penn State Report*, cit., pp.7 y 8, sobre todo.

(39) Cfr. el "Prefacio" del informe de la Universidad de Pensilvania, 1991, *The Penn State Report*, cit., (ii). Aluden a ese planteamiento, sin llegar a asumirlo, Tamar PITCH, en "Femmes dans le Droit, femmes hors du Droit ? Justice sexuée, Droit sexuée", *Déviance et Société*, vol XVI, Num. 3 dedicado a "las mujeres y el Derecho penal", p.275;

y Elena LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, Madrid, UNED, 1992, Num. 2, p. 295; y en "Control formal: ... y el Derecho penal de las mujeres", en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit., pp. 97 y 98.

Otras propuestas feministas, lejos de adoptar esas posiciones victimistas, pretenden la consecución de cambio sociales más amplios y estructurales. Véanse, por todos, C. PARENT, "Au delà du silence: les productions féministes sur la 'criminalité' et la criminalisation des femmes", *Déviance et Société*, 1992, vol. 16, Num. 3, pp. 304 ss.; y René VAN SWAANINGEN, "Feminismo, Criminología y Derecho penal...", cit., pp.91 ss.

de acción y es la expresión de una libre elección en los sentidos económico y existencial”, aún así, sería “inaceptable”, porque “es inaceptable que una relación sexual sea objeto de una transacción ... ¿ Es posible vender, alquilar o alienar esa función humana fundamental, la sexualidad? ... ese juego ilimitado conduce a la transgresión moral (y) constituye una amenaza para la misma especie humana” (40)

Luego, por una parte, se niega a la prostituta la posibilidad de decidir acerca del ejercicio de su sexualidad y, en ese sentido, el límite que se impone a su elección parece estar fundado en su incapacidad para comprender el sentido de su desviación —actitud ésta que permitiría justificar más fácilmente su posición de víctima— (41) ; pero, por otra parte, planteada la hipótesis de un posible reconocimiento de su libertad, se le niega —sin prohibírsele— la legitimidad para su ejercicio en pro de la supuesta necesidad de proteger y defender la dignidad de su condición humana —y femenina— y, por tanto, la de su género —“Al definir la prostitución como una forma de explotación sexual” ...se afirma que “atenta contra la integridad de la identidad femenina y socava la propia estima de las mujeres...”- (42). No puede compartirse ese planteamiento. Primero, porque supondría reconocer legitimidad a quienes, desde posiciones que no comparto, se erigen en censores de una determinada moral. Y es que, como es sabido, “las morales son instrumentos de orden y, en unión indisoluble con esto, instrumentos de dominio. Quien impone una moral, ese empieza a ejercer el poder” (43). Una iniciativa ésta, aún más peligrosa si, para ganar en eficacia en la imposición de esas pautas de comportamiento se reclama la intervención del Estado —precisamente del Estado— y del más grave de sus aparatos de coerción —el Derecho penal—. Y no basta afirmar que, bajo esta propuesta abolicionista, “la prostitución no es delito”, pues a nadie se oculta que, persiguiendo penalmente todo su entorno, “quien se prostituye

(40) Cfr. “Prefacio” (ii) del informe de la Universidad de Pensilvania, *The Penn State Report*, cit. (1991).

(41) Alerta sobre los riesgos que conlleva esa persistente demanda de criminalización de parte de las mujeres y, por ende, de su pretensión de un mayor proteccionismo por parte del Estado que no haría sino situar a la mujer en una posición de inferioridad que compartiría con otros seres asimismo “vulnerables” como las y los menores o las personas con incapacidades, Fr. DIGNEFFE, “La reconnaissance de droits spécifiques aux femmes: une question de justice ou de responsabilité?”, *Déviance et Société*, (1992), cit., p. 290.

(42) Cfr. “Informe Final” de la reunión de Pensilvania (1991), cit., p. 7. Es la nueva “moral moderna”, tal como la define Roberta TATAFIORE, “Fare vuoto di norma ...”, p. 247.

(43) Utilizando las palabras de Mitscherlich. Cfr. Emilio LAMO DE ESPINOSA y Julio CARABAÑA, “Vicios privados y virtudes públicas”, cit., p.19.

... viene a ser controlado indirectamente" (44). Qué duda cabe de que tomar la iniciativa de castigar a "los clientes" supondría penalizar subrepticamente la prostitución misma. Pero hay todavía una segunda razón. De acuerdo con otro sector de opinión calificado de "neofeminista", creo que debe reconocerse "el derecho a ser inmoral" (45), si es que determinadas formas "libres" de disponer de la sexualidad han de considerarse inmorales, tales como la de hacer de la prostitución "un oficio" más, que permitiría a quienes optan por él disponer de su fuerza de trabajo a favor de una elección económica libre, organizando la defensa de sus derechos en el "ejercicio de su profesión" (46). La opción es, a mi entender, la descriminalización.

(44) Cfr. Roberta TATAFIORE, "Fare vuoto di norma ...", p. 247.

(45) Como afirman Emilio LAMO DE ESPINOSA y Julio CARABAÑA, "Puede que haya un derecho a ser inmoral si eso no daña específicamente a nadie; o puede que el intento de hacer el bien imponiendo legalmente tales prohibiciones genere más daños que beneficios ...", "Vicios privados ...", cit., p.9.

(46) El Grupo de Expertos se refiere a la expansión de este movimiento en Alemania, Países Bajos y Francia, en el "Prefacio" del informe de la Universidad de Pensilvania (i); y Roberta TATAFIORE, nos habla del movimiento italiano a cargo de Carla Corso y Pia Covre por "los derechos civiles de la prostituta", en su artículo "Fare vuoto ...", cit., p. 243. Por otra parte, se refiere a esa posibilidad de ver en el ejercicio de la prostitución "un elemento de elección económica", superando la noción clásica —y no necesariamente falsa, sino compatible— de que "las mujeres llegan a la prostitución por necesidades económicas", Beverly BROWN, "Desviación femenina ...", cit., p. 28.

Y por esa vía se ha orientado, precisamente, la reciente reforma del Código Penal en nuestro país. Y no podía ser de otro modo, desde el momento en que se tomara en serio la necesidad de adecuar la regulación de estos “delitos relativos a la prostitución” al bien jurídico —libertad sexual— que presidía su título —desde 1989— y que había de marcar, por tanto, las pautas esenciales de su tutela.

Lo cierto es, sin embargo, que antes de que la legislación de 1995 tomara esa iniciativa, no sólo ya la doctrina (47), sino también la jurisprudencia habían denunciado la incongruencia de mantener el castigo de ciertas conductas favorecedoras de la prostitución consentida de personas adultas, que sólo bajo la antigua rúbrica de “delitos contra la honestidad” podían justificarse. Conductas, en su caso, contrarias a una moral sexual tradicional que ya no encontraba apoyo, ni formalmente en nuestras leyes (48), ni materialmente en nuestra sociedad. De lo uno y de lo otro existía, antes de esa reforma última del Código Penal, una conciencia clara.

En el primero de esos sentidos, y en lo que a la doctrina jurisprudencial se refiere, merece reproducirse, por ejemplo, el texto del “voto particular” que el magistrado Martín Pallín presentó a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1990: “El cambio en la titulación del bien jurídico protegido —operada por la reforma de 1989 en que se abandona ya la referencia a la “honestidad”— es, dice el magistrado, el reflejo de la voluntad de la legislación de resaltar el valor de la libertad sobre los comportamientos o conductas morales

(47) Cfr., por todos, Enrique ORTS BERENGUER, en la obra colectiva *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, p.658.

(48) En cuanto que la L.O. de 21 de junio de 1989 había hecho desaparecer esa rúbrica de —“delitos contra la honestidad”—, del Código Penal. No obstante, aún durante su vigencia, los autores y autoras intentaban la interpretación de sus contenidos conforme al bien jurídico de la libertad sexual. “No me cabe duda, afirma un especialista del tema, que estas conductas han de pensarse en la medida que supongan un atentado a la libertad sexual de la persona prostituida, sea porque determinan a una persona en contra de su voluntad al ejercicio de la prostitución o a su ejercicio en determinadas condiciones de dependencia ... Toda punición que sobrepase la protección de la libertad sexual individual incidirá indefectiblemente en la protección de contenidos moralizadores, actitud que hemos rechazado repetidamente”. Cfr. José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, *La protección de la libertad sexual*, (1988) cit., p. 171.

de difícil o imposible concreción a efectos penales. Este nuevo espíritu y finalidad de las normas nos obliga a realizar su interpretación en el contexto social al que van dirigidas... Lo que la legislación ha querido penar ... es la explotación comercial y lucrativa de la prostitución típica, es decir la violenta y coactiva sobre mayores y la engañosa o abusiva sobre menores de edad ...la actividad sexual retribuida realizada por personas mayores de edad resulta atípica por no afectar a la libertad y capacidad de la persona para disponer de sus relaciones sexuales como estime conveniente ". Y, en apoyo de esa línea interpretativa, cita el magistrado las recomendaciones adoptadas por el Parlamento Europeo en junio de 1986, a instancias del Comité Internacional para los Derechos de las Prostitutas (CIDP), orientadas a promover sólo la persecución y castigo de los actos violentos o intimidativos sobre las prostitutas (49).

Por otra parte, las discusiones que precedieron a la aprobación del nuevo Código Penal de 1995 en el Congreso harían asimismo notar el escaso apoyo social con que podía contar una "política abolicionista" y, por tanto, criminalizadora de los comportamientos de terceros favorables a la prostitución ajena libremente decidida. La intervención del Diputado Socialista, Sr. Jover Presa, en apoyo de la actual regulación de estos delitos fue, a mi entender, suficientemente ilustrativa : "básicamente nuestra posición... es que si el hombre o la mujer que ejerce la prostitución lo hace como consecuencia de una decisión libre, de una decisión voluntaria adoptada autónomamente, ahí no hay por qué extraer consecuencias delictivas, no hay ninguna razón, y sería tremendamente absurdo, como hace el Código Penal vigente, que en esos casos, cuando el ejercicio de la prostitución es una actividad libre y voluntaria, no sea delito para el hombre o la mujer que la ejerce, pero, en cambio, sí es delito para aquel que le facilita esta actividad, le contrata. A nuestro juicio, no tiene ningún sentido... la propia realidad social demuestra hasta qué punto esto es absurdo... (y) ... hay una tremenda hipocresía; se mantiene en el Código figuras delictivas que se están ejerciendo a la luz del día y a nadie se le ocurre denunciar, porque cualquier persona que quisiera aplicar eso no tendría... más que abrir las páginas de cualquier diario nacional o de provincias y denunciar esas actividades..." (50) .

(49) Con ello, como afirma el magistrado, no se incumple el compromiso contraído por España al adherirse el 25 de septiembre de 1962 al Convenio Internacional de 1949, firmado en Lake Success, Nueva York el 21 de marzo de 1950, porque no se requiere necesariamente el recurso al Derecho penal y "son utilizables (las) medidas administrativas, sanitarias o de policía de costumbres que se estimen convenientes..."

(50) Cfr. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia e Interior*, Num 510, fecha 2 de junio de 1995, (15489).

Poco a poco, parece ir imponiéndose la única actitud razonable ante una prostitución concebida como mera transacción sexual voluntaria entre personas adultas, sin víctimas reales —no simbólicas— que interfieran en su ámbito de ejercicio. Y, en ese sentido, el nuevo Código Penal de 1995 ha representado un significativo paso adelante al reservar sus sanciones para los solos casos en que el abuso o la explotación sexual amenacen la dignidad o la libertad de una persona (51). Y es que, a diferencia de lo que a menudo quiere hacérsenos creer, “lo imperioso” no es prohibir ni castigar, sino todo lo contrario, “crear una sociedad en la que la realidad de la diversidad humana, sea personal, orgánica o social, no esté sometida al poder de criminalizar” (52).

(51) Cfr. el Capítulo V (“Delitos relativos a la prostitución”), del Título VIII (“Delitos contra la libertad sexual”), arts. 187 ss. del Código Penal.

(52) Como afirman, desde la perspectiva de la criminología crítica, Ian TAYLOR, Paul WALTON y Jock YOUNG, *La nueva criminología*, cit., p. 298.

**ENCARNA BODELÓN
GONZÁLEZ**

**Profesora de Filosofía del
Derecho de la Universidad
Autónoma de Barcelona**

*Questionamiento
de la eficacia
del Derecho
penal en
relación a la
protección de
los intereses de
las mujeres*

Introducción

1.

El Derecho penal moderno, basado en la protección de bienes jurídicos, parece haber dado entrada a la protección de intereses sociales que van más allá de los intereses apoyados en su origen por el Derecho penal liberal. En este sentido, resulta interesante ver de qué forma se han trasladado o no al Derecho penal las reivindicaciones de movimientos sociales como el feminista. El análisis de en qué medida el Derecho penal puede dar expresión o proteger intereses sociales como los del movimiento de mujeres ocupará esta ponencia.

Debemos empezar recordando el papel histórico que ha jugado el Derecho penal ante las mujeres. Lejos de proteger sus intereses, el Derecho penal del s.XIX y buena parte del s.XX contribuyó a asignar y reproducir una determinada significación del ser social mujer, es decir, de la estructura de género. Por una parte, la mujer aparece considerada por el Derecho penal histórico como una persona sujeta a tutela y sin plena responsabilidad; por otra, establece un conjunto de controles sociales sobre la sexualidad de las mujeres (criminalización del aborto o de la prostitución) y un conjunto de estereotipos sobre su sexualidad. Así, por ejemplo, la incriminación de la violación no respondió en su origen ni en su posterior desarrollo a una preocupación por atender las demandas de las mujeres, sino por el contrario, la configuración jurídica del delito de violación atendió más a la protección del honor del hombre que al daño de la mujer, más a la construcción de un modelo de sexualidad femenina y masculina que a garantizar la libertad de las mujeres.

Todo esto parece haber cambiado en los últimos años. Las sucesivas reformas de nuestro Código Penal han cambiado de forma notable la naturaleza de los ahora llamados "delitos contra la libertad sexual". Los avances realizados son innegables y, sin embargo, todavía podemos considerar muchas cuestiones, que más allá de problemas de naturaleza dogmático jurídica, aborden cuestiones socio-jurídicas y filosófico-políticas.

Cuando planteamos la significación del Derecho penal en relación a la protección de los intereses de las mujeres debemos hacer dos acotaciones previas. En primer lugar, no abordaremos la cuestión como un problema de "eficacia" del sistema penal respecto de los fines

por el mismo propuestos (1), sino que se trata de valorar el sistema penal en relación a las expectativas de protección manifestadas por los movimientos de mujeres. En todo caso, es necesario poner de manifiesto que, de forma general, el Derecho penal, la filosofía jurídica y la sociología jurídico penal han cuestionado las supuestas funciones desarrolladas por el Derecho penal y han circunscrito su eficacia a la definición del Derecho penal como garante (2.) Por otra parte, no podemos prescindir tampoco de los problemas de legitimación que plantea el Derecho penal, dado que su utilización implica en muchos aspectos la legitimación de los instrumentos represivos. La contradicción que supone la utilización del Derecho penal por movimientos sociales críticos respecto de la naturaleza represiva de ese mismo Derecho penal, ha sido abordada como una cuestión conflictiva dentro del movimiento feminista. Concretamente la polémica sobre las estrategias abolicionista penales y el movimiento feminista ilustra este debate (3).

En segundo lugar, debemos clarificar qué entendemos por "intereses de las mujeres". Aceptando que el concepto "mujer" debe ser entendido como un conjunto plural y en ocasiones contradictorio, se comparte aquí la idea de que el movimiento feminista ha recogido en sus discusiones un conjunto difuso y complejo de intereses colectivos que identificamos

(1) El Derecho penal moderno tiene asignados entre otros tres fines básicos: la investigación del delito, la prevención del delito y la resolución del infractor o infractora, y el resarcimiento de la víctima. Numerosos estudios han mostrado que el tanto por ciento de infracciones con las que trabaja el sistema penal no es más que una pequeña parte del total real, la selectividad que se produce dentro del sistema penal, junto con la cifra negra nos muestran que el sistema penal no aborda más que una pequeña parte de todas las infracciones. (Vid. BARATTA, A. (1986) *Criminología Crítica y crítica del Derecho penal*, Ed. Siglo XXI, México). Respecto de la eficacia preventiva o resocializadora del Derecho penal contemporáneo ha sido igualmente puesta en duda en numerosas obras (Vid. BERGALLI, R. (1991), "El sistema penal español como el ámbito menos conocido del control social", en: Salhaketa, *Control social del delito: críticas y alternativas*, Dept. de Justicia. Gobierno Vasco, Bilbao, pp. 107-132). La cuestión de la eficacia del sistema penal respecto del resarcimiento de la víctima será posteriormente comentada.

(2) FERRAJOLI, L. (1995) *Derecho y razón*, Ed. Trotta, Madrid.

(3) SMAUS, G. (1992) "Abolicionismo: El punto de vista feminista", en: *No hay derecho*, n.º 7, pp. 10-13; VAN SWAANINGEN, R. (1990) "Feminismo, Criminología y Derecho penal. Una relación controvertida", en: *Papers d'Estudi i Formació*, n.º 5, pp. 85-107; SUAY, C. (1995) "Abolicionismo y feminismo", en: *El viejo topo*, n.º 87, pp. 52-57.

como intereses de las mujeres (4). En este sentido, las mujeres criminalizadas por el sistema penal también deben ser consideradas en nuestra reflexión. No podemos abordar la significación del Derecho penal en la vida de las mujeres aislando los problemas de las mujeres criminalizadas de los de aquellas que acuden a él buscando una mediación para un conflicto. Separar estas dos perspectivas conduciría al absurdo de aceptar acríticamente el proceso de criminalización de las mujeres y no percibir que en los procesos de criminalización también se están abordando cuestiones que interesan a las mujeres.

Por otra parte, las conclusiones que se desprenden de los estudios feministas sobre las mujeres infractoras aportan reflexiones sobre el Derecho penal y sus procesos de aplicación que no podemos descuidar. Siguiendo la tradición del feminismo liberal de principios de siglo, muchos estudios abordaron en los años sesenta la cuestión de las posibles discriminaciones existentes en las normas penales o las sentencias. Se creía que luchando contra dichas disposiciones discriminatorias se conseguiría el ideal de un Derecho penal neutro e igual para todos y todas. Ya en los años ochenta, aparece con fuerza la idea de que la consecución de la paridad de los sexos en las disposiciones jurídicas no implica la igualdad material de los sexos ante el Derecho. De esta forma, se aprecia que la justicia igual en un nivel formal no equivale a una justicia igual en el plano material, puesto que las normas iguales son aplicadas a grupos con profundas desigualdades sociales. Las mujeres criminalizadas deben enfrentar prácticas jurisdiccionales e institucionales profundamente marcadas por las relaciones patriarcales.

Aunque no desarrollaremos este punto, no puede olvidarse que los estudios socio-jurídicos y criminológicos han demostrado claramente que las mujeres criminalizadas sufren una mayor marginación y discriminación (5). Especialmente significativos resultan los estudios de

(4) Las generalizaciones que se hacen frecuentemente sobre el concepto "mujer" ponen de manifiesto que en muchos casos se olvida la pluralidad de las mujeres concretas y el hecho de que el género es una construcción cultural. Vid. SPELMAN, E. (1990) *Inessential Women*, The Women's Press, London.

(5) LLORD, A. (1995) *Doubly deviant, doubly damned. Society's treatment of violent women*, Penguin Books, Harmondsworth.

las mujeres en prisión (6) y sobre el tratamiento de estas ante los tribunales penales (7). En ambos casos, hay un elemento común, el hecho de que el sistema de justicia penal tiende a consolidar la estructura de géneros y a reproducir los elementos que provocan la discriminación sexual. Por lo tanto, desde la perspectiva de las mujeres criminalizadas se debe afirmar que no sólo el Derecho penal no ayuda a resolver los conflictos planteados, sino que la aplicación del Derecho penal origina nuevas discriminaciones.

(6) CAMPELLI, E., FACCIOLI, F., GIORDANO, V., PITCH, T., (1992) *Donne in carcere*, Feltrinelli editori, Milano; VV.AA., (1995) *Presó i Dona*, Editado por el Grup Dona i Presó, Barcelona.

(7) EATON, M. (1986) *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Londres.

2.

Análisis feministas del sistema penal y su significación para la protección de los intereses de las mujeres. La cuestionable protección penal

2.1

**DE LA LUCHA POLÍTICO-SOCIAL
A LA REIVINDICACIÓN JURÍDICA**

Si partimos de la perspectiva de las mujeres criminalizadas y pasamos a examinar el significado que ha adoptado el Derecho penal como instrumento para articular la protección de las mujeres y sus derechos, resulta interesante recordar algunos elementos históricos.

Hay que tener presente qué tipo de demandas sociales o intereses han formulado las mujeres a través del Derecho penal. Por una parte, encontramos demandas despenalizadoras como las referidas a la prostitución y al aborto (todavía pendiente en nuestro país), es decir, exclusiones del ámbito penal. Por otra, encontramos un gran grupo de demandas vinculadas a la denominada violencia sexual, aquí es donde parece que se concentran las peticiones de intervención penal y de criminalización. Sin embargo, no es cierto que las demandas de los movimientos feministas se hayan concentrado o se concentren en la cuestión de la violencia sexual y en su criminalización, o al menos ello resulta una verdad a medias.

Históricamente, el movimiento feminista se ha preocupado desde finales del siglo XIX de la denominada violencia sexual, aunque la forma y las características con que lo hizo son diferentes a las actuales. Lo que hoy identificamos como violencia sexual fue descrito inicialmente por diversas corrientes de los movimientos feministas como un problema de opresión sexual. Se explicaba dicha violencia dentro del marco de las relaciones patriarcales y como una de sus múltiples manifestaciones. Las corrientes feministas identificaban causas diferentes para explicar la opresión de las mujeres: la desigualdad de derechos, la desigualdad económica, la función reproductora, la sexualidad, etc. Fue en los años setenta y en el

marco del feminismo radical (8), donde se elaboró la idea de que el núcleo de la opresión de las mujeres se encontraba en la violencia sexual ejercida sobre las mujeres. Ello hizo que gran parte de los esfuerzos de los movimientos feministas se concentraran en denunciar dicha violencia sexual. El objetivo fundamental era hacer conscientes a las mujeres y a toda la sociedad de la importancia del fenómeno de la violencia sexual y provocar su rechazo social (9).

La criminalización era, por tanto, una forma de materializar la existencia del problema y hacerlo reconocible, no la solución del mismo. Una prueba de ello, es que las discusiones feministas en torno a la cuestión de la violencia sexual se han visto acompañadas, casi siempre, por una reflexión que supera el ámbito penal. Pensemos, por ejemplo, en el caso de los malos tratos o del acoso sexual, donde no sólo se ha criticado la oportunidad o la eficacia de la intervención penal, sino que se ha insistido en la necesidad de acompañar las políticas penales con otras asistenciales que atiendan las necesidades reales de las mujeres.

Es decir, lo que los movimientos de mujeres buscaron en muchos casos en el Derecho penal fue lo que se puede denominar como el potencial simbólico del Derecho penal, su capacidad de hacer reconocibles como problemáticas ciertas situaciones (10).

La denuncia de la violencia sexual pretendía poner de manifiesto la opresión de las mujeres en la sociedad patriarcal (11), algo mucho más complejo que la vulneración de un determinado derecho o interés. Y es aquí donde surgen los problemas en relación al discurso jurídico, en general, y al Derecho penal en particular. ¿Puede el Derecho ayudar a expresar esas necesidades o intereses de las mujeres? ¿En qué medida las características del discurso jurídico y del Derecho penal no presentan limitaciones o deforman el mensaje?

(8) Como muy bien señala Raquel Osborne, en los últimos años se ha simplificado el contenido del feminismo radical y se ha identificado con la obra de algunas de sus representantes, olvidando la pluralidad del movimiento. OSBORNE, R. (1993) "Liberalismo y feminismo: ¿un dilema para las mujeres?", en: *Doxa*, n.º 13., pp. 285-299.

(9) EISENSTEIN, Z. (comp.) (1983) *Contemporary Feminist Thought*, Allen and Unwin, Boston.

(10) En un artículo previo he definido lo que denominamos el potencial simbólico del Derecho penal, que implica reconocer el papel que el Derecho penal ha tenido en relación al reconocimiento de determinadas situaciones como problemáticas. BERGALLI, R. / BODELÓN, E. (1992) "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", en: *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, pp. 43-73.

