

ESTUDIOS JURÍDICOS

LA MUJER ANTE EL DERECHO PENAL

*Elena Larrauri**

Sumario: *Introducción.- 1. Normas penales: 1.1. Cuando la mujer es sujeto activo del delito; 1.2 Cuando la mujer es víctima del delito: a) La dificultad de combinar la «lógica del derecho» con la «necesidad de protección de las mujeres»; b) ¿Huída al derecho penal o función simbólica del derecho penal?.- 2. Aplicación de las normas: 2.1 La «dona delinuyente».- 2.2 La mujer víctima.- 3. La ejecución de la pena.- 4. A modo de conclusión.*

Introducción

Quisiera realizar en primer lugar algunas consideraciones sociales: la mujer está victimizada en casa (con el tra-

* Profesora Titular de Derecho Penal en la Universidad de Barcelona (UB).

bajo doméstico), en el trabajo (salarios desiguales, mayor dificultad de contratación, menor promoción), en la calle (el miedo a las agresiones), en su vida sexual (la importancia de la reputación), en la vida social («bella como una mujer, lista como un hombre»), en el lenguaje (se habla de «zorras», pero no parecen existir «zorros»).

La importancia teórica de este aspecto es contemplar si el derecho crea estas diferencias, las reproduce o las combate.

Para ello me propongo estudiar tres ámbitos: 1. Las normas penales; 2. La aplicación de estas normas; y, 3. Su ejecución.

1. NORMAS PENALES

Las preguntas que me propongo contestar son: a. ¿Es «neutral» el derecho penal?, y b. ¿Puede un derecho penal «liberal» (neutral) proteger a las mujeres?

Para ello será conveniente diferenciar el trato de la mujer como sujeto activo (cuando ésta realiza un delito) al de la mujer como víctima del delito.

1.1. Cuando la mujer es sujeto activo del delito

En principio, no pareciera haber diferencia de trato cuando la mujer es autora de un delito. La expresión «El que», con la cual se inicia la mayoría de los tipos penales,

se ha entendido tradicionalmente como una expresión que abarca a ambos géneros.¹

Es más, en una primera lectura pudiera concluirse que cuando el legislador ha tomado en consideración el género de la mujer lo ha hecho para atenuar la pena. Ejemplo de ello serían los delitos «*honoris causa*» (aborto, infanticidio y abandono de familia).²

Sin embargo quisiera introducir algunas reflexiones que pueden matizar esta primera conclusión de un derecho penal neutral (en cuanto al género).

-
- 1 No deja de ser curioso, sin embargo, que para abarcar a ambos géneros se utilice siempre el masculino. Ello no constituye un problema “porque hombre es al mismo tiempo un término genérico y no genérico, con lo cual las mujeres se encuentran presas en una contradicción lingüística de formidables proporciones: descubren que están siendo definidas como hombres y como no-hombres de forma simultánea” (ADAMS-WARE, 1984, 482). Un ejemplo de ello puede verse en la siguiente argumentación: “De la nueva redacción del párrafo 2do. del artículo 429 se deriva claramente que sólo puede ser sujeto activo de este delito el hombre. Tanto por la utilización del pronombre relativo masculino (“el que”) como por la acción típica que tiene que realizar (“acceso carnal”)” (Muñoz Conde, 1989, 31) (el subrayado es mío). De lo cual se desprende que “El que...” es un falso neutro.
 - 2 Tampoco puedo dejar de observar que esta atenuación se produce por razón de la reputación sexual. Y sin embargo, no se contemplan circunstancias como: a) abandono afectivo y económico de la mujer por parte del padre del niño; b) expulsión de la mujer del hogar paterno; y c) haber recurrido previamente a la autoridad competente sin obtener su ayuda (II Congreso de Mujeres Abogadas, 1988). Con lo cual se da una imagen de la mujer preocupada por su reputación sexual, en vez de una sociedad que determina la reputación social de sus mujeres en base a consideraciones sexuales (LEES, 1989).

a) La primera de ellas hace referencia a la institución de la *legítima defensa*. Ha sido puesto de relieve por estudiosas femeninas anglosajonas³ que los requisitos exigidos por esta institución la convierten en una causa difícilmente aplicable a las mujeres que matan a su marido por causa de malos tratos recibidos.

En efecto, un análisis de los requisitos exigidos pareciera reforzar la tesis de que éstos se llenan de contenido desde una perspectiva masculina.

– *Agresión ilegítima*. Demos por descontado que la situación de los malos tratos es efectivamente constitutiva de una agresión ilegítima.⁴

El problema fundamental viene dado por la exigencia del requisito de que el ataque sea «*inminente*». En efecto, ello será difícil, ya que precisamente en situaciones de inminencia lo normal es que la mujer no responda (por desigualdad de fuerzas o por miedo a un mal mayor). Con lo cual es probable que la mujer responda cuando la inminencia del ataque ya ha pasado (y aún no se ha producido el próximo).

3 Un sumario de la discusión puede verse en SCHULHOFER(1990); en portugués, véase PIZARRO (1991).

4 Que ello no era tan obvio lo resalta el hecho de que la reforma de 1989 debe enfatizar el castigo de la violencia “con cualquier fin” (art. 425) intentando excluir *ab initio* la alegación de un derecho de corrección por parte del marido respecto de la mujer (BERDUGO, 1989, 106).

