

**M<sup>a</sup> DOLORES FERNANDEZ RODRIGUEZ**

**Profesora Titular de Derecho Penal  
Universidad de Murcia**

**Condición femenina y represión**

## I

A diario, la lectura de la prensa española nos obliga a desayunar con nuevos sapos de corrupción pero si volvemos la mirada al resto de las noticias nacionales e internacionales veremos que las cuestiones de política criminal más debatidas en la actualidad giran en torno a sucesos en los que las mujeres, siempre como víctimas, aparecen directamente involucradas.

Las polémicas desatadas por algunos procesos célebres de violación (casos Kennedy o Tyson en USA) o, en nuestro país, las desencadenadas no ya sólo por algunas discutibles sentencias, sino por la reformada tipificación de ese delito, las campañas a favor o en contra de la prohibición del aborto o de la reglamentación de la prostitución, el descubrimiento de nuevas redes de trata de blancas o el incremento de las denuncias por acoso sexual en el trabajo, por incesto o por malos tratos en el ámbito familiar, revelan la dinámica del sexo en el Derecho penal, poniendo de manifiesto que es en este sector jurídico donde se hace más ostensible la moralidad hipócrita de una sociedad patriarcal.

Si la historia de la humanidad es la historia del dominio del varón, no debe sorprender que éste se haya servido del Derecho penal para reproducir y perpetuar las concepciones tradicionales sobre la naturaleza y el papel de las mujeres y para asegurar el mantenimiento de su dependencia.

También en nuestro país han sido los hombres los que han decidido el grado de protagonismo que las mujeres merecen en el Derecho penal en función, naturalmente, no de los intereses femeninos sino de los masculinos. Y no olvidemos que la estampa del caballero español es la de un hombre de pelo en pecho, capa y espada presta para salir en defensa del honor, sobre todo si del honor sexual se trata.

Porque, en efecto, lo que no se puede negar al legislador penal español es lo arraigado de sus convicciones: a las puertas del siglo XXI sigue pensando -como señala Gimbernat con magistral ironía- que no se puede tolerar que con la madre, con la esposa y con la hija se gasten bromas y, mucho menos aún, que sean ellas las que las gasten (1). Algo hemos avanzado, sin embargo, ya que el instrumento hoy desenvainado es el Código penal.

Que el sexo constituye un innegable factor de riesgo, un elemento victimador, es una realidad incuestionada; como lo es, asimismo, que con demasiada frecuencia la víctima femenina del delito sufre una añadida victimización que tiene su origen en el propio sistema legal. Ya sea por la incompreensión o maltrato del personal policial o judicial, ya sea por la dilación del proceso, o por la actitud belicosa del abogado defensor que, sobre todo en delitos sexuales y de malos tratos, mediante tácticas de neutralización acaba acusando a la víctima de agente provocador, lo cierto es que ésta ve incrementados sus sentimientos de amargura, angustia, humillación y temor. Sin embargo, no voy a analizar estos factores victimales (2); lo que me propongo es poner de relieve que el sistema penal no sólo propicia la victimización secundaria sino tam-

---

(1) Cfr.: E. Gimbernat Ordeig, *La mujer y el Código penal español*, en *Estudios de Derecho penal*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 78.

(2) Sobre la victimización secundaria, vid.: A. García-Pablos, *Manual de Criminología*, Espasa-Calpe, Madrid, 1988, págs. 92 y s.s. También: G. Landrove Díaz, *Victimología*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, págs. 44 y s.s. y *El caso de la mujer de vida licenciosa*, en *Jueces para la Democracia*, 6, abril de 1989, págs. 3 y s.s.

bién la terciaria y que, en determinados supuestos, el Derecho penal inicia ya su papel victimizante con el propio proceso tipificador.

