
La mujer y el Derecho Penal

A Mertzxe Inza

En las líneas que siguen, trataré de esbozar la tortuosa relación que, durante siglos, han mantenido el Derecho Penal y la mujer, estructurando para ello el texto en tres bloques. En primer lugar, trataré de exponer cuál es la función del Derecho Penal desde un punto de vista funcionalista o sociológico. En segundo término, intentaré hacer una valoración de aquellos tipos penales que más han contribuido a afianzar la subordinación de la mujer con respecto al varón. Por último y para concluir, esbozaré muy brevemente las innovaciones que, en esta materia, introduce el Código Penal de 1996.

1. EL DERECHO PENAL COMO UN SUBSISTEMA DE CONTROL SOCIAL

Para clarificar la relación entre Derecho Penal y mujer es conveniente tener presente cuál es el papel que desempeña dentro de una sociedad determinada.

Desde un punto de vista estático o dinámico el Derecho Penal es un conjunto de normas que define determinados comportamientos como delitos o estados peligrosos a los que asocia unas consecuencias jurídicas denominadas penas o medidas de seguridad. La finalidad de este conjunto normativo es proteger lo que dogmáticamente se denominan bienes jurídicos. Sin embargo, en relación al tema que nos ocupa, resulta preferible adoptar un concepto dinámico o sociológico del Derecho Penal: sólo desde este punto de vista, el ordenamiento jurídico-penal se nos revela como un instrumento de control social.

¿Qué quiere decir que el Derecho Penal es un instrumento de control social? Quiere decir que las normas penales forman parte de ese conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que pretenden promover y garantizar el sometimiento del individuo a los modelos y normas comunitarias. En este contexto el control social penal no es más que un subsistema dentro del sistema global de control social, mediante el cual la sociedad ejerce su dominio sobre los individuos que la componen posibilitando que sus condiciones de existencia o los valores que la caracterizan se alteren en la menor medida posible o con los mínimos daños sociales posibles.

En efecto, el control social dispone de numerosos *medios* o *sistemas normativos* (la religión, la moral, la ética, la costumbre, la terapia, el Derecho Civil, Administrativo, Penal, etc.); de diversos órganos o portadores del mismo (la fami-

* Profesora de Derecho Penal en la Universidad de La Coruña.

lia, la Iglesia, la Ciencia, el legislador, los partidos, los sindicatos, organizaciones varias, la Justicia, etc.); de distintas *estrategias* o *respuestas* (prevención, represión, socialización, etc.); de diferentes *sanciones* (positivas: ascensos, recompensas, distinciones, etc.; negativas: tratamiento clínico, reparación del daño causado, sanción pecuniaria, etc.); y de particulares destinatarios (estratos sociales privilegiados, deprimidos, trabajadores, mujeres... etc.). Es obvio que la Justicia penal constituye sólo uno de los posibles portadores existentes –entre otros muchos– del control social.

Pero, aun partiendo de la globalidad y de la relativa intercambiabilidad de todos sus elementos (portadores, medios y estrategias), es posible reconducir las distintas instancias y estrategias de control social a dos grupos diferenciados: las instancias formales y las instancias informales.

Agentes informales de control social son por ejemplo: la familia, la escuela, la iglesia, la profesión, la opinión pública, los médicos, etc. *Agentes formales*: la Policía, la Administración de Justicia y la Administración Penitenciaria. Los agentes de control informal tratan de adaptar, disciplinar o condicionar al individuo a sus normas sociales a través de un largo y sutil proceso, que comienza en sus núcleos primarios (familia), pasa por la escuela, la profesión, y la instancia laboral y culmina con la obtención de su actitud conformista, al haber interiorizado el individuo las pautas de conducta y los modelos aprendidos. Cuando éste adopta comportamientos que vulneran las normas sociales o no cumplen las expectativas de conducta asociadas a determinado rol o género, los órganos de control informal (el control social informal) aparejarán respuestas negativas a aquellos comportamientos. Estas respuestas negativas, en la medida que no están recogidas en ningún sistema normativo, se denominan por eso informales.

Cuando las instancias de control informal fracasan, entran en funcionamiento las formales (policía, proceso, etc.) que actúan de modo coercitivo imponiendo sanciones cualitativamente distintas de las sanciones sociales.¹ Difieren de éstas por su carácter formal y por su carácter estigmatizante, dado que atribuyen al infractor o infractora un singular «status» (desviado, peligroso o delincuente): estas últimas sanciones son lo que denominamos penas.

El examen pormenorizado de la actuación de las instancias formales e informales del control social excede de las pretensiones y finalidad de este artículo. Lo que sí nos interesa resaltar es la estrecha relación de proporcionalidad existente entre ambas clases de control: cuanto más fuertemente actúa el control informal menos posibilidades existen de que entre en juego el control formal y a la inversa. Este es uno de los factores que permite explicar la menor propensión al delito por parte de la mujer: el control informal es más intenso en las mujeres que en los hombres. A la vez que justifica porqué el peso de la ley

¹ Lo cual no implica que las sanciones informales sean menos leves que las formales: por ejemplo, la expulsión del hogar familiar de la hija que queda embarazada, el rechazo social sobre las prostitutas, etc.

recae más sobre mujeres que no tienen ninguno o casi ninguno de los controles tradicionales (familia, matrimonio, iglesia, servicios sociales). Como irónicamente observa Heindensohn, resulta difícil cuando se va cargada con la cesta de la compra, arrastrando el coche de un bebé o cuidando a un familiar, planear el asalto de un banco.

