

## UNA CRÍTICA FEMINISTA AL DERECHO PENAL<sup>1</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

Es relativamente fácil, en ambientes progresistas, alcanzar un acuerdo cuando la crítica al derecho penal se realiza respecto de la existencia de normas que contienen un trato diferenciado y discriminatorio para mujeres<sup>2</sup>.

Este acuerdo se mantiene cuando se objeta la forma en como se aplican las normas que reflejan unas asunciones y estereotipos arcaicamente machistas<sup>3</sup>.

Sin desmerecer la necesidad de estas críticas anteriores, es quizás pertinente observar que conllevan el peligro de hacer creer que eliminadas las leyes que establecen un trato abiertamente discriminatorio el sexismo en el derecho penal desaparece.

<sup>1</sup> Este capítulo fue presentado originariamente como conferencia. A pesar de su reelaboración he mantenido un estilo eminentemente oral, y he prescindido en ocasiones de referencias bibliográficas más amplias. Para aquellas personas más interesadas en el tema, me permito remitirme a *Larrawi* (1994).

<sup>2</sup> Así, por ejemplo, en España existía acuerdo en criticar los casos más flagrantes de la discriminación establecidos por los tipos penales de adulterio y de uxoricidio.

<sup>3</sup> Los últimos años han sido prolíficos en sentencias curiosas. Cito de memoria el caso de la minifalda -la mujer provocó-, el caso de la mujer airada -no se aceptó el testimonio de la mujer violada por su marido al creerse que su testimonio era producto de la ira-, y el caso del marino -ató a su mujer en la cama, la violó y se apreció error de prohibición.

Y también existe el riesgo, al destacar las sentencias más escandalosas, de pasar por alto otros aspectos más reservados, pero en mi opinión también reveladores de una forma de pensar masculina.

Por ello pienso que quizás sea de interés abordar el problema de las mujeres y el derecho penal desde otra perspectiva que, eventualmente, ayude a iluminar aspectos más desatendidos. Me gustaría, en primer lugar, reflexionar sobre el ámbito normativo. Ello quizás servirá para destruir el mito de que nuestro problema es que "los jueces son hombres" o de que "los jueces son machistas"<sup>4</sup>.

Independientemente de que ello es, en ocasiones, cierto, entiendo que es posible mostrar que el problema no es sólo el como son efectivamente aplicadas las leyes, sino que en algunos casos es la propia norma (o su ausencia) la que constituye el problema.

También me gustaría mostrar cuáles son los significados y mensajes que emite el derecho penal. El análisis de lo que el derecho penal "enseña" es relevante, porque al incorporar determinadas concepciones no sólo las reproduce, sino que las legitima.

Y ello, como afirma Garland (1990:252), tiene en últimas una incidencia en los comportamientos. "El castigo actúa como un mecanismo de regulación social de

dos formas distintas: regula el comportamiento de forma directa al establecer los cursos de acción social, pero también regula el significado, el pensamiento, la actitud y con ello el comportamiento a través del significado".

## II. ¿QUÉ HACE EL DERECHO PENAL CON LA MUJER?

### 1. *El derecho penal construye el género femenino*

Las normas que el derecho penal destina a la mujer reflejan (y construyen) una determinada visión de mujer.

<sup>4</sup> Ahora empieza a surgir el mito contrario "las mujeres son peores porque se sienten obligadas a mostrar mayor severidad".

Quizás se piense que ello, en sí, no es peculiar. Podría decirse que todos tenemos una determinada visión del mundo y en base a esta visión conformamos nuestra actuación. De la misma forma entonces, el derecho asume, plasma y refleja una determinada imagen de mujer.

Sin embargo, lo peculiar es, como observa MacKinnon (1983:644), que "El derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres".

En consecuencia, lo que se critica al derecho penal es que la imagen que refleja de las mujeres se corresponde exactamente con la imagen que los hombres tienen de las mujeres.

A continuación intentaré razonar esta afirmación. Para ello me basaré, fundamentalmente, en el excelente trabajo de Birgitte Sick(1991).

Observa la citada autora que en el derecho penal sexual (alemán) existen un número de tipos penales que establecen un trato distinto respecto de hombres y mujeres.

La existencia de estas disposiciones que establecen un trato diferenciado, se defiende afirmando que plasman exclusivamente las diferencias biológicas que separan a las mujeres de los hombres, o que responden a las "diferencias funcionales" existentes entre los sexos.

Este razonamiento explicaría el porqué en los delitos de violación sólo se castiga como sujeto activo al hombre.

¿Para qué se necesita, se ha pensado, un sujeto activo femenino en los delitos de violación? De todas formas, las mujeres no violan.

La imagen que ofrece esta regulación es que la sexualidad de la mujer es pasiva, no agresiva, y que el hombre siempre está bien dispuesto.