## II

Como es sabido, en el ordenamiento jurídico español la mujer ha sido -y continúa siendo- objeto de un trato discriminatorio respecto del varón. Hasta el punto de que la historia de algunas figuras penales podría titularse sin exageraciones "como ser mujer en el Derecho penal español y sí morir en el intento".

El supuesto más evidente lo constituía, sin duda, el "uxoricidio por honor" que, salvo el honroso paréntesis de 1932, estuvo vigente en nuestra legislación penal hasta 1963. Y entonces no se erradicó del texto revisado del Código penal por su crueldad sino por estimarse innecesaria su expresa consignación, habida cuenta que los mismos efectos podían alcanzarse con el concurso de las eximentes y atenuantes.

En efecto, el "uxoricidio por honor" se configuraba como una peculiar patente de corso concedida al varón, esposo o padre, para matar o lesionar, en defensa de su honor, a la mujer sorprendida en flagrante adulterio o a la hija menor de veintitrés años que viviere en el domicilio paterno y fuera sorprendida en "análogas circunstancias". Precepto inspirado, como otras muchas normas del Código penal, en un calderoniano sentido del honor y que, habida cuenta la tibia o nula reacción punitiva prevista (destierro en caso de muerte, impunes las lesiones por graves que fueren) suponía una descarada invitación al crimen.

Execrable beneficio que, desde el Fuero Juzgo, sólo disfrutaban los varones. Es cierto que el Código de 1928 también se lo reconoció a la mujer del adúltero pero dejando al arbitrio del Tribunal la determinación de la pena a imponer,

con la única limitación de que fuera inferior a la prevista para el parricidio o para las lesiones agravadas por el parentesco. Ni que decir tiene que el uxoricidio cometido por el varón era juzgado con mayor benevolencia que el conyugicidio cometido por la mujer. Además, la diferente configuración de los tipos de adulterio y amancebamiento hacía prácticamente imposible que la mujer pudiera aprovecharse de tal beneficio (3); desigualdad incriminatoria que ya por sí misma implicaba un intolerable perjuicio para la mujer.

Conforme a la definición introducida en el Texto de 1848, cometía delito de adulterio la mujer casada que yaciera una sola vez con varón que no fuera su marido. En cambio, el delito de amancebamiento (adulterio del varón) no se colmaba con un solo yacimiento extramatrimonial, ni siquiera con numerosos accesos carnales si se realizaba con distintas mujeres. Lo que el tipo requería era que el marido tuviera manceba dentro de la casa conyugal o fuera de ella con escándalo (o "notoriamente" según la terminología utilizada desde el Código de 1944). En definitiva, se exigía una permanencia y habitualidad que fueran del dominio público.

Al respecto, resulta especialmente expresiva la *Sentencia de 17 de febrero de 1965* que rechazó calificar como delito de amancebamiento un supuesto en el que un hombre casado había mantenido relaciones extramatrimoniales con una mujer de las que nacieron dos hijos que fueron inscritos en el Registro Civil. Para tan peregrino fallo jurisprudencial el Tribunal Supremo se basó en la argumentación de que dichas relaciones extramatrimoniales se habían mantenido discretamente; discreción que -se afirmaba en la sentencia- no quedaba contradicha por el nacimiento e inscripción de los hijos en

---

(3) Habida cuenta que el concepto penal de amancebamiento exigía que el marido "tuviera manceba en la casa conyugal, o fuera de ella con escándalo", un solo acto *in fraganti* no constituía técnicamente un delito de adulterio, por lo que difícilmente podía ser "sorprendido en el mismo por su mujer".

el Registro, aunque en éste constase el nombre de los progenitores.

Con la aludida salvedad del Código republicano que, consecuente con la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932 que incluía el adulterio como causa de divorcio, había eliminado dicha conducta de su articulado, la definición legal del Código de 1848 se mantendría inalterada en los textos posteriores.

