

GENERO Y DERECHO PENAL

Dra. Elena Larrauri*

En esta ocasión quisiera abordar el tema de si es posible analizar el derecho penal desde una perspectiva de género. Esto es, ¿aporta algo el analizar las normas penales con una mirada especial a como se trata a la mujer? ¿Se iluminan aspectos que de otro modo pasan desapercibidos?

La cuestión no es, o no es ya en el año 2001 en España, la existencia de normas que discriminen a la mujer en el ámbito penal. Pienso que cuando menos en este ámbito se produce un tratamiento igualitario de la mujer. Sin embargo, más allá de cómo estén redactadas las normas, existe un segundo ámbito que intenta averiguar como estas son dotadas de contenido.

La expresión 'dotadas de contenido' pretende trascender el análisis de la aplicación del derecho penal. Es decir no se trata de afirmar que las normas penales son igualitarias pero los jueces las aplican de forma desigual, sin que me interesa resaltar la idea de que las normas son iguales pero están dotadas de un contenido desigual (McKinnon,1987), porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, insisto, no se trata de que el juez realice una aplicación 'machista' de la norma, sino de que cuando el juez aplica la norma tal como está esta siendo interpretada esta norma no puede dejar de reproducir los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni esta ha sido tomada en consideración cuando se elaboraban los requisitos ni el contexto en el cual la mujer requiere de la norma ha sido tomado en consideración. Espero que posteriormente con unos ejemplos sea más visible lo que intento explicar.

Una segunda idea que intentaré exponer es si el código penal parte de una determinada imagen de mujer (Sick,1991). Creo que ello es relevante porque si bien ha sido afirmación tradicional que el derecho penal refleja la idea de las mujeres que tiene la sociedad, hoy en día sabemos también que además de reflejar construye una determinada imagen, esto es refuerza una determinada visión de cómo son las

* Conferencia dictada en el marco del Seminario "Violencia contra las Mujeres, Derecho Penal y Políticas Públicas", realizado los días 26 y 27 de setiembre del 2002, organizado por el Colegio de Abogados de Costa Rica.

mujeres. Desde este punto de vista el código penal puede reforzar los estereotipos respecto de que son las mujeres y en este sentido contribuir a dificultar su superación. Además debe recordarse que una persona actúa en función de los significados. Por consiguiente transmitir una determinada imagen de mujer es regular, canalizar, de forma indirecta, el comportamiento que se observará hacia ellas. Porque refuerzan estereotipos y ello orienta los comportamientos es por lo que creo que vale la pena detenerse en analizar si en efecto el derecho penal transmite una determinada imagen de mujer.

Una tercera orientación que guía mi conferencia es resolver a la cuestión de si las normas tienen sexo. En un principio podría parecer que el sexo es totalmente indiferente para el derecho penal (García Amado,1992), que este no es tomado en consideración ni para agravar ni para atenuar las penas, y que absolutamente todas las normas están destinadas y elaboradas aplicando una perspectiva neutral. Sin embargo, creo que también los ejemplos permitirán ver cuan relevante es aun hoy la variable del sexo para entender determinadas normas del derecho penal.

1.- La imagen de la mujer.

Que el derecho penal partía de una determinada imagen de la mujer parece claro si uno piensa en la regulación de diversos delitos. Así por ejemplo la violación no estaba castigada en España si el sujeto activo era una mujer, hasta la reforma del código penal del año 1989 no se admite que el sujeto activo puede ser una mujer. Ello es debido a la concepción de la sexualidad de la mujer como una cosa pasiva y refuerza el estereotipo de que 'la mujer no viola'.

Es curioso observar la fuerza de este estereotipo pues a pesar de que el legislador reformó el artículo en el sentido de admitir un sujeto neutral, no obstante por medio de interpretaciones diversas del comportamiento castigado en el tipo penal numerosos autores siguen manteniendo la imposibilidad de que la mujer sea sujeto activo de determinadas modalidades¹.