(11) BERGALLI, R. / BODELÓN, E. (1992), op. cit.

2.2

LA MASCULINIDAD DEL DERECHO PENAL. LA TEORÍA JURÍDICA FEMINISTA Y EL ANÁLISIS DEL DERECHO PENAL

Una de las respuestas dadas a estas preguntas ha surgido de la teoría legal feminista. Desde los años ochenta se denomina "teoría legal feminista" a un conjunto de saberes que estudian las relaciones entre el género y el derecho. Estas teorías recogen las experiencias de las mujeres y los conocimientos aportados por otras disciplinas como la sociología, la antropología, la economía, etc. Con ello tratan de entender los límites que tienen las políticas basadas en las reformas legales. Desde los años setenta, parte del movimiento feminista se ha volcado en la necesidad de reformas legales en aquellas áreas que tienen especial impacto sobre las mujeres (políticas de empleo, Derecho de familia, Derecho penal). Hacia los años ochenta estas reformas parecieron alcanzar su techo y empezaron a aparecer dudas sobre la eficacia de tales cambios legislativos. Concretamente, algunas feministas creyeron detectar que la dificultad de promover determinados cambios se encontraba en determinadas características de la doctrina legal moderna y de las estructuras políticas en las que emergen (12).

Dentro de la denominada "teoría legal feminista" encontramos diferentes análisis y puntos de vista sobre las relaciones entre Género y Derecho. En este sentido, se puede afirmar que no existe un intento de construir una teoría legal global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el Género y el Derecho (13). A modo indicativo mencionaremos algunos de los problemas por ellas señalados.

Así, por ejemplo, se intenta superar el análisis del Derecho sexista, mediante los análisis de la masculinidad del Derecho. Afirmar que el Derecho, el Derecho penal, era sexista y fue un

(12) Junto a la teoría legal feminista, y en muchos casos a la vez, ha aparecido lo que se denominan estudios de teoría política feminista, en los que se cuestionan los principios políticos filosóficos que han construido el papel de las mujeres en las sociedades modernas. Una espléndida compilación de estos estudios es la realizada por: CASTELLS, C. (comp.) (1996) *Perspectivas feministas en teoría política*, Ed. Paidós, Barcelona.

(13) Sobre las teorías legales feministas: BARTLETT, K. (ed.) (1991) *Feminist Legal Theory*, Westview Press: Oxford; GARCÍA AMADO, J.A. (1992) "¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del derecho" en *Anuario de filosofía del derecho*, Madrid, 1992, pp. 13-41; SMITH, P. (ed.) (1993) *Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, New York.

elemento que ayudó a tomar conciencia de determinadas prácticas que se daban en la justicia penal. El sexismo se podía predicar tanto de la norma, como de su aplicación. El Código Penal o las prácticas del sistema penal eran sexistas en la medida en la que se proponía o se efectúa una aplicación diferente de la norma en función del sexo (por ejemplo, el hecho de que los tribunales valoraran de forma diferente la misma conducta sexual en función de si se trata de un hombre o una mujer). Esta perspectiva ha generado una abundante bibliografía dentro de la criminología feminista (14). Se trataba de comprender cómo era evaluado por el sistema penal el mismo comportamiento según fuera realizado por un hombre o una mujer, y denunciar el trato diferente que se daba a la situación.

Durante los años 80 investigadoras como Gelsthorpe o Edwads (15) han puesto de manifiesto la insuficiencia de este concepto. En el estudio de Gelsthorpe, *Sexism and the Female Offender* (16) se analiza el funcionamiento de los tribunales de menores en relación a casos de mujeres jóvenes infractoras. Para la autora, estudiar el sexismo no se limita al análisis comparado de sentencias, sino que requiere estudiar la compleja actividad del tribunal y de las diferentes instancias del sistema de justicia penal. Analizando la actividad cotidiana del tribunal se descubren los criterios de normalidad con los que son juzgados chicos y chicas. El problema no es estrictamente que hombres y mujeres reciban sentencias diferentes, en circunstancias diferentes. El problema es que la práctica del tribunal ignore dichas circunstancias diferentes o se generalicen determinados estereotipos sobre hombres y mujeres. De esta forma se consolidarían las discriminaciones existentes.

El concepto de masculinidad del Derecho pretende superar las carencias mencionadas. La idea de masculinidad del Derecho no se refiere únicamente a la idea de hombres en el Derecho, sino a la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural. Afirmar la masculinidad del Derecho supone identificarlo con un conjunto de características. Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al Derecho, no se produce una discriminación porque el Derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios aparentemente objetivos y neutrales, pero que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos. ¿Cómo se gesta el

(14) SACHS, A. / WILSON, J.H. (1978), *Sexism and the Law*, Martin Robertson, Oxford.

(15) GELSTHORPE, L. (1989), *Sexism and the Female Offender*, Gower Publishing Company, Vermont.

(16) GELSTHORPE, L. (1989), op. cit.

Derecho masculino, de dónde procede la masculinidad del Derecho? Para responder a esta pregunta la teoría política feminista se remonta a los orígenes del Estado liberal y a sus formas jurídicas. Conceptos como el de "derechos", "contrato", "libertad", adquieren una determinada significación en el contexto del Estado liberal y se consolidan como formas jurídicas que con el tiempo pierden el referente de su origen. El sujeto del Derecho liberal era autónomo e independiente, supuestamente libre para establecer relaciones económicas. Es un sujeto jurídico al que parecen no asignársele responsabilidades sociales o familiares. Este acercamiento individualista a los fenómenos económicos se reproduce en el ámbito penal, donde la infracción se separa de su contexto social. Esta individualización del comportamiento social conduciría a analizar como problema individual el daño social causado a las mujeres.

El concepto de masculinidad en el Derecho ha sufrido numerosas críticas. Entre otras, Carol Smart (17) señala dos problemas esenciales. En primer lugar, este enfoque perpetúa la consideración del Derecho como una unidad, como un instrumento con una única significación. En segundo lugar, la diferenciación masculino/femenino ocultaría otras discriminaciones que también se expresan a través del Derecho, como aquellas referidas a la edad, la raza, la clase.

2.3

EL SISTEMA PENAL COMO REPRODUCTOR DE LAS RELACIONES DE GÉNERO. PRÁCTICAS Y FUNCIONAMIENTO

Como hemos visto, los estudios sobre la aplicación del Derecho penal empezaron con la denuncia de la aplicación sexista del Derecho penal. Se puede afirmar que durante los años noventa la mayoría de dichas investigaciones tratan de entender cómo se produce la discriminación de forma compleja. En este sentido, la incorporación del concepto de "género" ha sido decisiva (18).

(17) SMART, C. (1994), "La mujer del discurso jurídico", en: LARRAURI, E., *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Editorial Siglo XXI, Madrid.

(18) Sobre el concepto de género y su utilización por las ciencias sociales: NAROTZKY, S. (1995), *Mujer, mujeres y género*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid; RIVERA, M. (1994), *Nombrar el mundo en femenino*, Icaria, Barcelona.

Son varios los estudios que han contribuido a documentar las características que tiene el tratamiento de las mujeres en la justicia penal, mostrando la complejidad de su funcionamiento e ilustrando la construcción de la feminidad en esta instancia de control (19).

En su trabajo sobre la actividad de los tribunales, M. Eaton (20) examina el tratamiento que reciben las mujeres y constata que las y los jueces suelen apoyar sus razonamientos sobre consideraciones de tipo familiar. Afirma que los tribunales reproducen las relaciones entre sexos, pues consideran a la mujer no como sujeto, sino en función de dichas relaciones familiares.

La rutina del tribunal se convierte en un elemento de estudio principal. Se ilustra cómo los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. Sin embargo, según la autora, reforzando dicho modelo se fortalecen unas relaciones familiares en las que la posición de la mujer es de clara desventaja.

De esta manera se explicaría que la aplicación de criterios de igualdad formal ante el tribunal no afecte en la mayoría de los casos a la sustancial desigualdad entre las mujeres y los hombres. La fijación y reproducción de la división de los géneros se establecería más por la aplicación rutinaria de determinados criterios de normalidad, que porque se produzca una desigual aplicación de un criterio. Según, Carol Smart la idea de que el Derecho tiene género nos permite argumentar que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres (21). A su vez, también se puede decir que el Derecho actúa como una "tecnología del género", es decir, que es un proceso de producción de identidades fijas.

La idea de que el Derecho fija y reproduce las identidades de género resulta especialmente interesante si la aplicamos al análisis de aquellas situaciones en las que el Derecho penal ejerce un papel de protección de las mujeres frente a determinadas agresiones. Si tomamos el ejemplo de las agresiones sexuales resulta claro que, efectivamente, se produce durante el

(19) Vid. CARLEN, P. (1983), *Women's Imprisonment*. Routledge and Kegan Paul, Boston; EATON, M. (1986), *Justice for Women? Family, Court and Social Control*, Open University Press, Philadelphia; WORRALL, A. (1990), *Offending Women. Female Lawbreakers and the Criminal Justice System*, Routledge, New York.

(20) EATON, M. (1986), op. cit.

(21) SMART, C. (1994), op. cit., pp. 176.

juicio un proceso mediante el cual el Derecho redefine la experiencia de la mujer y fija unas categorías que crean género. El proceso penal reclama de la mujer agredida una determinada posición en el proceso y supone en la víctima determinadas actitudes o características. Así por ejemplo, la ausencia de consentimiento de la víctima es frecuentemente puesta en duda cuando las características de la mujer agredida no se adecúan a lo que el tribunal considera como una mujer respetable o vulnerable.

Si aceptamos que el Derecho construye y fija las categorías de género, ¿significa eso que las mujeres deben renunciar a utilizar la significación que adscribe a las conductas el Derecho penal? Para Carol Smart, esta contradicción pone de manifiesto la necesidad de estudiar con más profundidad esos procesos y de asumir en todo caso que el "Derecho no es simplemente Derecho" (22).

Uno de los problemas que ilustra estas contradicciones es el tratamiento penal del acoso sexual. A diferencia de las agresiones sexuales o la violencia doméstica, el acoso sexual suele restringirse a situaciones que se producen en determinados lugares o circunstancias (así el Código Penal español de 1995, en el art. 184 afirma: "El que solicitare favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o análoga..."), es decir, excluye aquellas conductas similares que se produzcan en la calle o en otro tipo de relaciones personales. Es más, en algunos informes europeos el acoso sexual aparece definido como algo similar a una molestia laboral. Así, por una parte, vemos que la incriminación de esta conducta está recogida sólo parcialmente. El Derecho penal crea una conceptualización sobre lo que debemos entender o no por acoso sexual, que acaba expandiéndose fuera del ámbito penal. La definición penal es incorporada como una definición que a su vez utilizarán las mujeres, los colectivos sindicales, etc. Por otra parte, tampoco se trata de que el Código Penal recoja un conjunto de conductas tan amplio y vago que difícilmente respetarían los principios de un Derecho garantista. Nuestra percepción del problema está construida en gran medida en función de la criminalización de esta conducta, lo cual no significa que se trata de algo que no existe fuera del Derecho penal. Obviamente, el acoso sexual, al igual que cualquier conducta a la que denominemos delito, no tiene ninguna cualidad ontológica que la haga diferente de otras conductas, pero se trata de algo que es vivido por muchas mujeres como un elemento negativo, lo cual no significa que el Derecho penal sea la mejor o la única forma de definir su negatividad social. Para algunas feministas como Wise y Stanley (23) que han estudiado este problema, las mejores recetas para combatir el acoso sexual no pasan por los Códigos Penales.

(22) SMART, C. (1994), *op. cit.*, pp. 187.

(23) WISE, S. / STANLEY, L. (1992), *El acoso sexual en la vida cotidiana*, Ed. Paidós, Barcelona.

3.

El paradigma de la víctima. ¿Oprimidas, victimizadas o dañadas socialmente?

Tal como hemos visto, los movimientos feministas hasta los años 70 habían definido la situación de desventaja social que sufrían las mujeres mediante el término "opresión sexual". Este término ofrecía una escasa operatividad jurídica, puesto que no definía la situación de desventaja social como un problema individual o soluble en las definiciones convencionales de discriminación jurídica. Será a partir de los años setenta cuando un conjunto diverso de movimientos sociales reivindicuen la consideración de tales conductas como infracciones penales. Aparece con ello la consideración del daño individual producido por conductas que hasta entonces habían sido consideradas como problemas sociales colectivos. El Derecho penal adquiere el valor de un instrumento que permite hacer visible la violación de determinados principios. La significación política y social que tiene este desplazamiento del concepto "opresión" al concepto "victimización" ha sido puesta de manifiesto por diversos trabajos (24). Mientras que el concepto de "opresión" denuncia una situación estructural y hace partícipes del problema a personas no afectadas, el concepto de "víctima" reduce el problema a un daño individual.

Las estructuras jurídicas del procedimiento penal se caracterizan por la individualización de la persona infractora. Dentro del procedimiento penal la agresión sexual es reconocida únicamente como la conducta concreta de un agresor contra una víctima. De esta manera el conflicto social que se encuentra bajo el problema de las agresiones sexuales se reduce a un problema de violencia interpersonal, cuando en realidad, tal como hemos visto, la cuestión de la violencia sexual ha de comprenderse desde una perspectiva más amplia. En el caso de la violación, nuevo delito de agresiones sexuales, los análisis feministas han subrayado la necesidad de comprender el fenómeno de la violación en el contexto de los roles de conducta sexual masculina. La confirmación estadística de que la mayoría de las agresiones sexuales se producen en el entorno doméstico, laboral o social de las mujeres confirma la idea de que las agresiones sexuales no pueden ser explicadas como un comportamiento

(24) PITCH, T. (1989), *Responsabilità limitate*, Feltrinelli, Milán; SHEERER, S. (1986) "Atypische Moralunternehmer", en *Kriminologisches Journal*, nº. 1, Beiheft, pp. 133-156.

producto de perturbaciones mentales (aunque ésta sea la explicación de algunos casos), sino que las causas de dicha conducta tienen que ver con cuestiones más complejas, que difícilmente puede abordar el Derecho penal. Lo mismo puede afirmarse en relación a los malos tratos o al acoso sexual, puesto que aun siendo cierto que la agresión, el maltrato o el acoso va a producir daños a una mujer concreta, no podemos olvidar que esos daños tienen su razón de ser en cuestiones que superan el ámbito agresor-víctima.

El concepto de víctima sitúa a las mujeres en una posición pasiva que resulta especialmente contraproducente en casos como los malos tratos o el acoso sexual. Algunas feministas procedentes del feminismo radical rechazan el término "víctima", por cuanto, afirman, implica pasividad (25). En su lugar prefieren utilizar el término "superviviente" (survivor), que implicaría un rol más positivo para la mujer y enfatiza las estrategias que diariamente son utilizadas por las mujeres para hacer frente a diversas experiencias. De esta manera también se subraya el hecho de que esa violencia tiene un origen en las relaciones de género. Es decir, se refuerza la idea de que dicha violencia está vinculada a la opresión sexual y que las mujeres debemos tener un papel activo en la lucha contra la opresión sexual. No podemos olvidar que aunque la agresión no nos afecte directamente, todas estamos afectadas por la existencia de una estructura de géneros que nos discriminan.

Para S. Karstedt (26) algunos de los inconvenientes que presenta afrontar la cuestión de la violencia sexual mediante el Derecho penal son que se judicializan cuestiones que requieren un tratamiento que no es el meramente jurídico y que se dejan en manos del Estado la elaboración del problema y sus soluciones. Altamente significativo es el tratamiento que suelen recibir en los ámbitos conservadores las reivindicaciones feministas vinculadas a cuestiones de violencia sexual. Por ejemplo, fue utilizada en el Estado español la tragedia de Alcáser (el secuestro, violación y asesinato de tres jóvenes) para proponer el endurecimiento de las políticas penitenciarias, el control social de las mujeres jóvenes y de su sexualidad. Los problemas que comporta el concepto de víctima no sólo se muestran en relación a la victimización primaria (la producida por la ofensa penal), sino también y, muy especialmente, a nivel de victimización secundaria, la producida por el funcionamiento de las instancias del sistema penal, es decir, consecuencia del paso de las mujeres afectadas por la violencia sexual por el sistema penal.

(25) WALKLATE, S. (1995) *Gender and Crime*, Prentice Hall, Hertfordshire.

(26) KARSTEDT, S. (1992), "Liberté, égalité, sororité", en: *Déviance et Sociétés*, vol. 16, n.º 3., pp. 287-296.

Frente a este concepto de víctima y a las estrategias penales se han opuesto otras formas alternativas de tratar la cuestión de la violencia sexual. Una de ellas es el concepto de daño social (social injury).

Howe ha sugerido utilizar el concepto de "infracción social" para nombrar diferentes aspectos de la opresión (27). La infracción social pone de manifiesto que las ofensas son percibidas como tales por un grupo social, es decir, se critica la naturaleza ontológica del delito y se subraya su carácter de producto de la construcción social. Esta estrategia requiere un trabajo de elaboración política y social continua, refuerza la idea que la significación social de las experiencias es mutable. La negatividad que nosotros y nosotras otorgamos hoy en día a una conducta, por ejemplo, "los maltratos en el hogar", es producto de una construcción político y social, que en este caso valoramos como positiva en relación a los intereses de las mujeres. Así mismo, la estrategia de la infracción social desplaza la preeminencia del Derecho penal en favor de otras formas de regulación. Es decir, se subraya que la elección del tratamiento penal es una de las posibles y que puede haber otras formas de asignación de negatividad social o de minusvaloración de la conducta.

(27) HOWE, A. (1987), "Social Injury Revisited: Towards a Feminist Theory of Social Justice", en: *International Journal of the Sociology of Law*, n.º 15, pp. 423-438.

4.

La inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el Derecho penal

Como se habrá visto por lo hasta ahora expuesto, la inclusión de las reivindicaciones de las mujeres en el Derecho penal es una de las que más polémicas ha generado dentro del movimiento feminista. El escepticismo ante la eficacia de la intervención penal tiene varias razones, algunas de las cuales ya hemos examinado. Por una parte, el sistema penal no parece ser la solución a ninguno de los problemas planteados y su intervención tiene un sentido más simbólico que material. Tampoco podemos olvidar los problemas de ineficacia desde los mismos objetivos propuestos por el sistema penal. El sistema penal no puede resarcir a la víctima, ni solucionar el conflicto que da origen a la situación problemática y en cualquier caso, el funcionamiento normal de la justicia penal provoca nuevos problemas tales como una extensión de los mecanismos punitivos y la criminalización-victimización de las partes.

Teniendo en cuenta todo esto vamos a examinar, para concluir, algunas propuestas que plantean cómo abordar la relación entre los intereses de las mujeres y el sistema penal.

A) UN NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL BASADO EN UNA JUSTICIA "FEMENINA".

Los trabajos de Carol Gilligan (28) influyeron durante los años ochenta gran parte del pensamiento feminista anglosajón. Gilligan elabora en *In a Different Voice*, un trabajo de psicología, que en polémica con Kohlberg (29), estudia las etapas del desarrollo moral de la persona. Su estudio sostiene que no hay una única vía y una única secuencia de etapas en la maduración moral del ser humano, como sostenía Kohlberg, sino dos: la masculina y la femenina. En este sentido, cuando Kohlberg distingue seis etapas en el desarrollo moral, e identifica la última con el hecho de pensar los problemas morales a la luz de principios de justicia universales, estaría universalizando un tipo de razonamiento moral que es el mas-

(28) GILLIGAN, C. (1982), *In a Different Voice*, Harvard University Press, Cambridge Mass.

(29) KOHLBERG, E. (1991), *Moral Stages: a Current Formulation and Response to Critics*, S. Karger, Kasel.

culino. Por lo tanto, ante idénticos problemas morales hombres y mujeres reaccionarían utilizando distintos tipos de razonamiento moral: la ética femenina sería una ética del cuidado y la masculina una ética de los principios. Para la ética del cuidado lo que cuenta sería la apreciación del contexto en cada conflicto y la consideración de las personas implicadas. Esta teoría, que ha sido ampliamente cuestionada dentro del mismo movimiento de mujeres, es recogida por Heidensohn (30) para la elaboración de propuestas en el ámbito penal. Su pretensión es clarificar qué significa "justicia" para las mujeres dentro del ámbito penal. La caracterización del sistema penal existente se realiza bajo el concepto de "Portia" y se denomina "Persephone" al modelo que incluiría las reivindicaciones de las mujeres. El modelo de justicia de las mujeres, "Persephone", pondría en cuestión el modelo de Derecho masculino. Es decir, desde esta posición la eficacia del sistema penal en relación a los intereses de las mujeres sólo podría aumentar consolidando unas nuevas formas jurídicas que dieran expresión a esa "ética femenina" (31).

B)

EL DERECHO SEXUADO

Tamar Pitch ha planteado también esta discusión en los siguientes términos: "¿debemos nosotras (y podemos nosotras) deconstruir el sujeto de derecho masculino a través de políticas basadas en el principio de igualdad o a través de políticas que busquen construir un sujeto de derecho femenino?" (32)

Para dicha autora italiana estas dos posiciones no son contradictorias, ni excluyentes. Su punto de partida es la idea de que la "diferencia sexual" no es una cuestión biológica u ontológica, sino una cuestión política, que privilegia determinadas relaciones y construcciones sociales. Como ilustración de esto la autora recuerda la polémica sobre la ley contra la violencia sexual en Italia. Por un lado, una posición dentro del movimiento feminista pedía el

(30) HEIDENSOHN, F. (1986), "Model of Justice: Portia or Persephone? some Thoughts on Equality, Fairness and Gender in the Field of Criminal Justice", *International Journal of Sociology of Law*, n.º 14., pp. 287-298.

(31) Esta concepción de una justicia "femenina" ha sido criticada, entre otras por: DALY, K. (1990) "Reflections on Feminist Legal Thought", *Social Justice*, vol. 17, n.º 3. pp. 7-23; SMART, C. (1989), *Feminism and the Power of Law*, Routledge, New York.

(32) Traducido del francés en: PITCH, P. (1992), "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexuée", *Déviance et Société*, vol. 16, n.º 3. pp. 265.

reconocimiento de la violación como un acto grave de violencia contra las personas. Por otro, otras mujeres querían mantener el carácter sexual de la violación. La primera posición correspondería a las políticas de la igualdad, racionalización del Derecho penal, suprimiendo normas específicas o protectoras hacia las mujeres. La segunda posición, que se basa en la idea de la diferencia sexual, critica al Derecho penal como instrumento incapaz de resolver los conflictos entre hombres y mujeres. Se trataría, según esta posición de perseguir la violación a través del Derecho penal, pero añadiendo un espacio de derecho femenino, que correspondería a la constitucionalización de los principios de la inviolabilidad física y psíquica de las mujeres.

El derecho sexuado es definido como una práctica política que implica la construcción de un sujeto femenino en el Derecho (en los tribunales, estableciendo relaciones privilegiadas entre las abogadas y sus clientas; asumiendo fuera de los tribunales responsabilidades individuales y colectivas frente a las infracciones y los infractores, es decir, contribuyendo al cambio de las definiciones y las percepciones). Esta práctica política sería a su vez compatible con el principio de igualdad y puede ser reforzada por la introducción de normas que adscriban derechos a las mujeres en tanto que mujeres (como en el caso del aborto). Estas ideas sobre el derecho sexuado son similares a las sostenidas por la abogada italiana Lia Cigarini. Ella privilegia en la relación de las mujeres con el Derecho lo que ella denomina “la práctica del proceso”, es decir, propone ir más allá de la norma jurídica y trasladar las políticas feministas a las prácticas jurídicas (relaciones entre abogadas, entre abogadas y clientas, entre abogadas y juezas, etc.). Se trata de plasmar en la práctica jurídica los intereses de las mujeres. Afirma: “El pensamiento político y jurídico masculino se ha quedado encallado en la relación igualdad-diferencia, en el funcionamiento de la democracia numérica, en la extensión de los derechos sin la capacidad de crear los instrumentos y las instituciones para ejecutarla, de manera que las proclamaciones del Derecho carecen de veracidad. El debate está, pues, más que abierto, y la elaboración jurídica de las mujeres será muy valiosa tanto para los hombres como para las mujeres” (33).

(33) CIGARINI, L. (1995), *La política del deseo*, Ed. Icaria, Barcelona, pp. 114.