La irritante desigualdad en la configuración de los tipos se extendía también a los efectos punitivos pues el adulterio de la mujer, hasta el Código de 1928, se castigaba con pena más severa que el amancebamiento del varón. El Texto de 1822, incluso, permitía al marido fijar el tiempo de reclusión que debía sufrir su casquivana y adúltera mujer.

Que a mediados del siglo pasado afirmase Pacheco que sería “necio y mal sonante” detenerse en demostrar que el adulterio debía ser un delito no debe sorprendernos demasiado; pero que un siglo después justificara Sánchez Tejerina el mayor rigor punitivo previsto para la mujer afirmando que a ésta le es exigible mayor moralidad por ser “más pasiva y menos pasional en la vida sexual que el hombre” (4) resultaría anecdótico si no fuera porque, desgraciadamente, expresaba la común opinión doctrinal.

Así era, en efecto, pues aunque la primera lanza en favor de la desincriminación del adulterio la había roto ya en 1870 Buenaventura Selva denunciando que las leyes sobre el adulterio “más parecían dictadas por maridos injuriados que por legisladores prudentes” (5), tendría que pasar más de un siglo desde entonces para que los penalistas españoles compartieran, mayoritariamente, las razones destipificadoras

---

(4) Cfr.: I. Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, Parte especial, II, 4ª edición, Reus, Madrid, 1945, pág. 284.

(5) Cfr.: N. Buenaventura Selva, *Comentarios al Código penal reformado*, Imprenta Española, Madrid, 1870, pág. 201.

defendidas por Langle en 1922 (6) y para que el legislador, por Ley de 26 de mayo de 1978, erradicase definitivamente (?) esa conducta del catálogo delictivo.

El adulterio y el "uxoricidio por honor" constituyeron figuras paradigmáticas de discriminación y victimización femenina, pero en la historia de la legislación penal de nuestro país se pueden detectar otras normas penales cuya vocación degradante de la condición femenina se encuentra enmascarada, precisamente, por el velo de un aparente afán proteccionista de la mujer.

Como tendré ocasión de poner de relieve, cuanto más "cortés", más ofensivo resulta el legislador español, ya que cuando decide otorgar a las mujeres una especial protección lo hace desde la consideración de que son seres inferiores, desvalidos e irresponsables o porque las reduce a la condición de sujetos reproductores o de arcanos del honor sexual familiar. Sólo desde tan aguda, penetrante, generosa y optimista percepción de la mujer se pueden comprender algunos preceptos penales.

### III

Abolida la pena de muerte por el art. 15 de la Constitución de 1978, hasta la promulgación de la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983 no se dejó expresamente sin contenido el art. 83 del Código penal. Aparte del superfluo párrafo primero del precepto ("la pena de muerte se ejecutará en la forma determinada por los reglamentos"), precisaba el párrafo segundo: "No se ejecutará esta pena en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento".

Por supuesto, admitido ese asesinato jurídico que es siempre la pena capital, tiene razón Ferrer Sana cuando afirma

---

(6) Vid.: E. Langle, *¿Debe constituir delito el adulterio?*, Reus, Madrid, 1922.

que tal precepto era tan razonable que cualquier persona, incluso el profano, puede descubrir su legítimo fundamento (7).

Por ello, no es difícil rastrear antecedentes de la norma en el Derecho romano y en el histórico español. Así, en las Partidas se establecía que "si alguna muger preñada fiziere por que deue morir, que la non deuen matar fasta que sea parida. Ca si el fijo que es nascido non deue rescebir pena por el yerro del padre, mucho menos la meresce el que está en el vientre por el yerro de su madre" (Ley XI, Título XXXI, Partida VII).

El Código penal de 1822 optó, incluso, por una fórmula más generosa: ninguna sentencia en que se imponga pena a mujer embarazada se notificará a ésta, ni se ejecutará, hasta que pasen cuarenta días después del parto, a no ser que ella misma lo permita expresamente; pero la sentencia de muerte que cause ejecutoria no se le notificará ni se ejecutará *nunca* hasta que se verifique el parto y pase la cuarentena (art. 68). Obviamente, en el temor a producir el aborto con la notificación o ejecución de la sentencia radicaba la inspiración de estas normas.

