

MUJER Y DERECHO PENAL

Por Sonia Chirinos Rivera

Si ha habido (y todavía hay), en España, una rama del Derecho donde la mujer posea un papel secundario, por no decir arrinconado, prejuiciado, o, (lo que pudiera ser todavía peor), simplemente silente o silencioso, (o silenciado) ésta es, sin lugar a dudas la rama del Derecho Penal.

¿Qué es el Derecho Penal?

Es aquella parte del Derecho que tiene por objeto el estudio de las conductas humanas, que, por su contenido, es decir, porque afectan los bienes jurídicos individuales o colectivos, más preciados para la sociedad, pone en evidencia hechos que constituyen, en sí mismo considerados, los ataques más graves para los bienes e intereses de la sociedad. De aquí que el derecho penal aparezca (en tanto que propone para aquéllos una consecuencia jurídica, llamada “pena”), como la “ultima

ratio” a esgrimir frente a la conducta antisocial. Consecuencia de su objeto, esta Ciencia formula y estudia conceptos tan “neutros” como la capacidad de responsabilidad del ser humano o la culpa, el error vencible o invencible, el bien jurídico, el libre albedrío, los grados de consumación del delito...

En nada pues ninguna referencia específica a la Mujer.

Y sin embargo es en preceptos legales penales, en la Ciencia del Derecho Penal, o en la Jurisprudencia penal, donde se han condensado y vertido las expresiones, sin duda más desafortunadas, o, seguramente, más injustas, en torno a la Mujer. O, dicho sea de otro modo, donde la **posición de clara desigualdad de la mujer** frente al hombre, ha quedado expresada y casi consagrada de la forma más manifiesta. O menos “desvergonzada” si se me acepta la expresión, que utilizo en términos estrictamente semánticos.

Conviene tener en cuenta, por otro lado, que no me refiero a la “forma” como se trataba en las distintas instancias judiciales o policiales a la mujer cuando acudía a denunciar determinados delitos. (Esto podría ser objeto de una ponencia exclusiva, sobre la llamada segunda victimización de la víctima)

Me refiero a cómo los científicos del Derecho, o los jueces, se referían a la mujer, como si no fuera un sujeto titular de los mismos derechos que el hombre. Como un referente, más que como persona, produciéndose a consecuencia de esto, el fenómeno de la denominada “cosificación” de la mujer. En la medida en que esa mujer era aquella “cosa” protegida por el ordenamiento jurídico, sin tener en cuenta su voluntad. Estoy recordando por ejemplo el infanticidio “honoris causa”, aquél delito cometido por el padre de la gestante, uno de cuyos presupuestos es precisamente, la acción del padre y abuelo sobre el recién nacido para

causarle la muerte con el propósito de ocultar la deshonra (no sé si de su hija, o de él mismo), sin tener en cuenta, por supuesto, si esa hija estaba o no de acuerdo con la acción. Y, lo que es peor, poniendo por encima del valor de la vida de un ser humano recién nacido, eso que hemos seguimos llamando (aunque de verdad no se sepa qué es) “el honor”. Porque, por encima de los intereses de la mujer (“cosa”, al fin y al cabo), estaba el honor del padre, mancillado por la acción de su hija¹. Estamos hablando de un tipo penal, existente hasta hace relativamente poco. Como hasta hace relativamente poco la mujer era (y quizás todavía sigue siendo –bien que subliminalmente-) “ese ser frágil y quebradizo” –tal como abundaba la jurisprudencia española en conceptuar-incapaz de manifestar su voluntad. Entre los consejos que se vertían en un libro de formación para mujeres jóvenes casaderas de hace 50 años, se

¹ Hace apenas 20 años una STS N° de Recurso: 3481/1987

Fecha de Resolución: 19/12/1987

se planteaba si el hecho de que unos padres hubieran atendido personalmente el parto de su hija, con la consecuencia de que el niño murió., todavía se preguntaba si podía ser un supuesto de infanticidio, y la conclusión fue que no, porque no lo habían para atentar contra la vida del pequeño, sino “ a fin de que no se enterara nadie y que no se viese dañada la honra de ésta”.

decía: “...cuando exija, cederás a no ser que tu conciencia cristiana te lo impida. En este caso no cederás pero tampoco te opondrás directamente: esquivarás el golpe, te harás a un lado y dejarás que pase el tiempo....” Pensar que muchas de aquellas mujeres que aprendieron o tuvieron que aprender este tipo de comportamiento, a sus 70 años y más, se debaten hoy, “treinta años después” todavía consigo mismas, y a veces con su entorno, acerca de si por fin deben animarse a denunciar lo que sucede en la intimidad de su hogar...