– *Necesidad racional del medio empleado.* Partamos de la constelación en que la mujer mata al marido; cierto es que la legítima defensa no exige proporcionalidad entre el medio de ataque y de defensa, sino que se conforma con el de «racionalidad» del medio empleado.

Sin embargo, ello plantea la problemática de dilucidar si la respuesta de la mujer fue racional respondiendo a preguntas como ¿por qué no se escapó?, ¿por qué no lo denunció?, ¿por qué tuvo que matar?

El problema es si estos criterios de racionalidad son contestados de acuerdo a la perspectiva del «hombre medio» o al de la «mujer media (maltratada)». Pues para ellas son fácilmente contestables: porque no sabía dónde ir, porque no podía dejar a los niños, porque en comisaría no le aceptaron la denuncia o se la aceptaron pero ella tuvo que volver a casa, porque no disponía de un medio de menor intensidad que el matar para responder a las agresiones físicas del marido, etc.

La conclusión pudiera ser que la legítima defensa está pensada para ataques puntuales de extraños y para defensores (hombres) que puedan repeler el ataque de un modo menos lesivo que ocasionando la muerte (Schulhofer, 1990).⁵

5 En este sentido puede ser indicativo el gran número de mujeres presas por delitos de homicidio, parricidio y asesinato, pero no por delitos de lesiones (las cifras pueden obtenerse en CANTERAS, 1990).

Existen, en efecto, otras vías para intentar exculpar estos casos. Así, en Estados Unidos se ha hecho alusión al «síndrome de mujer maltratada» (Walker, 1984, *cit.* por Schulhofer, 1990), un síndrome que vendría caracterizado por un ciclo de violencia-impotencia, miedo constante, extremada percepción para detectar cuándo se iniciará el ataque y sentimiento de pasividad (aprendida).

Sin embargo, concluir que la mujer que no puede conseguir el amparo del artículo 8.4 puede alegar el artículo 8.1 no es, a mi parecer –mas allá de sus ventajas prácticas– una solución idónea. En efecto, el mensaje que se está dando es que su respuesta no fue racional (sino irracional), que había otra respuesta racional (¿cuál?) y que ella sufrió un trastorno mental transitorio.

Si asume la racionalidad de sus actos corre el riesgo de ser considerada culpable, si es declarada inocente corre el riesgo de ser considerada loca.

b) Un segundo ejemplo de (aparente) neutralidad es el delito de homicidio/parricidio. Es probable que la muerte ejecutada por una mujer tenga siempre la cualificación de alevosa (aprovecha que su marido esté dormido), con lo cual la pena a aplicar será normalmente más severa.

c) En los *márgenes del derecho penal* debemos señalar dos ejemplos adicionales:

– *La prostitución*. No es delito, pero, en base al Decreto-Ley de 3 de marzo de 1956, es considerada una

actividad ilícita. En el estudio realizado por Rodríguez Ramos (1988), de la jurisprudencia del Tribunal Supremo se destacan notas como el «comercio de una mujer», la «promiscuidad» (habitualidad) e incluso la «prostitución viciosa» (ejercida sin contraprestación económica).

Sorprende (?) que todas estas conductas estén referidas a comportamientos de la mujer. Nada se dice respecto a la solicitud del hombre ni a la promiscuidad del que solicita habitualmente.

– *La delincuencia juvenil*, donde la palabra clave es sexualización. Así, en Estados Unidos en el ámbito de la *status offences* (delitos referidos a jóvenes, como por ejemplo vagabundeo, fugas de casa, etc.) se observa un distinto trato y exigencias respecto de las chicas jóvenes (ver los estudios americanos en Miralles, 1983).

Los distintos parámetros por los que se mide el comportamiento sexual de las chicas respecto de los chicos, junto a una ideología que ha enfatizado la necesidad de proteger a las chicas, ha comportado que el tipo de faltas por el que se arresta a las chicas jóvenes sean mayormente comportamientos irregulares o inmorales («impropios de una chica»).

También en Catalunya el estudio de los menores que han pasado por el Tribunal Tutelar entre 1979 y 1984, realizado por Elejabarrieta, muestra que «donde apare-

cen las diferencias más notables es en las faltas de gamberismo, conducta inmoral e insumisión a los padres, todas ellas con altos porcentajes en las chicas y muy escasa o nula incidencia en los chicos».

Este dato revela, en opinión del investigador, la distinta exigencia de comportamiento (más sumiso, más obediente, más moral) que rige, de forma diferenciada, para cada género.

1.2. Cuándo la mujer es víctima del delito

Tradicionalmente, sólo la sexualidad de la mujer era protegida mediante los clásicos delitos contra la honestidad (actualmente contra la libertad sexual).

Puede efectivamente considerarse loable el hecho de que el legislador haya visto necesario aumentar la protección de la mujer en otros ámbitos. A este fin responde la introducción de los delitos que hacen referencia a la *violencia doméstica* (art. 425)⁶ y los que se refieren al *impago de pensiones* (art. 487 bis).⁷

Los comentarios críticos con los que la doctrina penal ha acogido la reforma suscitan dos tipos de reflexiones:

-
- 6 Utilizo esta denominación a pesar de estar de acuerdo con lo que manifiestan Gelsthorpe-Morris (1990, 114) de que el título de violencia doméstica esconde quién pega a quien.
 - 7 Más complejas aparecen las reformas referidas a los delitos contra la libertad sexual por cuanto el motivo de las mismas obedece a móviles distintos que el de aumentar la protección de las mujeres.

a) La dificultad de combinar la «lógica del derecho» con la «necesidad de protección de las mujeres»

Es ya antigua la contradicción en la que se debate el feminismo: ¿Deben exigirse los mismos derechos y ser tratadas iguales que los hombres (política de la igualdad) o debe precisamente existir un reconocimiento de la diferencia (política de la diferencia)? (Smart, 1989, 82).