Sin embargo, a partir del Código penal de 1848 sólo se prohíbe la notificación y ejecución de la sentencia cuando se tratare de la pena capital: no se ejecutará la pena de muerte en la mujer que se halle encinta, ni se le notificará la sentencia en que se le imponga, hasta que hayan pasado cuarenta días después del alumbramiento (art. 93). Fórmula que se mantuvo, prácticamente con la misma redacción, hasta 1983; con la única excepción representada por el Texto republicano de 1932.

Los comentaristas españoles del siglo pasado aceptaron de buen grado la solución de limitar la prohibición de la notificación, o ejecución, de la sentencia condenatoria a los

---

(7) Cfr.: A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, II, Murcia, 1947, pág. 324.



supuestos de pena de muerte (8). Tratándose de penas no capitales -afirman- el "privilegio" parece exagerado: no resulta verosímil que la mujer, sujeta largo tiempo a un procedimiento criminal, se impresione de tal modo con una sentencia que no la condena a la última pena como para que se produzca el aborto. Si tal sucediere habría que detener antes el curso de los acontecimientos y suspender hasta la formación de la causa, pues no es mayor, por regla general, la impresión que produce a la culpable la notificación de una sentencia condenatoria, no capital, que la que produce el ver descubierto su delito y encontrarse en manos de la justicia sometida al resultado de un proceso.

Tan siniestras previones (9), de pretendida inspiración humanitaria, no representaban, sin embargo, ningún privilegio para la mujer que, en cualquier caso, sería ejecutada una vez pasados cuarenta días después de verificado el parto. La culminación de su función reproductora con el alumbramiento del nuevo ser constituye el exclusivo objeto de tan especial como indiscutible tuición.

En el ámbito punitivo se pueden rastrear otras disposiciones en las que las mujeres aparecen, también, supuestamente favorecidas.

Precisaba el Código de 1822 en su art. 67 que las mujeres no podían ser condenadas a trabajos perpetuos, obras públicas o presidio; si cometían un delito castigado con la pena de trabajos perpetuos, eran deportadas; si incurrían en la pena de obras públicas o presidio, cumplían el tiempo respec-

---

(8) Vid.: J. F. Pacheco, *El Código penal concordado y comentado*, I, 6ª edición, Madrid, 1888, pág. 458 y s.; A. Groizard, *El Código penal de 1870 concordado y comentado*, II, Burgos, 1872, pág. 476.

(9) Aparecen también en el Derecho de no pocos países antes de la abolición de pena tan decisiva: en el Código penal italiano de 1930 el estado de embarazo de la mujer no sólo suspendía la ejecución de la pena de muerte, sino también de cualesquiera otra que no fuere pecuniaria; en Inglaterra, antes de la abolición de la pena capital, en 1965, la situación de embarazo no solamente suspendía la ejecución, sino que era causa de conmutación de la pena.

tivo en una casa de reclusión. Beneficio que, a todas luces, resultaba adversamente descompensado por las previsiones del art. 59 según las cuales la pena de reclusión podría llegar a veinticinco años para las mujeres pero no podría pasar de quince años si se imponía a los varones.

Con un contenido procedente del Código de 1870, el art. 77 del Código penal señalaba, hasta la reforma de 1983, que cuando las mujeres incurrieren en delitos castigados con las penas de presidio mayor o menor, se les impondría -respectivamente- las de prisión mayor o menor. Precepto sin ninguna trascendencia práctica -señala Landrove- habida cuenta que, al margen de la nomenclatura legal, ambas penas resultaban idénticas en su ejecución (10).