Pero, ¿es ello verdaderamente una cuestión biológica? ¿Es biológico que la sexualidad de la mujer sea "pasiva"? ¿Es biológico que la mujer no muestre su poder por el ejercicio de la sexualidad? ¿Es biológico que la mujer no esté en la situación de poder característica de las situaciones en que se producen las violaciones?

También existe una distinta regulación por lo que se refiere al castigo de la homosexualidad entre hombres menores de 18 años<sup>5</sup>.

El tipo penal de la homosexualidad resalta la imagen de que sólo los hombres jóvenes necesitan este tipo de protección, pues late la idea de que para la mujer resulta inconcebible una sexualidad no ligada a la procreación.

Pero, de nuevo, ¿es acaso biológico (o siquiera cierto) el que sólo los hombres realicen actos homosexuales?, o ¿es biológico que se considere que sólo los hombres jóvenes requieren protección penal?

Finalmente, tampoco se castiga el exhibicionismo realizado por mujeres, ya que éste "no tiene consecuencias negativas", pues el hombre, aparentemente, siempre disfruta con la exhibición femenina.

Y de nuevo parece que no es una cuestión biológica el hecho de que las mujeres no realicen exhibicionismo, o mejor dicho que el "exhibicionismo" que ellas realizan sea considerado, ante la profusión de cuerpos desnudos femeninos, "socialmente adecuado" y no merecedor de sanción penal.

La imagen que se produce por la peculiar regulación del derecho penal sexual en Alemania es que la mujer tiene una sexualidad pasiva (violación), procreadora (homosexualidad) y "objeto de disfrute" (exhibicionismo).

Sin embargo lo que parece evidente, como muestra Sick, es que este trato distinto no se justifica en la distinta biología.

Es sólo una determinada concepción social y moral elaborada por el discurso masculino acerca de la sexualidad femenina lo que permite la comprensión de estos distintos tipos penales.

Por ello el derecho penal, al incorporar esta imagen de

<sup>5</sup> Este tipo penal ha sido derogado en 1995.

mujer, refleja no las diferencias biológicas sino las estructuras patriarcales, los estereotipos que existen respecto a los comportamientos referidos a cada género, y las distintas asunciones morales que laten para cada género.

La imagen que el derecho penal tiene de las mujeres puede verse también examinando la regulación de los delitos *honoris causa* en el Código Penal español.

La mujer puede abortar, abandonar al recién nacido e incluso matarlo para "salvar su honor". La atenuación de la pena da una imagen de mujer preocupada por su reputación; parece consustancial al hecho de ser mujer el que esta tenga "honor".

El hecho de que la mujer realice estos comportamientos debido a que ha sido abandonada por el hombre, o debido a que ha sido expulsada de la casa materna, o debido a la falta de ayudas para mantener el hijo es insignificante para el derecho.

La atenuación se produce sólo si el comportamiento es realizado para salvar su honor.

Con ello se da la imagen de una mujer obsesionada por mantener su honor y silencia el hecho de que es la sociedad la que atribuye estatus en base a la reputación de la mujer (Lees, 1989).

Finalmente, y paradójicamente, el derecho penal construye también, con su ausencia, una imagen de mujer. Éste sería el caso observado por McKintosh (1978) por lo que se refiere a la ausencia de penalización de la prostitución.

La imagen que se da con esta ausencia de regulación es que es perfectamente "natural" que el hombre decida satisfacer sus deseos sexuales comprando el objeto la mujer. Y que ningún castigo puede oponerse a ello.

## 2. *El derecho penal neutraliza a las mujeres*

Que las normas no tienen género, que las normas, son neutrales, que las normas están pensadas para las "personas" y que "El que" es un pronombre relativo que in-

cluye a ambos géneros, han sido respuestas que se han dirigido a las estudiosas feministas que se han atrevido a cuestionar que bajo la aparente neutralidad de la norma late una visión masculina<sup>6</sup>.

El ejemplo que puedo exponer con mayor claridad se refiere a las mujeres maltratadas que eliminan, tras años de violencia doméstica, a su marido.

En general, todas las normas que deben ser consideradas en este caso tienen una formulación neutra.

Es formulado de forma neutral: a) el dolo de matar;  
b) la aplicación de agravantes, normalmente la alevosía;  
c) la legítima defensa.

Sin embargo, un análisis más detenido permite observar que si bien la norma es neutral su interpretación no lo es.

Por lo que respecta a cómo se atribuye el dolo de matar, ello ha sido objeto de estudio en Alemania por parte de diversas autoras (Oberlies, 1986; 1989; Bahr Jendges, 1984; Junger, 1984).

De acuerdo a estas autoras, todos los razonamientos utilizados conducen a afirmar que en el caso de la mujer existe voluntad de matar (por lo que se aprecia delito consumado o tentativa).