Subrayo, principalmente, la idea de la influencia de los controles sociales informales porque tradicionalmente el menor grado de delincuencia femenina se ha justificado acudiendo a argumentos de corte bio-psicológico tales como: inferior evolución (así, Lombroso, quien paradójicamente también se acogía al mismo argumento para explicar la mayor propensión masculina a cometer delitos), el menor vigor físico (Pinatel), los procesos biológicos propios del sexo femenino (Aznar) o la mayor emotividad o propensión a la neurosis (Einseck), etc.

Llegados a este punto ya estamos en condiciones de plantearnos el siguiente interrogante: ¿existe alguna relación entre el primer tipo de control y el Derecho Penal que es por autonomasia el último control formal?

Evidentemente sí. Existe siempre una fuerte vinculación entre lo protegido por el Derecho Penal y la forma en que está estructurada la sociedad. Como señala Fernández Rodríguez, si la historia de la humanidad es la historia del varón, no debe sorprender que éste se haya servido del Derecho Penal para reproducir y perpetuar las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y papel de las mujeres y para asegurar el mantenimiento de su dependencia. Si en la sociedad patriarcal el control informal sobre la mujer está fundamentalmente orientado hacia la forma en que debe desempeñar su rol de Mujer: como madre y esposa y hacia su cuerpo, en especial, hacia el ejercicio de su sexualidad, no debe causar extrañeza que esta misma orientación se haya perfilado durante años en los artículos del texto penal. Y así el protagonismo de la mujer en el Derecho Penal se manifiesta en cada uno de estos tres campos y, obviamente, nunca con consecuencias favorables para ella.

Veamos, en el epígrafe siguiente, la regulación penal en cada una de estas parcelas:

2. LA MUJER EN EL CÓDIGO PENAL DE 1944

2.1. *En el tema matrimonial*

El ordenamiento jurídico-penal, al igual que el civil y el mercantil, ha contribuido desde sus inicios a reforzar la idea del matrimonio monogámico donde el marido era el «pater familias», y a falta de otros bienes, su propiedad era la familia y la honra de la que era principal y único representante.

Prescindiendo de antecedentes históricos, por lo demás sangrantes y empapados de una cruel violencia hacia las mujeres, el **adulterio** y el **uxoricidio por**

honor constituyeron hasta tiempos muy recientes figuras paradigmáticas de discriminación y victimización femeninas y techos protectores de una forma de entender el matrimonio.

Así creo que ya resulta clásica en toda charla relacionada con el tema de la mujer recordar el célebre delito de adulterio derogado en 1978. Característica de este delito, conforme a la definición introducida en el Código Penal de 1848, es que la mujer quedaba sometida a responsabilidad penal si yacía con varón que no fuera su marido, en oposición al delito de amancebamiento por el cual se castigaba al marido que mantuviera manceba dentro de su domicilio conyugal o fuera de ella con «notorio escándalo» según la terminología empleada en el Código Penal de 1944.

En el *amancebamiento*, contrariamente al delito de adulterio, donde bastaba un sólo yacimiento, se exigía una permanencia en los yacimientos y una habitualidad que fuera de dominio público.

Pero lo más discriminatorio, no es la diferencia de tipicidad dependiendo de quién fuera el sujeto activo (hombre o mujer), sino la diferente respuesta penal. Mientras que el amancebamiento –que no es más que el adulterio del varón– resultaba castigado con una pena de prisión menor, el adulterio podía recibir dos sanciones de distinta intensidad y calado: la del Estado como pena privativa de libertad o en el peor de los casos las iras del marido. El Estado siempre tan celoso de sus potestades, tratándose de adulterio femenino hacía dejación de su poder punitivo en manos del marido. Y así hasta 1963, fecha en la que fue abolida, existió la figura del *uxoricidio marital*.

En efecto, el *uxoricidio* concedía una patente de corso al varón, ya sea en calidad de esposo o padre, para matar o lesionar gravemente a su mujer o hija menor de 23 años que fueran sorprendidas en adulterio. La muerte causada a la esposa o hijas en esa circunstancia era castigada con la pena de seis meses de destierro (es decir la misma que a la manceba en el caso de ser co-reo en el delito de amancebamiento). No hace falta decir que semejante precepto era una invitación descarada al crimen, habida cuenta de la levedad de la pena.

Evidentemente, en el supuesto inverso, la mujer que mata al marido sorprendido en adulterio, era castigada como autora de un delito de parricidio.