Esta polémica refleja, de modo paralelo, una posible tensión con los principios de un derecho penal liberal que se manifiesta en:

– *Tipos penales neutros*. Las reformas que introduce el legislador en aquellos delitos contra la libertad sexual pretenden hacer tipos neutros. Así, destacadamente en el delito de violación.⁸ Sin embargo, que ello deba verse como un avance desde el punto de vista feminista es discutible. Al respecto, señala Los (1992) que el mensaje que se emite es que «cualquiera» puede hacer el delito de violación, con lo que se oculta que (mayoritariamente) es un delito de un género en contra de otro, propio de una sociedad en la cual existe jerarquía de géneros.

8 Es cierto que la mujer puede ser sujeto activo del delito de violación. Más allá del tono jocoso utilizado cuando se acostumbra a mencionar esta posibilidad. Pensemos en el caso de menores. Pero la cuestión estriba en que la mujer no acostumbra a demostrar su poder mediante la imposición de la sexualidad.

– *Creación de delitos de peligro abstracto.* La anticipación de la punición a la lesión del bien jurídico: El funcionario que solicitare (arts. 383-384) (aún cuando no exista lesión o peligro); la presunción de inseguridad en el impago de pensiones (art. 487 *bis*) para el que basta el mero impago o incluso la impuntualidad en el pago.

Se alude también a la ausencia de un bien jurídico como acontece con la equiparación que realiza el artículo 487 *bis* de las pensiones alimenticias con las pensiones compensatorias. Es difícil que el impago de estas últimas lesionen la seguridad.

– *Principio de igualdad.* Según Reig (1986, 212-215) vulnerado en el artículo 487 *bis* por no castigar de forma similar el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio (como por ejemplo el régimen de visitas) y colocando «(...) como situación común al padre inermemente frente a la mala fe de la madre (...)»

O la vulneración también del principio de igualdad que observa Bustos (1991, 65), consistente en que el artículo 425 sólo castigue al cónyuge y no al extraño.

– *Principio de proporcionalidad.* La exacerbación de la pena (comparable a la del homicidio) en el delito de violación (art. 429).

O incluso el hecho de que en la agravación de la falta del artículo 582.2 el Juez deba imponer necesariamente

el arresto menor en toda su extensión, con lo cual la pena es igual o mayor cuando a un familiar no causa lesión que cuando un extraño causa una lesión.

– *Principio de daño a terceros.* La reciente restricción del delito de exhibición de material pornográfico (art. 432) hubiera sido sin lugar a dudas discutido en ambientes feministas, en los que se considera que tal tipo de actividad contribuye a extender mitos de que las mujeres son sadomasoquistas y que la violencia es una forma de placer.

Similar problemática suscitaría la prostitución, actividad que, de acuerdo a determinadas voces feministas, debiera ser sin duda prohibida para el hombre.

– *Principio de «interés público».* En tanto es conocido que en la década de los años ochenta se ha exigido un mayor protagonismo de la víctima para iniciar el proceso y cesarlo cuando considera su pretensión satisfecha,⁹ aparece claro que en los delitos dictados para proteger a las mujeres el énfasis se sitúa en el extremo contrario, esto es, impedir su carácter de privado o incluso semi-privado. Así se restringe la posibilidad de que sea la (mujer) víctima quien inicie el procedimiento, la eficacia del perdón, e incluso no se menciona como excusa absolutoria en el delito de impago de pensiones (art. 487 *bis*) el pago de

9 Sí, soy consciente de que este principio no proviene del derecho penal liberal.

la misma (de modo similar a lo regulado respecto al delito de cheque en descubierto del art. 563 bis b).

– *Presunción de inocencia*. Que conlleva la exigencia de corroborar la declaración de la víctima en el delito de violación o en el delito de violencia doméstica, la prueba de la ausencia de consentimiento, etc.

Todo ello agudiza el problema: ¿Cómo deben hacerse las cosas? ¿Qué debe prevalecer? Probablemente la respuesta sea «los derechos del acusado». Pero, como señala Caringella-MacDonald (1988, 136), son los hombres (en masculino) los que han dictaminado que lo «objetivo» y lo «valioso», en esta delicada balanza, son los derechos de los hombres (en masculino) por encima de la protección de las víctimas.

Como agudamente observa Los (1992, 34), «el concepto filosófico del contrato social (o la posición inicial elaborada por John Rawls, 1972) está basado en la asunción de que los legisladores racionales (o los filósofos del derecho) harán normas justas en tanto sepan que no estarán exentos de ellas sea cual sea la posición que eventualmente lleguen a ocupar en la vida. Pero los legisladores del pasado sabían que no iban a acabar siendo mujeres y eran incapaces de apreciar lo que significaba ser mujer y qué era o no relevante si efectivamente hubiesen sido mujeres.

b) ¿Huida al derecho penal o función simbólica del derecho penal?