EMILIO OLABARRÍA MUÑOZ
Vocal del Consejo General del
Poder Judicial

*Violencia y
malos tratos
en el ámbito
familiar*

El problema de la mujer desde el Código Penal requiere empezar analizando “determinadas fuerzas complejas” pero extremadamente restrictivas que se ejercen sobre ellas.

Nos encontramos con el control doméstico en primer lugar, la distinta educación y control que se ejerce sobre las jóvenes, aparece como un factor que limita su movilidad. Que la joven tenga una hora de entrada en casa distinta que el joven, que tenga que dar más explicaciones de con quién va y dónde va, la preocupación por la sexualidad de la joven justifica a los ojos de muchos padres y madres un control más estricto.

También ocurre con la mujer adulta privada de independencia económica, experimenta el control doméstico ejercido por el marido, en diferentes modalidades, cicatería con el dinero, restricción de entradas y salidas, control del tiempo libre y tiene su expresión extrema en los malos tratos y palizas. La violencia doméstica no es privativa de determinadas familias o estratos sociales.

Una explicación tradicional de este problema ha sido atribuido a trastornos individuales del hombre, e incluso de la mujer, la violencia del estrés, o del alcohol del hombre se ejerce sobre la mujer, no contra una persona conocida, amiga, u otra familiar o el Jefe o la Jefa. Desde el orden social se permite y facilita, la desviación de la agresividad provocada por la frustración en el mundo público hacia lo privado, esto hay quien piensa que canaliza los descontentos hacia un ámbito que no perturba el orden y funcionamiento del sistema social, no sólo es un factor de control social.

Los estudios feministas siempre se han opuesto a la consideración de las características personales como base de estos fenómenos y han derivado su explicación a la posición subordinada que ocupa la mujer, que permite que ésta sea el objeto sobre el que se dirige la agresividad y los malos tratos.

La posición subordinada es mantenida por la falta de recursos económicos pero también por una ideología que enfatiza la superioridad del hombre. Ideología de la superioridad del hombre auspiciada por el mito de que él es quien trabaja (ella se dedica a las labores), de que su trabajo es el importante (único remunerado), de que él es el apto para mantener el contacto con el mundo exterior (ella es la Señora de), etc.

A cambio de la seguridad económica que él aportó, ella debe estar dispuesta a cumplir su parte de contrato en expresión de Smart, cuidado y sexo. La defraudación de estas expectativas es lo que en ocasiones lleva la actuación explosiva de violencia. No sólo se admite esta consideración, de su cumplimiento de contrato por parte de la mujer, sino que se admite que sea el hombre particular el que deba restaurar esta situación y que la violencia sea

una alternativa de comportamiento válida. Conviene indagar de dónde surge esa idea de que el hombre particular al disciplinar a su mujer está ejerciendo no sólo un derecho, sino un deber, las ideas no surgen espontáneamente, y en el origen y pervivencia de ellas es donde estudian y se recriminan, los mensajes simbólicos que emite el Derecho.

Todo el ordenamiento jurídico tradicional ha contribuido a reforzar la idea de que el marido era el cuidador, el responsable, el representante de su mujer. También el Derecho penal. En el Derecho penal existió hasta 1963 la figura de uxoricidio, se permitía al marido que sorprendiera a su mujer en relaciones adúlteras, matar a ambos. Se permitía porque la pena de destierro, drásticamente inferior a la de homicidio o parricidio, no suponía ninguna inhibición sino todo lo contrario, era una auténtica invitación a eliminar a dos seres humanos.

Interesa resaltar cómo esa regulación del uxoricidio representaba una cesión punitiva del Estado en manos del marido (el monopolio de la violencia debe corresponder al Estado, esto es uno de los instrumentos de legitimación del mismo).

El uxoricidio se eliminó, pero la idea de que el marido tenía un derecho de corregir a su mujer persistió gracias a otros mecanismos, fundamentalmente el previsto en el art. 8/11 del Código Penal que permite eximir de pena a quien realice algún tipo penal en el "ejercicio de un derecho", o en cumplimiento de un deber, "eximente" que el nuevo Código Penal mantiene utilizando la expresión "el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho", la catalogación como legítimo del derecho no permite mantener esta argumentación.

Porque el derecho que ejercía el marido que maltrataba a su mujer era el concedido por el Código Civil hasta el año 1975, que instituía un deber de obediencia de la mujer respecto al marido, parecía exigir un paralelo derecho de corrección por parte de éste. Este razonamiento era auspiciado por la tradicional equiparación entre "mujeres y niños". Al igual que el hijo e hija, también la mujer podía ser corregida por el padre (marido si no obedecía).

Para este estilo de razonar, la discusión residía en los límites con que debía ejercerse este derecho. El Derecho penal no era divisado para castigar la violencia sobre la mujer, sino para limitarla y por tanto no debe extrañar que maridos bien intencionados, pero no buenos exégetas del Derecho, se confundieran y se les fuera la mano.

Este razonamiento no es tan antiguo, los manuales de Derecho penal debían remarcar hasta hace poco que no existe un derecho de corrección del marido sobre la mujer, así en el propio delito de violencia doméstica, introducido en la reforma de 1989, debió especifi-

carse que “el que habitualmente y con cualquier fin, ejerza violencia física...” para excluir la posibilidad de elegir como justificación de los malos tratos, un presunto derecho de corrección.

El nuevo Código Penal afortunadamente castiga al que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado por análoga relación de convivencia, excluye la perturbadora expresión “con cualquier fin” aunque regula el delito con una redacción neutra que permite suponer casi que los malos tratos se producen por igual contra el hombre, que contra la mujer.

Esta equívoca regulación legal, permitía pensar que en casa la representación del Estado la ejercía el marido, unido ello a una tradicional inhibición de la policía para perseguir estos delitos, en aras a no perturbar la tranquilidad del hogar, y la renuencia de los Jueces y Juezas para tomárselo en serio, no sorprende que el mensaje sea que la violencia privada no es tan grande como la pública.

Se amparaban ideas de que en el ámbito doméstico la representación del poder punitivo lo ostenta el marido y ello auspiciado por la tendencia de los poderes públicos a intervenir en los espacios previamente definidos como “privados”.

Otro tipo adicional de control es el control médico. Aunque parezca paradójico catalogar a la intervención médica como una forma de control, algo hay, el tratamiento médico individualiza el problema, haciendo aparecer como asunto privado lo que es un problema público. Las y Los médicos están entrenados para tratar con patologías individuales, buscando su base biológica o psicosomática.

Se medicaba la respuesta, describiéndola como enfermedad o trastorno mental.

La mujer canaliza muchas frustraciones en diversas patologías, consigue con la ayuda médica adaptarse a la situación, pero no subvertirla, a veces el tratamiento médico hace aparecer el fenómeno como el producto de una naturalidad biológica.

Smart de nuevo alerta sobre una creciente intervención médica sobre las mujeres, en los cuerpos de las mujeres, el movimiento en defensa de los derechos del feto, el nuevo Código tipifica como delito las lesiones al feto, que permite procesar a la madre fumadora, el castigo a la mujer que utilice la inseminación artificial de un extraño, castigo de las madres y las “madres de alquiler” y discutir este proceso es más difícil ya que se realiza en nombre de la medicina, la salud o la ciencia.

Otro ámbito de discriminación y control es el laboral, acreditada todavía en mayor dificultad de contratación, menores salarios y “doble jornada”.

Junto a esa discriminación se ha observado la problemática específica que afecta a las mujeres trabajadoras: el acoso sexual en el mundo laboral, y según la tesis de alguna conocida película también a los hombres.

En esta conducta el primer problema que han tenido que afrontar las mujeres ha sido conseguir que sea definida social y jurídicamente como un daño, deletrear que el acoso sexual no es una cuestión de puritanismo, ni de exageración, que provoca una restricción en los comportamientos, trastornos psicológicos (miedo que aumente o que se haga público) y eventualmente unas consecuencias perjudiciales (el despido, el no ascenso) para que el acoso se empiece a estudiar como problema social, y mantener que el acoso sexual es una criatura de la jerarquía.

Constituido el acoso sexual en problema social, se había iniciado demandas para penalizar sus conductas, la reforma de 1989 castiga estos comportamientos cuando son realizados por personas funcionarias (art. 383-84). El nuevo Código en relación a los abusos sexuales y agresiones sexuales utiliza una fórmula estableciendo la imposición de la pena en su mitad superior cuando la víctima fuera especialmente vulnerable por razón de su situación. Aunque reconocer a una situación como problemática no equivale a decir que el Derecho penal sea la mejor forma de solucionarla.

Otro ámbito de control es el del control público difuso. El propio acceso a los espacios públicos no se realiza en la misma forma, ni en el mismo número, por la mujer y el hombre. La mujer tiene normalmente más dificultades para acceder al ámbito público, ya sea un trabajo, una manifestación, una asamblea parlamentaria.

Desde una perspectiva feminista se afirma que las mujeres sufren un obstáculo adicional en su acceso a lugares públicos, el miedo a ser víctimas de agresiones sexuales; no es necesario que a la mujer la prohíban el acceso a determinados lugares y determinadas horas para que los evite. Edward, afirma que la mujer vive bajo un toque de queda simbólico.

Hay un mecanismo más sutil para limitar el acceso de la mujer a lugares y determinados comportamientos públicos, la reputación.

Una forma de restringir el acceso a determinados sitios y determinadas actividades es controlar el poder de definirlos como buenas o malas. Lo curioso es que quien controla la reputación de las mujeres son los hombres y que esta reputación se determina fundamentalmente según el comportamiento sexual de las mujeres.

Definir reputaciones es una forma de controlar los comportamientos.

El problema de la reputación no es algo superado, intrascendente, de apariencia, para ser víctima apropiada de una violación no hay que llevar vida "licenciosa", para ser autora del delito de infanticidio debe tenerse honor (la madre que para ocultar su deshonra matare al hijo recién nacido, será castigada con la pena de prisión menor), parricidio reclusión mayor, homicidio reclusión menor, antes. El nuevo Código Penal sólo prevé el delito de homicidio y en las circunstancias de cualificación, sólo se consigna que la víctima fuere ascendiente y descendiente o cónyuge del culpable, afortunadamente.

Para tener derecho de custodia de los hijos e hijas debe tenerse una buena reputación.

La buena reputación incide en múltiples aspectos de la vida de la mujer, sin embargo la buena reputación viene no sólo marcada por lo que se hace, sino también por lo que se dice, y por hablar despreciativamente de las mujeres el lenguaje debe suministrar vocablos para ello.

Lo característico del lenguaje es que las mujeres están ausentes o silenciadas (a través de la utilización de fórmulas neutras) y cuando están presentes se habla en términos sexualizadores o trivializadores.

No sólo se observan diferencias en el lenguaje refiriéndose a las mujeres, sino que destacan diferencias en la utilización del lenguaje, entre hombres y mujeres.

Se ha analizado hasta ahora cómo este control informal coarta las potencialidades de actuación de las mujeres. Sin embargo, estudiar el control informal, sólo en forma negativa, como algo que suprime, impide, excluye, etc., es una limitación.

El control informal, también construye, como bien afirma Foucault.

Simone de Beauvoir afirma que no se nace mujer se llega a serlo. Indicando que las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer no dotan de contenido a lo masculino y femenino. Que la mujer tenga los hijos e hijas está determinado por la naturaleza, que deba cuidarlos no. Ninguna diferencia biológica explica por qué la mujer cobra menos, por qué hace la mayoría de los trabajos domésticos (aunque trabaje fuera de casa), por qué hay una doble moralidad (más leniente para con el hombre), por qué dedica tanta energía a embellecerse y por qué está asociada al mundo de los afectos (intuitiva, cuidadosa, bondadosa, no agresiva).

La ideología de las dos esferas permitió la asignación de la mujer al ámbito privado (a las tareas domésticas, el cuidado de los niños y niñas, de las personas mayores y de las enfermas).

Realizada esta asignación al ámbito doméstico, se predicaban unos valores de ella como la suavidad, paciencia, dulzura, comprensión, que eran casualmente los idóneos para las tareas que le habían sido previamente asignadas.

Se inicia la socialización de las mujeres a estos valores y tareas para finalmente acabar afirmando que la mujer tiene unas "dotes naturales". Se esfuma el carácter socialmente construido del género y aparece como natural y biológicamente determinado. Esto se expresa con la idea de género, en tanto que el sexo está determinado biológicamente, el género se dota de contenido socialmente, el género no puede ser tratado como un hecho natural.

Podría pensarse que no hay nada malo en la existencia de dos géneros, algo así como una repartición funcional del trabajo, pero esto se produce de forma muy desigualitaria.

- Falta de consideración de este trabajo como trabajo, no es así conceptualmente trabajo, sino labores domésticas, carentes de remuneración y de independencia económica.
- Trabajo socialmente deslucido, con problemas de autoestima para las mujeres.
- Trabajo excluido de la regulación legal que no reconoce la posibilidad de intereses enfrentados (jornadas, enfermedad, incapacidades físicas, vacaciones) en el seno de la familia, y se ampara en la sacralidad del ámbito privado.
- Trabajo que coarta las potencialidades de actuación y realización personal en función del género, no se opta para ello, desde la infancia se condiciona a tomar esa opción.

El control que ejerce el Derecho penal no debe verse como algo ajeno al control informal referido a las mujeres. Hay relación entre lo protegido por el Derecho penal y la forma en que está estructurada la sociedad.

Tres han sido los reproches tradicionales de los estudios feministas al Derecho penal:

- Deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima.
- Insuficiencia de tipos penales que protegen a la mujer.
- Irregular aplicación por los Tribunales de determinados delitos contra las mujeres.

Las reformas de 1989 y la actual han intentado paliar estas críticas parcialmente.

- Delitos contra la libertad sexual, en el 1989 y ahora se objeta su carácter de delitos privados, los abusos y agresiones sexuales requieren denuncia de persona agraviada, solo cuando sea menor puede intervenir el Ministerio Fiscal y se admitía el perdón de la parte ofendida ya en 1989, ahora no afortunadamente.

El mensaje que puede ser leído es que un delito contra la mujer no es, a diferencia del resto de delitos públicos, un delito contra la sociedad o carece de suficiente gravedad para intereses del Estado.

Hay también posiciones feministas que afirman que la consideración de los delitos sexuales como delitos públicos no es una victoria de las mujeres, dada la actitud de la policía, el trato en el Tribunal que examina la moralidad de las víctimas (para ver si es o no una víctima apropiada) su resistencia (para ver si es o no una víctima inocente), reticente a condenas sólo por el exclusivo testimonio de la mujer, a veces éstas son experiencias humillantes para la mujer que aparece como juzgada.

La eliminación del perdón de la parte ofendida, ha sido aprobado por toda la doctrina penalista y por los sectores feministas, el argumento lo constituye las posibles presiones que podría sufrir la víctima para conceder el perdón (venta de perdones).

Hay quien piensa que la institución del perdón debía ser relevante, sin embargo, que un alto porcentaje de agresiones sexuales se produce entre conocidos y la mujer deber poder jugar un rol activo, y no ser mera espectadora de su caso una vez plantada la denuncia.

— Es indeseable que la mujer sea presionada, pero ello puede ocurrir aunque se elimine el perdón, se la puede coaccionar para que cambie su testimonio, aunque el Derecho penal castiga esa intimidación, no eliminando el testimonio de la víctima, se deberían haber castigado las presiones destinadas a conceder el perdón.

La expresión venta de perdones da una imagen peyorativa, pero puede ser razonable que una mujer prefiera una reparación económica, a la condena de cárcel del agresor, o que la mujer esté en contra de la cárcel.

En la reforma de 1989, fue objeto de aprobación la sustitución de la anterior redacción (el que yaciera con una mujer) por la formulación neutra (comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona). El actual Código Penal que renuncia al "nomen iuris" de violación, en las agresiones sexuales habla de "acceso carnal", introducción de objetos o penetración bocal o anal (pena hasta 12 años).

Se posibilita que la mujer sea sujeto activo y el hombre sujeto pasivo.

No todas las feministas alaban esta reforma, similar a la de Canadá en su día, afirmando que el Derecho penal, al seguir la lógica jurídica de la igualdad y partir de un género neutro, oscurecía el hecho de que la violación es un delito que comete un género contra otro.

Cualquiera puede cometer una violación, es el mensaje del Código Penal y queda oscurecido que son los hombres quienes lo realizan contra las mujeres.

Género neutro oculta que lo que es o no violación se sigue construyendo desde un punto de vista masculino.

La definición de violación (hasta la actualidad) implica la penetración del órgano sexual del hombre, en el Derecho previgente, la introducción de objetos distintos son agresiones sexuales, distinción que se consideraba totalmente artificiosa y el actual Código Penal no reproduce.

En relación a los delitos de pornografía se aplaudió la restricción de 1989 de que estas conductas solo se castiguen cuando se realicen entre menores de 16 años o deficientes mentales, el nuevo Código Penal también lo hace así. Los aplausos entre feministas son más tenues, y reflejan la preocupación en los ambientes feministas de los efectos perniciosos de la pornografía sobre la imagen de las mujeres.

La pornografía degrada a la mujer, legitima la violencia como una forma de placer, erotiza la dominación y las diferencias de poder.

Se trata de poner de relieve el mensaje simbólico del Código Penal cuando entiende que las únicas víctimas dignas de protección son las personas menores o deficientes mentales.

Se ha propuesto extender la previsión del Código Penal Holandés que castiga los insultos que inciten al odio, al trato discriminatorio y a acciones violentas contra grupos de personas por razón de raza, religión incluyendo también la mención por razones de sexo, siendo en todo caso discutible siempre que el consumidor de pornografía se convierta en violador con más posibilidades que otras personas.

En relación a los delitos relativos a la prostitución, inalterados en las sucesivas reformas del Código Penal, hay que decir que el Derecho penal es relevante tanto por lo que incluye como por lo que excluye.

En el Derecho penal español la prostitución está descriminalizada, coherentemente con la perspectiva liberal que considera éste uno de los clásicos delitos "sin víctima".

Sin embargo, el análisis es más complejo, se trata de una quimera la imagen de un delito sin víctima y se indica que la mujer que ejerce la prostitución es una doble víctima de la situación y de la ausencia de regulación.

El nuevo Código Penal por eso castiga a quien promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de 18 años, o a quien determine coactivamente o abusando de una situación de necesidad a persona mayor de 18 años a ejercer la prostitución o mantenerse en ella contra su voluntad.

Se intenta evitar así la hipocresía social de no criminalizar y defender la no legalización al propio tiempo. La no legalización provoca que la mujer debe enfrentarse con la falta de protección de la ley y convivir con la estigmatización, situación altamente beneficiosa para

el cliente que, sin verse gravado por la criminalización, no lo está tampoco por la legalización.

Un segundo objeto de las críticas de las mujeres feministas ha sido la escasa protección que otorga el Derecho penal a la mujer, al no castigar como delitos determinados comportamientos lesivos a ella.

La reforma de 1989 ya dio parcial respuesta a esas pretensiones incluyendo como novedades el delito (antes falta) de violencia doméstica y el nuevo tipo penal de impago de pensiones.

El Código Penal castiga al que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado por análoga relación de convivencia, así como las y los hijos propios o del cónyuge o conviviente, ascendente o incapaces que con él convivan, prisión de 6 meses a tres años, sin perjuicio de la pena que resulte por el daño causado.

Igualmente se castiga el dejar de pagar tres meses consecutivos o seis no consecutivos, cualquier tipo de prestación económica en favor del cónyuge o hijos e hijas, establecido en convenio o resolución judicial, multa de 6 a 22 meses.

El problema tras la reforma de 1989 está en la ausencia de aplicación de estas normas legales, lo que provoca en algunos ámbitos un mayor excepticismo respecto al recurso al Derecho penal, constatando que más Derecho penal no es sinónimo de mayor aplicación y mayor protección.

Las organizaciones feministas han proclamado la contradicción que implica ser progresistas, al exigir menos penas, menos severas la cárcel y exigir más cárcel, mayor duración de las condenas, eliminación de permisos, incluso grupos feministas han pedido en reformas similares en otros países penas menores por ser éstas susceptibles de aplicación.

En delitos como la violación, los malos tratos se ha destacado la importancia de los estereotipos y las convenciones sociales en la forma en como la ley es aplicada e inaplicada, el problema igual no es que exista más o menos Derecho penal.

En el ámbito de la violencia doméstica dudan de la eficacia de la intervención del Derecho penal y se observan como motivos que:

— Las instituciones legales intentan fundamentalmente preservar la unidad familiar, por un fracaso en entender y atender la propia ambivalencia de la mujer a costa de usarlo y porque las normas tampoco resuelven sus necesidades primordiales, que son o excluir al agresor del domicilio común o adquirir una nueva vivienda y protección para ella misma, problema que no resuelve el nuevo Código Penal.

La cuestión crucial es cómo trata y presenta el Derecho penal a la mujer y si éste es o no un instrumento masculino y si el sexismo es un fenómeno interno, consustancial más que accidental, si el Derecho da y trata a mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres.

— La forma como están concebidos determinados tipos legales parece reflejar la opinión masculina prevalente respecto de la mujer.

Ocurría con los delitos de aborto, infanticidio, abandono de familia honoris causa, prevenían una atenuación de la pena, atenuación para la mujer que realiza este comportamiento para defender su honor, tipos penales atenuados hoy inexistentes en el nuevo Código Penal, pero que ya debe la imagen de una mujer preocupada hasta tal punto por su honor que ello puede llevarla a abandonar, abortar, o matar al recién nacido (se constataba jurisprudencialmente que no se aplicaba el tipo privilegiado de infanticidio cuando ya se ha perdido el honor, pérdida que acontece cuando la mujer ya ha tenido un hijo o hija de soltera).

Si se oscurece que la mujer se preocupa por su honor porque la sociedad distribuye el honor y la reputación de las mujeres según su conducta sexual.

También la forma como se explica el Derecho penal puede ser catalogada de masculina, aun cuando esté formulado en término neutro.

La literatura anglosajona discute la posibilidad de aplicar la legítima defensa a las mujeres maltratadas que, tras años de palizas, matan a sus maridos, hay varios casos en el Estado español.

Pareciera que en un principio no debería haber mayor obstáculo en poder aplicar la institución de la legítima defensa a estos supuestos.

No es el caso, exigencias como la actualidad de la agresión, que implica que el ataque deba estar produciéndose en el momento en que se ejerce la defensa, veta la posibilidad de que la mujer cumpla este requisito, la defensa de la mujer entre la desproporción de fuerzas no se producirá en el mismo momento del ataque, sino después o antes del próximo.

El requisito de que la respuesta sea racional (lo exige el actual Código Penal), está plagado de dificultades.

Si racional es proporcional al medio de ataque, se contestará siempre que la muerte no es una respuesta proporcional a la lesión de la integridad física. La duda es si la mujer tiene alguna posibilidad de ganar utilizando una respuesta proporcional, si acaso su posibilidad de defensa no estriba precisamente en el uso de un medio de mayor intensidad para vencer la mayor fuerza del marido, y cual es la respuesta racional tras múltiples denuncias en comisaría, tras años de amenazas, tras la posibilidad de que el marido le quite los hijos e hijas.

Se citaba como ejemplo de la mayor severidad con que se trataba a la mujer que mata al marido y a la inversa, el caso del parricidio, hoy inexistente en el Código Penal, es una forma cualificada del homicidio que la víctima fuese ascendiente, descendiente o cónyuge.

Esto se producía en gran parte por el juego de atenuantes y agravantes, la pena toma como parámetro, entre otros, la injusticia que se produce en los móviles y explicaciones como que: no hacía las faenas aunque él estuviera parado, que era infiel, de que se negó a cumplir el débito conyugal, otorgan al marido pretendidas explicaciones para justificar su acto y al juez o jueza para descubrir la pretendida racionalidad de su acción.

Los estereotipos que rigen el comportamiento de la mujer no suministran racionalidad a sus actos.

El hombre burlado tiene derecho a defender su virilidad, pero ello no es un motivo atendible para la mujer burlada, el arrebató es apreciable en el hombre, en cambio, la premeditación, o alevosía es apreciada en la mujer.

Se ha llegado a afirmar que los valores importantes en el Derecho penal de imparcialidad, objetividad, inquisitorialidad, son valores esencialmente masculinos.