Por el contrario, las asunciones que rodean el comportamiento del hombre tienden a negar que en él exista dolo de matar (por lo que se aprecia preferentemente un delito de lesiones consumado en vez de tentativa de homicidio).

Como sabemos, es difícil para los tribunales decidir en determinados casos entre la alternativa de delito de lesiones (consumado) o (tentativa de) delito de homicidio.

<sup>6</sup> A título de ejemplo, véase el magnífico estudio de Alda FACÍO y Rosalía CAMACHO (1993). Cuando estas autoras analizan diversos textos criminológicos con una mirada "género sensitiva" aparece evidente que las afirmaciones que se realizan en el seno de la criminología, también crítica, son, aun cuando formuladas de forma general, aplicables sólo a los hombres.

Uno de los indicadores que se adopta es el arma utilizada. Se considera que si el arma utilizada es peligrosa, ello es un indicio de que existía dolo de matar.

De forma inadvertida, este indicador es perjudicial para la mujer. Pues mientras el hombre puede estrangular con sus manos, la mujer no. Por lo que, ya sea para lesionar o para matar, lo habitual será que la mujer utilice un arma peligrosa.

Un segundo razonamiento, que sirve para atribuir o rechazar el dolo de matar es la consideración de que "si el hombre hubiese querido verdaderamente matarla lo hubiese conseguido"; la no consecución del resultado es de nuevo visto como un indicio de que no existía dolo.

Razonamiento éste que no se utiliza en el supuesto de que sea una mujer la que realice el comportamiento lesivo.

También existe la idea de que "si la ha estado apalizando durante años, es probable que tampoco en esta ocasión quisiera matarla, sólo lesionarla".

Por el contrario, las asunciones que rigen para el caso de la mujer maltratada que mata a su marido es, o bien: a) que actúa movida por un ánimo de venganza y pretende no sólo lesionarlo sino causarle la muerte, o b) su defensa es desproporcional, pues ella mata y el marido no pretendía matarla, sino sólo apalizarla.

Finalmente, es frecuente que cuando el hombre mata a su mujer actúe bajo los efectos del alcohol. De acuerdo a las observaciones de las estudiosas alemanas, los tribunales son proclives a aceptar que la ebriedad disminuye los efectos de la voluntad. Sin embargo, no existe la misma recepción de que afectos como el odio o la ira, presentes normalmente en las mujeres que matan a sus maridos, produzcan tamaña alteración de la voluntad.

El segundo aspecto que es formulado de forma neutral, aun cuando tiene repercusiones distintas para cada género, es la agravante de la alevosía.

También en Alemania ha sido objeto de estudio este aspecto. La diferencia radica entre la posibilidad de apli-

car el tipo penal de Totschlag (pár. 212, con una pena no superior a 5 años) o Mord (pár. 211, que conlleva cadena perpetua, pena no inferior a 15 años).

El segundo tipo penal se aprecia siempre que se dé el requisito de *Heimtücke* (matar estando la víctima desprevenida e indefensa). El fenómeno que se observa es que la mujer, que consecuencia de los malos tratos, mata a su marido, recibe la calificación de *Heimtücke*<sup>7</sup>. Debido a que la mujer, para poder tener éxito en su ataque, matará siempre de forma desprevenida, ello conllevará la aplicación del delito más grave. Por el contrario, el marido no necesita que la mujer esté desprevenida ni indefensa para matarla<sup>8</sup>.

También en España, en todas las Sentencias del Tribunal Supremo que he podido estudiar, es frecuente que la mujer que mata a su marido sea calificada de alevosa.

Ello obedece a que la mujer que decide matar a su marido lo realiza cuando este duerme, cuando está desprevenido, cuando está ebrio, de espaldas, etcétera.

Los tribunales consideran que esta forma de proceder "cautelosa y taimada" da lugar a la aplicación de la agravante de alevosía.

Sin embargo la aplicación de la alevosía en este caso supone que a la mujer se la está castigando de forma agravada por utilizar un medio que requiere necesariamente para poder llevar a término el tipo básico. Por lo

<sup>7</sup> Como señala JUNGER (1984), resulta curioso la transformación de la arglosigkeit de "no haber dado motivos" a «no esperar nada malo». Este segundo significado es el que actualmente tiene, y una se pregunta legítimamente porque el marido después de años de apalazar a su mujer seguía confiado y "sin esperar nada malo".

<sup>8</sup> La parcialidad de la formulación respecto del género puede verse adicionalmente en el hecho de que se considera que la mujer quizás sí está indefensa pero no a consecuencia de estar desprevenida (pues ha sido víctima de repetidos ataques), con lo cual su muerte no es calificada de *Heimtücke* (Junger, 1984).

que se refiere a las atenuantes también en ellas se da una interpretación masculina.