Los autores, con excepciones, acostumbran a criticar la «huida al derecho penal»; las autoras, con excepciones,

acostumbran a reclamar la función simbólica del derecho penal.

He planteado los argumentos en otro lugar (Larrauri, 1991), por lo que sólo recogeré a grandes trazos la discusión.

Por un lado, dicha protección puede aún considerarse insuficiente. No es mi posición, pero quien tenga una confianza desmedida en el derecho penal puede ciertamente alegar que deberían introducirse más delitos: el acoso sexual (Vega Ruiz, 1991), reintroducir el incesto como delito autónomo, suprimir el límite de edad en los delitos de estupro, aplicar el delito de omisión de socorro al padre que abandona a la mujer y al hijo, etc. (II Congreso de Mujeres Abogadas, 1988).

Las partidarias de acudir al derecho penal reclaman la intervención del mismo. No dudan de su ineficacia, pero no entienden por qué deben ser precisamente ellas las que deban prescindir del derecho penal. Arguyen que la ausencia del derecho penal del ámbito privado refuerza la imagen de que allí el Estado no interviene y de que rige la «ley del más fuerte»: el marido. Es obvio que la reforma legal no solucionará los problemas de las mujeres, pero uno de los problemas de las mujeres es precisamente el contenido de determinadas leyes, y por eso hay que modificarlas.

Ya que el derecho penal no cumple su función instrumental de evitar los delitos, lo mínimo que se le puede

exigir al derecho penal es que cumpla la función simbólica: que envíe el mensaje a la sociedad de que dichas conductas son delitos y que no deben ser toleradas.

Lo peor que sucede cuando se recurre al derecho penal es que el mensaje simbólico es equívoco: el problema real parece solucionado con la simple promulgación de una ley, algo no excesivamente costoso; en segundo lugar, cada proceso de notoria publicidad en el cual se afirma la inocencia del acusado (recuérdese los recientes casos en EE.UU.) refuerza la imagen de la mujer mentirosa y del pobre hombre acusado. «En un sentido simbólico, cada proceso de violación no condenado es una victoria de los valores falocéntricos» (Smart, 1989, 34).

El recurso al derecho penal tiene costes adicionales: una extensión de la intromisión del Estado en ámbitos cada vez mayores; una extensión del derecho penal; una aplicación selectiva de las penas que acostumbran recaer sobre los sectores más vulnerables de la población; una alianza extraña con el Estado que al tiempo que protege con reformas legales, mantiene intactas las estructuras que permiten el surgimiento de este delito en primer lugar; una confusión de modelos y objetivos distintos, que oscilan entre la reconstrucción de la familia o el fortalecimiento de la autonomía de la mujer.

2. APLICACIÓN DE LAS NORMAS

¿Se aplican las normas penales de forma «neutra»? De nuevo es conveniente distinguir dos situaciones.

2.1. La «*dona delinvente*»

Hablar en este caso de un tratamiento desfavorable puede parecer en un principio paradójico, ya que si alguna teoría ha gozado de predicamento para explicar la razón de la escasa delincuencia femenina ha sido la «tesis de la caballerosidad».

En lo que Smaus (1990) ha calificado de aplicación grotesca de la perspectiva del etiquetamiento, la tesis de la caballerosidad sostiene que el menor índice de mujeres encarceladas no obedece a que éstas delincan menos, sino a un (presunto) trato benévolo por parte de los jueces.¹⁰

Es difícil dar una respuesta única al interrogante de si la mujer que delinque es mejor tratada por los Tribunales. De nuevo hay varias consideraciones que pueden desmentir o aminorar esta «caballerosidad».

– En primer lugar, de acuerdo con Smaus (1990), no es el «sexo» la variable fundamental del trato más benévolo que recibiría la mujer, sino el «*sex appeal*», algo muy distinto.

– En segundo lugar, la mujer puede recibir un trato más benévolo cuando el delito o su situación personal res-

10 Una refutación convincente puede verse en MIRALLES, T. (1983, 153-156).

ponda a las expectativas de comportamiento femenino. Sin embargo, recibirá un trato más severo cuando el delito no sea específicamente femenino o cuando ella no se adecue a la imagen de mujer convencional (casada, con hijos, dependiente económicamente, respetable...).

Esto es la variable adicional al tipo de delito que se toma en consideración en el momento de determinar la pena, varía en función del género. En los hombres es su situación profesional (*status*), en las mujeres es su situación familiar (Chesney-Lind, 1987, 131).

De acuerdo a esta autora, puede observarse cómo la mujer que carece del control informal representado por la familia es la que recibe todo el peso de la ley;¹¹ ella es doblemente desviada, al haber vulnerado el código penal y el código normativo que regula los comportamientos adecuados a cada género.

Y es que, como ya afirmara Lombroso, «por ser una doble excepción –individual y social–, la mujer criminal es un monstruo».

– También se destaca que en este trato más benévolo pueden influir otras variables legales no relacionadas con

11 Puede ser indicativo que la mayoría de mujeres encarceladas son o bien madres precoces, separadas o cohabitando con algún hombre (CANTERAS, 1990, 202-227), esto es, no responden al *canon* convencional de 'madre de familia'.

el género, destacadamente el tipo de delito realizado por la mujer (no violento, no indicador de peligrosidad) o la inexistencia de un delito previo. A ello se une que la mujer, a pesar de haber tenido un papel secundario en el delito realizado con su pareja, acostumbra a asumir todo el protagonismo para evitar una mayor condena del hombre si éste ya es reincidente (Soteras, 1992).