MERCEDES PÉREZ MANZANO

**Profesora Titular de Derecho
penal de la Universidad
Autónoma de Madrid**

*El impago de
prestaciones
económicas en
favor de
cónyuge y/o
hijas e hijos*

La doctrina penal criticó duramente la introducción del delito de impago de pensiones en el Código Penal en 1989 alegando la ilegitimidad, no sólo de la configuración específica del precepto regulado en el art. 487 bis, sino de la intervención penal misma, es decir de la criminalización del impago (1). A estos argumentos se ha unido otro esgrimido en el marco de un cierto análisis de género del Derecho penal (2). Se afirma que la falta de neutralidad de la que hace gala el sistema penal no se resuelve con una inflación de normas penales que protejan a las mujeres (3), es decir, con la creación de delitos que tipifiquen ataques que tengan a las mujeres como víctimas y que sean expresión de las relaciones de dominación de un sexo sobre el otro. Todas estas críticas, de las que nos ocuparemos posteriormente, contribuyen a empañar una realidad social altamente preocupante.

Un uso racional de la legislación pasa por un análisis de la realidad que muestre la incidencia social de la conducta que se pretende evitar a través de la conminación penal. Pues bien, a pesar de la inexistencia de estadísticas globales sobre el número de impagos de prestaciones, voy a tomar como datos extrapolables a nivel nacional, los extraídos del estudio realizado por las profesoras Sillero y Lorenzo en colaboración con el Instituto anadaluz de la mujer, respecto de los casos enjuiciados en Málaga en los años 1992 y 1993 (4).

(1) BOIX, en *La reforma penal de 1989*, 1989, pp. 172 y ss.; GARCÍA ARÁN, en *La reforma penal de 1989*, 1989, p. 118; GÓMEZ PAVÓN, "El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad", *CPC* 1991, pp. 308 y ss. Con matices LAURENZO, "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", *CPC* 1993, p. 820.

(2) Al respecto vid. LARRAURI, "La mujer ante el Derecho penal", *Revista de Derecho penal y Criminología*, n.º 2 1992, pp. 291 y ss., 296; La misma, en LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, 1994, pp. 99 y ss.

(3) No se trata de crear delitos o agravaciones para hechos en los que los valores protegidos no son específicamente del colectivo de mujeres, a pesar de que la estadística demuestre que la mayoría de las víctimas del mismo son mujeres, como puede suceder en los robos por el procedimiento del tirón, sino de asumir la lesividad de ciertos comportamientos que tienen como sujeto activo a hombres y a las mujeres como víctimas, como expresión de las relaciones de poder dominantes de un género sobre otro.

(4) SILLERO/LAURENZO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, 1996.

a) Características de la prestación incumplida. En primer lugar, los casos de incumplimiento conocidos, corresponden con el 7 a 10% de las resoluciones judiciales sobre separación o divorcio, aunque se sospecha que este porcentaje constituye sólo el 50% de los casos de incumplimiento real; en el 84% de casos se trata de prestación alimenticia destinada a los hijos e hijas; la cuantía de la pensión alimenticia impagada es en el 75% de los casos inferior a 50.000 ptas., siendo en un 50% entre 25.000 y 50.000 ptas. En un 72% existen dos o más hijos e hijas, siendo además en el 61 % de los casos menores de 14 años.

b) Características del incumplidor. En el 96% de los casos es el marido, de los cuales un 50% son trabajadores por cuenta ajena y un 14% empleados públicos.

c) Características de la beneficiaria. En el 63% de los casos se trata de amas de casa que no desempeñan actividad remunerada.

De todos estos datos se puede extraer la conclusión de que estamos ante un delito cometido por el marido, siendo la mujer y las hijas e hijos menores los afectados por el incumplimiento. Se trata además de incumplimientos que no sólo suponen un peligro para las personas afectadas, sino un daño real a las mismas, dado que se trata de pensiones alimenticias que constituyen su único medio de subsistencia. En este contexto, de feminización de la pobreza, y específicamente de feminización de la pobreza de las familias monoparentales (5), en el contexto de una mayor dificultad de la mujer para acceder al mercado de trabajo, máxime si tiene hijos e hijas a su cargo, es en el que hay que ubicar el delito de impago de pensiones y valorar la gravedad de los incumplimientos. Estamos ante un problema social relevante que hay que intentar resolver con todos los medios a nuestro alcance.

En este contexto no se puede dejar de reconocer que la creación de un Fondo de Garantía de Pensiones sería el medio más eficaz de resolución del problema social, es decir de resolución de la falta de recursos para subsistir en un significativo número de familias devenidas monoparentales debido a separación o divorcio, siempre que los mecanismos de asignación y cobro fueran ágiles. Ahora bien, al margen del pesimismo en el que me sitúo respecto de la posibilidad real de que se cree en España un Fondo de este tipo en un plazo razonable (6) entiendo que ello no va a evitar por sí el incumplimiento de los deberes de prestación económica, ni siquiera lo evitará la subrogación del Fondo en la posición jurídica de la persona beneficiaria de cara a repercutir en el obligado las pensiones no pagadas o en

(5) Al respecto DAVIS/FAITH, en LARRAURI (comp), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, p. 117.

(6) A pesar de los proyectos.

los procedimientos que puedan conducir a ello (7). Entiendo que incluso en ese caso debe existir una norma penal que cumpla la función de cierre del sistema y cuya finalidad sea la evitación de la infracción de los deberes de asistencia que se plasman en las resoluciones o convenios judiciales de separación, nulidad o divorcio. La existencia de esa norma penal debe ajustarse, ciertamente y como cualquier otra norma penal, a los principios legitimadores de la intervención penal, de manera que hay que analizar la configuración específica del delito. Pero antes de comenzar el análisis de las novedades de la regulación de este delito, me gustaría hacer una puntualización.

Como se ha dicho, el Derecho, o específicamente el Derecho penal, no es el instrumento más idóneo para modificar estructuras sociales de cualquier tipo, de manera que mucho menos idóneo para modificar las relaciones entre los sexos es un sistema penal que no es neutral, pues, los mismos mecanismos de aplicación selectiva del poder penal (8), convertirán en ineficaz la pretendida protección penal de la mujer, sirviendo entonces la regulación penal de coartada al Estado para no utilizar mecanismos de resolución del conflicto realmente eficaces. A pesar de que, este planteamiento realizado en España por Larrauri, puede servir para avisar de los peligros de la “huida hacia el Derecho penal” (9), sin embargo, no comparto la imposibilidad absoluta de la que parte esta autora, de realizar un uso racional y legítimo del Derecho penal en este sector (10).

Las críticas realizadas en torno a la exclusiva función simbólica que cumpliría el Derecho penal en este sector, deben ser refutadas. De función simbólica se habla en Derecho penal por contraposición a las funciones instrumentales preventivas, es decir, una norma cumple sólo una función simbólica cuando, en primer lugar, no se aplica porque no existe voluntad real de imponer la sanción penal que prevé; en segundo lugar, cuando, debido a ello, es ineficaz respecto del cumplimiento de la finalidad de evitación de la conducta que prohíbe; y, en tercer lugar, cuando la única finalidad —naturalmente encubierta— es acallar las voces

(7) Sería igual que afirmar que se evitará el paro aumentando las prestaciones por desempleo. La existencia de prestaciones por desempleo sólo contribuye a paliar la situación de falta de recursos de los desempleados y desempleadas pero no incide en su causa.

(8) La existencia de normas penales no garantiza su aplicación como lo demuestra la cifra negra; en particular la cifra negra en delitos que tienen a las mujeres como víctimas, por ejemplo, en los delitos contra la libertad sexual, es más elevada que la genérica.

(9) Cit. nota 2.

(10) Sobre ello PÉREZ MANZANO, PJ 1991, pp. 31 y ss.

que exigen la punición de la conducta. Sin embargo, a mi entender no forma parte de las funciones simbólicas de la norma penal el expresar el carácter socialmente disvalioso de la conducta prohibida. Más bien al contrario, ello es consustancial a la existencia de normas sancionatorias, cuya sola existencia contribuye a satisfacer la función de prevención general, es decir, de evitación del delito. De un lado, porque el ciudadano y la ciudadana son accesibles a los mensajes normativos sobre el carácter socialmente disvalioso de una conducta, y, de otro, porque la posibilidad del uso de la pena cumple en sí misma funciones preventivas generales (11).

Pues bien, entiendo que el delito de impago de prestaciones no puede ser tachado de norma simbólica (12). En primer lugar, es un delito que se ha aplicado, por lo tanto, no se puede hablar de falta de voluntad real de aplicación. Tampoco se puede hablar de falta de eficacia para alcanzar el objetivo debido al tipo de medios con los que el Derecho penal pretende cumplir su función preventiva de evitar los impagos. El Código Penal anterior sancionaba este delito con una pena privativa de libertad y multa, lo que resultaba contraproducente con el efecto instrumental que se pretende cumplir con la sanción penal. De un lado, la ejecución de la pena privativa de libertad es distorsionadora dado que el ingreso en prisión hace imposible que el condenado realice su trabajo habitual y, por tanto, que consiga la cantidad económica necesaria para poder cumplir la prestación económica (13). Además, ello implica una disminución de sus ingresos, de modo que podría solicitar del juez o jueza civil la revisión y disminución de la pensión. De otro, la pena de multa tendría el mismo efecto de reducción de la capacidad económica del obligado, por lo que tendría la misma consecuencia negativa en el cumplimiento de la prestación económica. Todo ello podría llevar a pensar que la legislación penal había introducido en 1989 un delito cuya función se agotaba en expresar el carácter socialmente dañino de la conducta —el incum-

(11) Sobre todo ello, PÉREZ MANZANO, *Culpabilidad y prevención*, 1990.

(12) Sobre todo ha insistido en esta crítica LARRAURI, RDP y C 1992, n.º 2 pp. 298 y en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, pp. 99 y 100., quien además cita *El País*, 11 de enero 1993, donde se denunciaba la no aplicación del delito de impago de pensiones. Entiendo que esa denuncia era incorrecta en cuanto inaplicación generalizada como lo demuestra el estudio hecho por SILLERO/LAURENZO, o con solo leer las Sentencias de Audiencias Provinciales desde 1992.

(13) Dado que como hemos visto la mayoría de los obligados son trabajadores por cuenta ajena. Por ello, me parece razonable el uso realizado por los jueces o juezas de la remisión condicional de la condena. Cfr. SILLERO/LAURENZO, op. cit. p.

plimiento de las prestaciones— y conseguir los efectos derivados de la mera amenaza legal de pena, es decir, la intimidación general —evitar los incumplimientos por el temor a la sanción penal—, sin que estuviera en la mente del legislador y la legisladora la posibilidad real de ejecutar la pena impuesta. Lo cierto es que la experiencia judicial desde 1989 demuestra lo contrario. El delito de impago de pensiones se ha aplicado en muchas ocasiones, no se trata ni mucho menos de la falta de aplicación práctica que afecta a otros preceptos como por ejemplo a los delitos contra el medio ambiente. De otro lado, el tipo de pena con la que se sancionan estas conductas en el nuevo Código Penal —el arresto de fin de semana— creo que es un instrumento que mejorará la eficacia preventiva de esta disposición por hacer posible su cumplimiento efectivo sin producir efectos distorsionadores respecto del cumplimiento de los deberes asistenciales, puesto que permite mantener el trabajo habitual, y por tanto no incide negativamente en la capacidad económica del obligado.

En segundo lugar, aunque no existen datos sobre la incidencia de este delito en el aumento o disminución del número de impagos (14), con carácter general la eficacia preventivo general de este delito es la misma que puede tener cualquier delito que se sanciona con una pena relativamente leve. En tercer lugar, no es ilegítimo que se cumpla la función de evitar los impagos por el efecto de motivación que puede tener la mera posibilidad de ser sometido a un proceso penal, si tras la norma penal existe un bien jurídico que merece protección penal y cuya protección se realiza con sometimiento a los principios que legitiman el uso del Derecho penal en un Estado de Derecho.

(14) Me parece un tanto infundada la afirmación de SILLERO/LAURENZO, *op. cit.* p. 161, en el sentido del “escaso efecto preventivo” que ha tenido hasta ahora este delito. Para poder realizar esta afirmación deberían existir datos comparativos antes y después de la creación del delito, y, en segundo lugar, datos comparativos en un período de tiempo significativo desde que existe el delito.

Las críticas sobre la ilegitimidad del precepto

Al margen del argumento referido a la inconstitucionalidad del precepto por discriminar a las hijas e hijos nacidos fuera del matrimonio y respecto de los cuales también puede existir un deber de prestación económica reconocida judicialmente (15), al que no me voy a referir por considerarlo correcto, los argumentos que se esgrimieron para fundamentar la ilegitimidad del precepto fueron básicamente los siguientes:

1. En primer lugar, se argumentó la violación del principio de intervención mínima, que constituye uno de los pilares del Derecho penal en un Estado de Derecho: a) De un lado, por falta de un bien jurídico penal digno de protección, en tanto se sanciona (?) el mero incumplimiento de una obligación civil; b) De otro, porque aunque podamos configurar un bien jurídico merecedor de tutela penal, sin embargo, el delito no se ha limitado a tipificar modalidades suficientemente graves de ataque al mismo, dado que al no exigir que el sujeto pasivo sea una persona necesitada, estamos ante un delito de peligro abstracto.
2. En segundo lugar, el argumento más utilizado, y a mi modo de ver con menos rigor por la doctrina, es el que se refiere a la violación de la prohibición de la prisión por deudas.
3. En tercer lugar, se ha alegado la desproporción de la pena, dado que el Código sanciona este delito con la misma pena que el incumplimiento de deberes asistenciales más importantes y que afectan a personas que dependen de su cumplimiento para subsistir.
4. En cuarto lugar, si el Derecho penal sólo es legítimo cuando el uso de la pena es capaz de evitar las conductas cuya realización prohíbe, sería absurda la utilización de la prisión o la multa a este fin cuando tendrían efectos claramente distorsionadores.

Pues bien, creo que todas estas objeciones referidas a la legitimidad de la intervención penal en este ámbito son rechazables, es decir, entiendo que es posible fundamentar la legitimidad del recurso al Derecho penal. En este apartado nos referiremos a los dos primeros argumentos, por entender que pueden afectar al recurso al Derecho penal en general, mientras que a los dos últimos nos referiremos al analizar las novedades de este delito en el Código de 1995, pues entiendo que se han resuelto correctamente.

(15) Por todos GÓMEZ PAVÓN, CPC 1991, PP. 299 y ss.

Como acertadamente señaló la profesora Laurenzo, la doctrina penal insistió más en la existencia o no de medios alternativos de protección que en fundamentar con precisión el bien jurídico-penal protegido, cuando el análisis de la legitimidad penal ha de partir de la configuración de un bien jurídico digno de tutela penal (16). Con carácter mayoritario se refiere la doctrina a dos objetos de tutela: de un lado, la seguridad de las y los miembros de la familia (17) que constituiría el mismo bien jurídico protegido en los otros delitos de abandono de familia, y, de otro, el normal funcionamiento de la administración de justicia, dado que solo se protege el impago de prestaciones establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial (18). Al segundo, no me voy a referir específicamente porque entiendo que aisladamente considerado llevaría a negar la legitimidad de la intervención penal en este campo dado que ya existe un delito específico para proteger este bien jurídico, el delito de desobediencia; además, la pena con la que se sanciona en el nuevo Código Penal este delito (art. 556 seis meses a un años de prisión), obliga a entender que la lesión de este objeto de tutela no se ha tenido específicamente en cuenta en el impago de pensiones. Respecto de la seguridad creo acertada la objeción de la profesora Laurenzo en el sentido de que no es más que un objeto mediato de protección que oculta los bienes materiales realmente protegidos.

Pero, me interesa en estos momentos analizar el intento de identificación del bien jurídico realizado por la profesora Laurenzo. Según ella, al levantar el velo de la seguridad el "auténtico objeto de protección de los delitos de abandono de familia lo constituyen una serie de bienes fundamentales de los beneficiarios de los deberes asistenciales incumplidos, en particular, su vida e integridad personal, entendido este último elemento como comprensivo no sólo de la salud física y psíquica en sentido estricto, sino más ampliamente, de todas aquellas condiciones materiales que hacen posible una vida digna". Esta forma de configuración del bien jurídico conlleva automáticamente la catalogación del mismo como delito de peligro abstracto. Pues bien, esta tesis, que podría servir para la legitimación de la intervención penal a través de este delito puesto que lo conecta con derechos fundamentales de

(16) CPC 1993, p. 772.

(17) DE VEGA, *La prisión por deudas conyugales*, 1991, p.53. Esta es la línea seguida por la jurisprudencia.

(18) GARCÍA ARÁN, *La reforma*, op. cit. pp. 119 y ss.

la persona que nadie duda merezca protección penal, puede tener un efecto deslegitimador. Ello es así, porque en Derecho penal los delitos de peligro abstracto referidos a bienes jurídicos de carácter individual son altamente discutidos y, por cierto, tildados de ilegítimos en la medida que suponen un adelantamiento excesivo de la barrera de punición con lo que quebraría el principio de ofensividad.

Entiendo que la legitimidad en este campo procedería de la complementación de los siguientes argumentos. En primer lugar, sería necesaria la constatación en el caso concreto de la peligrosidad de la conducta. A mi modo de ver, la peligrosidad en el caso concreto —que no es el peligro concreto como resultado—, se daría en primer lugar, siempre que hay hijos o hijas menores, pues la infracción de los deberes de asistencia económica incide claramente en la calidad de vida y subsistencia de ellos. Y siempre que el o la cónyuge carezca de medios económicos para subsistir y mantener dignamente a los hijos e hijas que están bajo su custodia (19). Como hemos visto, en la mayoría de los casos que llegan a los tribunales se dan ambas condiciones, por lo tanto, la comprobación de la peligrosidad en el caso concreto no restará efectividad a la norma, mientras que sí aumentará su legitimidad (20).

Ahora bien, a mi modo de ver, más allá de los derechos individuales en peligro lo que explica el delito tal y como aparece configurado en la actualidad y contribuye a fundamentar la legitimidad de la intervención penal es la afección de un bien jurídico de carácter supraindividual. Nos guste o no, la sociedad actual está configurada en torno a la institución del matrimonio y la familia, ambas cumplen funciones asistenciales básicas que el Derecho reconoce mediante el establecimiento de un estatuto de derechos y deberes interconectados. Hasta el punto de decidir el mantenimiento de estos deberes incluso cuando se disuelve el matrimonio. Uno de los argumentos que utilicé (21) para defender que en este delito no estamos ante un caso de prisión por deudas fue que la proscripción de la prisión por deudas afecta a la sanción penal de meros incumplimientos contractuales y en este ámbito estamos ante algo más que un mero contrato. Estamos ante una institución social y jurídica que el Estado tiene interés en proteger mediante la punición del incumplimiento de los deberes más importantes conectados con ella. Ello explicaría por qué no es necesario que exista una persona necesitada y por qué no es necesario comprobar la peligrosidad ex ante

(19) En este sentido ya me manifesté a favor de la restricción del tipo a los casos en que existiera una persona necesitada en PJ 1991, p. 47.

(20) Sobre ello, LAURENZO, *CPC* 1993, p. 794.

(21) PJ 1991, p.

respecto de bienes de carácter individual. También explicaría el escaso número de impagos necesario para la constitución de la conducta típica, que entonces no serían más que una representación de la voluntad definitiva de incumplimiento del deber, y explicaría la indiferencia respecto de las cantidades adeudadas.

Estaríamos entonces ante un delito en el que se protegen no sólo bienes de carácter individual, sino también el buen funcionamiento de los deberes de asistencia en el marco de la familia.

2.2

INTERVENCIÓN MÍNIMA

Mir Puig ha defendido (22) que para que un bien jurídico se convierta en bien jurídico-penal de manera que sea legítima la intervención penal, han de darse dos condiciones: en primer lugar, suficiente importancia social del bien, y, en segundo lugar, la necesidad de protección del mismo por el Derecho penal.

1. Según este autor, la existencia de una importancia social suficiente puede valorarse, en primer lugar, por el reconocimiento constitucional de los valores protegidos y, en segundo lugar, porque sean valores cuya violación repercute directamente sobre las personas, sobre sus posibilidades de participación igualitaria en la vida social. Pues bien, en primer lugar, el art. 32 de la CE no sólo reconoce el derecho a contraer matrimonio, sino que reconoce específicamente la existencia de derechos y deberes de las y los cónyuges y la posibilidad de separarse o disolver el matrimonio. Además en el art. 39 se recoge como primero de los principios rectores de la política social y económica, la protección de la familia, la protección integral de las hijas e hijos y de las madres y la obligación de los padres de “prestar asistencia de todo orden a las hijas e hijos habidos dentro o fuera del matrimonio”. Todo ello supone el reconocimiento jurídico al más alto nivel posible de la importancia social de la institución. En segundo lugar, sostiene Mir (23) que en el Estado social democrático importan los intereses colectivos en la medida que condicionen la vida de las personas. Pues bien, creo que hay que matizar este criterio apuntado por Mir. A mi modo de ver, bastaría también con demostrar la incidencia en un colectivo social determinado (trabajadores y tra-

(22) *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pp. 162 y ss..

(23) *Op. cit.* p. 164.

bajadoras o mujeres por ejemplo). Y ello porque la repercusión global de la conducta en el colectivo convertiría a la protección penal en garantía de reparto no discriminante de bienes o derechos sociales que permitirían la participación e integración social del colectivo en condiciones de igualdad. Y a mi modo de ver ello es lo que sucede en este ámbito. A nadie se le oculta que el reparto de roles entre hombres y mujeres ha producido una situación en la que hay una abrumadora mayoría de parejas en las que sólo el hombre trabaja o aunque trabajen ambos, la capacidad económica del hombre es superior a la de la mujer. Y curiosamente también hay una abrumadora mayoría de casos en los que la separación o disolución del matrimonio es solicitada por mujeres que alegan incumplimiento de deberes por parte de los hombres. Con estos datos en la mano (24), es evidente que hay un colectivo sobre el que repercute la conducta del impago de pensiones: las mujeres. Y en esa medida no creo que sea absolutamente necesario ni exigir, ni demostrar la incidencia directa e individual del impago en la salud de las personas afectadas en concreto. Es más, probablemente, ello puede ser interpretado y utilizado por nuestro sistema penal, que no olvidemos, no es neutral en el uso del Derecho penal, para no aplicar este delito.

Todo ello no significa que la conducta no afecte a derechos individuales que sí resultan afectados. De un lado, como sostiene Lorenzo incide en la salud de las personas afectadas. En este caso creo que cuando estamos ante personas necesitadas (que son la mayoría de los casos) no sólo hay peligro abstracto, sino menoscabo de la salud personal en la medida en que se produce un deterioro de las condiciones de existencia mínima de la cónyuge e hijos e hijas, al margen de la lesión de la salud psíquica de la cónyuge o de los hijos e hijas que no entienden la desatención de sus padres, y que en ocasiones se culpabilizan y consideran el impago un castigo por ser culpables de la disolución del matrimonio. Pero no sólo repercute en la salud, incide en la dignidad personal, en la medida en que el poder económico del cónyuge se utiliza como instrumento de dominación sobre la cónyuge y sobre los hijos e hijas. El impago es demostración del poder del cónyuge sobre la cónyuge y recuerdo continuo de la situación de inferioridad de ésta. Todo ello incide también en la libertad personal y en la autoestima.

2. En cuanto a la necesidad de protección penal específica, creo que es evidente el fracaso del Derecho civil y la insuficiencia de los medios de tutela previstos en este ámbito (25). Ello

(24) Cfr. el estudio de SILLERO/LAURENZO, *passim*.

(25) PÉREZ MANZANO, PJ 1991, pp. 36 y ss..

no significa que, no considere necesario profundizar y mejorar los medios de tutela civil, como tampoco significa que no entienda que la existencia de un Fondo de Garantía de Pensiones, pueda ser un medio eficaz de protección. Pero entiendo que ello no sólo no evitaría la necesidad de protección penal, en primer lugar, para que no se produjera un efecto relajación de los obligados (26), pues, no se puede argumentar que la subrogación del Fondo en los derechos de la persona beneficiaria no lo evitaría, como tampoco evita el fraude fiscal la existencia de inspección fiscal, sino más bien la posibilidad de ser sometido a un proceso penal. Y, en segundo lugar, porque la existencia de un bien jurídico digno de protección penal no puede ser ocultada por la existencia de un Fondo de Garantía de Pensiones. En este sentido hay que mencionar no sólo la existencia en Francia de un Fondo de este tipo, sino también la existencia de un delito de impago de pensiones (27).

2.3

LA PRISIÓN POR DEUDAS

En cuanto a la prisión por deudas, además de todo lo dicho en relación al bien jurídico que como se ve no tiene nada que ver ni con la protección de la propiedad, ni con la protección de meros incumplimientos contractuales, voy a renovar los argumentos que ya expuse en otro lugar (28).