La historia es de sobra conocida, pero los efectos que me interesan resaltar es que esta figura penal, defendida por un sector de la doctrina penal de nuestro siglo debido a «la mayor exigencia de moralidad que debe exigirse a la mujer por ser más pasiva y menos pasional que el hombre», se erradicó con el Texto Revisado del Código Penal de 1963, no por su crueldad, sino porque tal y como informa la Exposición de Motivos resultaba innecesaria su expresa consignación habida cuenta de que los mismos efectos atenuatorios podrían lograrse por el juego de eximentes y atenuantes. La eximente fundamental invocada era la nº 11 del art. 8 que permite eximir de pena a quien realice un delito en «el ejercicio de un derecho» (hoy recogida en el nº 7 del art. 20).

Y aquí cabe preguntarse cuál es ese «derecho» que tiene *in mente* el legislador o qué derecho ejerce el marido que mata o lesiona a su mujer. La respuesta procedía del Código Civil que en su art. 55 establecía que «el marido debe proteger a la mujer y ésta obedecer al marido». Este artículo vigente hasta el año 1975 al erigir un derecho de obediencia de la mujer al marido parecía erigir un paralelo derecho de corrección por parte de éste. Este razonamiento resultaba auspiciado por la tradicional equiparación «mujeres y niños» y, consecuentemente, también la mujer, al igual que sus hijos, podía ser corregida por el padre/marido si ésta no obedecía.

Que el razonamiento que acabo de hacer no es extraño se desprende de la lectura de algunos tratados de Derecho Penal que aun hoy en día remarcan explícitamente que no existe un «derecho de corrección» del marido sobre la mujer. Es más, incluso cuando, con la reforma del Código Penal operada en 1989, se introduce en el art. 425 el delito de violencia doméstica (también conocido como malos tratos habituales) tuvo que especificarse «El que habitualmente y con *cualquier fin*, ejerza violencia física...» para impedir que se alegue un presunto derecho de corrección como causa de justificación de los malos tratos. Alegación que de aceptarse derivaría en la impunidad de los mismos.

Resumiendo, y aun a riesgo de resultar provocativa, los malos tratos no son más que el corolario del ejercicio extremo de una autoridad que hasta hace poco tiempo se entendía legítima.

Pero como si he dicho el adulterio y el uxoricidio son figuras paradigmáticas de discriminación y victimización femenina, hasta el mes de mayo de 1996, fecha en que entró en vigor el nuevo Código Penal, resultaba factible encontrar otras normas penales cuya condición degradante de la condición femenina aparece enmascarada con el velo de la protección.

Así en el Capítulo II del Título XI, entre los delitos contra al estado civil de las personas, se castiga la celebración de matrimonios ilegales o delito de bigamia, delito criticado porque obedecía a la protección de determinada concepción del matrimonio monogámico y canónico.

Concretamente, el art. 479 castiga al contrayente doloso a dotar según su posibilidad a la mujer que contrajera el matrimonio de buena fe. Evidentemente, el legislador, al igual que el famoso noveno mandamiento que impide desear a la mujer del prójimo y no al marido de la prójima, no cayó jamás en la cuenta de que la que pudiera incurrir en el delito de bigamia es la mujer. Imaginamos que por imperativo del principio de legalidad, el contrayente masculino de buena fe no podía recibir ninguna indemnización por el matrimonio fraudulentamente celebrado salvo que entrara en juego las reglas de la parte general del Código en materia de responsabilidad civil, respecto a las cuales el art. 479 si bien constituía una redundancia no dejaba de ser una curiosa reliquia histórica.

Pero que el Código Penal de 1944 se decantaba por la defensa de una determinada concepción matrimonial, hasta la entrada en vigor del de 1996, se apreciaba también en el famoso delito de impago de pensiones. En el viejo art. 487 bis se castiga al cónyuge que dejara de prestar durante tres meses seguidos o seis meses alternos cualquier tipo de prestación económica establecida por resolución judicial en los supuestos de separación, nulidad o divorcio. Este artículo, que trata de tutelar «la protección de los más débiles económicamente de la unidad familiar frente al incumplimiento de los deberes asistenciales por el obligado a prestarlas» defiende sólo una determinada forma de unidad familiar, aquella que adopta la forma civil o religiosa, ya que no se comprendían dentro de su ámbito típico el incumplimiento derivado de un procedimiento de filiación en que se declare la paternidad y se imponga la obligación de prestar alimentos. Esta laguna punitiva afortunadamente ha sido subsanada en el art. 227, que amplía la conducta típica al incumplimiento de prestaciones de alimentos derivados de una resolución judicial en un procedimiento de filiación.

Frente a esta laguna legal llama la atención la detallada regulación del delito de incumplimiento del régimen de visitas contemplado en el Proyecto del Código Penal de 1992. En dicho Proyecto se tipifica la conducta de no permitir el régimen de visitas o comunicaciones establecido en resolución judicial, en cualquier procedimiento matrimonial o de filiación.

Las diferencias con el delito de impago de pensiones son obvias. En este último delito es necesario que se produzcan varios incumplimientos sucesivos y sólo aquellos que deriven de determinadas resoluciones judiciales: de un procedimiento de separación, divorcio o nulidad. Por el contrario, en el delito de incumplimiento del régimen de visitas, el precepto permite abrir el procedimiento judicial contra quien impide una sólo vez dicha comunicación, además de extenderse a los regímenes de visitas establecidos en procesos de filiación. Esta conducta, ligeramente modificada, ha tenido acceso como falta en el art. 622 para cuya inteligencia habrá que tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 172 a 174 del C.C. y 215 y 55 del Código Civil.