– Finalmente, por lo que respecta a las transgresiones realizadas por mujeres jóvenes, es de destacar que éstas no reciben un trato más benévolo que el de sus congéneres. El miedo latente a una sexualidad precoz, a la posibilidad de utilizar su cuerpo, puede explicar que en este ámbito se produzca un mayor internamiento de las chicas jóvenes.

Como observa González (1985), en 1977 la medida de internamiento había sido aplicada un 10% a varones y en un 33% a mujeres; tendencia ésta confirmada por Elejabarrieta hasta el año 1981.

La dureza de la medida aparece más realzada si se recuerda que las faltas que dan lugar al internamiento son «conductas irregulares» o «gamberrismo».

2.2. La mujer víctima

Desde hace una década se detectó la escasez de delitos contra las mujeres en las estadísticas oficiales, lo cual

llevó a concluir que en la explicación de la cifra oscura del delito la variable del género era también decisiva.

Tampoco las encuestas de victimización han conseguido solucionar este problema, entre otros factores porque hasta recientemente no preguntaban por este tipo de delitos, y si se preguntaba estando el marido delante era de lo más previsible que la mujer no contestase.¹²

Incluso debe destacarse que los estudios de victimización destacan características psicológicas de la mujer como si fuesen éstas (la pasividad, la tendencia a la auto-destrucción, el conformismo) en vez de la posición subordinada de la mujer en la relación, lo que la convierte en víctima.

Descubiertas las mujeres víctimas, el trato que recibían las mujeres por parte de la policía y en los Tribunales se alegó como factor que explicaría la escasez de denuncias de mujeres y ello motivó que se hablase de la *victimización secundaria*.

En un estudio realizado por Purificación Gutiérrez (1990) en el que se examinaron 150 expedientes (1987 y primer semestre de 1988) se observa la inutilidad del sistema penal para con las mujeres que denunciaban malos tratos.

12 · Una discusión al respecto puede verse en CANTERAS (1990, 96-99) y Larrauri (1992).

Ello obedecía a varias razones (Gutiérrez, 1990, 131):

a) La policía no tomaba en serio las denuncias de las mujeres. Se las disuadía de presentarla o si la tomaban no le daban curso. Ello se ha intentado combatir mediante circulares que enfatizan el deber de no desanimar, la obligación de dar resguardo de la denuncia, de informar de los derechos, la necesidad de recoger dichos delitos en las estadísticas, la realización de cursos de formación, la instauración de comisarías de mujeres en algunas ciudades.

b) Son citadas a examen del médico forense después de bastante tiempo de haber presentado la denuncia, el cual realiza un informe rutinario en base al parte médico, que ya consta en el expediente, sin ver a la paciente; ello se acentúa porque también el parte médico de lesiones se hace de forma rutinaria.

c) Los fiscales tienden a ser pasivos en la persecución de estos hechos y aplican excesivamente la presunción de inocencia en favor del agresor, falta de pruebas, o en base a lo dispuesto en el artículo 104 LECr.¹³ De lo cual se deducía que las faltas del artículo 582.2 sólo podían ser perseguibles a instancia de las ofendidas y en consecuencia les era aplicable el perdón (art. 112.5).

Así, de los 150 expedientes examinados, una vez descontadas las 13 absoluciones con perdón del ofendido,

13 Debiera entenderse dicho artículo derogado por la última reforma del Código Penal de 1989.

sólo existen 17 sentencias condenatorias, y en 38 de las 88 absolutorias constan lesiones. Debe advertirse que las mujeres acostumbran a ir sin abogado, por lo que la calificación del fiscal es muy importante.

d) Los jueces no se toman en serio las denuncias, señalan que las mujeres no comparecen y si comparecen perdonan, solicitando incluso un certificado conforme han desistido. Manifiestan, asimismo, contar con un arsenal de penas inadecuadas: la multa revertía en el pecunio familiar, no existen depósitos donde cumplir el arresto menor. Destacan, finalmente, que estas denuncias se interponen como paso previo a una separación civil, manifestándose en contra de que el sistema penal sea utilizado para «preconstituir prueba».

A pesar de que el estudio es previo a la reforma de 1989, son expresivas las conclusiones de dicha investigadora: «Si no hay voluntad de sancionar, huelga hacer reformas legales que son vaciadas de contenido en la práctica. Y esta voluntad de sancionar todavía no se ve en los juzgados» (Gutiérrez, 1990, 136).

Podríamos concluir señalando que el problema es que «las normas no se aplican», con lo cual sólo haríamos retrotraer la pregunta a un momento anterior: «¿por qué no se aplican?»

En un excelente estudio de Perla Haimovich (1990) respecto de los malos tratos a las mujeres, se parte de

una imagen acuñada por Lorenz (*cit. por Haimovich, 1990, 88*), que se denomina «movimiento reorientativo»: «Así, por ejemplo, da uno un puñetazo en la mesa en lugar de darlo sobre el rostro de quien lo enojó, precisamente porque lo retienen ciertas inhibiciones. La mayoría de los casos que se conocen de movimientos reorientadores están relacionados con un comportamiento agresivo provocado por un objeto que, al mismo tiempo, inspira temor».