1. La proscripción de la prisión por deudas tal y como se recoge en el art. 11 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 1962 —“Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual”—, se refiere a obligaciones contractuales, por tanto a incumplimientos de deberes contractuales. Y, en este ámbito estamos ante algo distinto y más importante. De un lado, los deberes respecto de los hijos e hijas no son obligaciones contractuales; de otro, los deberes entre cónyuges derivan del matrimonio que presenta, desde luego, alguna peculiaridad respecto del contrato de compraventa, prototipo de contrato; por último, la salud y subsistencia de la cónyuge e hijos e hijas como bienes jurídicos afectados se distancian claramente de la protección de la propiedad, que suele estar en la base de la protección de los meros incumplimientos contractuales.

(26) Idem nota anterior p. 44.

(27) Demasiado riguroso en mi opinión. Cfr. PÉREZ MANZANO, PJ 1991 nota 1.

(28) PJ 1991, pp. 45, 46.

2. La prohibición está además pensando en que el encarcelamiento se produzca por el solo hecho de que el deudor no tiene capacidad económica para satisfacer la deuda. Pues bien, esto no se produce en nuestro caso. De un lado, el juez o jueza civil habrá fijado la pensión en función de la capacidad económica del cónyuge obligado, y, en segundo lugar, en los delitos omisivos la capacidad del obligado de realizar la conducta debida es requisito de la tipicidad penal de la misma, por lo tanto, si se ha producido un deterioro de la situación económica del obligado y no se ha producido todavía la revisión judicial de la pensión, a pesar de los impagos, el juez o jueza penal puede declarar la atipicidad de la conducta y, por tanto, la ausencia de responsabilidad penal.

3.

Insuficiencias del antiguo art. 487 bis del Código Penal (C.P.) detectadas por la doctrina y jurisprudencia

Al margen de las críticas referidas a la legitimidad de cualquier intervención penal en este campo a las que acabo de referirme, un sector de la doctrina y jurisprudencia han criticado el contenido de la regulación específica en el art. 487 bis del C.P. anterior.

El antiguo art. 487 bis del C.P. configuró este delito como un delito de omisión pura para cuya consumación bastaba la realización del número de impagos exigido siempre que el obligado tuviere capacidad económica para cumplir la prestación económica. No establecía esta disposición ninguna restricción respecto de la clase de prestaciones —alimentos, compensatoria, indemnizatoria— siempre que fueran de tracto sucesivo y que el período de pago establecido fuera mensual (29).

3.1 LA NO INCLUSIÓN DE PRESTACIONES DE TRACTO SUCESIVO DE PERIODICIDAD DISTINTA A LA MENSUAL Y DE LAS PRESTACIONES QUE NO SEAN DE TRACTO SUCESIVO

La configuración de la conducta típica como impago de un número de mensualidades produjo esta consecuencia que supone una laguna del Código anterior que se explica sólo formalmente, pues desde la perspectiva de la clase de prestaciones económicas debidas es perfectamente posible que el juez o jueza establezca un pago único o una periodicidad distinta a la mensual en función de que los ingresos del obligado se incrementen con una periodicidad distinta, por ejemplo cuando se cobra el trabajo por semanas o cuando los ingresos no derivan del trabajo personal.

Esta laguna podía tener además efectos negativos en la protección penal del cumplimiento de los deberes asistenciales, pues para sustraerse a la sanción penal bastaría con conseguir el reconocimiento judicial de prestaciones no periódicas o de una periodicidad distinta a la requerida en el tipo.

(29) La jurisprudencia se ha encargado en numerosas ocasiones de reiterar estos requisitos.

3.2 LA DELIMITACIÓN DEL SUJETO PASIVO COMO PERSONA NECESITADA

Un sector de la doctrina propugnó una interpretación restrictiva del delito, de manera que solo se aplicara cuando estuviéramos ante una persona necesitada. De un lado, ello dotaría de coherencia a este artículo en relación con el delito de abandono tradicional y de otro evitaría que se utilizara la protección penal para proteger a quienes tienen bienes suficientes para vivir comodamente. Esta interpretación restrictiva la realicé yo misma en aplicación del principio de intervención mínima o la profesora Laurenzo partiendo de que el bien jurídico protegido es la vida o la salud de las personas y entendiendo que estamos ante un delito de peligro abstracto, pues en ese caso al ser la peligrosidad *ex ante* requisito de la tipicidad de la conducta se impediría una punición automática del impago, dado que en los casos en que la persona beneficiaria tuviera medios económicos, el impago debería considerarse como carente de la peligrosidad *ex ante* respecto del bien jurídico (30).

Sin duda ello aumentará la legitimidad de la intervención penal. Ahora bien, la no exigencia de peligrosidad de la conducta puede explicarse, tanto si tomamos en cuenta el aspecto supraindividual de este delito, es decir, la tipificación de la infracción de deberes especialmente relevantes desde la perspectiva de la configuración social actual, como los efectos contraproducentes en la aplicación del delito, que se pueden producir al aumentar los requisitos para su aplicación (31), dado que se pueden utilizar para obstaculizar su aplicación. La tradicional falta de neutralidad del sistema penal puede encontrar una nueva excusa para su asentamiento.

3.3 LA INCOHERENCIA DE LA PERSECUCIÓN DE OFICIO RESPECTO DE LOS OTROS DELITOS DE ABANDONO DE FAMILIA

Cuando se introdujo este delito en 1989, el artículo que contenía la disposición sobre los requisitos de procedibilidad del abandono de deberes familiares quedó ubicada en el artículo anterior, de manera que en ausencia de disposición expresa que estableciera la persecu-

(30) LAURENZO, *CPC* 1993, pp. 793-4.

(31) En este sentido no estoy de acuerdo con SILLERO/LAURENZO, *op. cit.* p. 162, en que la imposición de penas leves se pueda deber al fundado temor de los jueces o juezas de estar castigando un supuesto de prisión por deudas.

ción de este delito a instancia de parte, se convirtió este delito en un delito público, perseguible de oficio. Ello se consideró por la mayoría de la doctrina como una incoherencia con la regulación de los otros delitos de abandono de familia, entendiendo además, que, si bien, la familia es una institución que merece la protección pública, sin embargo, no es políticocriminalmente adecuada la intervención del Estado cuando las y los miembros de la familia no lo quieren pues ello vulneraría el derecho a la intimidad básicamente.

3.4 LA NEGATIVA DE CIERTOS TRIBUNALES A INCLUIR COMO RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO LA CUANTÍA DE LAS PRESTACIONES INCUMPLIDAS

Una de las cuestiones de mayor relevancia práctica que suscitó la introducción de este delito en el Código Penal fue la relativa a si era posible y adecuado que el juez o jueza penal condenara al pago de las cantidades adeudadas como parte de la responsabilidad civil derivada del delito. La respuesta negativa a esta cuestión implicaba la necesidad de que la parte acreedora instara el procedimiento civil para solicitar el pago de la deuda incumplida. La Circular nº 2/1990 sostuvo que la reparación del perjuicio causado en vía penal debía incluir tanto el abono de las cantidades debidas como los perjuicios de otra índole derivados del impago. Sin embargo, la jurisprudencia no ha seguido esta tesis de la Fiscalía de forma unánime, sino que hay sentencias tanto absolutorias como condenatorias. La doctrina por su parte también se divide (32) a la hora de decidir si la condena penal de responsabilidad civil puede incluir las cantidades debidas.

Los argumentos contrarios esgrimidos por la jurisprudencia y seguidos por la doctrina son básicamente dos: de un lado, que la responsabilidad civil derivada de delito tiene como objeto obligaciones que nacen con el delito y no aquellas preexistentes como es el caso; y, en segundo lugar, se dice que al admitir que se exijan las mensualidades no pagadas por vía penal se estaría propiciando el uso de la vía penal como amenaza para conseguir cobrar la deuda (33). Ello lleva a entender que sólo nace la responsabilidad civil derivada de este

(32) A favor DE VEGA RUIZ, op. cit. p. 59 y ss.; en contra LAURENZO, *CPC* 1993, p. 815.

(33) SAP Madrid 15 mayo 1991; LAURENZO, *CPC* 1993, p. 815.

delito cuando del impago de las prestaciones “derivó un perjuicio concreto diferente del propio impago” (34). En sentido inverso un sector jurisprudencial entiende que sí es posible la condena en responsabilidad civil (35), porque es la lesión de bien jurídico seguridad lo que hay que reparar.

(34) SAP Barcelona 13.3.1996; SSAP Sevilla 2.6.1995, 14.3.1996; SSAP Toledo, 13.4.1993, 24.5.1993, 20.7.1993, 1.9.1993, 7.3.1994, 26.6.1995; SAP Gerona 19.4.1995; SAP Asturias 6.4.1995.

(35) Aunque son pocas las sentencias en esta línea cabe citar SSAP Barcelona (Sec 9ª) 17.12.1993, (Sec. 10ª) 28.1.1994, 24.3.1995; SAP Lleida (Sec 1ª) 15.2.1993; SAP Valencia 15.3.1993.

4.

Análisis de las novedades de la regulación del art. 227 C.P.

El código ha intentado resolver algunos de estos problemas.

4.1

NOVEDADES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

Dos son las novedades básicas: la reducción del número de impagos constitutivo de delito y la inclusión como conducta típica del incumplimiento del pago de prestaciones económicas que no sean de tracto sucesivo.

Lo cierto es que ninguna de ambas novedades queda suficientemente explicada en los debates parlamentarios. La reducción del número de impagos es fruto de una enmienda transaccional del GS (Grupo Socialista) y CiU (36) que no se comenta. Y respecto de la inclusión del impago de prestaciones no periódicas que se produce en el texto del proyecto que se presenta al Congreso el GS en su defensa solo alega el que se había detectado una laguna respecto de este tipo de prestaciones.

Ahora bien, el sentido de estas modificaciones es claramente ampliatorio de las conductas delictivas, de manera que a pesar de las críticas doctrinales la legislación decide ampliar este delito. En este sentido es de señalar que las enmiendas presentadas por los distintos grupos parlamentarios al texto del proyecto (37) tenían todas un sentido ampliatorio y no restrictivo, lo que viene a demostrar un consenso político en el mantenimiento de este delito. En cuanto a la reducción del número de impagos éste puede obedecer, en primer lugar, a que son suficientes para demostrar la voluntad de impago del obligado y, en segundo lugar, a que la realidad práctica de los impagos nos muestra un panorama desolador de penuria económica cuando se producen de manera que suelen ser necesarios para la subsistencia mínima. Desde esta perspectiva, la subsistencia de las personas afectadas queda afectada desde el primer impago. El requisito de un determinado número de impagos debe ser entendido como un requisito de procedibilidad.

(36) Enmienda que no se entiende muy bien, pues el grupo parlamentario que había solicitado esta reducción era el PP.

(37) Salvo en lo que se refiere a su conversión en delito semiprivado.

La inclusión del impago de prestaciones no periódicas se explica porque ciertamente no hay ninguna obligación civil de imponer prestaciones periódicas en estos casos, de manera que la laguna penal obliga a los jueces y juezas civiles a imponer este tipo de obligaciones económicas, pues en otro caso se pueden producir situaciones de fraude.

4.2 ACTOS JURÍDICOS Y PROCESOS DECLARATIVOS DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA

Se incluyen los procesos de filiación y de alimentos en favor de los hijos e hijas. Ello pretende cubrir la laguna detectada en relación con los hijos e hijas respecto de los cuales la prestación económica esté acordada en este tipo de procesos y que, la doctrina sostenía que daba lugar a una discriminación que convertía en inconstitucional el precepto. Desde esta perspectiva debe acogerse la reforma positivamente aún cuando no se puede negar que el nivel de incidencia de los incumplimientos de esta clase de prestaciones es muy inferior al de las prestaciones establecidas en convenio o resolución judicial en caso de crisis matrimonial.

4.3 LA PERSECUCIÓN A INSTANCIA DE PARTE O DEL MINISTERIO FISCAL

Acabo de decir que la doctrina consideró un olvido de la legislación la inexistencia de una disposición que configurara los requisitos de procedibilidad de este delito en consonancia con los demás delitos del título. Esto es lo que ha sucedido en el art. 228 que establece en principio la persecución a instancia de parte, salvo que nos encontremos ante un menor, incapaz o persona desvalida que haga necesaria la intervención del Ministerio Fiscal. Por lo tanto, la reforma es correcta en este punto.

4.4 LA REGULACIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO

Conforme establece el párrafo 3º del art. 227 “la reparación del daño procedente del delito comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas”. Con ello se resuelve la polémica

ca en torno a si la condena en responsabilidad civil derivada del delito podía incluir las cuantías adeudadas y si procedía cuando el único perjuicio económicamente evaluable era el propio impago.

Pues bien, entiendo posible argumentar la corrección técnica de esta disposición. Si la puesta en peligro del bien jurídico se produce por la infracción del deber de prestación económica cuando existen hijos e hijas menores y un o una cónyuge que carece de medios económicos para subsistir, considero que ello se produce desde el primer impago, de manera que el daño a reparar ha de tener en cuenta la cuantía total de la deuda con independencia del número de impagos necesarios para interponer la denuncia, es decir, para entender que hay un indicio razonable de la voluntad permanente de infringir el deber.

Más allá de la corrección técnica de esta disposición el objetivo declarado en los debates parlamentarios es exclusivamente de economía procesal: evitar la necesidad de acudir a la vía civil para solicitar el pago de la deuda. Sin embargo, esta disposición va a tener otros efectos paralelos. Esta disposición, va a condicionar el juego de la atenuante de reparación del daño. La reparación del daño tiene en el nuevo Código Penal otra función al margen de formar parte de la responsabilidad civil, pues aparece configurada como atenuante genérica en el art. 21.5 “La de haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima, o disminuir sus efectos, en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad a la celebración del acto del juicio oral”. De manera que, de un lado, ello servirá de estímulo a los obligados para cumplir con las prestaciones, pero, de otro, impedirá apreciar la atenuante si no se pagan las cantidades adeudadas.

Por último, y teniendo en cuenta lo establecido en el art. 81.3, la suspensión de la ejecución de la pena solo es posible en principio en el nuevo Código si se han satisfecho las responsabilidades civiles, por lo tanto, el pago de lo adeudado se convierte en requisito para poder dejar en suspenso el arresto de fin de semana. Esta disposición se enmarca claramente en la introducción de mecanismos de resolución del conflicto en los que se integra las necesidades de la víctima. Ello tendrá un efecto disuasorio complementario, pues hasta ahora, se había hecho un uso generalizado de la institución equivalente del Código anterior —la remisión condicional de la condena—, como hemos dicho, con buen criterio. Sin embargo, desde el momento en que la pena a imponer es el arresto de fin de semana, que puede cumplirse sin producir perjuicios en el cumplimiento de la prestación económica, considero razonable hacer depender la suspensión de la ejecución de la satisfacción de la responsabilidad civil derivada del delito, que incluye la reparación del daño.

Una de las novedades más adecuadas a la finalidad políticocriminal de este delito es la que se refiere a la imposición de la pena de arresto de fin de semana. Como se sabe esta pena privativa de libertad de carácter discontinuo es una de las novedades del Código Penal más esperadas por la doctrina. Esta pena pretende conciliar los intereses preventivo generales y especiales de la pena. De un lado, los delitos no muy graves se sancionaban en el Código Penal anterior con penas privativas de libertad de corta duración o con multa y ninguna era idónea. La pena privativa de libertad inferior a seis meses se considera de un lado, inadecuada por ser demasiado corta para establecer un tratamiento resocializador eficaz y, de otro lado, suficientemente larga para producir los efectos desocializadores típicos del contacto con la subcultura carcelaria. Pero, por otro lado, la multa carece del efecto intimidatorio que tiene la pena privativa de libertad. Frente a ambas el arresto de fin de semana tiene mayores efectos intimidatorios que la multa por ser una pena privativa de libertad y carece de los efectos desocializadores de la privación de libertad de carácter continuo. Todo ello convierte a esta pena en especialmente idónea para el delito que examinamos pues si el objetivo primordial de este delito es incidir en el cumplimiento de las prestaciones económicas ello sólo se consigue si el cónyuge obligado puede seguir llevando una vida social y laboralmente integrada. Y ello no solo porque como argumentó el GS (38) la multa puede incidir negativamente en el cumplimiento de las prestaciones económicas adeudadas, sino porque un sujeto desocializado, que pierde su trabajo y su código de valores al ingresar en prisión, no es un sujeto que vaya a cumplir sus obligaciones familiares en el futuro. Además, la posibilidad de ejecutar esta pena sin producir repercusiones negativas respecto del cumplimiento de las prestaciones configura este delito como una disposición claramente instrumental y hace desaparecer de la misma, como he dicho, todo resquicio de legislación simbólica.

(38) La introducción de la pena se debe a una enmienda del GS en el Congreso.

Más allá de estas consideraciones, a mi modo de ver, la pena se adecúa mejor a las exigencias de proporcionalidad. Es la misma pena que la que se señala al art. 226 y notablemente inferior a la del delito de desobediencia de manera que es posible establecer soluciones concursales más adecuadas. La pena de prisión de un año con la que se sanciona el delito de desobediencia permite argumentar que el art. 227 no está teniendo en cuenta el desvalor como delito, sino tan solo el de la falta del 634. De manera que en caso de que se den los requisitos de gravedad exigidos por el tipo y concretados por la jurisprudencia se apreciará un concurso de delitos.

4.6

LA PRESCRIPCIÓN DEL DELITO

De conformidad con el art. 131 este delito prescribe a los tres años, lo que supone una disminución del plazo dado que conforme al art. 113 del antiguo Código Penal el plazo de prescripción era de cinco años.

5.

Conclusión

En el marco de un panorama doctrinal generalizado contrario a este delito, declararme partidaria del mismo, puede suponer correr riesgos excesivos. A pesar de ello, si la única crítica que puede tener alguna fundamentación, la que se refiere a la no exigencia de constatación de la peligrosidad del impago respecto de la salud y subsistencia de las personas beneficiarias, puede resolverse por vía de interpretación material del delito, que excluiría siempre las pensiones compensatorias o indemnizatorias, entiendo que la reforma debe considerarse positiva, aunque subsistan algunos defectos de redacción.

PATRICIA LAURENZO COPELLO
Profesora Titular de Derecho
penal de la Universidad
de Málaga

La
discriminación
por razón de
sexo en la
legislación
penal

Introducción

1.

En la literatura feminista son frecuentes los estudios que ponen de manifiesto la perspectiva esencialmente masculina que caracteriza al ordenamiento jurídico en general, y al Derecho penal en particular, a la hora de abordar la solución de los conflictos sociales (1). Se trata, sin duda, de uno de los posibles enfoques para analizar el tema que nos ocupa, puesto que en última instancia con ello se pretende desvelar el tratamiento discriminatorio que recibe la mujer en el sistema penal. Sin embargo, y al igual que sucede con otros colectivos situados en posiciones de desventaja o subordinación social, se da la paradoja de que esas mismas instancias sospechosas de desatender en sus grandes líneas rectoras las particularidades de género, adoptan una actitud proteccionista hacia la mujer frente a ciertos actos de discriminación originados en otros ámbitos de la realidad comunitaria (2).

Esa ambigüedad en la que parece moverse el Derecho penal —ciertamente atento a las reivindicaciones de los grupos marginados por lo que a la actitud de otros se refiere, pero incapaz de asumir su propia cuota de responsabilidad— ha llevado a ciertos sectores a poner seriamente en duda la conveniencia de utilizar la vía represiva como medio para corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. En particular, desde la perspectiva de género, son muchas las voces que alertan sobre el peligro de reivindicar la constante criminalización de conductas como estrategia adecuada en la lucha por alcanzar una posición autónoma de la mujer (3). Y si este punto de vista es digno de atención respecto de las medidas proteccionistas de carácter sectorial —piénsese, por ejemplo, en el siempre de-

(1) Sobre los distintos enfoques que al respecto se sostienen cfr. SMART, "La mujer en el discurso jurídico", en LARRAURI (comp.), *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, Madrid, 1994, pp. 170 y ss.; PITCH, "Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista", en *Democrazia e diritto*, n.º 2, 1993, pp. 7 y ss.

(2) Como se ha dicho, esa ambigüedad valorativa con la que el Derecho penal se enfrenta a la mujer es aún más patente en relación a otros colectivos socialmente infravalorados. Es el caso, por ejemplo, de los extranjeros y extranjeras, a quienes la legislación tutela de modo especialmente intenso frente a conductas xenófobas de terceros, pero al mismo tiempo discrimina a la hora de aplicarle sus propias sanciones. Buena prueba de ello es el recurso abusivo a la expulsión del territorio nacional que prevé el Código Penal para todo extranjero y extranjera no residente en España que cometa algún delito —Cfr. al respecto, MAPELLI CAFFARENA/TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª ed., Madrid, 1996, pp. 108 y ss.; GARCÍA ARÁN, en MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal*, P.G., 2ª ed., p. 601.

(3) Cfr., por ejemplo, VAN SWAANINGEN, "Feminismo, Criminología y Derecho penal: una relación controvertida" y BROWN, "Desviación femenina: Perspectivas teóricas británicas en 1988", ambos en *Papers d'estudis i formació*, n.º 5, 1989, pp. 94 y ss. y 29, respectivamente.

batido ámbito de la prostitución o en la reciente prohibición penal del acoso sexual—, aún más interés despierta cuando se trata de discutir sobre la eficacia y oportunidad de la tutela penal frente a conductas genéricas de discriminación. Porque si desde el principio se acusa al Derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de “normalidad”, permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad (4), no resulta fácil comprender como esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas.

No quiero decir con ello que deba descartarse sin más la posible eficacia de la vía punitiva, pero tampoco parece aconsejable acudir irreflexivamente a ella, sin analizar con cierto detenimiento su auténtica utilidad y efectos. Especialmente interesante resulta este análisis en un momento en el que la legislación ha apostado decididamente por el Derecho penal como medio idóneo para combatir la discriminación, incluida aquella que encuentra su fundamento en el sexo de la persona discriminada.

(4) Resulta muy convincente en este sentido la clasificación propuesta por Ferrajoli sobre los diversos modelos que se han sucedido a través de la historia en relación a la configuración jurídica de la diferencia. Entre ellos señala el modelo de la “homologación jurídica de las diferencias”, propio, entre otros, del Estado liberal, cuya peculiaridad reside en el desconocimiento y anulación de las diferencias en el plano jurídico en nombre de la igualdad formal. Para que el sistema funcione, el Derecho asume implícitamente una identidad como “normal” y asimila a ésta el resto de las identidades diferenciales: “La diferencia femenina resulta no discriminada en el plano jurídico en tanto y en cuanto es desconocida, ocultada y enmascarada en este plano: las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres en la medida en que son consideradas o se finge que son (como los) hombres y se asimilan a éstos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento” -FERRAJOLI, “La differenza sessuale e le garanzie dell’uguaglianza”, en *Democrazia e diritto*, N° 2, 1993, p. 52.

Las causas de discriminación en la actual legislación penal

El Código Penal de 1995 contiene una amplia gama de preceptos vinculados con la discriminación, entre los que cabe citar, por su importancia, los delitos de provocación a la discriminación (art. 510 C.P.); de discriminación en el empleo (art. 314 C.P.); de denegación de prestaciones correspondientes a un servicio público o privado (arts. 511 y 512 C.P.); la específica punición de las asociaciones ilícitas que promuevan o inciten a la discriminación (art. 515.5º C.P.) y la agravante de cometer cualquier delito por esos motivos (art. 22. 4º C.P.).

Al margen de algunas particularidades que por el momento no son trascendentes, todas aquellas figuras recogen un catálogo homogéneo de causas de discriminación, cuya enumeración, no siempre coincidente en la terminología legal (5), se concreta en las siguientes circunstancias personales o sociales de los individuos: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión u otras creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía (6). Esa uniformidad en la tutela penal no ofrece, sin embargo, un reflejo adecuado de los motivos que llevaron a la legislación a ampliar la intervención punitiva en el terreno que nos ocupa. Por lo que aquí interesa conviene tener presente, sobre todo, el escaso protagonismo que jugó la circunstancia de sexo en aquella decisión legislativa. De hecho, y a salvo del primer impulso que en esta línea representó la reforma de 1983 (7), lo cierto es que el motivo directo del avance prohibicionista se encuentra muy alejado de la discriminación por razón de sexo, concretamente, en la preocupación que han suscitado en el ámbito eu-

(5) En algunas ocasiones el Código Penal, con una mala técnica legislativa, reitera en un mismo precepto idénticas causas de discriminación a través de fórmulas diferentes. Buen ejemplo de ello es la agravante genérica del art. 22.4º, donde se menciona como circunstancia agravante el hecho de cometer el delito por "motivos racistas o antisemitas" para añadir luego cualquier otra clase de discriminación referente, entre otros motivos, a la etnia o raza de la víctima.