2.2. *Maternidad*

La forma en que el Código, tanto el derogado como el actual, disciplina la maternidad es otra forma insultante de victimización y colonización jurídica. La maternidad aparece controlada en todas sus formas: en materia de expedición de anticonceptivos, aborto doloso e imprudente, inseminación artificial, reproducción asistida e incluso suposición de parto.

El régimen penal de expedición de anticonceptivos es un buen ejemplo de malabarismo legislativo. La ley de 7 de octubre de 1978 despenalizó la propaganda y expedición de anticonceptivos recogido en el art. 416 en sede de aborto. Sin embargo, la misma ley, reformó el art. 343 bis relativo a los delitos de riesgo y equiparó a la conducta de expedición de medicamentos sin cumplir las

formalidades legales y reglamentarias la expedición de anticonceptivos sin receta. Ambas conductas quedaban equiparadas a efectos de penalidad por su peligro presunto para la salud pública. Pero, obviamente, no era propósito del legislador, al menos no era el único, tutelar la salud pública; de ser así hubiera bastado decir que: «se castiga la expedición de medicamentos sin receta». La expresa mención de los anticonceptivos lleva a pensar que el propósito legislativo, es poner un obstáculo legal a la expedición de todo tipo de anticonceptivos y dejar su suministro a discreción facultativa.

Otro ejemplo irritante es el aborto, donde también se abandona en manos de los médicos la decisión de llevar adelante o no un embarazo.

Lo primero que cabe resaltar en materia de aborto es la *escasez de pena* que lleva aparejada la conducta de la mujer que produce su aborto o consiente que otro se lo cause –según el art. 145 de prisión de seis meses a un año o multa de seis meses a veinticuatro meses. Esta falta de rigor punitivo resulta tanto o más patente si lo contrastamos con la importancia del bien jurídico que justifica la inclusión del aborto en el Código Penal: la protección de la vida (ya sea como expectativa o como vida ya existente según las distintas teorías que se manejen). Desde un punto de vista de prevención general o de prevención especial la pena prevista por el art. 145.2 carece de toda eficacia intimidatoria o disuasoria. Sobre todo si se tiene en cuenta que, con el nuevo Código, la ejecución de las penas privativas de libertad inferiores a dos años pueden fácilmente ser suspendidas o sustituidas por otras que no consistan en un ingreso en establecimiento penitenciario.

El delito de aborto es un ejemplo paradigmático de lo que se denomina *función simbólica* del Derecho Penal, que no es más que, a través de determinadas prohibiciones, generar un efecto psicológico en la mente de ciertos políticos, legisladores y electores (autocomplacencia y satisfacción en los primeros, confianza y tranquilidad, en estos últimos) y que nada tiene que ver con la pretendida defensa de bienes jurídicos. Se produce así en la opinión pública la impresión tranquilizadora de un legislador atento y decidido que satisface a todos –especialmente a algunos–, aunque realmente no se prevenga con eficacia el delito que, el tipo penal concreto, trata de evitar.

En todo caso, la prevención y represión del aborto se opera de una forma indirecta: actuando sobre los médicos. No deja de ser llamativo el que las penas previstas para los médicos que practican abortos sean sustancialmente superiores que las establecidas para las mujeres. En el supuesto menos grave –aborto consentido– el art. 145.1 establece una pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados por tiempo de uno a seis años.

En segundo lugar, merece también una reflexión el sistema de indicaciones. Vaya por delante que el nuevo Código Penal no hace referencia a dicho siste-

ma, esto es, a los supuestos en los que se puede abortar legalmente en España. La falta de acuerdo parlamentario en esta materia motivó la inclusión de la Disposición Transitoria 1ª del Código Penal de 1996 salvando así la vigencia del art. 417 bis del Código Penal anterior, por lo que hoy se sigue acogiendo en nuestra legislación el criterio de despenalización del aborto en los siguientes casos: a) cuando exista grave peligro para la madre; c) cuando el feto pueda sufrir graves daños físicos o psíquicos; d) y cuando el embarazo sea consecuencia de un delito de violación.

En los dos primeros casos, no es una decisión libre de la mujer, ya que los médicos habrán de certificar cada una de las circunstancias legales.

En efecto, el art. 417 bis establece una serie de requisitos formales y burocráticos extraños a una rama del Derecho, como es el Penal, que debe estar presidido exclusivamente por criterios materiales. Siendo así que, tanto en materia de aborto eugenésico como en el de aborto terapéutico, se exige un dictamen con anterioridad a la intervención y que éste sea emitido por uno o dos médicos —depende del supuesto— de la especialidad correspondiente y distintos de aquél por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Sobre esta misma exigencia en el Código Penal del Estado de Georgia se pronunció el Tribunal Federal de Estados Unidos en su sesión de 22 de enero de 1973 en el *Caso Doe et. al. v. Bolton*. Este alto Tribunal, examinando en él la ilegitimación constitucional de la regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en el Código Penal de Georgia, entendió que la necesidad de aprobación previa por dos médicos distintos al que intervenga a la embarazada: «no guarda necesidad racional con las necesidades de la paciente y viola el derecho del médico a ejercer su profesión. Si al médico habilitado por el Estado se le reconoce capacidad de emitir juicios clínicos aceptables, no hay ninguna razón para que su dictamen en materia de aborto sea corroborado por dos colegas. Asimismo entiende también que: «viola el derecho de la mujer a recibir asistencia sanitaria de un médico de su confianza y el derecho del médico a prestársela».