DERECHO PENAL Y MORAL

La Constitución de 1978 marca el inicio de la división clara entre Derecho Penal y Moral, confusión propia de sociedades autoritarias, y dictatoriales que era, en efecto, lo que regía y nutría al Derecho Penal de la época, es decir, desde la década de los 40 del siglo XX... hasta muy superada la “época”.

Me explicaré, **esa cosificación de la mujer; esa patente desigualdad que sufría la mujer en el código penal**, era de algún modo justificable en los períodos más duros del franquismo. Pero, la sociedad, incluso durante la dictadura, se fue haciendo más permisiva, las costumbres más abiertas... Sin embargo, los tipos penales seguían estancados. La mujer como cosa. La mujer “honesta”, la mujer esposa fiel garante de la estabilidad del matrimonio, seguían enraizadas en el Código Penal vigente y en la doctrina, sea clásica o progresista. Recuerdo a uno de los juristas más destacados y tenidos como más progresistas del período postfranquista mantener en el año 1985, en

Alicante, en una conferencia y sin el menor sonrojo que la violación dentro del matrimonio era “imposible”.

Pues bien, pasa el franquismo, llega la Constitución, se declaran una serie de Derechos fundamentales, y la posición de la mujer en el Código Penal, apenas se desembaraza de su **lastre atávico**. Como con agudeza señaló Virgilio Latorre², el Código Penal (anterior al de 1994) era *el último reducto de la contaminación del Derecho por la Moral*. Hasta el punto de que, a las puertas del Código Penal de 1994 un grupo de penalistas españoles se propone estudiar las propuestas del Proyecto de CP, en orden a determinar o de indagar si los derechos fundamentales de las mujeres, todavía negados, en muchos aspectos, casi 20 años después de llegada la democracia, recibían por fin la sanción correspondiente o si aún había insuficiencias que “todavía se está a tiempo de corregir”. Y hablamos (recordemos) del año 1994.³

² Latorre Latorre, Virgilio, MUJER Y DERECHO PENAL, Varios autores, Valencia 1995, Delitos de exhibicionismo y provocación sexual, pags.51 y ss

³ Ver por todos, MUJER Y DERECHO PENAL, Varios autores, op.cit.

Todo ello viene a demostrar que cuando de la mujer se trata, y aun superado los rigores costumbristas del franquismo, la confusión Moral y Derecho Penal juega muy en contra de las mujeres, permitiendo, por ejemplo, que en el Código Penal, sin que casi nadie se rasgara las vestiduras, perviviera un tipo de mujer que correspondía a un tipo de Moral determinado. Aquella que no ponía en peligro los conceptos tradicionales de familia. O aquélla con incapacidad para decidir por sí, o sin capacidad de independencia y sometida, por supuesto, a las decisiones “superiores” del padre, marido, y, en su caso, hijos. Aquella que (y se consideraba un aspecto avanzado del Código penal de 1994) logra –por fin!- que el maltrato habitual causado por su pareja, se convierta en delito. Habitualidad que, según criterio jurisprudencial debe medirse por el número: La habitualidad requería y todavía requiere, doctrinal y mayoritariamente, de un mínimo de tres episodios (que además, según un sector de la doctrina, deben de requerir de “cierta unidad de contexto y

proximidad temporal”). Olvidando como decía Bernardo del Rosal⁴, que más que el número de veces constatables en que la agresión ha tenido lugar, lo que el legislador se debería haber planteado es que el tipo se dirige a aquellas personas que, por la razón que sea, hacen de la agresión y el maltrato físico o psíquico una forma de relación y comunicación normal con su pareja... Sin embargo, el autor que critica lo que luego se convertiría en delito (el artículo 153), en el año 1994, todavía no se planteaba que el maltrato podía definirse, como es en la actualidad, simplemente, por una sola acción aunque sea aislada. Señal de que, en muy poco tiempo, hemos experimentado cambios o avances legales, que hace 10 años atrás ni los más progresistas estaban en capacidad de avistar o, todavía peor, sostener.