(6) El delito de discriminación en el empleo añade otras circunstancias, como el parentesco con otros trabajadores y trabajadoras de la empresa o el uso de alguna de las lenguas oficiales del Estado español, cuyo origen se remonta al art. 17.1. del Estatuto de los Trabajadores.

(7) De ella proviene el delito de discriminación en la prestación de un servicio público, donde ya se incluía el sexo entre las causas de discriminación. Cfr. al respecto, con más datos, LAURENZO COPELLO, "La discriminación en el Código Penal de 1995", en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, pp. 226 y s.

ropeo los brotes racistas y xenófobos vinculados a ciertas ideologías extremas (8). Hasta tal punto es así que la Ley Orgánica 4/1995 (9) —precedente inmediato de los preceptos contenidos en la actual legislación penal— ni siquiera contemplaba el sexo entre las causas que daban origen a la discriminación punible (10). Fue durante la discusión parlamentaria del nuevo Código Penal cuando se tomó la decisión de homogeneizar y ampliar los motivos discriminadores, dando cabida en todos los preceptos a circunstancias que hasta entonces no se habían tomado en consideración —v.g., la enfermedad, minusvalías u orientación sexual— o sólo estaban previstas en algunas figuras, como sucedía con el sexo (11).

La razón de esa ampliación de los colectivos protegidos, que, como se ve, ha superado con creces a las circunstancias personales que jugaron como auténticos motores del incremento punitivo —esto es, la raza, la etnia o la nacionalidad— responde, muy probablemente, a la configuración y alcance que adquiere el mandato de no discriminación en la Constitución española. En efecto, el art. 14 C.E. no se limita a mencionar explícita o implícitamente aquellos tres supuestos y ni siquiera se detiene en otros previstos actualmente por la legislación penal —como el sexo, la religión u opinión—, sino que, además, deja abierto el catálogo de motivos discriminadores a través de la referencia genérica a “cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. De este modo, y como tendremos oportunidad de aclarar más adelante, nuestra ley fundamental pretende integrar en su tutela antidiscriminatoria a todos aquellos grupos minoritarios que en virtud de determinados caracteres diferenciales de identidad, ajenos a los cánones de “normalidad” imperantes, son objeto de desvaloración social (12).

(8) De la misma opinión, TAMARIT SUMALLA, en QUINTERO OLIVARES/VALLE MUÑOZ, *Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*, Pamplona, 1996, p. 1434.

(9) La exposición de motivos de la mencionada Ley hace expresa referencia a la finalidad de combatir la violencia racista y xenófoba a través de medios contundentes, una iniciativa que, por lo demás, encuentra su origen primordial en las recomendaciones internacionales al respecto. Cfr. LAURENZO COPELLO, “La discriminación...”, cit., pp. 223 y ss.

(10) Esta Ley introdujo en el Código Penal anterior, entre otros, el delito de provocación y apología de la discriminación y la agravante genérica de cometer un delito por motivos racistas u otra clase de discriminación. Las causas que se contemplaban en ambos casos eran las siguientes: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión y otras creencias.

(11) Como se ha advertido anteriormente, el sexo figuraba ya en el delito de denegación de un servicio público introducido en el Código Penal anterior con motivo de la reforma de 1983, pero no así en los otros preceptos que se incorporaron en 1995.

(12) Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, pp. 72 y ss.

El amplio espectro de causas de discriminación contenidas en el Código Penal de 1995 encuentra su explicación, en consecuencia, en el modelo de la Constitución española. La legislación penal, seguramente dispuesta a respetar al máximo el mandato constitucional, no ha querido realizar distinción alguna entre las circunstancias que dan origen a discriminaciones en la sociedad de nuestros días, limitándose a conceder idéntica protección a todas y todos aquellos ciudadanos que, en virtud de ciertos caracteres diferenciales, se ven relegados a situaciones de marginación o subordinación. Sin embargo, ese tratamiento paritario, que adquiere pleno sentido cuando nos situamos en el plano de los grandes principios configuradores de la vida comunitaria —esto es, en el plano constitucional—, no resulta tan evidente al descender al terreno concreto en el que actúa el Derecho penal. Es preciso tener en cuenta que las sanciones penales constituyen la herramienta más drástica de cuantas dispone el Estado para prevenir los conflictos sociales, circunstancia que obliga a extremar las precauciones cuando se trata de acudir a ellas como medio de tutela y control social. Esta característica de las sanciones con las que opera el Derecho penal explica, por lo demás, que el ordenamiento punitivo se reserve para prevenir las conductas que producen un mayor daño social, es decir, aquéllas que lesionan de un modo especialmente intenso y grave las bases de la convivencia comunitaria (13). Por eso, el hecho de que la actual legislación penal se base en el modelo antidiscriminatorio recogido en la Constitución y que éste, en su propio nivel normativo, merezca una aceptación sin reservas, no constituye necesariamente una garantía de acierto a la hora de configurar el ámbito de la discriminación punible. El nivel de garantías básicas propio del ordenamiento constitucional justifica, en efecto, que su tutela antidiscriminatoria alcance por igual a todas y todos los ciudadanos que son objeto de desvaloración social por concurrir en ellos ciertos caracteres diferenciales que les apartan de la “normalidad”, con independencia del ámbito en el que se manifiesten las consecuencias de aquella minusvaloración fáctica. El Derecho penal, en cambio, debe permanecer atento a los efectos específicos que originan esas posiciones de subordinación, porque sólo cuando éstos revistan un carácter especialmente grave y difícil de prevenir a través de otros mecanismos jurídicos menos lesivos, se habrán dado las bases para su legítima intervención (14). La circunstancia de sexo como seña de identidad creadora de discriminación, ofrece un buen ejemplo de esta diferencia de niveles garantísticos.

(13) Cfr. MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, p. 44; ZUGALDIA ESPINAR, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, 1993, pp. 236 y ss.

(14) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 246 y ss.

En efecto, si bien tiene sentido que el sexo aparezca expresamente recogido entre los motivos de discriminación enumerados en el art. 14 de la Constitución, porque es innegable que la mujer se encuentra aún relegada en la vida comunitaria, ello no significa que las consecuencias prácticas de esa desvaloración social sean asimilables en todos los casos a las que padecen otros colectivos también discriminados. Así, mientras en el ámbito laboral, por ejemplo, las desventajas que origina el sexo se aproximan notablemente a las que sufren ciertos grupos en razón de su origen racial o su nacionalidad, no sucede lo mismo, en cambio, cuando se vuelve la vista a la hostilidad que despiertan estos últimos en algunos sectores de la sociedad, convirtiéndose en blanco de frecuentes actos de violencia. De ahí que donde la Constitución no distingue —porque su función no es prevenir parcelas concretas de discriminación— sí deba hacerlo el Derecho penal.

Estas diferencias, directamente vinculadas con los cometidos concretos de los diversos sectores normativos, no parecen haber estado presentes, sin embargo, en la mente de los legisladores y legisladoras del 95. Da la impresión, más bien, de que la protección penal de la mujer frente a las diversas formas de discriminación recogidas en el actual Código Penal es una consecuencia residual y probablemente poco reflexiva de una decisión que en sus orígenes y motivos poco tenía que ver con este problema concreto. En síntesis, la nueva legislación punitiva se ha limitado a recoger de modo indiferenciado todas aquellas circunstancias personales creadoras de desigualdades en la sociedad actual, sin atender a las particulares consecuencias de cada una de ellas.

A la vista de esta situación y teniendo en cuenta las peculiaridades de la causa de discriminación que nos ocupa, en lo que sigue intentaré introducir, al menos, una duda razonable sobre la conveniencia de prevenir este fenómeno concreto con las armas represivas del Derecho penal.

3.

Sentido y alcance del mandato de no discriminación

En el apartado anterior he sugerido que la prohibición penal de discriminar a una persona en razón de su sexo constituye una medida de tutela específica de la mujer y no, como podría pensarse, una fórmula "neutra" que protege por igual a mujeres y hombres cuando unos u otros son objeto de un trato desigual respecto del sexo contrario. Se trata de una hipótesis directamente dependiente del concepto de discriminación contenido en la Constitución. Veámoslo.

1. Un sector importante de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional —a partir del año 1987 (15)— señalan diferencias muy significativas entre el principio de igualdad ante la ley —o igualdad formal— recogido en el primer inciso del art. 14 C.E. y el mandato de no discriminación que sigue a aquella declaración inicial.

Según esta corriente, la prohibición de discriminar se basa en un dato fáctico, proveniente de la realidad social y no (necesariamente) del mundo normativo, que permite constatar la existencia de grupos socialmente minusvalorados en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres personales que les apartan de los cánones de "normalidad" imperantes. En otros términos, se trata de colectivos que comparten determinadas señas de identidad ajenas a las que son propias del grupo dominante y que, precisamente por esas diferencias, son objeto de desvaloración social (16). Aquí reside, por lo demás, el concepto de "minorías" que hoy se admite en la teoría, criterio que no se identifica, en consecuencia, con la inferioridad numérica, sino con la posición desventajosa que ocupan estos colectivos en la estructura comunitaria debido a sus caracteres diferenciales (17).

Una vez asumida esta realidad, no es difícil deducir que esa situación de subordinación repercute en el goce efectivo de los derechos y libertades públicas, porque la propia posición

(15) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", en *Relaciones Laborales*, I-1993, pp. 160 y ss.

(16) Cfr. Cfr. RODRÍGUEZ PIÑERO/FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Igualdad...", cit., pp. 72 y s.; DE LUCAS, "Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 15, 1993, P. 101.

(17) Cfr. DE LUCAS, "Algunos problemas ...", cit., pp. 99 y ss.

de partida coloca en desventaja a quienes comparten aquellos caracteres diferenciales respecto del grupo mayoritario. En otros términos, las oportunidades de unos y otros para acceder a los derechos y libertades no son iguales: el colectivo dominante cuenta con la ventaja de que sus miembros reúnen las condiciones que la sociedad valora y reconoce como signos de "normalidad". Los otros, en cambio, deben superar el obstáculo que representa su diferencia. De ahí que el principio de igualdad ante la ley resulte insuficiente para garantizar la igualdad real y efectiva que según el art. 9.2 de la Constitución deben promover los poderes públicos (18). Como bien lo expresa Fernández López, aquellas desigualdades fácticas "niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos" (19).

De esta manera se justifica que los grupos socialmente subordinados reciban una tutela adicional por parte del Estado, una tutela que tiende directamente a cerrar las puertas a las condiciones que originan aquella situación de desventaja (20). Y precisamente por eso la Constitución prohíbe de modo tajante cualquier diversidad de trato fundada en los motivos que sirven de base a la desvaloración social de determinados colectivos. El mandato de no discriminación, en consecuencia, no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino una medida específicamente dirigida a superar los obstáculos que impiden la realización de la igualdad sustancial.

Este sentido nítidamente tuitivo de la prohibición de discriminación ha permitido a la jurisprudencia constitucional trazar las pautas que en la práctica distinguen el trato desigual genérico del trato discriminatorio. El primero se caracteriza por la falta de razonabilidad en las diferencias, es decir, por el hecho de dispensar un trato diferente a un ciudadano y una ciudadana sin que existan motivos fundados para ello (21). Desigualdad es aquí equivalen-

(18) Cfr. FERRAJOLI, "La differenza...", cit., pp. 65 y ss.; PÉREZ DEL RÍO, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del trabajo*, Madrid, 1984, pp. 15 y ss.

(19) FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", cit., p. 154, subrayado añadido.

(20) Cfr. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, p. 59. Un resumen de la normativa internacional dirigida a promover la igualdad de oportunidades entre los sexos puede verse en QUESADA SEGURA, *Guía para la negociación colectiva no discriminatoria*, Sevilla/Málaga, 1994, pp. 21 y ss.

(21) En un primer período, el Tribunal Constitucional aplicó indiferenciadamente estos presupuestos al trato perjudicial que sufrían las mujeres, sobre todo, en el ámbito laboral. Cfr. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 18 y ss.

te a arbitrariedad. El trato discriminatorio, en cambio, no se identifica por la falta de razones para la diferencia, sino por la naturaleza de estos motivos, concretamente, porque se basa en ciertas particularidades de la persona perjudicada que son objeto de desvaloración social, permitiendo así la perpetuación o incluso la profundización de las diferencias fácticas preexistentes (22). Sólo cuando se constata que el motivo de la desigualdad de trato es objeto de rechazo y minusvaloración en el seno de la sociedad, estaremos, pues, ante un auténtico comportamiento discriminatorio. Esto explica que algunas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la desigualdad de trato entre hombres y mujeres hagan expresa referencia a la situación histórica de marginación que han sufrido estas últimas en nuestra sociedad (23). No se trata de un dato intrascendente o meramente anecdótico, sino del parámetro esencial que permite juzgar la naturaleza del trato diferenciador.

2. La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el contenido del mandato de no discriminación es su consiguiente carácter unilateral, es decir, su exclusiva aplicación a quienes sufren de facto la marginación (24): únicamente cuando el perjudicado o perjudicada por el trato desigual forme parte de alguno de los colectivos desfavorecidos cabrá hablar de un acto de discriminación, porque es la existencia de esos grupos la que da sentido a aquel mandato. Haciendo un ejercicio de imaginación, podría decirse que en una sociedad ideal, donde todos los ciudadanos y ciudadanas disfrutaran de idéntico respeto y consideración social, la prohibición de discriminación carecería de toda justificación o, lo que es lo mismo, el principio de igualdad ante la ley resultaría suficiente para garantizar a todos y todas el goce efectivo de los derechos y libertades. Así vistas las cosas, es posible afirmar que, a pesar de las fórmulas neutras utilizadas en la legislación, todos los preceptos normativos dirigidos a prevenir aquel fenómeno excluyen de su contenido a quienes conforman la identidad del grupo dominante. En concreto, cuando la Constitución o el Código Penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las

(22) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", cit. p. 163.

(23) Especialmente significativa en este sentido es la STC 128/1987, señalada por muchos y muchas como el punto de arranque de la doctrina jurisprudencial que se ha indicado en el texto. Aún más explícita resulta la STC 145/1991, donde textualmente se lee: "La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo socialmente determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad" (F.J. 2).

(24) Así, con sólidos argumentos, FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", cit. pp. 160 y ss.

personas de raza negra, a las mujeres o a las personas de raza gitana y no así a los blancos, a los hombres o a los “payos”.

Por lo que aquí interesa, la conclusión anterior significa que un acto perjudicial para una mujer por el sólo hecho de pertenecer a ese sexo deberá calificarse de discriminatorio, sin que pueda alcanzarse el mismo resultado en el caso contrario, esto es, cuando sea un hombre el destinatario del trato desigual respecto de las mujeres. De ahí que sea posible justificar las llamadas acciones positivas (25), caracterizadas, en este caso, por un trato favorable a las mujeres dirigido a remover los obstáculos que les impiden disfrutar de los derechos y libertades en condiciones de igualdad con los hombres (26). Llegamos así a la otra cara del mandato de no discriminación, es decir, aquélla que permite aceptar ciertas desigualdades precisamente porque éstas se fundan en alguna de las circunstancias personales normativamente reconocidas (27). Esta afirmación, que a primera vista parece contradecir el

(25) La Unión Europea ha sido especialmente sensible a este tipo de medidas en el ámbito laboral, fomentando su desarrollo a través de diversos programas dirigidos a promover la igualdad de oportunidades, Cfr. QUESADA SEGURA, *Guía...*, cit., pp. 22 y ss.

(26) La STC 128/1987 ofrece un nítido ejemplo de estos supuestos. El Tribunal debía decidir si era discriminatoria para los hombres una norma del INSALUD que otorgaba una prestación por guardería a todas las trabajadoras con hijos e hijas menores de seis años y sólo concedía el mismo derecho a los hombres cuando fueran viudos. A partir del reconocimiento de los hábitos socialmente arraigados que conceden a la mujer el papel fundamental en el cuidado de los hijos e hijas, la sentencia deniega el trato discriminatorio por entender que la medida se dirige a remover uno de los obstáculos que tradicionalmente han encontrado aquéllas en el acceso al trabajo. Un análisis detenido de la jurisprudencia constitucional en este campo puede verse en REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 21 y ss.

(27) De todos modos, es evidente que no basta con que la diferencia de trato beneficie a alguno de los grupos tutelados a través del mandato de no discriminación para que quede justificada. Como bien ha advertido el Tribunal Constitucional al definir el alcance de las acciones positivas en favor de las mujeres, ha de comprobarse caso a caso si se trata realmente de una medida “compensadora” y no de una simple actitud “paternalista” que en última instancia repercuta en contra de las propias mujeres, perpetuando su imagen de debilidad y sumisión. Así lo entendió el alto tribunal en el supuesto de prohibición del trabajo de las mujeres en las minas —STC 229/92— o del derecho al retiro anticipado de las auxiliares de vuelo —STC 207/87—. Cfr. al respecto, REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental...*, cit., pp. 25 y ss. Un claro ejemplo de decisiones puramente “paternalistas” y, consecuentemente, perpetuadoras de la situación de subordinación de las mujeres nos ofrece ELLIS - *Sex discrimination law*, Aldershot, 1988, pp. 76 y s.: se trataba de una fábrica con alrededor de 4.000 personas empleadas, 400 de ellas mujeres, que permitía a estas últimas finalizar su jornada laboral cinco minutos antes que los hombres para evitarles las molestias de las aglomeraciones de la salida conjunta. Un Tribunal británico decidió que no se trataba de una medida “discriminatoria” para los hombres porque, entre otros argumentos, sólo representaba la esencia de la “caballerosidad y cortesía” que, según los valores sociales imperantes, deben dispensar los hombres a las mujeres.

tenor literal del art. 14 C.E. ("sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de...sexo"), adquiere, sin embargo, plena legitimidad en cuanto se atiende a la finalidad del precepto. Es más, desde este último punto de vista, lo único contradictorio sería impedir el desarrollo de las acciones positivas amparándose en la prohibición de discriminación. Porque si la razón de ser de este precepto se encuentra en las desventajas que, de hecho, implican para algunas y algunos ciudadanos ciertos caracteres de su identidad, resulta totalmente ilógico que esa misma norma represente un obstáculo para el desarrollo de medidas dirigidas a corregir ese desequilibrio fáctico (28). De ahí la posibilidad de sostener que la prohibición de discriminación y el reconocimiento de determinadas desigualdades favorecedoras de los grupos socialmente subordinados no son más que las dos caras de la misma moneda.

3. Lo dicho hasta aquí permite concluir, como ya se adelantó, que la prohibición de discriminación no es una simple concreción del principio de igualdad, sino, más bien, una garantía del ejercicio de los derechos y libertades para todas y todos los ciudadanos en términos de igualdad, es decir, con independencia de sus particularidades diferenciales. De este modo es posible alejarse del peligro de confundir no discriminación con "igualación". No se trata, en efecto, de ignorar las diferencias, sino, por el contrario, de asegurar que éstas serán respetadas y no supondrán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades (29). El mandato de no discriminación implica, por tanto, una garantía de la diversidad, una afirmación de las diferencias (30) y, precisamente por eso, un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal (31).

Ese distanciamiento entre no discriminación e ignorancia de las diferencias resulta útil, además, para cerrar el paso a aquellas medidas que pretenden prevenir el fenómeno mediante la asimilación de las minorías al modelo del grupo dominante, modelo éste que implícitamente no hace más que reconocer las valoraciones sociales imperantes, perpetuando así la situación de subordinación que sufren aquellos grupos. Si la prohibición de discriminar se explica, en cambio, como una garantía de la diferencia, su prevención adquiere un sentido completamente distinto que de modo genérico tal vez podría describirse como la búsqueda de un espacio autónomo —no subordinado— para los diversos grupos con sus respectivas identidades.

(28) Como señala DWORKIN, las medidas dirigidas a alcanzar mayores niveles de igualdad entre todas y todos los ciudadanos se justifican desde el punto de vista de la Justicia, porque "una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad" - "La discriminación inversa", en *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 (se cita la reimpresión de 1995), p. 347.

(29) Así, con argumentos muy convincentes, FERRAJOLI, "La diferencia...", cit., pp. 52 y s.

(30) *Ibidem*, pp. 59 y ss.

(31) Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "La discriminación...", cit., p. 154.

4.

El Derecho penal ante la discriminación por razón de sexo: costes y beneficios

4.1

EL SENTIDO DE LA INTERVENCIÓN PENAL Y SU EFECTO SOBRE LAS CAUSAS ESPECÍFICAS DE DISCRIMINACIÓN

La relación que se ha establecido en el apartado precedente entre las situaciones fácticas de discriminación y la mayor vulnerabilidad de quienes las sufren a la hora de ver garantizado el efectivo goce de sus derechos fundamentales ofrece, quizás, un punto de partida adecuado para comprender el papel del Derecho penal en la prevención de tales fenómenos. En efecto, si desde el principio se reconoce que la marginación y desvaloración social en la que viven ciertos colectivos origina un peligro real de ver desconocidos sus derechos básicos, es lógico que el ordenamiento punitivo tome en cuenta ese riesgo adicional y conceda a aquellas personas una protección especialmente intensa. No se trata, como es obvio, de privilegiar a estos grupos respecto de las y los otros miembros de la comunidad, sino sencillamente de tutelarlos frente a determinados peligros que a las y los demás les son ajenos (32).

(32) Por eso no comparto la opinión radicalmente contraria a la intervención penal en el campo de la discriminación que últimamente ha manifestado, entre nosotros y nosotras, PORTILLA CONTRERAS -en COBO DEL ROSAL (dir.), *Curso de Derecho penal español*, P.E., II, Madrid, 1997, pp. 678 y ss.-. Es cierto que el Derecho penal no es el instrumento idóneo para subvertir los valores sociales preponderantes eliminando así las causas que dan origen a la discriminación y convengo con él igualmente en el papel esencial que en este sentido debe atribuirse a la educación. Pero es evidente que este último camino, por el que desde luego debe lucharse, constituye una estrategia a largo plazo. Y, mientras tanto, hay colectivos a los que acecha hoy, y de un modo nada desdeñable, el riesgo de verse agredidos por grupos intolerantes y violentos. Frente a ese peligro real para los derechos fundamentales de unos pocos, el Derecho penal no puede permanecer ajeno. Si simplemente ignorarse el problema, estaría dando muestras una vez más de su propia tendencia discriminatoria, limitándose a actuar allí donde la mayoría dominante siente y padece las posibles agresiones a sus derechos básicos. Nada de esto significa que el modelo elegido por nuestra legislación sea el adecuado. Pero los excesos paternalistas en los que ha incurrido —ciertamente cargados de una dosis considerable de hipocresía, como afirma Portilla— no pueden desvirtuar el fondo de razón que le asiste en la decisión inicial de acudir al ordenamiento punitivo para combatir los actuales brotes de intolerancia violenta.

En otras palabras: el Derecho penal garantiza por igual a todos los ciudadanos y ciudadanas un determinado ámbito de tutela de los derechos fundamentales —en el caso de la vida, por ejemplo, a través del delito de homicidio e incluso de la provocación a cometer tal hecho—. Pero, además, introduce mecanismos específicos destinados a prevenir los riesgos adicionales que sólo afectan a aquellos grupos. Así se explica, v.g., la punición de la provocación a la violencia racista, xenófoba o similar (art. 510 C.P.) (33), un delito que intenta prevenir, entre otras cosas, el peligro específico de sufrir actos lesivos de la vida o integridad física que pende sobre las personas de determinadas razas, nacionalidades, orientación sexual, etc., por el sólo hecho de pertenecer a un colectivo marginado.

Pero estas mismas premisas que justifican, en términos genéricos, el recurso al Derecho penal, suscitan al mismo tiempo serias dudas sobre la conveniencia y oportunidad de mantener una absoluta homogeneidad de las causas de discriminación en todos los delitos dirigidos a prevenirla. Porque de inmediato se comprende que no todas las circunstancias personales o sociales originadoras de situaciones de subordinación implican la misma clase de peligros para el goce de los derechos fundamentales. Como bien afirma De Lucas, en función de la causa de discriminación de que se trate, cabrá determinar un ámbito de derechos o bienes especialmente "sensibles" a su vulneración (34). Y aquí es precisamente donde, desde mi punto de vista, reside la singularidad del sexo como motivo de discriminación.