Un segundo ejemplo puede ser la regulación del aborto honoris causa y del infanticidio honoris causa que estuvo vigente en España hasta la promulgación del nuevo código penal de 1995. La imagen de una mujer a la que se le permitía matar al feto y al recién nacido para salvar su honor indicaba la importancia que se creía tenía el honor para la mujer. Este honor era tan relevante que el legislador se permitía rebajar la pena en el caso de que estos delitos se realizaran para

¹ Véase por todos Muñoz Conde(1999:205-207).

salvarlo. Por el contrario, no había mención a la penuria económica, ni al abandono del padre como motivos que el legislador también podía considerar para rebajar la pena. La mujer debía ser honorable y el código penal lo reforzaba permitiéndole una rebaja de pena, pero sólo por este motivo.

Finalmente vale la pena recordar que en Alemania, además de numerosas regulaciones distintas para el hombre y para la mujer vigentes hasta la reforma de 1997, existía por ejemplo la posibilidad de castigar los comportamientos homosexuales masculinos entre menores de 18 años. La razón que se aludía para castigar solo la homosexualidad masculina era que en la mujer los comportamientos homosexuales no eran tan peligrosos ni numerosos puesto que la sexualidad de la mujer estaba dirigida a la procreación.

Como afirma Sick (1991), la autora alemana en la que me inspiró, una sexualidad pasiva, procreadora, honorable. Así son las mujeres para el código penal.

2.- El lenguaje del código penal.

En el derecho penal todas las normas se expresan por medio de la fórmula 'el que'. La necesidad de que el lenguaje admita a las mujeres, aun cuando sea por medio de la trabajosa fórmula el/a, puede parecer poco relevante pero debe recordarse que es un medio de mantener invisibles a las mujeres.

En la misma línea, el cómo se denominan determinados problemas puede ser indicativo de su valoración. Por ejemplo determinadas autoras advierten sobre lo impropio de denominar a los malos tratos que sufren las mujeres en el ámbito doméstico 'violencia doméstica' puesto que esta designación neutral esconde quien pega a quien. Por otro lado permite poner en el mismo nivel todo tipo de violencia, sobre hijos, sobre ancianos, sobre hombres, olvidando que el problema social del cual se está discutiendo es que los hombres pegan a sus mujeres.

3.- El concepto de daño social.

Evidentemente no todos los problemas sociales deben ser criminalizados, esto es, ser tratados por medio del derecho penal. Pero también es cierto en mi opinión que en la actualidad el código penal juega el papel simbólico de señalar cuáles son las conductas más

intolerables para la convivencia². Precisamente por ello es lógico que la presión de las mujeres redunde en una incorporación de nuevos comportamientos lesivos al derecho penal pues ello refleja precisamente su incorporación al mundo público y su presión para conseguir transformar las definiciones incorporadas al código penal.

En efecto, 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 regulado por el derecho penal en tanto que el daño privado pertenece al ámbito de lo privado donde se afirmaba que el derecho penal era un instrumento demasiado severo, demasiado brusco, irreparable, como para intervenir. A pesar de que, en efecto, el derecho penal es un instrumento severo esta afirmación olvida que el matrimonio no es un remanso de paz, no es la esfera íntima, descanso del 'guerrero', sino una micro institución en que se producen numerosas fuentes de conflicto y negociación (los recursos, los hijos, el trabajo, el ocio) y en la que en ocasiones impera la ley del mas fuerte. Por ello a pesar de que no puede saludarse nunca alegremente la intervención del derecho penal, pues ello implica su ampliación, debe reconocerse que esta intervención pretende compensar a la parte que en esta ocasión no tiene poder que es la mujer.

La dificultad que ha tenido las mujeres por conseguir que lo que era por ellas definido un daño encontrara una homologación de su importancia por el resto de la sociedad es lo que explica que no haya sido hasta hace unos años que hayan entrado en el código penal los comportamientos de impago de pensiones y acoso sexual³. Y si bien, ciertamente los casos de malos tratos podían ser castigados, no por ello deja de ser cierto que su castigo era normativamente más difícil puesto que solo estaba previsto como una falta. Por consiguiente la afirmación de que ello es un grave problema es reciente.