#### IV

La manida fragilidad de las mujeres ha sido -como en las anteriores- fuente de inspiración de otras normas que resultarían afectadas por la Ley Orgánica de 25 de Junio de 1983 y, antes, por la Ley de 7 de octubre de 1978. Me refiero a la agravante de desprecio de sexo y al delito de estupro y su ámbito de aplicación.

Como ha subrayado Orts, sólo desde posturas apegadas a una peculiar concepción de la mujer era defendible la circunstancia agravante construida sobre el desprecio del respeto que por razón del sexo mereciese el ofendido (11). En cualquier caso, su supresión por la aludida reforma de 1983 venía

---

(10) Cfr.: G. Landrove Díaz, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 70. En efecto, sólo tenía sentido este precepto en el propio Código de 1870 que diferenciaba el cumplimiento de la pena de presidio y de la de prisión: en la primera los condenados estaban sujetos a trabajos forzados, en la segunda los trabajos realizados eran elegidos por los condenados en su propio beneficio.

(11) Cfr.: E. Orts Berenguer, *Agravantes de desprecio y morada*, en *La reforma del Código penal de 1983*, V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, pág. 305.

impuesta por el precepto constitucional que, desde 1978, afirma la igualdad ante la ley. La derogación de tan discutible agravante supone, pues, un esfuerzo legislativo de armonización del Texto penal con la Constitución.

En el momento actual no parece seriamente discutible la existencia de una agravante que consagre un privilegio del sexo femenino sobre el masculino. Y no sólo porque son muchas las ocasiones en las que tal cualidad personal es meramente episódica, sin incidencia alguna en la medida de la responsabilidad criminal.

Sin embargo, durante muchos años se justificó tan *caballeresca* agravante como reconocimiento del especial respeto y consideración debidos a la mujer, "por lo que simboliza y representa en la esfera moral y en el hogar familiar" (*Sentencia de 9 de noviembre de 1935*). Su fundamento, pues, se hacía recaer en la ofensa adicional a valores socialmente reconocidos y, en consecuencia, agravaba por razones de antijuridicidad (12).

Por otro lado, no faltaron sentencias en las que predominaba el punto de vista físico (debilidad del sexo femenino) sobre el moral (respeto a la mujer), lo que acercaba la agravante al abuso de fuerza o superioridad, incluso a la alevosía. Otras veces el Tribunal Supremo prescindió de toda referencia a la debilidad física de la mujer, para fundamentar la agravación en "la idea de brindar a la mujer los máximos honores que le son debidos por el preeminente lugar que ocupa en la vida social y familiar" (*Sentencia de 9 de mayo de 1957*). Con ello se subrayó que la pretendida debilidad de la víctima servía ya de fundamento a otras agravantes distintas, ya mencionadas, y -sobre todo- se acentuaba el paralelismo con las agravantes de ofensa a la autoridad o desprecio de

---

(12) Cfr.: M. Alonso Alamo, *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Valladolid, 1962, pág. 623. Con carácter general, vid.: J. J. Zapater Ferrer, *La circunstancia de desprecio de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, 1980.

la dignidad, que no suponen la idea de debilidad o inferioridad en la defensa.

Cabe destacar, sin embargo, que en los últimos años de vida de la agravante se le había atribuido un carácter *objetivo y formal* por lo que su estimulación había de efectuarse sin exigir que el sujeto activo estuviese guiado "por la intención de menospreciar con su actuación a la mujer", precisamente porque fuere del sexo femenino, sino que, por regla general, era suficiente que conociese que con su injusto proceder, objetivamente, la ofendía, vejaba o despreciaba, siempre que se diesen los requisitos de que la mujer no hubiere provocado con su conducta la propia victimización y que la condición femenina no fuere inherente a la infracción perpetrada (*Sentencia de 18 de mayo de 1982*). Recuérdese que la mujer, durante muchos años, ha sido el único sujeto pasivo posible de no pocos delitos contra la libertad sexual (o contra la honestidad para respetar las viejas etiquetas legales).