Así como muestran Fernández Fernández Orts (1988:40), es habitual que el tribunal entienda que el marido ha actuado producto de un "arrebato u obcecación" al enterarse de que su mujer mantenía relaciones con otro.

Sin embargo, es probable que el tribunal considere que la misma noticia no produce en la mujer este arrebato u obcecación.

Del mismo modo, es posible que el tribunal considere que el hecho de que la mujer no cumplió las expectativas del marido como madre y esposa produzcan en el marido un arrebato u obcecación (Fernández Fernández Orts, 1988:72).

Pero, desde luego, no produce arrebato u obcecación para la mujer el hecho de que el marido no cumpla las expectativas de la mujer.

El juez se interroga cómo reaccionaría el "hombre medio" a la provocación, pensando efectivamente en el hombre. Pero lo curioso es que el juez crea estar aplicando un criterio general válido para ambos, hombres y mujeres.

Finalmente, también la legítima defensa es interpretada de acuerdo a una óptica masculina.

Ello ha sido objeto de estudio por diversas autoras norteamericanas (Byrd, S.,1991; Rosen, C.,1986; Rosen, R.,1993; Schulhofer, S.,1990) que han destacado que la exigencia de que el ataque sea actual está pensada para permitir la eximente en caso de ataques puntuales, en situaciones de combate.

Es lógico que en situaciones actuales de confrontación la mujer no pueda defenderse, por lo que debe esperar a que el ataque cese, aun cuando sea momentáneamente.

La exigencia de actualidad, aplicada de forma mecanicista, implica que la legítima defensa sea prácticamente inaplicable en las situaciones en que la mujer se defiende del marido que la maltrata.

Pienso que es posible ver, en esta constelación de mujeres maltratadas que en legítima defensa matan a su ma-

rido, que bajo la aparente neutralidad de las normas se mantiene un estándar masculino.

No es un problema de que el derecho se esté aplicando mal. El derecho se está aplicando "objetivamente". Entendiendo, desde luego, que lo "objetivo" es el parámetro establecido por los hombres (de clase media blancos)<sup>9</sup>.

Es curioso observar cómo ha triunfado la concepción de que la "perspectiva masculina es una no perspectiva" (Fació, 1993:8) y cómo, aun siendo particular, ha triunfado en hacer ver que representa lo universal (MacKinnon, 1983).

### *3. El derecho penal desvalora a las mujeres*

Ha sido puesto de relieve por numerosas estudiosas feministas (Olsen, 1990) que el mundo se estructura en dualismos (racional/irracional; abstracto/concreto; objetivo/subjetivo; pasivo/activo; agresivo/afectivo). Sin embargo, ambas partes de la dualidad no gozan del mismo valor.

Creo que compartiremos que a las mujeres se les atribuye las características asociadas con la parte de la dualidad más devaluada. En tanto que a los hombres se les atribuyen las características asociadas con la parte valorada (racional, abstracto, objetivo, activo...).

Si damos un paso ulterior, veremos que también del derecho se predicán estas características, las asociadas con el lado masculino de estos dualismos<sup>10</sup>.

<sup>9</sup> Como afirma Alda Fació (1993:27) "Esta gama de críticas nos saca del dominio liberal y nos obliga a cuestionarnos las propias suposiciones de objetividad, racionalidad y universalidad que subyacen en el fenómeno jurídico".

De ahí el cuestionamiento del legado de los principios de la Ilustración como principios universales y la empatía de ciertos análisis feministas con lo que de forma más o menos imprecisa, se denomina "postmodernismo".

<sup>10</sup> Estoy de acuerdo con OLSEN (1990) de que, el derecho no es

¿Tiene ello alguna importancia? Entiendo que sí. Quizás ello sea de utilidad para explicar lo que se ha denominado la "conciencia jurídica negativa de las mujeres" (menor conocimiento del derecho, menor recurso al derecho)<sup>11</sup>.

Si del derecho se predicán los valores contrarios a los que se predicán de las mujeres y la forma de operar del derecho es contraria a la forma normalmente utilizada por las mujeres para resolver conflictos, quizás ello explique el "extrañamiento" de las mujeres con el derecho y, en concreto, con el derecho penal.

Esta reflexión ha recibido un mayor impulso con la obra de Gillighan (1982).

Como es conocido, de acuerdo a esta autora hay dos formas de razonamiento moral, que ella denomina, respectivamente, ética del cuidado y ética del derecho.

En tanto las mujeres responden normalmente a un modelo de la "ética del cuidado", los hombres solucionan los conflictos atendiendo a una "ética del derecho".

La "ética del cuidado" se caracterizaría por resolver los problemas respetando o priorizando unos principios distintos de la "ética del derecho".

La primera enfatiza conseguir una solución que no lesione las relaciones personales, en tanto la segunda prioriza el valor de la imparcialidad, la objetividad.