Los requisitos expuestos se complementan con los exigidos en el Real Decreto 2409/1986 que, en su art.9, dispone que: «profesionales sanitarios habrán de informar a las solicitantes sobre las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, así como de las medidas de asistencia social y orientación familiar que puedan ayudarle». Comparto con Fernández Rodríguez la idea de que es comprensible la oferta de información médica sobre las consecuencias sanitarias, pero la preceptiva información sobre las consecuencias psíquicas y sociales que puede sufrir la embarazada con posterioridad al aborto, desprende un desagradable tufillo disuasorio. Lo mismo cabe decir con respecto al dictamen sobre las consecuencias sociales: resulta especialmente perverso y su mero planteamiento resulta estigmatizante.

Más sorpresa causa la llamada «indicación ética»: abortar por causa de un delito de violación (y no por causa de estupro o inseminación artificial no con-

sentida, etc.). En este supuesto no se exige ningún tipo de dictamen médico. Ni se ofrece ningún tipo de recomendación sanitaria, psicológica o social. Sólo se precisa la previa denuncia de la embarazada y que la intervención se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación (art. 417.2a). Tras una serie de reflexiones he llegado a la conclusión que la razón por la que se prescinde de la preceptiva información, especialmente, sobre las consecuencias psíquicas y sociales, sólo puede estar fundada en que en el caso de aborto ético no hay ningún varón que tenga expectativas legítimas sobre el feto y de ahí que no se ejerza ninguna disuasión ni presión sobre la mujer embarazada.

Para ultimar este apartado relativo al aborto, mencionar la cortesía legal del Código Penal de 1944 reduciendo las penas en determinados delitos: aborto «honoris causa», en el denostado delito de infanticidio y en el abandono de un menor. Todos estos delitos obtenían importantes privilegios punitivos si se realizaban bajo el móvil común: evitar la deshonra. De concurrir este móvil se producía una notable rebaja de la pena respecto a los respectivos tipos básicos. Privilegio punitivo que se extiende también a los padres de la madre. En estos delitos, afortunadamente derogados en el Código de 1966, se muestra una imagen de la mujer nada favorable: como un ser preocupado tanto por defender su honor que es capaz de matar o abandonar a un recién nacido por defenderla. Sin embargo, tras este privilegio se oculta que, frecuentemente, la mujer que realiza este tipo de conductas es una mujer abandonada por las instituciones, por su compañero o su familia. Y aún más, sibilinaamente se esconde que si la mujer se preocupa por su honor es porque la sociedad distribuye honor y reputación en base a su conducta sexual (basta recordar que hasta tiempos muy recientes la que tenía hijos fuera del matrimonio era sospechosa de promiscuidad).

2.3. *Libertad sexual*

Hasta principios de los ochenta los delitos sexuales eran concebidos como delitos contra la honestidad. Sin embargo a partir de aquellas fechas la doctrina penal secundada por un amplio sector de la sociedad, comienza a reivindicar que el Código Penal abandone la tutela de la honestidad como bien jurídico protegido en la esfera sexual.

Las demandas se orientaban a la postulación de «*lege ferenda*» de la reforma del Derecho Penal sexual en aras de la tutela de la libertad sexual como bien jurídico individual de la persona. Sólo así se podía dar cobertura penal a determinadas modalidades de violación que hasta aquel momento no encontraban respuesta adecuada por parte de la jurisprudencia, me refiero a la violación en el ámbito matrimonial, a la violación cuyo sujeto pasivo ejercía la prostitución y a la violación cuyo sujeto pasivo era el hombre. Estas demandas cristalizan en:

- a) La Ley Orgánica 5/1988, de 9 de julio que deroga el viejo delito de escándalo público y la correlativa introducción en el art. 431 del delito de exhibicionismo.
- b) La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio que introduce por primera vez:

- El rótulo de «delitos contra la libertad sexual», que viene a sustituir el denostado de «delitos contra la honestidad».
- Se redefine el delito de violación de la que derivan consecuencias tan positivas como la no admisión de «oasis de honestidad» que tradicionalmente negaban la admisión del delito de violación en el ámbito del matrimonio o cuando el sujeto pasivo del delito sexual ejercía la prostitución.
- Se amplía la conducta delictiva además del coito vaginal (acceso carnal) al coito anal y bucal lo que determina la apertura del referido tipo penal a cualquier sujeto pasivo con independencia de su sexo.

La equiparación penal del coito bucal al anal y al vaginal fue, sin embargo, duramente criticada. Para la doctrina esta modalidad no era merecedora de una pena tan elevada (reclusión menor: de doce años y un día a veinte años), mientras que otras conductas de evidente lesividad material como la introducción de objetos por las vías referenciadas o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales degradantes o vejatorios recibían un trato más benigno (prisión mayor: 6 meses ya seis años frente a la reclusión menor: de 12 años y un día a 20 años que se reservaban para el delito de violación). Tales inversiones valorativas recibieron duras críticas, la principal giraba en torno a la idea de que una vez más se recurría en el ámbito penal a elementos normativo simbólicos.