Lo mismo sucede con nuevos daños que afectan a las mujeres y que aun deberán encontrar el reconocimiento expreso de tratarse de un grave daño social, me refiero por ejemplo a los supuestos de matrimonios forzados. Todo ello es indicativo de que en general los daños que han sufrido las mujeres han permanecido durante más tiempo invisibles para el código penal, el cual por el contrario sí ha criminalizado los daños, y no siempre de mayor relevancia, que sucedían en la vía pública.

² Ello puede comportar una contradicción pues se quiere recurrir al derecho penal y mantener al mismo tiempo el carácter de ultima ratio de este. Creo que una posible solución a este dilema es utilizar la prisión como pena ultima ratio. Esta idea más extensamente puede encontrarse en Cid-Larrauri (1997).

³ Véase más amplio en Larrauri-Sanchez (2000).

Estos nuevos daños deberán ser primero conocidos, posteriormente cuando se adquiera conciencia de su gravedad se pretenderá su inclusión en tipos penales que no están pensados para hacer frente a los mismos y finalmente requerirán de una criminalización autónoma, como muestra de esta nueva conciencia social.

Este proceso puede verse ya en algunos ámbitos que afectan especialmente a mujeres inmigrantes como la ablación de clítoris. Curiosamente sin embargo, no puedo dejar de destacar como se empieza a reconocer que ello es un daño social, se pide en ocasiones su criminalización expresa pero sin embargo los legisladores permanecen pasivos respecto su inclusión como una de las causas que da derecho de asilo.

4.- La protección de la mujer.

Las penas están destinadas a ser aplicadas a personas y ninguna mención se realiza al género. Pero de nuevo solo una mirada sensitiva con el género ha permitido incorporar penas específicas que la mujer requiere y someter a crítica a otras.

Entre las primeras incorporaciones merece destacarse la contenida en el artículo 57 del código penal español que permite a los jueces en determinados delitos imponer como pena accesoria la prohibición de comunicarse, residir o aproximarse a la víctima. Esta reforma realizada por LO 14/1999 de 9 de junio ha venido a tomar en consideración las exigencias de las mujeres víctimas de maltrato que exigían que la pena contemplase la protección de la víctima⁴.

La introducción de las denominadas ‘órdenes de alejamiento’ conceden en efecto una protección a la mujer sin necesidad de que esta se vea obligada a aparecer ante sus hijos como la persona que ha enviado al padre a prisión. De todos modos, en España este objetivo sólo se cumple parcialmente puesto que el legislador continua con su habito de introducir penas alternativas como penas adicionales a la prisión, en vez de cómo sustitutos de esta⁵.

La consideración de las específicas necesidades de la mujer explica probablemente también la introducción en la LECr (art.109) de una especial obligación de notificar a la víctima de aquellos actos procesales que pudieran afectarla.

⁴ También se ha incorporado en la LECr como medida cautelar. Véase art.544 bis.

⁵ Véase más amplio en Cid-Larrauri (1997).

Por otra parte, el análisis de las penas bajo una perspectiva de género es lo que quizás ha permitido al legislador introducir la exigencia de que el juez deberá tomar en consideración la repercusión que la multa pueda tener sobre la situación de la propia víctima (art.617.2 del código penal español).

En cualquier caso, si mi apreciación es correcta, lo que manifiesta esta reforma es la posibilidad de incorporar penas que permitan superar el recurso uniforme a la prisión y se diseñen pensando en a quien se quiere proteger.

5.- Los parámetros por los que se interpretan las normas en el derecho penal.