La ética del cuidado da más valor a todo el contexto para el cual se debe encontrar la solución; el responder al

---

así, no representa exclusivamente un lado del dualismo. Pero, en mi opinión, ello no desvirtúa el hecho de que se quiere que el derecho (y los hombres) sean así.

<sup>11</sup> Ya es de nuevo curioso que ello se etiquete de «negativo». Pues el desconocimiento del derecho o el que se recurra pocas veces a él puede ser también expresión de una gran desconfianza en la capacidad de resolver conflictos mostrada por el derecho (Gerhard, 1984).

problema, evitar el sufrimiento, devienen más relevantes que la resolución del problema de acuerdo a los derechos que ambas partes tienen.

Y, finalmente, la ética del cuidado prioriza más la negociación, la mediación, antes que la solución formal y abstracta jerárquicamente impuesta.

Si este análisis es correcto<sup>12</sup>, el derecho (y también el derecho penal) incorporaría sólo la forma de razonar, de resolver conflictos, masculina.

#### *4. El derecho penal desprotege a las mujeres*

La ausencia de derecho penal se observa no sólo en su falta de aplicación, o en su defectuosa aplicación, sino, en ocasiones, en la ausencia de regulación.

Esta ausencia de regulación ha sido en numerosas ocasiones justificada aludiendo a la sacralidad del ámbito privado. Esta ausencia de regulación en el ámbito privado implica bagatelizar y privatizar los problemas que las mujeres tienen.

La visión que se da con esta ausencia de derecho penal, es que lo que sucede en casa son "minucias" que no tienen categoría para ser legisladas y tomadas en serio por el Estado. O, alternativamente, que en casa el control del Estado es delegado a su representante.

Esta conjunción de factores explica el que, por ejemplo, la violación en el matrimonio esté expresamente excluida del delito de violación (en el Código Penal alemán).

O que delitos como el de violencia doméstica o impago

<sup>12</sup> Numerosas autoras han señalado que la ética del cuidado no es algo esencialmente femenino; también han destacado que el derecho generalmente contiene elementos de ambas "éticas". Otras, por el contrario, han aceptado que la forma como el derecho actúa es jerárquica, inquisitorial, y da primacía a principios abstractos por encima de cualquier otro factor.

de pensiones hayan tenido una entrada tardía en el Código Penal español (introducidos en la reforma de 1989).

También explica que determinados delitos contra la propiedad realizados entre cónyuges queden exentos de responsabilidad penal (art. 268, Código Penal español). O, por último, que se exija denuncia para determinados delitos que afectan fundamentalmente a la mujer (p. ej., delitos contra la libertad sexual, abandono de familia) dando con ello la imagen de que en éstos, a diferencia del resto, no existe un interés público.

Todas estas exclusiones del derecho penal han encontrado su fundamentación última en la idea de que el Estado no debe perturbar el ámbito privado.

Esta idea puede provenir de dos intuiciones: que en el ámbito privado existe la paz, o bien que no es necesario intervención equilibradora alguna al existir una relación de igualdad. Ambas son falsas.

En otras ocasiones, la desprotección acontece no por la ausencia de derecho penal, sino por una regulación insuficiente al estar desde un punto de vista masculino.

Ello es lo que sucedía con el tipo de violación en el Código Penal español, anterior a su reforma en 1989, que parecía definida desde un punto de vista masculino. Sólo el embarazo preocupaba y, en consecuencia, sólo el acceso vaginal era considerado violación. El acceso anal o bucal no parecían tener la misma consideración degradante, aun cuando, indudablemente, lesionasen la libertad sexual de la mujer.

También deficiente aparece, desde una perspectiva feminista, la regulación del tipo penal de violencia doméstica. La exigencia de "habitualidad" o su inclusión en los delitos contra la integridad física ignoran la especificidad de este delito en el cual la víctima se ve obligada a convivir con el agresor, siendo lesionados, en consecuencia, múltiples bienes jurídicos (libertad, seguridad) y no sólo la integridad física.

### III. ¿QUÉ HACE LA MUJER CON EL DERECHO PENAL?

Cada una de las críticas expuestas anteriormente ha originado diversas estrategias elaboradas por grupos de mujeres. En ocasiones, una estrategia ha sucedido a otra; en ocasiones, coexisten en función de cuál sea el objetivo concreto.

A continuación expondré las que, en mi opinión, han sido las estrategias más usadas por diversos grupos de mujeres feministas en el ámbito del derecho penal, así como también las dificultades que cada una de ellas encuentra.

#### *1. Eliminar la desigualdad y plasmar la diferencia*

La reivindicación originaria de conseguir la igualdad ha comportado exigir y eliminar los casos más groseros de trato desigual.

Sin embargo esta política de exigir un "trato igual" provoca algunas dudas.