La pregunta es, en consecuencia: ¿por qué no «lo retienen ciertas inhibiciones» (al marido)?, ¿por qué la mujer no es capaz de inspirar temor?¹⁴

Y la respuesta a estos interrogantes estriba, de acuerdo a Haimovich, en los mecanismos de legitimación que funcionan en el *ámbito privado*.¹⁵

14 Recurrir en exclusiva a la fortaleza física es inadecuado. Generalmente, el hombre no descarga su agresividad sobre el jefe, aun cuando éste sea un *esmirilado*. Aun si el factor físico fuera decisivo debería determinarse la responsabilidad social en la creación de cuerpos femeninos que: si son bonitos son incapaces de defenderse y si son capaces para defenderse son etiquetados de 'marimachos'. La construcción del cuerpo femenino puede leerse en el excelente artículo de BARTKY (1988).

15 "(...) de forma similar, la explicación de Sutherland respecto de toda actividad delictiva es que las personas no son innatamente malas. Sino que más bien aprenden definiciones de la violencia que la hacen aceptable. Ello se puede explicar desde múltiples perspectivas teóricas, pero la cuestión esencial es que los hombres deben tener una definición de la violencia como comportamiento o respuesta legítima" (SCHWARTZ, 1988, 381).

Estereotipos y convenciones sociales, referidos tanto al hombre como la mujer, que justifican:

– Una demostración de la autoridad por parte del marido («quién lleva los pantalones») y la posibilidad adicional de hacer uso del maltrato como instrumento educativo como con los niños («mujeres y niños primero»).

– Un sentimiento de propiedad («oiga, que es mi mujer») y que por ello puede ser objeto de agresión (es un apéndice, «la costilla»). La responsabilidad femenina en apaciguar al marido y llevar la casa («el sitio de la mujer»), que conlleva la presunción de la mujer como provocadora y causante de la ira (castigo).

– El mito de la mujer pasiva que lo acepta y le gusta («señal que te quiere») y del hombre de naturaleza impetuosa.

Como apunta Haimovich (1990, 100), estos distintos códigos normativos que legitiman en el ámbito privado lo que en el público se considera inadmisibile, cumplen la función de establecer un efectivo control social sobre las mujeres y también «(...) específicamente, de canalización de descontentos en un ámbito que no perturba el orden y funcionamiento del sistema social».

Esta persistencia de estereotipos comporta, como advierte Haimovich (1990, 98-102), que a pesar del cam-

bio en la percepción social de estas conductas como comportamientos negativos, no se produzca un mayor número de denuncias, sino un mayor ocultamiento.

Ello es debido fundamentalmente a dos motivos: en primer lugar, porque supone admitir el fracaso en el ámbito familiar, y en segundo lugar porque la presencia de la policía no se considera una solución al invadir el espacio afectivo privado con criterios públicos (inocente/culpable, detenido/sin pruebas). Ni la mujer quiere castigar, ni la mujer desea ver a su marido etiquetado y castigado como un delincuente.¹⁶

Similares estereotipos son detectados por múltiples estudios feministas (*cit.* por Davis-Faith, 1987, 187-188) en los delitos contra la libertad sexual:

- a) Las mujeres son las que provocan.
- b) Las mujeres dicen *no* cuando quieren decir *sí*.
- c) Si se *relajan* (las mujeres), les *gusta*.
- d) Las mujeres *decentes* (que están en su casa o con su marido) no son *violadas*.

16 Es por ello por lo que se recomienda la necesidad de creación de instituciones intermedias.

e) No es un delito grave, era broma.

f) Es necesario protegerse de falsas denuncias: mujeres despechadas, mentirosas, vengativas.

Y de nuevo es posible retrotraer la ausencia de denuncias y la exigencia de requisitos no previstos en la ley¹⁷ a la persistencia de estos estereotipos.

La reluctancia de la mujer a denunciar por miedo a ser sometida a examen para determinar si es una «víctima inocente» (que no ha provocado); si es una víctima apropiada (el examen de su vida sexual anterior); la exigencia de probar la ausencia de consentimiento (que se ha resistido); la pretendida especialidad del delito de violación y la necesidad de corroborar el testimonio de la víctima (falta de credibilidad).

No es de extrañar, pues, que numerosas mujeres que han recurrido al sistema penal con la esperanza de encontrar un poder que compense el del hombre, se han encontrado con un poder que no lo ha desmentido o lo ha reforzado; de ahí la conclusión de que el derecho penal es también un poder patriarcal.

3. LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Un recurso usado para explicar la escasa presencia de mujeres en las cárceles ha sido el de que éstas acostum-

17 Al respecto, véase SUAY (1992).

bran a ser sentenciadas a hospitales psiquiátricos («*bad or mad*»),¹⁸

Pero aun cuando son sentenciadas a pena de cárcel, tampoco en la cárcel son objeto del mismo trato que reciben sus parejas. Tres son las ideas que me interesa destacar: a) que la cárcel es de por sí una pena *más severa* para la mujer; b) que en el tratamiento que ésta recibe en la cárcel *prima su rol doméstico* por encima del ocupacional; c) que la *medicalización* que se detecta responde al estereotipo de mujer histérica.