He afirmado al inicio de la exposición que numerosas normas penales están dotadas de contenido desde una perspectiva masculina. Existen repetidos ejemplos de ello pero en aras de no alargarnos excesivamente permítanme resumir sucintamente lo expuesto por la literatura feminista alemana y anglosajona:

La literatura que ha estudiado el tema de las mujeres maltratadas que matan a sus maridos ha puesto de relieve como estas mujeres no consiguen apenas beneficiarse de la eximente de legítima defensa. Ello es debido, entre otros motivos, al hecho de que para apreciar la legítima defensa se exige el requisito de la 'actualidad' de la agresión.

Esta exigencia, que no está contenida en el código penal (véase al respecto art. 20,4) es no obstante un requisito exigido siempre por la jurisprudencia. Hasta tal punto que cabe calificarlo de esencial para poder apreciar la eximente ya sea en su forma completa, eximiendo totalmente de pena, o incompleta, atenuando la pena del delito cometido.

Si este requisito se interpreta como que el ataque debe estarse produciendo este requisito es de difícil cumplimiento por parte de las mujeres puesto que en el supuesto de estarse el ataque produciendo lo habitual es que la mujer no pueda matar al contrincante y deba esperar que el ataque cese de algún modo. Si el requisito se interpreta como el que ataque sea inminente lo que sucede entonces es que el tribunal necesita considera el conocimiento específico de la mujer para poder apreciar que en efecto de acuerdo a sus experiencias previas la mujer podía pensar que el ataque era inminente.

Pero si la primera posibilidad choca con la exigencia de la actualidad en el ataque, la segunda, esto es, la incorporación de los conocimientos específicos, choca con la declarada jurisprudencia que entiende generalmente que en las causas de justificación no pueden interpretarse de acuerdo aun juicio individualizado debiendo respetarse el standard del 'hombre medio'⁶.

Por una u otra vía parece claro que la exigencia de la actualidad del ataque impide considera la constelación de casos de las mujeres maltratadas que matan a sus maridos en esta eximente. Adicionalmente se es reacio a considerar estos supuestos 'justificados' debido a que se insiste en que la mujer dispone de otros medios. No obstante la afirmación de que la mujer dispone de otros medios se realiza muchas veces desde una perspectiva teórica, no situada en la posición en que se encuentra la mujer. La afirmación de que la mujer dispone de otros medios debe ser realizada en concreto y valorando siempre si estos otros medios eran adecuados y exigibles.

El requerimiento de unos requisitos pensados para otros contextos, agresión de hombre contra hombre, más la exigencia de unos requisitos o la interpretación de estos de forma diferenciada que en otras constelaciones, conducen a que la eximente de legitima defensa sea apenas discutida en estas constelaciones.

Ello comporta finalmente reducir el ámbito de defensa de la mujer la cual se ve reducida a la eximente de miedo insuperable la cual tampoco es de fácil aplicación⁷ al serle también impuesta una serie de requisitos que impiden que la mujer pueda cumplirlos.

En efecto se exige un impacto psíquico que en caso de producirse en tamaña intensidad como la jurisprudencia requiere haría imposible la acción y precisamente si la mujer actúa, ello es tomado como muestra de que el miedo no era paralizante. Además el requerimiento de que la mujer haya recurrido a otras vías, las cuales como ya he manifestado se presumen en general existentes, accesibles y adecuadas imposibilita en la práctica la aplicación también de esta eximente.

Queda por ultimo la posibilidad de recurrir al trastorno mental transitorio pero ello es precisamente lo que las mujeres feministas critican que se solucione mediante el expediente individual lo que amaga un problema social, esto es, que ayudas da la sociedad a la

⁶ Es cierto que se admite una cierta individualización pero esta no puede ser excesiva. Véase más amplio en Muñoz Conde (1990-1991) y Hassemer-Larrauri (1997).

⁷ Véase más amplio en Varona (1995)

mujer maltratada que eviten que precisamente esta deba llegar a la muerte de su agresor.

En cualquier caso interesa reafirmar que las instituciones de la legítima defensa, el estado de necesidad o el miedo insuperable, no están siendo ‘mal aplicadas’ sino que precisamente el problema estriba, en mi opinión, en el hecho de haber configurado una institución sin considerar estos concretos contextos de malos tratos. La posibilidad de incluirlos tropieza hoy con la resistencia de una institución que está pensada y definida para abarcar otras situaciones pero que no obstante puede dar cabida en su seno también, a mi juicio, a estas problemáticas.