En primer lugar, surge el problema obvio de que el "trato igual" ante la ley no elimina la desigualdad real existente. En consecuencia, decir que "a la mujer se la tratará como al hombre" no supone, evidentemente, que se la trate igual (recuérdese el ejemplo de la legítima defensa que he expuesto anteriormente).

Adicionalmente, el "trato igual" da la idea de que bajo las definiciones neutrales existe una efectiva neutralidad, oscureciendo el hecho de que bajo esta neutralidad late una interpretación masculina o una aplicación masculina (recuérdese los estereotipos asociados al comportamiento de cada género que rigen la aplicación de los tipos penales).

Finalmente, la pretensión de "trato igual" puede ser, en ocasiones, insuficiente para conseguir que se proteja a la mujer al deber encontrarse siempre un referente respecto de los hombres, (recuérdese la polémica acerca de la igualdad suscitada por la introducción del delito de impago de pensiones).

Como afirma MacKinnon (1984:34), el problema es que "el hombre ha devenido la medida de todas las cosas". Si somos "iguales" es a los hombres, si somos "desiguales", es respecto de los hombres.

Adicionalmente, para ser tratadas de forma igual debemos, primero, ser como los hombres y, consecuentemente, ser excepciones al género de mujeres (MacKinnon, 1982:73).

Ello da una idea de que combatimos la diferencia cuando no combatimos la diferencia, sino la subordinación asociada con la diferencia.

Por otra parte, el "trato desigual positivo" para conseguir la igualdad material puede perpetuar la imagen de diferencia que muchas mujeres rechazan, al no querer y no sentirse representadas por la imagen de mujer que se construye.

También se objeta que el trato especial no contribuye a alterar la desigualdad sobre la que la diferencia se construye.

Adicionalmente, este teórico trato privilegiado se adopta sobre unos valores que no son necesariamente nuestros, sino que han sido atribuidos por los hombres para su uso, (recuérdese el ejemplo expuesto del infanticidio).

Finalmente, se pueden suceder casos de que a cada tipo penal que pretenda una especial protección de la mujer le suceda otro tipo penal que en aras de la igualdad ("vengativa") pretenda también proteger a los nombres (recuérdese las propuestas de penalizar el incumplimiento del régimen de visitas posteriores a la introducción del tipo penal del impago de pensiones).

Mientras no se rete la capacidad del hombre para devenir la medida de todas las cosas, el discurso parecerá estar atrapado en esta disyuntiva.

De nuevo citando a MacKinnon (cit. por Eisenstein, 1988:55), "Hay dos opciones. La primera la llamo el estándar masculino: Las mujeres pueden ser iguales a los hombres. En derecho se llama neutralidad. La otra opción la llamo el estándar femenino: Puedes ser diferente

de los hombres. En derecho se llama protección especial. De cualquiera de las formas son los hombres los que articulan el estándar bajo el cual se mide.

Puedes ser lo mismo que un hombre, y entonces serás igual, o puedes ser distinta de los hombres, y entonces serás mujer”.

## 2. Propuesta de otro derecho penal (feminista)

Otra estrategia más reciente utilizada por mujeres que aceptan que el derecho representa exclusivamente los valores masculinos, ha sido la de iniciar una teoría del derecho (*Feminist Jurisprudence*), basada en las características que Gillighan (1982) atribuye a la ética del cuidado.

Es cierto que esta propuesta, por lo menos hasta donde alcanzo a conocer, está poco elaborada.

De acuerdo a West (1993:88), lo que se conoce por *Feminist Jurisprudence* consiste en dos proyectos relativamente discretos.

El primero de ellos hace referencia a la crítica al derecho existente, el cual, como se ha dicho, bajo su aparente neutralidad incorpora una visión masculina.

La *Feminist Jurisprudence*, en consecuencia, se identificaría por el hecho de plantear la “woman question” en cada caso (Bartlett, 1991:371), y por realizar todo análisis bajo una perspectiva de género.

El segundo proyecto de la *Feminist Jurisprudence* consiste en reconstruir a la mujer como sujeto de derechos que partan de su situación y las concretas condiciones de existencia en que las mujeres se encuentran.

Ello significa redefinir las “labores domésticas”, los derechos de reproducción, los derechos de las mujeres en el trabajo, así como hacer visible el “daño” en muchas situaciones en las cuales se ha negado.

García Amado (1992), en una crítica fundada<sup>13</sup> de la

<sup>13</sup> A pesar de que en algún caso GARCÍA AMADO (1992: notas 4 y 9)

*Feminist Jurisprudence*, plantea los peligros que, en su opinión, le acechan.

Éstos pueden resumirse fundamentalmente en:

- a) casuismo: el peligro que la crítica a principios generales comporte la discusión exclusiva del caso concreto.
- b) relativismo: renuncia a criterios objetivos, imparciales, igualitarios en aras de la consecución de la justicia para el caso concreto.
- c) particularismo: renuncia a normas aplicables a todos los colectivos. Al tiempo que señala que este particularismo incurre en una nueva universalización al hablar de "las" mujeres.