Se ha observado que la cárcel ya es de por sí una mayor afrenta para la mujer. Ello es debido a varios factores:

– *La maternidad*. La mujer embarazada, la mujer con hijos que sufre si los tiene dentro (por falta de espacio y falta de libertad) y si los deja fuera (experimentado como una dejación de sus deberes de madre) (Pi-Sunyer-Vendrell, 1992).

– *Dependencia y soledad afectivas*. Las decisiones de la mujer acostumbran a estar más subordinadas a la pareja (que hará después) (Soteras, 1992) y padecen mayor sole-

18 En España, cuando menos hasta 1983 la cifra de mujeres internadas en hospitales psiquiátricos en virtud de condena penal es, de acuerdo con Miralles, T. (1983, 169), irrelevante. Sin embargo, debe observarse (MORRIS, 1987, 52) que la “mayor locura” (histéricas, neuróticas, emocionales, depresivas...) de las mujeres se utiliza no sólo como una explicación causal de la delincuencia femenina, sino también para explicar la escasa delincuencia femenina. Este argumento tan polivalente aduce: la locura es a las mujeres lo que el delito es a los hombres.

dad, ya que cuando ellas acostumbran a estar presas también lo están sus parejas, y si no lo están éstos no demuestran la misma solidaridad (Bona, 1992).

– *Desigualdad en el trato de las jóvenes y preventivas.* No existe un centro de menores, al igual que para los jóvenes; en el caso de las presas jóvenes, éstas van directamente a la cárcel de mujeres adultas (Soteras, 1992).

Los índices de cárcel preventiva son similares para las mujeres que los hombres (Bona, 1992), lo cual puede representar una discriminación porque los delitos por los cuales acostumbran a ser acusadas son de menor gravedad que los de los hombres.

También la existencia de un menor número de cárceles de mujeres provoca que éstas estén peor acondicionadas o más alejadas de los núcleos urbanos, con la consiguiente dificultad de comunicación.

– *Dificultad de reinserción.* Una mayor desorientación jurídica y una mayor dificultad de conseguir piso y trabajo. Además, se acostumbra a aceptar mejor la detención del hijo que de la hija (Soteras, 1992).

He señalado que, adicionalmente, el tratamiento dentro de las cárceles tiende a enfatizar el rol doméstico por encima del ocupacional.

Señalemos en primer lugar que en general existe una menor oferta de programas rehabilitadores. Ello no sólo es una merma en su formación, sino que además impide

la aplicación de remisión de penas por el trabajo (Fabián, 1992).

Ahora bien, los que existen (peluquería, costura), salvo contadas excepciones, van destinados a crear «amas de casa».

Si re-socializar significa enseñar aquello que no se sabe, aquello necesario para reintegrarse a la sociedad, pareciera que la mujer no sabía ser madre, esposa, ama de casa, y que precisamente esto es lo que necesita para reinsertarse a la sociedad (Dobash-Dobash, 1986, 182).

Y ello no deja de ser paradójico si resulta ser cierto que la mayoría de ellas no son madres de familia convencionales.

Finalmente, se ha observado que el estereotipo de la mujer como una mujer emocional, conflictiva, conduce a una mayor medicalización.

Esta mayor conflictividad, percibida por los trabajadores y asistentes de las cárceles de mujeres, puede obedecer a que determinadas infracciones sólo lo son cuando son realizadas por mujeres.

Así, por ejemplo, Canteras (1990, 234), en su estudio de mujeres presas, menciona como comportamientos atípicos la prostitución, la homosexualidad y el consumo de drogas y alcohol. Dudo que los dos últimos figurasen como consumos atípicos en un estudio de hombres encarcelados, pero es seguro que el primero ni siquiera se mencionaría.

Adicionalmente, la imagen de una menor peligrosidad respecto de los hombres conduce a una menor exigencia de seguridad e incluso al uso de un vocabulario distinto: las internas vs. los presos, las habitaciones vs. las celdas. Pero, en contrapartida, ante conflictos expresados de forma pacífica no existe un intento negociador, a diferencia de lo que acostumbra a suceder con los planes pacíficos de los hombres (Fernández, 1992).¹⁹

Por lo que se refiere a las medidas alternativas, Allen, (1989, 73), en un estudio concienzudo, ha confirmado que las multas son escasamente aplicadas a los delitos realizados por mujeres («de todos modos, las mujeres no tienen dinero»), y el trabajo de utilidad social tiene escaso futuro ante un mercado laboral caracterizado por la «feminización de la pobreza».

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Después de este análisis espero estar más cerca de poder contestar el interrogante con el que inicié: pienso que el sistema penal, en su trato a las mujeres, es un reflejo de la posición social, aún subordinada, de las mujeres; en este sentido, no crea las diferencias, pero se recrea en ellas.