No se discute que el sexo representa un dato de la identidad de las personas que coloca a un grupo —las mujeres— en una posición de subordinación respecto de otro y por eso he afirmado con rotundidad que el trato perjudicial dispensado a una mujer, por el solo hecho de serlo, es ciertamente discriminatorio. Pero no es menos cierto que la situación desventajosa que aún sufre este sector de la población es difícilmente comparable con la de otros grupos a los que la legislación penal siempre pretende asimilarlo —v.g., algunas razas o nacionalidades o los colectivos de homosexuales—. Aunque en determinadas ocasiones, como sucede en el terreno laboral, sus respectivos ámbitos de vulnerabilidad efectivamente

(33) Este delito contiene otras dos modalidades —la provocación a la discriminación y al odio— que a mi entender no pueden explicarse con los argumentos del texto. Ello no invalida, con todo, la justificación expuesta, sino que únicamente pone de manifiesto uno de los muchos excesos en los que se ha incurrido a la hora de seleccionar las conductas discriminatorias que realmente justifican la intervención penal. Me he ocupado extensamente de este problema en el ya citado artículo "La discriminación en el Código Penal de 1995", al que remito.

(34) Cfr. DE LUCAS, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994, 192 y ss.

coinciden, a nadie se le oculta que existen otros muchos peligros propios de las auténticas situaciones de “marginalidad” —y no sólo de “subordinación”—, que resultan completamente ajenos a la naturaleza de la discriminación que aún afecta a las mujeres.

Así, si se piensa en el delito de provocación a la violencia por motivos discriminadores recogido en el art. 510 C.P., es posible encontrarle justificación atendiendo a las agresiones que en los últimos tiempos vienen sufriendo algunos sectores marginados —piénsese en las personas inmigrantes ilegales provenientes de países del tercer mundo—. Aquí funciona ese papel de garantía adicional de los derechos de la personalidad que hemos atribuido a la intervención penal, porque es evidente que tales actos vandálicos no se limitan a lesionar el derecho de toda persona a ser tratada en condiciones de igualdad, sino que implican, además, un serio riesgo para bienes tan básicos como la vida o la integridad física de las personas. Pero en cuanto se vuelve la vista a la circunstancia que ahora nos ocupa —el sexo—, aquella justificación se desvanece. ¿Quién podría mencionar un solo caso en la sociedad actual en el que las mujeres —únicamente por pertenecer a este sexo— hayan sido el blanco de ataques violentos más o menos organizados (35)?

Seguramente se objetará que, a pesar de todo, subsisten en nuestra comunidad numerosas manifestaciones de exclusión de aquel sexo, con el consiguiente efecto de perpetuación del modelo discriminador imperante. Ello podría justificar, por ejemplo, la incriminación de las asociaciones ilícitas “que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas...por razón de ...su sexo.., o inciten a ello” (art. 515.5º C.P.). Tomado en su tenor literal, este precepto permitiría sancionar con pena de prisión de dos a cuatro años, entre otros casos, a los responsables de las asociaciones encargadas de organizar ciertos festejos populares en los que no está permitida la participación de mujeres y con prisión de uno a tres años al resto de sus miembros (36). La pregunta es si tiene sentido —e incluso justificación— tratar con la misma severidad a unos individuos totalmente integrados, aunque con mentalidad retrógrada, y a quienes, v.g., forman parte de grupos neonazis promotores de la violencia racista y xenófoba.

(35) Tal vez muchas personas piensen de inmediato en la persecución que en no pocas ocasiones sufren las prostitutas, proveniente además, con frecuencia, de los mismos grupos de intolerantes que agreden a inmigrantes o a homosexuales. Pero en estos casos la razón de los ataques no se encuentra en el sexo —de hecho, tampoco están exentos de tales persecuciones los hombres que ejercen la prostitución—, sino en la clase de actividad que realizan, circunstancia ésta que, por cierto, inexplicablemente no se encuentra contenida entre las causas de discriminación punible.

(36) Además de penas de multa para todos ellos e inhabilitación especial para los primeros. Cfr. art. 517 C.P.

Llegados a este punto, resulta ineludible preguntarse por la utilidad y conveniencia de acudir al Derecho penal para combatir conductas discriminadoras como las que se acaban de mencionar.

Seguramente podrá alegarse que el mantenimiento del sexo junto a las demás causas de discriminación punible tiene la ventaja de recordar a la sociedad que la mujer ocupa aún una posición subordinada en la vida comunitaria, es decir, que el sexo sigue siendo fuente de tratos perjudiciales para un sector de la población. Pero más allá de esta función estrictamente simbólica (37), no es fácil vislumbrar otros beneficios y sí, en cambio, numerosos inconvenientes.

Por un lado, es indudable que un afán protector desmedido por parte de la legislación corre el riesgo de perpetuar la imagen de una mujer necesitada de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección paternalista del Estado (38).

Además, no debería desdeñarse el recelo que puede originar en los jueces y juezas un uso abusivo de la vía represiva, actitud que, en última instancia, no haría más que repercutir negativamente sobre los intereses esenciales de las propias mujeres. La aplicación que actualmente están haciendo los tribunales del delito de impago de pensiones —otra de las conquistas de algunos sectores feministas en sus demandas criminalizadoras— ofrece un buen ejemplo de ello. Veámoslo.

Recientemente hemos tenido oportunidad de constatar a través de un estudio de campo (39) que en la gran mayoría de los casos la pena impuesta al marido que deja de pagar la prestación económica debida a la mujer o a sus hijos e hijas por una ruptura matrimonial no supera el mínimo previsto en la ley (40), con total independencia de los efectos reales que el incumplimiento haya podido producir sobre la situación de sus beneficiarios y beneficiarias.

(37) Cfr., en este sentido, VAN SWAANINGEN, "Feminismo,..." cit., p. 95.

(38) Cfr. LARRAURI, en *Mujeres, Derecho penal y Criminología*, cit., p. 100.

(39) Cfr. SILLERO CROVETTO/LAURENZO COPELLO, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Sevilla/Málaga, 1996. Se trata de un análisis de los casos de impago de pensiones registrados en los juzgados de lo penal y de familia de Málaga en el período 1992/1993.

(40) En el estudio citado en la nota anterior —pp. 112 y s.— se comprueba que en el 63% de las condenas los jueces y juezas optaron por aplicar el mínimo de pena privativa de libertad, aumentando esta proporción hasta el 96% en lo relativo a la pena de multa.

Resulta especialmente significativa la falta de relevancia que se concede al tiempo de incumplimiento, de modo tal que los efectos penales son prácticamente los mismos para quien no paga dos mensualidades y quien incumple, por ejemplo, durante dos años (41). Así, el efecto preventivo que se pretendía conseguir con la penalización del impago de pensiones se resiente seriamente, ya que el incumplidor sabe que mientras no se produzca la denuncia penal, la pena a la que se arriesga es exactamente la misma cualquiera sea el período durante el que omita el pago. Una interpretación de estas características acaba por repercutir obviamente en las mujeres que confiaban en el Derecho penal por su necesidad real de percibir el dinero mes a mes para mantenerse a sí mismas y a sus hijos e hijas y no únicamente por ánimos de venganza o para cobrar una deuda. La responsabilidad por este debilitamiento en la eficacia preventiva no puede atribuirse, sin embargo, de modo exclusivo a las y los aplicadores del Derecho. La interpretación restrictiva que se ha impuesto no parece ajena a la extensión desmedida del delito de impago de pensiones —donde caben por igual los incumplimientos originadores de auténticas situaciones de necesidad y aquellos que en nada perturban las condiciones de subsistencia digna de la familia (42)— y la consecuente sospecha de un inaceptable regreso a la proscrita prisión por deudas (43). Si la legislación hubiera sido más cauta a la hora de configurar la responsabilidad penal en este terreno, limitándose a penalizar los incumplimientos que producen un efecto grave sobre la situación persona de las personas beneficiarias, tal vez los jueces y juezas no sintieran tanto recelo a la hora de aplicar las sanciones con severidad y conforme a las normas generales del Derecho penal.

(41) *Ibidem*, pp. 143 y ss. A pesar de que en la mayoría de los casos el período de impago se corresponde con más de uno de los lapsos temporales previstos en la ley, los tribunales no aplican las reglas del concurso de delitos y generalmente ni siquiera tienen en cuenta la duración del incumplimiento para graduar la pena concreta.

(42) Al menos así parecen haberlo entendido los jueces y juezas en base al tenor literal del precepto. Una interpretación atenta a los fines garantísticos del Derecho penal permitiría, sin embargo, excluir los supuestos en los que queda descartado de antemano cualquier peligro para los bienes esenciales de las personas beneficiarias. He expuesto detenidamente mi opinión al respecto en LAURENZO COPELLO, "El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio", en *CPC* n.º 51, 1993, pp. 792 y ss.

(43) Cfr. en esta línea, BOIX REIG, en *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, pp. 171 y ss.; GÓMEZ PAVÓN, "El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis C.P.). Su posible inconstitucionalidad", en *CPC* n.º 44, 1991, p. 309. En contra, PÉREZ MANZANO, "El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio", en *Poder Judicial*, n.º 21, 1991, pp. 45 y ss.

Con ejemplos como el mencionado, llama la atención que en el campo de la discriminación por razón de sexo la legislación penal haya optado, una vez más, por un paternalismo excesivo. Los abusos que puede originar la presencia de la causa de sexo en ciertos delitos dirigidos a evitar riesgos que las mujeres no sufren realmente en la sociedad actual, bien podrían dar lugar a un efecto semejante al que acabamos de ver en el impago de pensiones. Así, por seguir con un ejemplo ya citado, si las juezas y los jueces se vieran obligados a decidir sobre el castigo penal de algunas personas por el sólo hecho de excluir a las mujeres de determinados festejos populares —un caso que, en mi opinión, carece de la gravedad mínima necesaria para justificar la intervención punitiva—, no sería de extrañar que optaran por un concepto restringido de discriminación suficiente para fundamentar una sentencia absolutoria, vía ésta que en última instancia acabaría por repercutir negativamente en los ámbitos donde el sexo supone un auténtico y grave obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer como es el caso, sin duda, de la discriminación en el empleo.

Pero los inconvenientes de acudir al papel simbólico del Derecho penal no acaban aquí. Los propios poderes públicos pueden encontrar en esa vía una buena coartada para eludir la responsabilidad que la Constitución les atribuye en la búsqueda de las condiciones que garanticen la igualdad real y efectiva (art. 9^o.2 C.E.). A nadie se le escapa, en efecto, que resulta mucho más sencillo y cómodo para el Estado ampliar el catálogo de delitos recogidos en el Código Penal que emprender acciones positivas destinadas a remover los auténticos obstáculos que impiden a la mujer ocupar una posición autónoma en la sociedad de nuestros días. Si, además, los sectores que están al frente de la lucha contra la discriminación por razón de sexo dan una buena acogida a ese recurso indiscriminado al Derecho penal e incluso fomentan su ampliación, difícilmente podrá reprocharse a los poderes públicos que opten por el camino más fácil y menos comprometido (44).

(44) Por eso tienen razón los autores y autoras que reprochan a ciertos grupos feministas su constante demanda de una mayor intervención penal. En última instancia, como bien se ha señalado, estas actitudes sólo consiguen apoyar el proceso expansivo del sistema penal que muy poco tiene que ver con los postulados progresistas sobre los que se ha construido el pensamiento feminista moderno. Cfr. VAN SWAANINGEN, "Feminismo...", cit., p. 98; UIT BEIJERSE/KOOL, "La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandés, la violencia contra las mujeres y el sistema penal", en LARRAURI, *Mujeres...*, cit., p. 161.

En suma, los inconvenientes reseñados acaban por echar por tierra la posible eficacia simbólica de la presencia del sexo entre los motivos discriminadores que dan lugar a la punición de un número amplio de conductas en el vigente Código Penal. Tanto desde el punto de vista práctico de la aplicación de tales delitos como desde la perspectiva más amplia de la búsqueda de estrategias adecuadas para producir cambios reales en el actual estado de cosas, el recurso generalizado al Derecho penal, lejos de solucionar los problemas reales, corre el riesgo de convertirse en un nuevo obstáculo para solucionarlos. Ello no implica, sin embargo, que deba descartarse sin más cualquier posible eficacia de las sanciones penales. Tal vez el delito de discriminación en el empleo constituya en este sentido una excepción digna de un análisis riguroso. Porque si bien es cierto que con la criminalización de tales comportamientos no se conseguirá un cambio decisivo en las valoraciones sociales aún imperantes, no lo es menos que el Derecho penal está llamado a intervenir ahí donde se detecte un grave riesgo de lesión de los derechos básicos de las personas. Y, desde esta perspectiva, son innegables los graves perjuicios que la desvaloración del trabajo de las mujeres sigue ocasionando a muchas de ellas.

MIREN ORTUBAY FUENTES

**Profesora de Derecho penal de
la Universidad de Deusto.
Bilbao**

*Protección
penal de la
libertad sexual:
nuevas
perspectivas**

* Esta ponencia pertenece a las Jornadas organizadas por Emakunde "Delitos contra la libertad sexual: violación y agresiones" (29/30 Abril, 1993). Por su relación con el contenido de las Jornadas que se recogen en esta publicación, se ha considerado de interés incluirla en la misma.

La reforma del Código Penal (C.P.) es un acontecimiento de gran trascendencia en la vida social y política de un país. En la ley penal, la sociedad organizada manifiesta, a modo de declaración general de principios, qué valores y qué intereses merecen especial protección porque su respeto resulta imprescindible para la convivencia.

Por este motivo es preciso que las mujeres expresemos nuestra opinión y nuestras sugerencias ante esta reforma: La Ley tiene una deuda histórica con nosotras; como reflejo de las concepciones sociales y de los intereses de quienes tienen mayor acceso a los mecanismos del poder, las normas legales han servido para consolidar esquemas patriarcales de subordinación del "sexo débil", basándose en una imagen de la mujer como persona indefensa, pasiva y dependiente del hombre. Tal estereotipo —que afortunadamente comienza a desmoronarse gracias a la progresiva autoconciencia de las mujeres, que se traduce en la reivindicación y participación activa en la tarea de la propia emancipación como persona con igualdad de derechos, pero también con problemas específicos para ejercerlos, debe desaparecer por completo. No se trata de meros problemas individuales o domésticos, sino de cuestiones de trascendencia social y política, que deben aflorar en el debate público.

Particularmente, el tema de la violencia contra las mujeres constituye un problema acuciante. Es la expresión más grosera de los esquemas de dominación que aún persisten, y que se manifiestan de forma más o menos larvada en el conjunto de discriminaciones y resistencias al reconocimiento y a la potenciación de la igualdad.

Las mujeres debemos aportar nuestra reflexión y hacer oír nuestra propia voz. Y, para ello, Emakunde supone un foro privilegiado. Nos presta una ocasión única para el conocimiento de las diferentes posturas, para la discusión y, en definitiva, para la reflexión serena sobre un tema que, demasiado a menudo se tiñe de emotividad e irracionalidad.

La siguiente reflexión se orienta sobre dos ideas básicas: la necesidad de actuación de los poderes públicos frente a estos problemas, y las limitaciones de la intervención penal, dadas las características del sistema punitivo.

De un lado, la conciencia de la discriminación y subordinación de las mujeres en todos los ámbitos de la vida social, y de las injusticias sistemáticas en la cotidianidad, lleva a pensar que el Derecho penal puede ser un instrumento para potenciar la igualdad efectiva o, al menos, para hacer visibles ciertas situaciones padecidas por el colectivo de mujeres, elevándolas a la categoría de problema social. La forma en que la legislación recoge las conductas que afectan a los derechos fundamentales, el enfoque o los acentos en lo que constituye la lesión intolerable, debe expresar dónde se sitúa el problema que pretende erradicarse. La actual incriminación de los malos tratos en la familia, o la penalización del impago de pensiones por separación o divorcio, son resultado del reconocimiento de que algunos de los problemas en este ámbito marcan un hito respecto a concepciones anteriores.

Por otro lado, desde el conocimiento del funcionamiento del sistema penal, no podemos sino expresar nuestro escepticismo respecto a los efectos que pueden esperarse de la reacción punitiva. El Derecho penal ha demostrado ser un instrumento peligroso que puede causar más problemas de los que soluciona. La intervención penal conlleva un alto coste social; particularmente respecto a las penas de prisión de larga duración, el sufrimiento que se aplica resulta a menudo estéril si no criminógeno, con consecuencias indeseables para la familia de la persona penada y para todo el grupo social. Por ello, el poder estatal de castigar sólo se ejerce legítimamente cuando se somete a límites muy precisos; cuando se utiliza como último recurso, en ausencia de otros medios menos drásticos de eficacia similar. Una sociedad plural y participativa —una sociedad que proteja y fomente la igualdad, pluralidad y participación— debe tener capacidad para dotarse de medios de reacción y de resolución de los conflictos que sean menos traumáticos y más enriquecedores que el Derecho penal. Este debe reducir su campo de aplicación a los casos más graves, para garantizar, como dice Ferrajoli, la minimización de la violencia (1).

(1) El Derecho penal aspira a minimizar la violencia siendo una garantía para la víctima —como medio de prevención y tutela de sus intereses— y garantía para quien delinque —como reacción punitiva sometida a los principios de seguridad jurídica, penales y procesales, y de proporcionalidad—. Véase FERRAJOLI, L.: "Derecho penal mínimo", en *Poder y Control*, n.º 0, 1986, pp. 25-48.

La combinación de ambas pretensiones, tutela de los intereses de las mujeres frente a las situaciones de dominación o discriminación, por un lado, y utilización limitada del Derecho penal, por otro, constituye una sutil tarea de política criminal. La sensibilidad respecto a la importancia de la articulación de instrumentos jurídicos que sirvan para la erradicación de las situaciones de discriminación y subordinación, no significa ignorar que el instrumento penal no siempre es el más adecuado. Y ante todo, debe tenerse en cuenta que la eficacia de una reacción punitiva no se mide por la intensidad de la pena, sino por la certeza de la misma, esto es, por la mayor probabilidad de su aplicación, como ya manifestó Beccaria hace más de dos siglos.

Puede pensarse que la idea de un Derecho penal mínimo es incompatible con la protección necesaria de los intereses de grupos o colectivos sociales secularmente postergados, cuyas justas reivindicaciones requieren la correspondiente adecuación del sistema jurídico. Como es sabido, en la década de los 80, los llamados movimientos sociales críticos del sistema modificaron su actitud frente al Derecho penal. Los movimientos de mujeres —y muchos otros como los ecologistas, pacifistas, de trabajadores y trabajadoras, de consumidores y consumidoras, etc.— se han caracterizado por su inspiración libertaria —por resumir en un término su carácter antiinstitucional, su estructura acéfala, su falta de organización de la representatividad, etc.—. Sin embargo, desde hace algunos años, estos colectivos han comenzado a formular un número creciente de demandas de intervención penal en defensa de sus intereses, hasta ahora ignorados por el sistema (2).

El primer efecto de esta nueva tendencia se manifiesta en una suerte de relegitimación del sistema penal. Cuando pocos años antes éste había sido blanco de las críticas de los grupos progresistas de izquierda —por represivo, selectivo y reproductor de desigualdades sociales—, la denominada "nueva izquierda" pretende convertir al sistema punitivo en adalid de los colectivos sociales menos favorecidos. El discurso deslegitimador del Derecho penal como instrumento de las personas con poder, se sustituye por la reivindicación del mismo como instrumento de liberación (3).

(2) En relación a los grupos de mujeres y, en concreto, al significado que en el movimiento feminista han tenido las campañas sobre los delitos contra la libertad sexual, pueden consultarse los trabajos de TAMAR PITCH, entre ellos, "Violence sexuelle, mouvement féministe et criminologie critique", en *Déviance et Société*, 1985, Vol, 9, n.3, pp. 257-265, y "From Oppressed to Victims: Collective Actors and the Symbolic Use of the Criminal Justice System", en SILBEY/SARATS (Eds.), *Studies in Law, Politics and Society*, 1990, 10 pp. 103-117.

(3) Críticamente sobre este tema, puede consultarse, además de los trabajos citados en la nota anterior, BERGALLI, R./BODELÓN, E., "La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 43-73.

La fuerza simbólica y expresiva del Derecho penal se reorienta hacia la protección de los nuevos intereses emergentes, que recibirán su respaldo en las leyes penales a través de nuevas figuras delictivas. Lo que no resulta tan evidente es que esas nuevas figuras delictivas hayan sido efectivas de hecho, más allá de lo significativo que pueda resultar el reconocimiento formal de la importancia de los intereses en juego (4).

En el ámbito de la violencia sexual, el delito de violación pertenece al núcleo tradicional del Derecho penal que siempre lo consideró como uno de los delitos más graves, si bien conformado originariamente desde la perspectiva del "honor" familiar, del padre o marido, y de la "moral sexual", como delitos contra la "honestidad". Desde las premisas de la autonomía e igualdad de toda persona, del entendimiento positivo de la sexualidad en el desarrollo personal, y desde la reivindicación de los derechos de la mujer, lógicamente no podía mantenerse tal interpretación, lo que ha conducido recientemente a la modificación del nombre del Título de estos delitos como "delitos contra la libertad sexual" (L.O. 3/1989 de 21 de junio). Modificación que en principio debe valorarse positivamente, pero que, como explicaremos más adelante, en la nueva conformación de las figuras delictivas no ha superado la visión "masculina" de referencia a la penetración como expresión de la agresión considerada más grave.

El significado de la violencia sexual contra la mujer, como manifestación de la pervivencia de la idea del papel subordinado de ésta, considerada mero objeto de goce del hombre, queda diluido en cuanto problema social. Así como para justificar la creación de nuevas figuras delictivas las explicaciones de legitimación de la intervención penal abundan en la importancia de los derechos colectivos, resaltando la tensión de intereses contrapuestos y la necesidad de avanzar en el estado social (por ejemplo en delitos contra los trabajadores y trabajadoras, delito de discriminación en servicios públicos...), en relación a los delitos sexuales las explicaciones se agotan en la apelación a la libertad individual.

En cuanto a las penas de la violación, dado que tradicionalmente el castigo se equiparaba al del homicidio, la reacción aparentemente lógica es la de exigencia de mantenimiento de la misma pena, como mínimo. Sin embargo, la eficacia de la tutela penal no depende tanto de la gravedad de la pena, como de la realidad de la persecución de los delitos. Si lo

(4) Véase HASSEMER, W., "Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos", en *Pena y Estado*, pp. 23-36.

que se pretende es una protección eficaz, atendiendo a la diversidad de conductas que significan un desprecio de la dignidad de la mujer en este campo, la petición de máximas penas para la violación va en sentido contrario: sirve para difundir la importancia de otros ataques sintomáticos, desenfocando la realidad del problema social cotidiano.

La idea de reconocimiento social y defensa jurídica de los intereses de las mujeres es compatible con la idea del Derecho penal mínimo, es más, ambos aspectos se complementan mutuamente (5). La lucha por desterrar la violencia contra las mujeres en sus diversas manifestaciones, requiere la intervención del Derecho penal en los casos más significativos, pero intervención eficaz del Derecho penal, no es sinónimo de castigo a largas penas de prisión.

(5) En este sentido, cfr. BARRERE, M.A., "Feminismo y garantismo: ¿Una teoría del Derecho feminista?", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, IX, 1992, pp. 75-89.

La tutela penal de los intereses de las mujeres: opciones y consecuencias

En el marco de esta ponencia no se trata de hacer un repaso de las distintas teorías feministas sobre el Derecho en general, ni sobre política criminal en particular (6). Únicamente interesa en este momento aludir, siquiera brevemente, a dos líneas concretas que surgieron en Italia con ocasión de la reforma de los delitos contra la libertad sexual (7), en cuanto que son representativas de dos orientaciones básicas del feminismo actual. La primera se orienta a la consecución de la igualdad en la defensa de los intereses de las mujeres respecto a los hombres y la segunda, al respeto de la diferencia, resaltando la especificidad de la problemática y de la organización vital de las mujeres.