Lo hasta aquí expuesto es más o menos, y con olvidos lamentables, cuál ha sido tradicionalmente la relación Derecho Penal y mujer hasta tiempos muy recientes.

3. LA MUJER Y EL CÓDIGO PENAL DE 1996

A continuación voy a enunciar rápidamente cuáles son las innovaciones, a mi juicio, más importantes en relación a la mujer que inaugura el nuevo Código Penal y que se sitúan fundamentalmente en los mismos campos que hasta el momento hemos estado comentando (especialmente en el de la maternidad y en los delitos contra la libertad sexual).

3.1. *La reformulación y/o promulgación de las leyes penales expresadas de forma neutral respecto al género*

Lo primero que cabe advertir del Código Penal de 1996 es que las críticas de aquellas normas que discriminan a la mujer en el Derecho Penal han producido la reformulación y/o la promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto al género. Sin embargo, se ha constatado que estas leyes, aun cuando formuladas de forma neutral, se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como referencia a los hombres (blancos de clase media). A juicio de Larrauri, la aplicación de las leyes desde una perspectiva masculina no depen-

de exclusivamente del carácter machista o no de los aplicadores del derecho, sobre todo habida cuenta de que hoy un gran número de esos aplicadores son del sexo femenino, sino que refleja un problema de más largo alcance: la aplicación objetiva del Derecho Penal tiende a reproducir la versión social dominante. Cuando se dice que el derecho, y en el caso que nos ocupa el Derecho Penal, se aplica de forma objetiva responde a un razonamiento elaborado por el mundo masculino. Como todas las formas objetivas, «la aplicación objetiva del Derecho Penal» es representante de una cierta subjetividad.

La reflexión de Larrauri puede ilustrarse en una constelación de casos que ha sucedido y ha obtenido publicidad en los últimos años tanto en Estados Unidos como en Alemania acerca del trato judicial que reciben las mujeres maltratadas, víctimas de violencia doméstica, que matan a sus maridos. Si bien en España no se ha originado una intensa discusión, algunas autoras como la anteriormente citada, se han dedicado a demostrar que en el ámbito del derecho la aplicación de razonamientos objetivos responde a una determinada subjetividad masculina (así Larrauri en orden a la apreciación de la causa de justificación de legítima defensa o la alevosía como respuesta a la violencia doméstica).

3.2. *Delitos sexuales*

Los delitos sexuales son quizás los que han experimentado un cambio sustancial con la entrada en vigor del nuevo Código.² El texto penal de 1996 profundiza en los aspectos positivos que ya incorporara la reforma de 1989 y

– Opta por abandonar las tradicionales categorías conceptuales del anterior Código relativas a la violación, agresiones sexuales, estupro, etc. y adopta un criterio sistemático de división típico que está atento a la cualidad de los medios por los que se anula la voluntad de la víctima.

Todos los ataques a la libertad sexual (a excepción del acoso) son reconducibles bien a la categoría de agresión sexual o de abuso sexual. La calificación de abuso sexual o agresión sexual dependerá de que el medio empleado para obtener el ataque a la libertad sexual reclame o no violencia o intimidación. Si además el ataque a la libertad sexual consiste en un acceso carnal, introducción de objetos o penetración bucal o anal, conllevará un incremento notable de la pena que en determinados casos puede llegar a veinte años.

- Eleva la pena de la introducción de objetos equiparándola a la prevista al coito anal y vaginal y bucal.
- Con respecto a esta última modalidad sigue conservando su asimilación típica tan criticada por la doctrina pero cabe preguntarse si la reducción de pena

² Aparecen recogidos ahora en los arts. 178-194 del Título VIII, del C. P. Se distribuyen de la siguiente forma: Capítulo I: (arts. 178-180) de las agresiones sexuales; Capítulo II: (arts. 181-183) de los abusos sexuales; Capítulo III (art. 184) Del acoso sexual. Capítulo IV: (art.185-186) De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual; Capítulo V: (arts. 187-190) De los delitos relativos a la prostitución; Capítulo VI (arts. 191-194). Disposiciones comunes a los delitos anteriores.

queda en manos de los aplicadores del derecho porque si hay algo que llama la atención en el nuevo Código Penal y, especialmente, en materia sexual, es el gran arbitrio judicial en materia de individualización de la pena.

– Otra reforma es que a diferencia del Código Penal anterior que se refería a los conceptos de fuerza e intimidación para definir tanto las conductas de violación como las agresiones sexuales, el nuevo Código sustituye la expresión fuerza por la de «violencia» con la probable intención de zanjar la polémica en torno a la naturaleza personal o no de la fuerza. (A partir de ahora sólo la vis física integrará el concepto de violencia sin perjuicio de que determinadas hipótesis de violencia sobre terceras personas o incluso sobre las cosas puedan integrar en sus caso la modalidad de intimidación).