El segundo ejemplo que ha destacado la literatura, especialmente la alemana, feminista es el supuesto de la alevosía (véase art.138 y art.139). Esto es, la calificación como asesinato de la muerte del tirano doméstico precisamente porque por los medios que debe utilizar la mujer estos se verán normalmente calificados de alevosos. Desde este punto de vista la muerte que realiza el marido de su mujer puede ser calificada como homicidio pero es prácticamente imposible que la muerte que la mujer sobre el marido sea calificada como homicidio pues esta deberá, casi por definición, aprovecharse de alguna situación en la cual este esté indefenso y su capacidad de defensa esté disminuida (véase art.22.1). En la misma situación el hombre puede matar de un modo o de otro y por tanto la calificación jurídica puede ser diversa, sin embargo la mujer se ve prácticamente siempre en la situación de matar de un modo alevoso. La aplicación de la alevosía sin considerar si la mujer tenía otra opción de matar es lo que en mi opinión puede ser discriminatorio.

Un tercer ejemplo de interpretación masculina lo constituye en opinión de Mackinnon (1987) el ámbito de los delitos sexuales. En opinión de esta autora interpretar que el acceso carnal es sinónimo de penetración es lo que ha permitido históricamente que no se considerase acceso la agresión por ejemplo con un objeto. Curiosamente como afirma Mackinnon evidentemente para la mujer la agresión era idéntica y la vejación también, esto no obstante si se interpretaba acceso como la exigencia de una penetración con pene, esto no podía ser catalogado como violación. Ello muestra que la violación se definía desde el punto de vista del agresor, no desde el punto de vista de la víctima. Prueba de ello es la especificación que realiza el artículo 179 del código penal español respecto de que la violación puede consistir en la introducción de objetos, a pesar de que desde el punto de vista de la víctima esta especificación era del todo innecesaria.

Existen otros ejemplos de cómo las normas son dotadas de contenido desde una interpretación masculina, así por ejemplo en el ámbito de normas genéricas como las circunstancias atenuantes y agravantes, la interpretación del dolo, y también en el ámbito de delitos específicos como el delito de lesiones o el delito de acoso sexual. De todos modos creo que estos ejemplos bastan para indicar lo que intentaba exponer al inicio. No se trata de un supuesto de mala interpretación sino de una interpretación correcta, pero de una interpretación 'correcta' de unas normas que fueron dotadas de contenido en un momento en el que el cincuenta por ciento de la población no contaba y por tanto tampoco contaban sus circunstancias. Es por ello necesario que estas normas se amplíen para considerar los novedosos contextos que la incorporación de este cincuenta por ciento ha permitido vislumbrar.

6.- El contenido de las penas.

Ya he advertido anteriormente como en efecto también las penas pueden ser analizadas desde una perspectiva de género. Así podremos afirmar que existen penas que otorgan una mayor protección a la mujer como la que he destacado del artículo 57. Existen otras penas que entendemos pueden perjudicar a la mujer o son más difícilmente aplicables a ella y por tanto deberían ser redefinidas como la pena de multa. Debe observarse que la pena de multa ya ha sido rediseñada tomando en consideración la variable clase social, por ello hoy conocemos la institución de días multas, pues bien, un análisis de la aplicación de esta pena a las mujeres podría indicar las dificultades en las que se ven para cumplirla e intentar una readaptación para facilitar su cumplimiento también por el colectivo de mujeres. Esto es, la aplicación de las penas alternativas a las mujeres debe tomar en consideración sus específicas condiciones y situaciones⁸.