García Amado entiende que este tipo de derecho renunciaría, precisamente, a una de sus misiones: establecer el marco común en el cual la convivencia de todos los colectivos sea posible.

Entiendo que la crítica de García Amado sería correcta si las mujeres juristas feministas planteasen un proyecto alternativo. Pero lo que plantean, si mi comprensión es acertada, es que el derecho, aceptado que no es neutral, incorpore también la perspectiva de género y atienda a todos los colectivos sociales para definir que es injusto.

La incorporación de ambas perspectivas no implica tampoco una renuncia a la elaboración de principios generales. Como señala West (1993:92), "(...) una comunidad y una judicatura que se apoyen en valores de cuidado, empatía, en vez de exclusivamente en el imperio de la razón no tiene por qué diluirse ni en un cenegal ni convertirse en un espectro de totalitarismo".

En mi opinión, la *Feminist Jurisprudence* aplicada al derecho penal ha representado:

---

parece entender que la ética del cuidado, propuesta por Gilligan, es similar a una "ética del soborno". No alcanza a entender cómo una solución a un conflicto mediada y negociada con todas las partes puede equipararse al favoritismo.

- a) Explicitar y hacer público el daño a mujeres que o bien por una interpretación exclusivamente masculina o bien por realizarse tras los muros de la casa era hasta hace poco invisible (p. ej., violencia doméstica; violación en el matrimonio; acoso sexual; etc.).
- b) Desvelar que la perspectiva "objetiva" es sinónimo en numerosas ocasiones de "subjetivomasculina" (p. ej., legítima defensa).
- c) Cuestionar los valores presentes en el proceso penal y sugerir la necesidad de incorporar un proceso que atienda más a los aspectos de mediación entre las partes (alternativa sugerida en ocasiones para hacer frente a los problemas de violencia doméstica).
- d) Tomar en consideración no sólo el acto, sino el contexto en el que se produce (propuesta realizada al amparo de los casos en los que la mujer maltratada mata al marido y no se atiende a la situación de malos tratos en donde se produce).

### 3. *Alternativas al derecho penal*

Una última estrategia utilizada por grupos feministas ha sido el recurso al derecho penal con el fin de conseguir una mayor protección de las mujeres.

Esta estrategia comporta, normalmente, la exigencia de que el derecho penal recoja las reivindicaciones de los movimientos de mujeres y criminalice aquellos comportamientos más lesivos<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Ello ha comportado la acusación de que las mujeres feministas son "empresarios morales atípicos" que pretenden que su cosmovisión particular tenga el respaldo del derecho penal (Scheerer, 1986). Este autor incurre en alguna exageración: a) presenta a todas las feministas como represoras de las que llega a afirmar que exigen la pena de muerte desconociendo la existencia de discusiones y la preocupación existente en el propio seno del movimiento feminista para incrementar la protección de

Sin embargo, a esta utilización intensiva del derecho penal se le ha opuesto, también desde grupos feministas, la consideración de que recurrir al derecho penal es ineficaz e ilegítimo.

Si se afirma que el derecho penal es un instrumento esencialmente masculino (por los valores que incorpora, por la forma de proceder, etc.) resultará ser un medio poco eficaz en la lucha de las mujeres.

Resulta contradictorio que se acuse al derecho penal de ser un medio patriarcal y se recurra a él, con lo cual, en vez de contribuir a extinguirlo, se contribuye a engrandecerlo.

Por otra parte, la introducción de tipos penales no asegura su aplicación. Tampoco asegura una aplicación libre de estereotipos masculinos que socavan la pretendida eficacia del derecho penal como un medio idóneo para proteger a las mujeres.

Como ejemplo de ello se alude a los estereotipos que rigen respecto al delito de violación (para proceder por un delito de violación, la víctima ha de ser "inocente", "creíble" y "heroica"); respecto a los delitos de malos tratos (la reticencia de los jueces a procesar por este delito es que "al final las mujeres siempre perdonan"); respecto del impago de pensiones (la reticencia proviene de que "el hombre ya se gasta el dinero con sus hijos, lo que no quiere es pagarle a ella").

Todos estos estereotipos muestran las dificultades que tienen las mujeres para conseguir una protección eficaz del sistema penal.

---

la mujer sin incurrir en una mayor criminalización; b) presenta las demandas de las feministas como una "mera" demanda moral; como si la violación en el matrimonio careciera, a diferencia de la violación, de un bien jurídico y fuera una «simple cuestión de distintas moralidades» (Kaysser, M., 1995); c) desconoce el alto contenido moral de sus propias afirmaciones (Günther, K., 1989).