La confusión Derecho y Moral (insisto cuyo lastre todavía hoy soportamos) causó en la mujer un agravio desconocido en el hombre, a punto tal, que, como he dicho, ni siquiera la

⁴ Del Rosal Blasco, Bernardo, Violencias y malos tratos en el ámbito familiar o tutelar, pags. 157 y ss, Mujer y Derecho Penal, op.cit.

llegada de la democracia, ni la Constitución, ni el desarrollo de la jurisprudencia constitucional, ayudó a eliminar de forma inmediata y certera.

Hasta 1978, todavía se hablaba de “delitos contra la honestidad”. La honestidad, concepto indeterminado donde los haya, ayuno de contenido, había que interpretarla en función de criterios moralistas, no plurales, sino en función de una determinada clase de moral, que, a su vez, promovía la protección no de cualquier mujer (y menos si era una mujer cualquiera, en sentido peyorativo), sino de una determinada mujer, la única que merecía el amparo del derecho. Así en el delito de estupro, si el sujeto pasivo era una mujer, ésta debía ser “honesta, de acreditada honestidad”. Ya que el estupro, que era el nombre que recibía la acción consistente en tener acceso carnal bien aprovechándose de una situación de superioridad, bien, mediante engaño, de persona mayor de 12 y menor de 16 años, el engaño tenía que ser algo admitido como moralmente “suficiente” para dar el sí a las relaciones

sexuales. Es decir, fundamental, cuando no exclusivamente, la promesa de matrimonio. Así los planteamientos, es normal que la protección penal se otorgara en tanto en cuanto, la mujer era concebida como “ese ser quebradizo, inmaduro, irreflexivo, inexperto, especialmente débil, y desde luego, considerado en un plano de absoluta desigualdad con el hombre”⁵.

También, el delito de violación participaba hasta el año 1994 de esa concepción desigualitaria entre hombre y mujer.

Fuera de que en este delito, no se concebía que el hombre pudiere ser sujeto pasivo de los ataques⁶, resultaba además que, de alguna forma, la violación que venía sancionada como delito, implicaba una determinada relación sexual: heterosexual (necesariamente), y dirigida a la procreación, de manera que la violación era el yacimiento de hombre con mujer, recurriendo a la fuerza,

⁵ Boix Reig, Javier, De la protección de la moral a la tutela penal de la libertad sexual, en *Mujer y Derecho Penal*, op.cit., pags. 11 y ss

⁶ El viejo artículo 429 del código penal, se iniciaba así “La violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor”.

intimidación, o con mujer (niña) por debajo de una determinada edad. Y todo lo que no fuere “yacer”, es decir penetración de órgano masculino en femenino (hoy quizás cause cierta sonrisa leer textos de los años 70 y 80, donde los estudiosos se deshacían en expresiones latinas para evitar tener que llamar a las cosas por su nombre más castizo e inteligible!), se convertía en “abusos deshonestos” aunque el daño psicológico de la víctima fuere terrible.

Por otro lado, la figura del perdón del ofendido, la consideración de esta clase de delitos, como delitos privados que requerían o bien mantener la denuncia, o, cuando menos la denuncia inicial, convertían la figura de la violación en un tipo penal donde la evolución del concepto de mujer, de su independencia, y de su posición supuestamente igualitaria frente al hombre, y no obstante la Constitución y su proclamación de Derechos, carecía de reflejo alguno. Es más, la pena a veces excesivamente elevada con la que se castigaba el delito, venía a ser la coartada para hacer valer que el “honor” (del hombre) era

equiparable a la vida misma. O que la protección en nombre del honor, sólo lo merecía una determinada mujer, y en una determinada situación.

Por ejemplo, violación nunca dentro del matrimonio.

Por ejemplo, nunca o difícilmente podría ser sujeto pasivo del delito, una mujer de vida desordenada.

Existe una sentencia del Tribunal Supremo nada menos que del 28 de Abril de 1998, es decir, muy reciente, que incluso se puede considerar (y ella misma se consideró – estoy segura- a sí misma) “avanzada”, que, sin embargo, bajo la bandera de que la violación dentro del matrimonio (oh! hallazgo) es posible, desliza una serie de expresiones curiosas. Por no decir, ofensivas para la mujer. O para el matrimonio. *“La violación de la propia mujer, de la propia compañera –inicia el razonamiento- es algo que no debe ofrecer duda alguna. La mujer que convive maritalmente con un varón nunca va a denunciar (sic) a su compañero en el supuesto de que en determinados momentos le hubiere forzado al coito. Sin embargo –continúa la*

sentencia- la realidad es que la vida íntima de quienes conviven juntos, cuando se trata de niveles sociales de un bajo índice educacional (!!!) aunque tampoco la sociedad más refinada se encuentre exenta de este tema, está plagada de momentos en los que el hombre exige o impone, más o menos violentamente ,la realización del acto sexual en contra de la voluntad de la mujer claramente expresada... Cuando hablamos de violaciones entre parejas y matrimonios nos estamos refiriendo a situaciones límites, serias, violentas. Cuando el varón avasalla por encima de toda comprensión o diálogo racional y sensato.