La sustitución de la expresión «violencia» por la de «fuerza» tiende a relativizar el problema de irresistibilidad así como el grado de resistencia exigible a la víctima. Pues esta última no se conecta ya a una exigencia del propio núcleo conceptual del término –se fuerza cuando es preciso vencer una resistencia– sino cabalmente a la ausencia o disminución de libertad del sujeto pasivo. A partir de la nueva redacción será necesario buscar la relación causal entre la violencia ejercida sobre la víctima y la violación.

– Otra innovación es la introducción del delito de acoso sexual en el art. 184.

El delito de acoso sexual constituye una novedad no prevista en el Proyecto de CP de 1994. Y aunque se trata de un tipo penal que no ofrece especialidades en cuanto a la esfera de sujetos activos o pasivos por lo que al sexo se refiere, cabe decir que normalmente la que está implicada en semejante clase de conductas es la mujer y ellas han sido las que han reclamado la existencia de este tipo legal. Su introducción se produce en el seno del debate parlamentario.

En lo que concierne a la estructura del precepto, se compone de los siguientes elementos: la solicitud de favores de naturaleza sexual, el prevalimiento de una situación de superioridad docente o laboral o análogo y el anuncio expreso de proferir un mal a la víctima relacionado con sus legítimas expectativas que pudiere albergar en dicho contexto de relación.

La doctrina ha recibido este delito con las mismas reticencias que en su día reservó al impago de pensiones castigado, recogido en el actual art. 227, del que se dijo que con su introducción en el Código Penal se inauguraba una nueva prisión por deudas, así como de utilizar el Código como un instrumento simbólico, que no venía a suplir ninguna laguna punitiva que no pudiera desempeñar el delito de desobediencia judicial. Parecidos argumentos se esgrimen con relación al delito de acoso sexual: que su presencia en el Código responde a razones coyunturales y a inconfesables motivaciones de rentabilidad política inmediata, que su ubicación distorsiona los delitos contra la libertad sexual del que constituye una modalidad de tentativa de abuso con prevalimiento, y que no viene a colmar ninguna laguna punitiva por cuanto que la conducta descrita en el art. 184 ya encontraba respuesta punitiva, por cierto más severa

en el delito de amenazas condicionales del art. 171.1 del C.P. Asista o no razón a la doctrina, lo cierto es que hoy día el delito de impago de pensiones es frecuentemente aplicado, contrariamente a lo que lo fue la desobediencia judicial para el caso que nos ocupa.

– Otra innovación del Código Penal es la relativa a la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual donde, a mi juicio, se ha producido una importante innovación. El art. 191.1 somete la perseguibilidad de los delitos de agresión, acoso o abuso sexual a la previa denuncia de la persona agraviada o de su representante legal o querrela del Ministerio Fiscal que ponderará «los intereses en presencia». Asimismo, cuando se trate de víctimas menores de edad, incapaces o desvalidas es suficiente con la denuncia del Ministerio fiscal.

Siempre ha sido polémica la conveniencia de condicionar o no la perseguibilidad de los delitos contra la libertad sexual. A favor del carácter privado del delito se ha invocado el carácter personalísimo del bien jurídico protegido, pues la víctima bien puede preferir no perseguir el delito para evitar que la propia causa penal se convierta en un segundo proceso de victimización psicológica. A favor de la opción contraria se invoca el peligro potencial que la falta de castigo en las conductas de violación (sobre todo si el autor del delito es reincidente o habitual en este tipo de delitos o si es posible pronosticar su reincidencia futura), comporta para el resto de las eventuales víctimas, principalmente mujeres. Las últimas reformas legislativas han ido orientadas a recortar cada vez más el carácter privado de este delito, proceso evolutivo que culminó con la admisión en la práctica de la mera denuncia *in voce* (no escrita) por parte del agraviado o bien con la verificación de que éste no se oponía a la persecución del delito por parte del Ministerio Fiscal. El art. 191.1 da un paso más y opta por una fórmula de compromiso en esta dirección, al contemplar una novedosa cláusula por la que se faculta al Ministerio Fiscal para interponer querrela «ponderando los intereses en presencia». Se trata de una expresión que materializa procesalmente el principio de oportunidad, en cuyo seno cabe exigir consulta al agraviado para constatar si se opone o no a la persecución del delito sexual.

Debe subrayarse que conceptualmente «los intereses legítimos en presencia» no se reducen sólo a los intereses de la víctima, sino que con la citada expresión se da también cabida al interés público en la persecución del delito, por ejemplo, para proteger, como he adelantado anteriormente, a las futuras y eventuales víctimas en el supuesto de que el autor del delito fuese reincidente o habitual.

Reconociendo que esta reforma ha agradado a muchos sectores de la sociedad, todavía queda en el aire el debate de si la circunstancia de que los delitos de violación sean un delito perseguible de oficio es necesariamente una victoria para las mujeres.

Reiteradamente, se ha puesto de manifiesto que la actitud de la policía, del tribunal que examina la moralidad de la víctima (para ver si es o no una vícti-

ma apropiada), si se resistió o no (para ver si es una víctima inocente o no), reticencias a dar importancia al sólo testimonio de la mujer (dudas sobre la credibilidad de su testimonio), son experiencias humillantes para la mujer; si esto es cierto, ¿por qué no debe tener peso a la hora de decidir si incoa o no un procedimiento penal? Esta matización es importante también en el caso de los supuestos de violación de mujer privada de sentido.