Lo mismo sucede cuando se analiza la pena de prisión. Empezando con el arresto de fin de semana se observa rápidamente que los razonamientos por los cuales esta pena fueron introducidos solo son aplicables a hombres productivos, se trata de que no interrumpa su jornada laboral. Si por el contrario se piensa en una mujer que esta al cuidado de la familia, el criterio de que interrumpe o no interrumpe se ve desdibujado. Se debe considerar que es lo que no debe interrumpir la mujer para adecuar una pena a sus circunstancias, normalmente familiares, específicas.

La especial situación de las mujeres ya es tomada en consideración en ocasiones por el legislador. Así sucede en el artículo 82.2. del reglamento penitenciario y en el art.179 del mismo reglamento

⁸ Véase más amplio en Allen (1989).

penitenciario. En el primer caso se permite invertir el cumplimiento del tercer grado y posibilita que la mujer esté en el domicilio en horas nocturnas y en la prisión durante el día. En el segundo caso se permite la consideración del trabajo domestico como trabajo (curioso, por cierto que se tenga que especificar que el trabajo domestico es trabajo!) y con ello se facilita el acceso de la mujer al tercer grado penitenciario.

En estos dos casos, aun cuando creo que deben valorarse positivamente, sigue siendo de lamentar que el legislador actúe solo en función de estereotipos y no permita que estas excepciones operen en los supuestos en que el hombre esté al cuidado de los hijos.

No obstante a pesar de las dos excepciones del reglamento penitenciario reseñadas creo que es cierto lo desvelado por los originarios análisis que señalan que todo el sistema de penas está diseñado tomando en consideración a los hombres y las mujeres aparecen siempre como un apéndice. Por ejemplo la institución de la prisión, justificada fundamentalmente para contener a los hombres peligrosos, aparece escasamente necesaria para las mujeres. Es posible que esta institución hubiera podido ya ser sustituida por ejemplo por la existencia de pisos tutelados para las mujeres. Sólo el diseño de un sistema a remolque de los hombres permite mantener esta institución vetusta. Esta no encuentra justificación en sus actuales dimensiones tampoco para los hombres, pero desde luego aun menos para las mujeres, en los cuales no existe ni siquiera la 'alarma social', la 'peligrosidad' o alguno de los supuestos que normalmente se cree justifican esta especifica forma de castigo.

Espero haberles convencido de que un análisis del derecho penal, aplicando una perspectiva de género nos permite descubrir aspectos que de otra forma quedan oscurecidos. De este modo conocemos mejor la institución. No es por consiguiente sólo una estrategia feminista, sino un análisis que creo puede interesar a todos aquellos que quieren conocer más a fondo el sistema penal.

BIBLIOGRAFIA

ALLEN;H. "Fines for women: paradoxes and paradigms" en Carlen-Cook (eds) **Paying for Crime**. Philadelphia, Open University Press.

CID,J.-LARRAURI, E. (Coords) (1997) **Penas Alternativas a la prisión**. Barcelona, Bosch.

CID,J.-LARRAURI, E. (Coords) (2002) **Jueces Penales y Penas en España**. Valencia, Tirant lo Blanch.

GARCIA AMADO,J. (1992) "Tiene sexo las normas?" en **Anuario de Filosofía del Derecho**. Tomo IX, Madrid.

HASSEMER,W.-LARRAURI, E. (1997) **Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal**. Madrid, Tecnos.

LARRAURI, E. (Coord) (1994) **Mujeres, Derecho Penal y Criminología**. Madrid, Siglo XXI.

LARRAURI, E. -SANCHEZ,E. (2000) **El nuevo delito de acoso sexual y su sanción administrativa en el ámbito laboral**.

LARRAURI, E. -VARONA,D. (1995) **Violencia doméstica y legítima defensa**. Barcelona, EUB.

MACKINNON,C. (1987) **Feminism Unmodified**. Cambridge, Harvard University Press.

MUÑOZ CONDE,F. (1999) **Derecho penal. Parte Especial**. Valencia, Tirant lo Blanch, Duodécima edición.

SICK, B. (1991) "Zweierlei Recht für zweierlei Geschlecht" en **ZStW** 103, Heft 1.