1. "Política de igualdad". Partiendo del principio de igualdad de todas las personas, pretende conseguir la plena "ciudadanía" de las mujeres y la aplicación igualitaria de los instrumentos jurídicos, incluido el penal. Ello supone la supresión de aquellas normas protectoras, inspiradas en una tutela de la "debilidad" de las mujeres, y la normalización en la concepción de sus derechos. Así, la violación se concibe como delito contra las personas y siempre perseguible de oficio. Con ello se quiere aprovechar el carácter simbólico del Derecho penal, la fuerza emotiva y el carácter de universalidad que confiere la amenaza penal al reconocimiento de un principio, aquí, el de igualdad a todos los efectos. La deseada intervención del Derecho penal, con penas graves, pretende poner de manifiesto la opresión de las mujeres.

2. "Política de la diferencia". Plantea la necesidad del pleno reconocimiento legal y paritario de ambos sexos como diferentes. En el plano penal, y en materia de agresiones, se destaca el carácter sexual y sexuado de la violación; no puede equipararse a otras agre-

(6) Se pueden consultar, DAHL, T.S., *Women's Law. An introduction to Feminist Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 1987 (Hay versión en castellano, trad. M.C. APREDA, *El derecho de la mujer*, Madrid, Ed. Vindicación feminista, 1991) y MACKINNON, C.A., *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*, England and U.S.A., Harvard University Press, 1987.

(7) Un resumen de ambas perspectivas, con referencias bibliográficas en PITCH, T., "Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, en *Déviance et Société*, Vol. 16, 1992, n.3, pp. 263-270. (Hay otros artículos sobre el tema en la misma revista). Una buena síntesis del debate italiano se encuentra en Librería de Mujeres de Milán, *No creas tener derechos*, (Trad. M. C. MONTAGUT), Madrid, Ed. Horas y horas, 1991, pp. 80-93.

siones contra las personas porque la violación simboliza otras violencias y opresiones que sufren las mujeres, y expresa con crudeza el conflicto entre los dos sexos, la pretensión del hombre de utilización y sometimiento de la mujer. El Derecho penal, construido a imagen del hombre y para resolver los conflictos entre hombres —históricamente los únicos protagonistas en la vida pública— se considera un instrumento incapaz para abordar correctamente los conflictos entre hombres y mujeres. La intervención del Derecho penal quedaría por ello relegada a un papel residual, considerando prioritario el fortalecimiento de la libertad, el poder y los recursos de las propias mujeres. De acuerdo con estas propuestas, la violación sería perseguible penalmente únicamente si la víctima lo desea, pero se potenciaría la intervención solidaria de unas mujeres respecto a otras, ayudando a la víctima a cortar los lazos (económicos, afectivos...) que le unen con el agresor, y mantener la autoestima y la autonomía.

Se trata evidentemente de dos planteamientos radicalmente distintos. Es claro que el primero ha sido aceptado con más facilidad por la sociedad y por la legislación, seguramente por su efecto legitimante de una mayor intervención, apela a la función simbólica del Derecho penal, atribuyendo a éste un poder de iniciativa social mayor del que realmente es capaz de ofrecer. Tal confianza en la capacidad del sistema penal aboca en frustración de expectativas cuando el acento en la respuesta punitiva no se acompaña de la instauración de otras medidas más complejas, pero más eficaces a largo plazo. Es conocido el fenómeno de la exacerbación de penas como supuesta receta mágica para conjurar problemas graves, algo que la política y la legislación, están casi siempre dispuestas, por ser mucho menos costoso que la implementación de medidas globales dirigidas racionalmente a la raíz de los problemas.

En los países donde se han llevado a cabo las reformas en ese sentido —Holanda, por ejemplo—, se detecta cierta insatisfacción: El proceso de criminalización no responde a las expectativas ni a las reivindicaciones feministas; la ley no plasma la visión de las mujeres, que a través de la violencia sexual alude a otros aspectos, como la opresión o la construcción de los roles sexuales. La intervención penal reduce un problema social y estructural a una cuestión individual, un episodio entre una mujer concreta, que se convierte en víctima — y, por ello necesitada de la protección del Estado—, y un hombre concreto que se presenta como único culpable y, por ello, ha de ser castigado... En definitiva, el Derecho penal se apropia de los conflictos y los transforma (8).

(8) Tratan ampliamente este tema de la "redefinición" de los conflictos, BERGALLI/BODELÓN, "La cuestión de las mujeres...", op. cit. p. 56 y ss.

Insatisfacción en definitiva, además de otros problemas más generales, como incremento del clima represivo y retroceso en planteamientos penales de garantías individuales (9).

Al Derecho penal no puede pedírsele más de lo que realmente puede dar. El avance socio-cultural en el reconocimiento de la igualdad de las personas y la erradicación de los esquemas de subordinación de la mujer no se logra a golpe de ley penal. El déficit de medidas globales no puede sustituirse por un exceso de reacción punitiva. Ahora bien, al Derecho penal sí se le puede y debe pedir que en la tipificación de las conductas atienda al significado real de las mismas en el contexto de las relaciones sociales. La perspectiva de los colectivos afectados y el reconocimiento de que la finalidad de la tutela penal se dirige a expresar el rechazo de la discriminación y subordinación de las mujeres, debe reflejarse en la forma como se definen y clasifican las conductas agresivas. Asimismo, la particularidad de la materia requiere la complementación de medidas procesales que aseguren el respeto a la víctima, y medidas de asistencia y ayuda tras el delito, durante el proceso y después del juicio, acordes con la naturaleza de la problemática.

Respecto al concreto tratamiento que ofrece el Código Penal español de los delitos contra la libertad sexual, la reforma operada en 1989 responde al esquema anteriormente esbozado: ante las demandas sociales —muy legítimas— de intervención y la movilización de grupos de mujeres, se da paso a una modificación básicamente formal. La legislación amplía el concepto penal de violación: El sujeto pasivo o víctima puede ser hombre o mujer, se incorpora la penetración por vía anal o bucal y sigue considerándose violación el acceso sexual con personas privadas de razón o incapaces jurídicamente de consentimiento. Asimismo, se recoge la figura de agresiones sexuales agravadas. La pena de la violación se mantiene como antes, 12 años a 20 años, igual que la prevista para el homicidio. Se logra así el apaciguamiento de las reivindicaciones planteadas, reforzando el efecto simbólico de la gravedad del castigo.

Pero si nos atenemos a los efectos conseguidos, no se aprecia una mayor eficacia respecto a los años anteriores: no es mayor el número de condenas, ni se incrementa de modo notable el número de denuncias, entre otros motivos, porque el procedimiento continúa siendo

(9) Cfr. SNIDER, L.: "Effets pervers de certaines luttes féministes sur le contrôle social", en *Criminologie*, (Québec) vol. XXV, n.º1, 1992, pp. 5-25.

una experiencia penosa para la mujer. Y sobre todo, se consolida la idea de que la gravedad del hecho reside en la penetración, la prueba en el proceso girará en torno a este extremo para confirmar la consumación del delito... y las dificultades probatorias conducirán a eludir la grave condena por violación a favor de agresión sexual como algo menos grave, poniendo en entredicho la denuncia de la víctima.

*Observaciones sobre la
regulación de los delitos
contra la libertad
sexual en el Proyecto de
1992 y en el Código Penal*

En este contexto, ¿qué aporta el Proyecto de C.P. (PLOCP 1992)? En realidad, el Proyecto consolida la reforma reciente de 1989. La modificación de las penas, que ha dado lugar ya a críticas por parte de grupos de mujeres, no es realmente significativa: La reducción de la duración actual de 12 años a 20 años, a la de 8 a 12 años en el Proyecto obedece a la reformulación general de todas las penas en el Código, derivada, entre otras razones, de la desaparición de la figura de redención o "remisión de penas por el trabajo" (10).

Se ha cuestionado también la ruptura de la tradicional equiparación de penas entre la violación y el homicidio. Sin embargo, esta distinción era totalmente aconsejable. De un lado, la situación anterior vulneraba el principio de proporcionalidad, según el cual, a hechos de distinta gravedad corresponden penas diferentes. Este principio general resulta básico en un Derecho penal democrático. Pero, además, la equiparación entre la libertad sexual y la vida de la mujer supone la devaluación, el menosprecio de éste bien jurídico. La idea de que "más vale muerta que deshonrada" pertenece —debe pertenecer— a otra época y a otra concepción de la mujer.

(10) Como es sabido, la aplicación de este beneficio penitenciario puede suponer la reducción de hasta un tercio en la duración efectiva de la privación de libertad. Aunque la remisión no se aplica automáticamente, sino dependiendo de la clasificación penitenciaria, lo cierto es que está muy generalizada. Esta falta de concordancia entre la duración formal y material de las penas, unida a la exacerbación de las penas privativas de libertad en el C.P. aconsejaba la revisión "a la baja" de toda la respuesta punitiva. Si se parte de la base de que la decisión era de rebajar —al menos— un tercio, se puede afirmar que la pena del delito de violación no ha disminuido, en términos relativos. Sin embargo, aplicando dicho parámetro al límite inferior de la pena correspondiente a otros delitos contra la libertad sexual, se observa que en algunos casos no se ha modificado —luego, relativamente, se incrementa— (estupro de prevalimiento, por ej.) y, en otros, se eleva el límite inferior —incremento en términos absolutos— como ocurre en la figura básica de agresión sexual o en el estupro con engaño. En esta misma línea de análisis, se puede afirmar que la pena del homicidio se ha agravado comparativamente, ya que ha disminuido menos de un tercio.

También las figuras delictivas se mantienen prácticamente idénticas.

Antes de entrar en propuestas concretas, conviene hacer algunas observaciones sobre la regulación legal actual, que el Proyecto asume integrante. Nos centramos en el delito de violación porque constituye el núcleo del sistema. El resto de las figuras típicas se conforman en torno al mismo.

Lo primero que interesa destacar es que el concepto penal de violación sigue construido en base a la intervención del miembro sexual del hombre: penetración por vía vaginal, anal o bucal. Esta es la definición del acceso carnal que la legislación considera la forma más grave de abuso sexual sobre la mujer; para la calificación como violación de esta conducta se requiere el uso de violencia o intimidación, o abuso de la privación de sentido o de la enajenación de la víctima, o acceso carnal consentido con persona menor de 12 años.

La definición de lo que se considera máxima agresión —"violación"— resulta por un lado demasiado limitada y, por otro, demasiado amplia. Demasiado limitada porque para la víctima y, en concreto, desde la perspectiva de la mujer, la manipulación sexual de su cuerpo y la degradación correspondiente al sometimiento contra su voluntad no es necesariamente más grave por el hecho de la penetración o no del órgano sexual del hombre. Agresiones consideradas de menor entidad (art. 430), que quedan fuera del concepto de violación, pueden resultar más vejatorias, peligrosas o traumáticas para la agredida, en función de las características y circunstancias de los hechos.

Por otro lado, el concepto de violación que ofrece el Código es demasiado amplio, puesto que equipara —con la misma pena— supuestos diferentes en cuanto a la relación autor-víctima, y que implican menor gravedad respecto a la imposición y negación de autonomía de la víctima. La tutela de la indemnidad sexual frente a la persona privada de razón es congruente, pero en la práctica, se reduce a supuestos de víctima oligofrénica que se reconducen de hecho al estupro. Y, respecto a las personas menores de 12 años que no han alcanzado la madurez personal para conocer la trascendencia de sus actos, la afirmación de que la gravedad de una relación sexual consentida sea equiparable a la violación forzada no puede apoyarse sino en consideraciones superadas sobre la honestidad.

Si se piensa serenamente y sin prejuicios, hay que aceptar que no toda relación sexual con una niña que va a cumplir 12 años tiene la misma repercusión en su desarrollo personal. No es lo mismo unos juegos sexuales consentidos con un chico de 16 o, incluso, de 18 años, que una agresión violenta por parte de un desconocido. Luego, si los supuestos son diferentes, no se pueden castigar con la misma pena —y tan grave—. En la misma línea se

pueden imaginar otros muchos casos de muy distinta significación para la persona que los sufre.

El problema que subyace es que cuando se alude a la "violación", surge en la mente un estereotipo: la agresión violenta, brutal, normalmente llevada a cabo por uno o varios desconocidos, que lesiona, además de la libertad, la integridad física y psíquica de la mujer. Sin embargo, los datos empíricos demuestran que ese tipo de agresión es el más infrecuente. De hecho, en, aproximadamente, la mitad de las violaciones que se denuncian, el agresor pertenece al círculo de personas conocidas de la agredida.

Y esta situación es problemática, porque puede aceptarse que la pena sea adecuada para el supuesto más grave, pero no lo es para el resto de los casos. Además, la equiparación consigue efectos indeseables, no sólo por banalizar —al igualarlas— las agresiones más intolerables sino, sobre todo, porque indirectamente provoca muchas absoluciones indebidas. Tales incongruencias derivan de la conformación del delito de violación según los arquetipos masculinos de la sexualidad y de la libertad sexual. La visión falocrática, que gira exclusivamente en torno al pene y a la penetración, es un tributo histórico a la tradición y a concepciones que hoy debieran considerarse superadas. Los patrones del "honor" y la "honestidad" de la mujer como patrimonio moral del padre, marido o familia, explican aquella fijación masculina; de ahí que se castigara gravemente —igual que el homicidio— el coito extramatrimonial de mujer honesta, porque era eso precisamente lo que la devaluaba en el mercado matrimonial. Si el valor de una mujer se cifraba en su doncellidad, la mayor agresión era lógicamente la penetración. El rechazo actual de semejante concepción en su manifestación más caricaturesca no significa que se haya superado el arraigo del esquema subyacente: la mujer como objeto de la sexualidad masculina, el papel prevalente del hombre en la relación sexual, el valor especial otorgado a las manifestaciones de la sexualidad del hombre. Creemos que el que se haya reconocido una autonomía sexual a la mujer no significa que a su vivencia de la sexualidad y a las manifestaciones de la misma se le otorguen efectivamente el mismo valor o importancia. De alguna forma implicitan: "el pene es lo que más puede hacer sufrir porque es lo que más puede hacer gozar". Se revela una particular manera de entender la sexualidad anclada en patrones masculinos sobre el significado y manera de expresarse ésta.

El cambio del enunciado del título que agrupa los delitos sexuales, ahora "delitos contra la libertad sexual", y las modificaciones aludidas, no han alterado el esquema de fondo. Los tipos siguen girando en torno a la penetración, que define el supuesto más grave, y esta-

blece la frontera con las otras figuras que operan como compartimentos estancos: violación, cuando se trata de penetración; agresión sexual cuando se excluye penetración, y agresión sexual agravada si la penetración se realiza mediante objeto distinto al órgano sexual del hombre (11).

(11) También se considera agresión sexual agravada "cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios", supuestos que pueden resultar tan graves, o más, que la violación en sentido estricto.

5.

Propuestas de reforma

Dentro de las limitaciones del sistema penal, que lógicamente no puede ser ni el único ni el principal instrumento para la superación de los problemas que ahora tratamos, debe intentarse una modificación de criterios orientadores tanto en cuanto a la definición y clasificación de las conductas de agresión sexual, como en cuanto a las respuestas punitivas.

A) Respecto a la configuración básica de las conductas delictivas, una opción sería mantener la distinción entre la violación y otras agresiones sexuales. En este caso, sería conveniente rebajar notablemente la pena mínima de la violación, de manera que pudiera coincidir con la pena prevista para las agresiones sexuales, a fin de permitir una valoración de la gravedad de los hechos no dependiente exclusivamente de la penetración. Es decir, un sistema de figuras "secantes", y no "tangentes", similar al que establece, por ejemplo, el Código Penal alemán (12). En todo caso en este sistema, habría que mantener una clara diferenciación entre la agresión violenta y los supuestos de incapacidad de la víctima para consentir (privada de sentido) o para prestar consentimiento relevante (menores de 12 años, enfermedad mental).

Una reforma más radical consistiría en la creación de una figura básica de agresión sexual, fundada en la implicación de una persona, contra su voluntad, en un contexto sexual (13). Este tipo tan amplio tendría que conllevar una pena notablemente más pequeña que la actual (similar a la de las coacciones, o de las actuales agresiones sexuales "leves"), completándose con una serie de circunstancias agravantes que no giren en torno a la penetración y que sean fundamentalmente objetivas; ejemplo: uso de armas, presencia de varios agresores, peligro para la integridad física o psíquica, medios especialmente brutales o degradantes, ...

Esta figura tendría que aplicarse en concurso con otros delitos como lesiones (físicas o psíquicas), detención ilegal, etc., lo que actualmente no se suele hacer, en parte por la gravedad de la pena básica.

(12) Los parágrafos 177 y ss. StGB establecen para la violación una pena de 2 a 15 años y, en casos menos graves, de 3 meses a 5 años. La agresión sexual conlleva una pena de 1 a 10 años y, en casos menos graves, de 3 meses a 5 años. Cuando hay yacimiento con abuso de situación de incapacidad o inconsciencia, la pena oscila de 1 a 10 años o de 3 meses a 5 años, en supuestos menos graves. El abuso sexual puede ser castigado con una pena máxima de 5 años, o con multa.

(13) Ampliamente sobre el concepto genérico de acción sexual, cfr. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *La protección de la libertad sexual*. Ed. Bosch.

En todo caso, y respecto a las actuales figuras de estupro, sería necesario una reflexión más detenida sobre la conveniencia de que se mantengan como tipos independientes, o bien dentro del grupo de las conductas realizadas con consentimiento viciado o irrelevante, estableciendo las graduaciones correspondientes según la entidad del abuso de superioridad. También es preciso seguir reflexionando sobre otros puntos como, por ejemplo, las ventajas e inconvenientes de la actuación de oficio en todos los supuestos.

El sistema propuesto en segundo lugar, parecido al vigente en Canadá (14), tiene varias ventajas, siendo la principal que se hace hincapié en la voluntad de la mujer, bastando con la constancia de la falta de acuerdo y sin necesidad de exigir —como ocurre actualmente— la resistencia "firme, mantenida,...". De este modo, se evitarían sentencias indignantes, que están en la mente de todas las personas y, por otra parte, se incrementaría el número de condenas, lo que, al fortalecer la confianza en el sistema penal, aumentaría el número de denuncias y la percepción pública de un problema que en gran parte, sigue permaneciendo oculto.

B) En cuanto a las penas que puedan considerarse adecuadas, creemos que debe mantenerse la posibilidad de diferenciación y flexibilidad de las respuestas punitiva, particularmente, en los casos que se consideren de menor gravedad en atención a todas las circunstancias. Estamos hablando de toda una gama de abusos, no sólo de la violación prototípica con despliegue de violencia. Por ello no puede excluirse en este campo la posibilidad de aplicar alternativas a la pena privativa de libertad. La prisión, es sabido, fomenta la irresponsabilidad y la pasividad, las relaciones basadas en la violencia y en la ley del más fuerte y alimenta deseos de revancha hacia la sociedad y de desprecio hacia el sufrimiento de las víctimas (15). La posibilidad de reparación o de realización de trabajos de utilidad social puede ser una respuesta suficiente y más satisfactoria para la sociedad, para la víctima y para la integración social del propio condenado.

Los casos terribles de violación, acompañados de especial violencia e incluso de asesinato, son afortunadamente escasos; evidentemente ante estos supuestos se requiere ante todo la actuación que asegure la no reincidencia, en el marco de la pena grave que se imponga, o

(14) Un interesante estudio descriptivo sobre el sistema canadiense en ROBERTS, J./PIRES, A.P.: "Le renvoi et la classification des infractions d'agression sexuelle", en *Criminologie*, (Québec), Vol. XXV, n.º 1, 1992, pp. 27-63.

(15) En este sentido, cfr. ASUA, A., "La permanente contradicción entre los fines teóricos de la pena y los efectos reales de la prisión", en *Juventud y sociedad*, Ed. Ayuntamiento de Zaragoza, 1990.

en el marco de medidas de tratamiento que deberán garantizarse y supervisarse rigurosamente. Ahora bien, la política criminal frente a las agresiones sexuales debe orientarse hacia los casos más frecuentes, muchos de ellos menos llamativos y, por lo regular, menos denunciados. La previsión de penas menos drásticas puede ayudar a superar la inhibición de las víctimas de abusos por parte de personas próximas, a menudo familiares, cuando tal inhibición se deba al temor de las consecuencias de una pena de prisión.

C) Una reforma penal sensible a la problemática de las mujeres como colectivo, debe acoger simultáneamente determinados cambios en el proceso penal. Aunque algo ha mejorado, la mujer sufre todavía presiones para que no denuncie —de un medio que acepta todavía "cierta violencia" contra ella— y si a pesar de todo lo hace, tiene que soportar una serie de tragos desagradables, cuando no vejatorios: pluralidad de interrogatorios en los que se ve obligada a revivir y a relatar todos los detalles, indagaciones sobre su vida privada, actitudes, etc. Una vez más se patentiza que en estos delitos sigue latiendo una determinada idea de la sexualidad aceptable, lo que obliga a la agredida a demostrar que pertenece al grupo de las mujeres pudorosas o recatadas. El proceso por violación, o por agresiones sexuales, no puede seguir siendo una ceremonia de degradación de la mujer (16), en la que no se toman en cuenta sus intereses, sino que sólo se piensa en ella como testigo de cargo. Hay que avanzar, en general, en el reforzamiento de los derechos de las personas perjudicadas por el delito, pero, sobre todo, debe cambiar la visión de la mujer como víctima individual para identificarla como miembro de un "grupo social oprimido" (17): Grupo que requiere acciones positivas para el acceso a la igualdad, apoyando el protagonismo de la mujer tanto en la decisión de denunciar, como en la posibilidad de beneficiarse de asesoramiento durante el proceso, y después del proceso. Es preciso que la denunciante pueda contar con apoyos que neutralizan los efectos de la victimización, que con frecuencia no se reduce a la agresión particular detectada. Hay que impulsar medidas específicas de apoyo jurídico, psicológico y económico, organizadas desde la perspectiva de la problemática de las mujeres.

(16) La expresión es de SMART, C., "Rape: Law and the Disqualification of Women's Sexuality", en su libro *Feminism and the Power of Law*, London-New York, Routledge, 1989.

(17) En este sentido, afirma SNIDER, "Effets pervers...", op. cit., p. 9/10 que la principal razón para resistirse a la dependencia del sistema penal es que esta estrategia equivale a un abandono de las mujeres y, particularmente, de las que son víctimas de abusos graves... Se convierten en víctimas de la Administración. Y añade: cambiar la ley puede hacer la comparecencia menos desagradable, pero el papel otorgado a la víctima en los tribunales no dará nunca a la mujer una posición más fuerte.

Para terminar, volvemos a insistir en que el sistema penal no puede desplegar sino un papel reducido en la tarea de emancipación de la mujer y del reconocimiento de la plena autonomía e igualdad en las relaciones sociales. Por sus propias características de constituir un instrumento extremo de cirugía social que debe limitarse a enjuiciar hechos concretos individualizándolos, centrándose en la responsabilidad particular del autor. Al atraer la atención sobre los casos más graves, deja en la penumbra la significación de las demás vejaciones y discriminaciones que no causan alarma social y que, todavía, son aceptadas de manera más o menos explícita. La violencia social contra las mujeres es un problema social que pierde significado al descontextualizarlo. No es un problema individual, ni se soluciona con medidas exclusivamente represivas. El efecto simbólico, de reconocimiento del problema es necesario, pero hay que profundizar asimismo por otros caminos distintos al penal, y a través de medidas positivas, en el ámbito del derecho civil, laboral, evidentemente en el campo educativo, y en los medios de comunicación social. Algunas propuestas formulan la conveniencia de un explícito reconocimiento constitucional de la indemnidad física y psíquica de la mujer (18), o la elaboración de un concepto de daño social (social injury), para barcar, desde el punto de vista más amplio de la discriminación, los ataques que afectan a las mujeres como colectivo (19).

No podemos confundir la legítima reivindicación de justicia con el deseo de castigo. El avance no vendrá por la vía de un incremento de las penas, sino por el fortalecimiento de la posición de las mujeres en todos los ámbitos de la vida social.

(18) Crf. DAHL, T.S., *Women's Law...*, op. cit. En Europa, cfr. CAMPARI, M.G./CIGARINI, L., "Fonti e principi di un nuovo diritto", en Librería delle donne di Milano (Ed.), *Un filo di felicità, Sottosopra*, Enero, 1989.

(19) Cfr., principalmente, HOWE, A.: "The Problem of the Privatized Injuries: Feminist Strategies for Litigation", en SILBEY/SARAT (Eds.), *Studies in Law, Politics and Society*, 1990, 10, pp. 119-142.