19 Acertadamente, añade Fernández que valores que se propugnan en la sociedad, como el de solidaridad, son rechazados cuando éstos son realizados por reclusas. Y valores que no son realzados en la sociedad –la violencia como un método para dirimir conflictos– son válidos para responder a los planteos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Adams, K. Ware, N. (1984), «Sexism and the English Language: The linguistic implications of being a woman», en Freeman (ed.), *Women*, 3a. edición, Palo Alto, Mayfield Pub. Co.
2. Allen, H. (1989), «Fines for women: paradoxes and paradigms», en Carlen-Cook (eds.), *Paying for crime*, Milton Keynes, Open University Press.
3. Almeda, E. (1992), «El control social sobre la mujer», en *Poder y Libertad*, n° 19.
4. Bartky, S. (1988), «Foucault, Femininity, and the Modernization of Patriarchal Power», en Diamond-Quinby (eds), *Feminism and Foucault*, Boston, Northeastern University Press.
5. Boix-Orts-Vives Antón (1989), *La reforma penal de 1989*, Valencia, Tlrant lo Blanch.

6. Bona, R. (1992), «Control judicial sobre las penadas», en *Poder y Libertad*, n° 19.
7. Bustos, J. (1991), *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, Ariel, 2a. edición.
8. Canteras, A. (1990), *Delincuencia femenina en España*, Madrid, Ministerio de Justicia.
9. Caringella-MacDonalds, S. (1988), «Marxist and Feminist interpretations on the aftermath of rape reforms», en *Contemporary Crises*, vol. 12, n° 2.
10. Chesney-Lind, M. (1987), «Female offenders: paternalism reexamined», en Crites-Heppene (eds.), *Women, The Courts and Equality*, Londres, Sage.
11. Davis, N. (1988), «Battered women: Implications for social control», en *Contemporary Crises*, vol. 12, n° 4.
12. Davis-Faith (1987), «Women and the State: changing models of social control», en Lowman-Menzles-Palys (eds.), *Transcarceration*, Aldershot, Gower Pub. Co.
13. Dobash-Dobash-Gutteridge (1996), *The Imprisonment of Women*, Oxford, Basil Blackwell.
14. Elejabarrieta, F., «Estudio comparativo sobre los menores que han pasado por el Tribunal Tutelar entre 1979 y 1984», manuscrito, Barcelona.

15. Fabián, R. (1992), «La experiencia en la cárcel de mujeres de Wad-Ras», en Poder y Libertad, n° 19.
16. Falcón, L. (1991), Violencia contra la mujer, Madrid, Vindicación Feminista.
17. García, P. (1990), «Violencia doméstica. Respuesta legal e institucional», en Maquiera-Sánchez (comp.), Violencia y Sociedad Patriarcal, Madrid, Pablo Iglesias.
18. Gelsthorpe, L.-Morris, A. (1990), Feminist Perspectives in Criminology, Buckingham, Open University Press.
19. González Zorrilla, C. (1985), «La justicia de menores en España», Epílogo en De Leo, G., La Justicia de Menores, Barcelona, Teide.
20. Haimovich, P. (1990), «El concepto de los malos tratos. ideología y representaciones sociales», en Maqueira-Sánchez (comp.), Violencia y Sociedad Patriarcal, Madrid, Pablo Iglesias.
21. Heidensonhn, F. (1985), Women and Crime, Londres, Macmillan.
22. Larrauri, E. (1991), La Herencia de la Criminología Crítica, Madrid, Siglo XXI. (1992), «Victimología», en

- Maier (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, Ad-Hoc.
23. Lee, S. (1989), «Learning to love. Sexual reputation, morality and the social control of girls», en Cain, M., *Growing Up Good*, Londres, Sage.
24. Los, M. (1992), «The struggle to redefine rape in the early 1980s», en Roberts-Mohr (eds.), *Sexual Assault in Canada*, Toronto, University of Toronto Press.
25. Miralles, T. (1983), «La mujer: el control formal», en *El Pensamiento Criminológico II*, Barcelona, Península.
26. Morris, A. (1987), *Women, Crimen and Criminal Justice*, Oxford, Basil, Blackwell.
27. Muñoz Conde (coord.)-Berdugo-García Arán (1989), *La reforma penal de 1989*, Madrid, Tecnos.
28. Pi-Sunyer-Vendrell (1992), «Calidad de vida en el centro penitenciario de mujeres de Wad-Ras de Barcelona», en *Poder y Libertad*, n° 19.
29. Pizarro, T. (1991), «La legítima defensa e género femenino: Paradoxos da 'feminist jurisprudence'», en *Revista Crítica de Ciencias Sociales*.

30. Reig, J.V. (1986), «Comentarios a los artículos 340 *bis* d); 424 y 487 *bis*», en Poder Judicial, número especial, XII.
31. Rodríguez Ramos-Álvarez García-Gómez Pavón (1988), La Justicia ante la libertad sexual de las mujeres, Instituto de la Mujer, n° 16.
32. Schwartz, M. (1988), «Ain't got no class: Universal risk theories of battering», en Contemporary Crises, vol. 12, n° 4.
33. Schulhofer, S. (1990), «The gender question in criminal law», en Frankel-Miller-Paul (eds.), Crime, Culpability and Remedy, Oxford, Basil Blackwell.
34. Smart, C. (1989), Feminism and the Power of Law, Londres, Routledge.
35. Smaus, G. (1990), «Das Strafrecht und die Frauenkriminalität», en Kriminologisches Journal, 4/90.
36. Soteras, E. (1992), «Toxicómanas en la cárcel: la cárcel de las toxicómanas», en Poder y Libertad, n° 19.
37. Suay, C. (1992), «Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación», en La Ley, año XIII, n° 2964.
38. Vega Ruiz, JA (1991), El acoso sexual como delito autónomo, Madrid, Colex.