No obstante, todas estas (innecesarias) consideraciones, lo cierto es que esta sentencia suponía un paso adelante: pues se alejaba de toda aquella rancia jurisprudencia que entendía que, dentro del matrimonio no cabía la violación.

Y ello en base a poderosas razones de gran lógica para esos tiempos –que no son en absoluto lejanos-: el marido, “al disponer sexualmente de su mujer”, obra en el ejercicio legítimo de un derecho. Lo cual consecuentemente,

impedía a la esposa recurrir a la legítima defensa, pues faltaba la Agresión ilegítima, que conforma el supuesto fáctico de la primera (de la legítima defensa).

LA APARICION DE LA LEY DE MEDIDAS DE PROTECCION INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Es evidente que ni la “limpieza” de conceptos y tipos penales que hizo el Código Penal de 1994, ni la progresiva sensibilidad que mostraba la sociedad respecto a la violencia intrafamiliar, logró alcanzar los niveles de igualdad entre hombres y mujeres, que la Constitución exige.

Pues la estadística no podía obviar que, en el seno del ámbito familiar, más del 90% de las víctimas de la violencia familiar, eran mujeres. Y más, en concreto, víctimas de quienes fueron o seguían siendo sus parejas.

A esa situación había que poner coto.

Hay que decir que el camino fue lento, y que éste todavía no se ha culminado.

Lento, primero porque este porcentaje tardó mucho en conocerse. Y , lo que es peor, de RECONOCERSE.

Segundo, hubo incluso dificultades semánticas.

Obsérvese que la expresión “violencia de género” proveniente de la literatura feminista, no era aceptada en España. Quizás con justa razón, dada su importación del inglés (gender violence) que como toda importación en el idioma, carecía, una vez traducido, de la fuerza de la expresión en inglés, para pasar a decir, no-se-sabe-qué. El hecho es que, nos guste o no, la expresión importada no se aceptaba en nuestro idioma en círculos distintos a los feministas. Hasta el terrible asesinato de Ana Orantes. Aquella mujer que en el año 1987 contó en un programa cualquiera de una TV cualquiera lo que había sido su vida de mujer casada. Su marido, del que vivía separada, aunque seguían compartiendo espacios físicos (cada uno vivía en una de las dos plantas en que dividieron su casa),

no soportó aquello. Aquella vergüenza de verse expuesto ante los demás. La ató a una silla; la roció de gasolina, y la incendió. Murió. A partir de este hecho, que llenó de consternación a la sociedad española, la realidad obligó a los puristas del castellano y sobre todo a los juristas, a adoptar la expresión “Violencia de Género”, como aquella que sufren las mujeres, por el mero hecho de serlo. Sin embargo, desde 1987, hasta 2004, la expresión violencia de género no recibe ninguna consagración legal. Pese a las distintas reformas que se van introduciendo en el código penal, no se distingue la violencia que sufren las mujeres, respecto de la violencia que, contra hombres o mujeres, se puede dar en el ámbito familiar. Lo cual era una forma de ocultar o no querer ver la realidad. O (quizás más precisamente) no estar en condiciones de aceptar (la sociedad) lo que pasaba (en la sociedad).

Pero como las estadísticas pesan, y los medios de comunicación hicieron una labor de denuncia

impresionante, aparece aprobada por unanimidad la LMPIVG.

Lo que no significa todavía que se tenga asumida por los estudiosos y prácticos del derecho la diferencia jurídica y semántica entre violencia de género: es decir aquella causada por los hombres contra las mujeres, por el mero hecho de serlo, y como una manifestación histórica del sometimiento que las mujeres hemos padecido frente a los hombres. Hombres que, en la definición legal, han de ser necesariamente parejas o ex parejas de esas mujeres. Frente a la violencia familiar, aquella que se produce entre los distintos miembros de la familia entre sí, pudiendo ocupar hombre y mujer, indistintamente, la posición de autor de la agresión o titular del bien jurídico lesionado.