– El párrafo 2 del art. 191 sigue excluyendo la eficacia del perdón del ofendido o de su representante.

A mi juicio, tampoco está suficientemente discutida la eliminación del perdón de la víctima bajo el argumento de eliminar presiones de los familiares o del violador y la venta de perdones.

Evidentemente, todos los que compartan la idea de que el Estado (al que simultáneamente se acusa de patriarcal) es el mejor defensor de las mujeres, pueden compartir la idea de que la eliminación del perdón es una victoria para las mujeres. Para un futuro debate me gustaría sugerir que con la derogación del perdón se ha dejado a la mujer como una mera espectadora de su propio caso, permitiéndole intervenir en lo peor (la vista oral), y desempeñando un papel negativo en orden a la pena a imponer (sobre todo cuando la violación se da entre conocidos, que son el 50% de las ocasiones).

Para castigar las presiones ya existen otras figuras en el Código, pero aun así la eliminación del perdón no va a eliminar presiones sobre la víctima para que varíe o altere su testimonio.

Aparte de las razones expuestas anteriormente, el perdón también se ha eliminado para que no se incurra en la venta de perdones, pero cabe preguntarse si es peyorativo necesariamente que la mujer prefiera una compensación económica a ver en la cárcel a una persona, bien porque es un conocido o porque sencillamente está contra la institución carcelaria.

A mi juicio, reclamando más Derecho Penal o condenas más severas para los delitos sexuales se está incurriendo en una especie de «moralidad selectiva», por una parte se defiende y critica la institución carcelaria, se aboga por alternativas a la cárcel y por otra en relación a la libertad sexual, se piden penas más severas, abolición de permisos, castración, e incluso pena de muerte.³

– Por último, el art. 193 sigue consignando la previsión en las sentencias condenatorias por delitos contra la libertad sexual; además del pronunciamien-

3 Otra cuestión, es el tema de que en estos últimos tiempos el delito de violación se está convirtiendo en un *boomerang* contra las propias mujeres. Debido al protagonismo que el delito está adquiriendo en los medios sociales y a las manipulaciones que sobre su frecuencia y su modo de ejecución se están haciendo desde distintos medios publicitarios. El delito de violación ha devenido un auténtico «toque de queda para las mujeres», contribuyendo nuevamente a eliminar y con distintas estrategias a las mujeres de los espacios públicos al incrementar su miedo a las agresiones sexuales: caso ejemplar de esta situación son las propuestas que desde el ámbito de la Victimología (rama de la Criminología que nació debido al impulso y exigencias de las feministas, para evitar la criminalización secundaria en los procesos), se están dando también pautas de comportamiento (horarios, modos de vestir, lugares frecuentados, etc.) para evitar la criminalización primaria e impedir ser un grupo de riesgo.

to correspondiente a la responsabilidad civil, se harán en su caso las que procedan en orden a la filiación y a la fijación de alimentos.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, debe tenerse en cuenta el sistema de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos sexuales que prevé la Ley 35/1995 de 11 de diciembre en que se concreta un sistema de ayudas públicas con cargo a las Presupuestos Generales del Estado.

3.3. *En el campo de la maternidad*

Tres son en mi opinión las novedades que juzgo más detectables, dado que el Código Penal eleva las cotas de protección de todas las fases de la vida prenatal: principalmente, a través de la criminalización de las lesiones al feto (art. 157-158), la creación de nuevos delitos relativos a la manipulación genética (159 y ss.), donde se recoge la inseminación artificial no consentida, y la relevancia penal del aborto imprudente (art.146). Todo ello supone una mayor presencia del Derecho Penal en la tutela de todas las fases de desarrollo de la vida prenatal.

BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V.: *Mujer y Derecho Penal* (Virgilio Latorre coordinador). Valencia, 1995.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Dolores: «Condición femenina y represión». *Estudios de Derecho Penal y Criminológicos*. Tomo XVI, Santiago de Compostela, 1993.
- GARCÍA PABLOS, A.: *Manual de Criminología*. Madrid, 1988.
- GONZÁLEZ GUITIÁN, L.: «El incumplimiento de resoluciones judiciales en procedimientos de filiación», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Tomo XVII, Santiago de Compostela, pp. 95-126.
- HEINDENSOHN: *Women and Crime*. Londres, 1985.
- LARRAURI, E.: «Violencia doméstica y legítima defensa» en *Jueces para la democracia*, núm. 23. Madrid, 1994.
- LARRAURI, E.: *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*. Madrid, 1994.
- MARINAS, R. M.: «Estereotipos y errores en el análisis de la delincuencia femenina», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 58, 1996, p. 155 y ss.
- ORTS BERENGUER, E.: *Comentarios al Código Penal de 1995* (coordinador T. S. Vives Antón), Tomo II. Valencia, 1995.
- VIVES ANTÓN T. S.: *La libertad como pretexto*. Valencia, 1995.