Además se alude a que no es un medio apto para solucionar conflictos entre gente conocida. El derecho penal debe encontrar un culpable para creerse en presencia de una víctima y enfrentar al culpable con la víctima, aspecto éste que no se corresponde, en ocasiones, con los sentimientos ambiguos de la mujer.

Finalmente, el recurso por parte de las mujeres al derecho penal puede provocar la introducción de nuevos tipos penales que perjudiquen a las mujeres. En aras de una "igualdad vengativa", cada nuevo tipo penal introducido por las presiones de movimientos de mujeres se intenta contrarrestar con un tipo penal propuesto por asociaciones de hombres.

Desconfiando de su eficacia instrumental, otros grupos de mujeres han defendido la utilización simbólica del derecho penal.

Desde luego, se afirma, que el derecho penal no protege a las mujeres, pero, cuando menos, sirve para manifestar la condena social a determinadas conductas y con ello conseguir un cambio de actitudes.

Aun cuando los jueces no condenen, quizás sea positivo que la sociedad tome conciencia que pegar a una mujer en su casa es un delito y no una prueba de "lo mucho que la quiere". Es positivo que la sociedad tome conciencia del acoso sexual al que se ven sometidas numerosas mujeres y entienda que las mujeres que se oponen a ello no lo hacen por ser "puritanas", etcétera.

Pero también la función simbólica se encuentra con dificultades.

Que cada problema de las mujeres deba ser definido en términos de delito implica reformularlo en términos que sean abarcables por el derecho penal.

De ahí, por ejemplo, las dificultades de formular un tipo penal que castigue el acoso sexual. O también por ejemplo las críticas de que los tipos penales de violencia doméstica ignoran todos aquellos casos de violencia psíquica que se ejerce sobre la mujer.

Implica, también, individualizarlo por la necesidad de encontrar un culpable y atribuir responsabilidad. Con ello huelga decir que la responsabilidad social en la producción de las estructuras que permiten esta situación queda oscurecida, pues su discusión no es pertinente en el proceso penal.

Comporta concentrarse en aquellas situaciones excepcionales y desatender las situaciones cotidianas de violencia o discriminación que aún sufren las mujeres. Que las mujeres no cobren lo mismo que los hombres, que sean prácticamente invisibles en la vida pública, que sean especiales víctimas de ideas religiosas o de guerras, etc., son todos ellos aspectos que no pueden ser abordados por el derecho penal y, sin embargo, son prácticas que perjudican a todas las mujeres.

Finalmente, la utilización simbólica del derecho penal produce víctimas reales. Pues las mujeres también saben perfectamente que sólo determinados hombres son "clientes" del sistema penal.

También en este ámbito el derecho penal opera de forma selectiva y no castiga a "los" hombres sino, fundamentalmente, a los hombres que no pertenecen a una determinada raza y clase social.

¿Es posible ofrecer alguna solución? ¿Es posible compaginar el intento de ser criminólogas críticas (o criminólogas abolicionistas) y ser, al mismo tiempo feministas? No es fácil.

Sin embargo, debido a que esta última estrategia es la que más coincide con mis preferencias personales, permítaseme exponer unas "reflexiones inacabadas" que quizás puedan contribuir a la discusión.

Destacaría que es cierto que la actual regulación de determinados delitos tiene un contenido simbólico en el sentido que emite una determinada imagen de mujer y por ello es necesario participar en los debates de reforma legal de los tipos penales existentes.

Aceptaría que se utilice el derecho penal existente por

parte de las organizaciones de mujeres, al tiempo que favorecería el recurso a instituciones intermedias de ayuda y asesoramiento fuera del sistema penal.

Propulsaría, con todas las dificultades que conlleva, reformas negativas<sup>15</sup>. Esto es, todos aquellos cambios en el derecho y proceso penal que contribuyan a dar más poder a la mujer para iniciar y finalizar el procedimiento penal en cualquier estadio.

Finalmente, no estimo necesario sugerir la introducción de nuevos tipos penales. Pienso que la solución que se pretende conseguir puede alcanzarse mediante otros medios alternativos (entre ellos, no excluyo el recurso al derecho civil).

Tampoco considero adecuado que se defienda el recurso al derecho penal exclusivamente en base a su función simbólica. Entiendo que el derecho penal no debe ser utilizado como un instrumento pedagógico para lanzar mensajes.

Además de los argumentos anteriores expuestos, mi rechazo obedece a que recurrir al derecho penal implica también emitir el mensaje de que el castigo, y en nuestros derechos penales ello implica normalmente la cárcel, es una solución.

Soy consciente de que estas reflexiones no están exentas de contradicciones, pero pienso que éstas surgen del difícil intento de compaginar lo existente con lo deseable.

<sup>15</sup> La expresión es del criminólogo abolicionista Mathiesen.