A la LMPIVG no le han faltado detractores. Significa que ha preocupado –y mucho- la aparición en escena de una ley que pretende ser la solución al problema de la violencia de género en nuestro país.

Más allá de la posible ingenuidad del legislador, está el tema que más nos importa. El de si esta ley es o no constitucional. Contra esta Ley se lleva interpuesto un número significativo de recursos de inconstitucionalidad.

No corresponde en este momento hacer un juicio anticipado acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley antes de que se pronuncie el Tribunal Constitucional. No se trata de una postura cómoda, o poco valiente.

Se trata de una actitud coherente, cada día más corroborada por el diario quehacer al frente de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer.

En cualquier caso, no creo que estemos ante una Ley inconstitucional.

Lo que molesta es su existencia, y no por el cúmulo de medidas políticas, sanitarias, sociales, educativas que propone. Molesta, única y exclusivamente, porque convierte al hombre (Más allá de su ideología o de sus convicciones) en un sujeto activo de delito, si comete la

torpeza de resolver su conflicto de pareja recurriendo al empujón, a la bofetada...algo que sociológicamente, todavía escandaliza, porque en el fondo subyace la idea de la exageración.

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer nacen como todos sabemos hace dos años.

Es una de las propuestas innovadoras de la Ley.

Hay cierta tendencia a identificar el problema de la Ley, con la eficacia de estos Juzgados. Lo cual supone ab initio un error de enfoque grave. O de medir el éxito de la ley, por el número de víctimas

Los JVM son Juzgados igual que los demás. Como dice la Exposición de Motivos, juzgados de instrucción especializados.

Aunque suene a tópico, hay que decirlo, porque son innumerables las ocasiones en que tenemos que recibir críticas de quienes (profesionales o no del Derecho) entienden que estos Juzgados son “contra los hombres”.

Nada de ello hay (o debe haber).

Los jueces seguimos siendo garantes de los derechos fundamentales de cada cual, sea denunciante o denunciado.

Es posible incluso que juzguemos a las mujeres (por el principio de especialización de estos Juzgados), cuando se desprende que hubo agresión recíproca.

Aplicamos, como no podía ser menos, el principio de presunción de inocencia, y no tenemos más remedio que sobreseer las actuaciones cuando la prueba es débil o inexistente. Y ya se sabe que en el ámbito familiar la prueba suele ser débil, cuando no, inexistente.

Creamos día a día, numerosas frustraciones en las mujeres, cuando acuden a nuestra instancia y no entienden por qué no se continúa la tramitación de sus denuncias, o, por el contrario, las empujamos a sostener sus denuncias, muchas veces más allá de su deseo, o de sus fuerzas.

Y nos defendemos, bien o mal, entre la competencia penal respecto a la cual, los compañeros de instrucción la

conciben de una forma cada vez más omnicomprendiva⁷, y la competencia civil que genera no sólo un buen número de procedimientos, sino multitud de situaciones en las que la competencia entre Juzgados no queda definida.

¿Han servido para algo estos Juzgados?

¿Es verdad que hay denuncias falsas?

¿Hay una aplicación de la norma contra el varón?

Abusan las mujeres de sus derechos?

Son las preguntas típicas.

A mi lo que me preocupa es:

- Que se crea que la solución está por ejemplo en obligar a las mujeres a declarar (416 LECR)
- O que se diga que hay que ponderar el alejamiento (esto me recuerda a las discusiones que giraban en torno al perdón de la ofendida), porque tiene consecuencias económicas y de otro tipo excesivamente gravosas.

⁷ Hace escasos días se recibía por inhibición unas previas que se remitieron desde un Juzgado de instrucción de Madrid, incoadas por un delito de incendio, y donde la acusación particular era la comunidad de propietarios del edificio cuyas puertas incendió el sujeto, porque como consecuencia de la situación en la que se hallaba “inmerso” de violencia de género, había dañado, un bien que desde luego no era de aquella que le destrozó el corazón.

- O que se esté pensando en reformar la LECR, para que la víctima tenga una mayor participación (bajo una especie de mediación, tras la condena) en la ejecución de la pena.

Este tipo de prevenciones pone de manifiesto que en el fondo, y a veces no tan en el fondo, lo que subyace en la cuestión es, como decía antes, que todavía hay quien no acepta que el empujón, sea delito; y que la consecuencia del delito, sea cumplir con la pena establecida para el mismo.