Por todo ello, nuestra mejor doctrina (13) ha celebrado la desaparición de la mencionada agravante, en 1983, con base en una doble argumentación: en primer término, porque la consideración del desprecio de sexo como agravante entraña una tácita afirmación de inferioridad de la mujer frente al hombre, lo que resulta incompatible con las precisiones constitucionales al respecto; en segundo lugar, porque si el fundamento de la agravante se hacía residir, no en la inferioridad femenina, sino en la diferencia de fuerza física, no existe problema alguno para reconducir tales supuestos al ámbito del abuso de superioridad.

## V

Por lo que respecta al delito de estupro, la Ley de 7 de octubre de 1978 incidirá con un doble significado en su ámbi-

---

(13) Vid.: G. Quintero Olivares y F. Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino, Barcelona, 1983, pág. 94.

to de aplicación: rebajando el límite cronológico de protección del sujeto pasivo, por un lado; y ampliando el círculo de posibles víctimas, por otro.

Hasta esa Ley, como se sabe, la mujer era el único sujeto amparado en las figuras delictivas de estupro que extendían, además su marco de protección hasta la edad de veintitrés años.

La verdadera razón de tan *generoso* límite de cobertura es iluminada de manera inequívoca por la sonada *Sentencia de 31 de mayo de 1974*: hasta los veintitrés años -se afirma con total convencimiento- "la mujer es un ser frágil, quebradizo, débil, inexperto, inmaduro e irreflexivo" y, por ello, "facilmente seducible por el artificio varonil". Tan ponderada valoración explica, asimismo, que en el delito de rapto el consentimiento otorgado por una mujer menor de veintitrés años tradicionalmente se hubiera considerado sólo parcialmente relevante.

No obstante, habida cuenta que, antes de la reforma de 1978, la mujer era, formalmente, la destinataria de la defensa de la norma, cabría pensar que ésta había sido concebida para dispensarle un trato privilegiado frente al varón. Nada más lejos de la realidad. En los delitos de estupro y rapto, como en la mayoría de los delitos sexuales, no era propiamente la condición femenina la que focalizaba la atención legal, sino su exigida honestidad. Si tenemos en cuenta además que, secularmente, el honor sexual de las mujeres formaba parte integrante del honor familiar y que la titularidad del mismo correspondía a los varones, hacia éstos iba dirigida la protección jurídico-penal. La mujer sólo en cuanto objeto material de las conductas típicas era tomada en consideración. Si se atentaba contra su honestidad, ellas sufrían la acción pero los verdaderamente ofendidos por la misma, los auténticos titulares del objeto de protección, los sujetos pasivos del delito, eran los varones, esposos o padres, paladines de la honra familiar.

Desde esta óptica patrimonialista del honor, sí resulta inteligible la grave pena impuesta al delito de violación, el más grave de los atentados sexuales.

Sí el "uxoricidio por honor" -al justificar, prácticamente, la muerte de los ofensores adúlteros- evidenciaba la importancia que el legislador concedía a la honra familiar, no suponía ninguna incongruencia que castigase la violación con la misma pena que sancionaba el delito de homicidio. Ahora bien, era de esperar que la superación de tan trasnochado concepto del honor se proyectara no sólo en la configuración de las conductas típicas sino también en la respuesta punitiva.

Sabido es que, sobre todo a partir de los años setenta, la valoración social de las relaciones sexuales había experimentado una profunda transformación en nuestro país. Haciéndose eco de esa progresiva evolución la doctrina penal venía reclamando, con insistencia, la urgente revisión de los delitos sexuales cuya modelación, más que decimonónica, medieval, devenía insostenible.

En particular en el delito de violación, una vez decantado en la libertad sexual el objeto jurídico de protección, las demandas doctrinales y jurisprudenciales (14) se centraban,

---

(14) Se afirma que en la reforma introducida por la Ley Orgánica de 1989 tuvo una influencia decisiva la *Sentencia de 27 de octubre de 1987* que dió lugar -en base al párrafo segundo del art. 2 del Código penal- a la *Exposición que*, con la firma de su Presidente E. Ruiz Vadillo, elevó al Ministro de Justicia la Sala Segunda del Tribunal Supremo. Por su interés, reproduzco literalmente algunas de las inquietudes expresadas: "No son infrecuentes los supuestos en los que han de enjuiciarse conductas que a la luz del texto legal han de calificarse inequívocamente de abusos deshonestos del artículo 430 del Código penal y no de violación del artículo 429 del mismo texto legal a pesar de las gravísimas consecuencias de toda índole que tales hechos conllevan. Nos referimos principalmente al coito anal, que a pesar de sus connotaciones se viene considerando, tanto el heterosexual como el homosexual, como delito de abusos deshonestos en los términos acabados de indicar, tipificados en el citado artículo 430... La invasión sexual a través del coito en sus varias manifestaciones de una mujer o de un hombre mediante la inhumidación o la fuerza acarrea unas consecuencias muy graves, de tipo físico, a veces, y,

fundamentalmente, en los siguientes aspectos: ampliación del ámbito de los posibles sujetos del delito, incorporación, como conducta típica, de la penetración anal y disminución del castigo legal, habida cuenta que en la nueva jerarquía de valores la vida y la libertad sexual no ocupaban la misma posición. La Ley Orgánica de actualización del Código penal, de 21 de junio de 1989, sólo en parte respondería a estas expectativas. Se indiferenciaron, ciertamente, los sujetos del delito y se incorporó el acceso carnal anal y, a mayor abundamiento, también el bucal, pero la pena de reclusión menor se mantuvo inalterada.

Hay que reconocer que en el proceso de descolonización jurídica algunas mujeres no ayudan demasiado. Las señoras feministas que propiciaron la inclusión de la penetración bucal en el delito de violación no estuvieron especialmente

---

sobre todo, psíquico, como lo son las profundas depresiones y obsesiones que en ocasiones limitan o impiden una vida normal durante largo tiempo, a veces indefinido, según la edad y circunstancias del agravio y hasta reacciones patológicas permanentes dentro de la personalidad de la víctima referida al sexo... Esta situación, Excmo. Sr., viene proyectándose a mujeres y hombres. La propia terminología aceptada y asumida por el común de las gentes se refiere a las violaciones como sinónimo de práctica sexual vaginal y anal e incluso, acaso de forma más distante, bucal y en este sentido los medios de comunicación ofrecen constantes ejemplos en orden a la gravísima situación de jóvenes internos en establecimientos penitenciarios y a los jóvenes en general, de uno y otro sexo, que son objeto de prácticas que como las que acaban de indicarse, son estigmas profundas, a veces irreversibles en cuanto gravísimo atentado a algo tan elemental y primario como lo es la libertad... La diferencia punitiva entre la violación, que lleva aparejada la pena de reclusión menor, y los abusos deshonestos violentos, que tienen asociada la de prisión menor, no parece que tenga suficiente justificación en estos casos”.

En base a estos razonamientos, se elevó la propuesta de “configurar dos modalidades delictivas: abusos graves a la libertad sexual en la que se comprenderían las actuales violaciones de la mujer por un hombre que muy probablemente sigue conservando específicas connotaciones, el coito anal producido con víctima hombre o mujer y aquellas otras agresiones brutales como la introducción en vagina o ano de cualquier objeto capaz de provocar no sólo lesiones físicas muy graves, sino también gravísimas afecciones psíquicas como la Sala ha tenido oportunidad de conocer; y abusos menos graves que lo serían todos los demás”.

atinadas. Tampoco acertaron al empeñarse en la continuidad de la desproporcionada reacción sancionadora.

Al margen de la problemática dogmático-probatoria que esta penetración suscita, su equiparación legal con las demás modalidades típicas -justamente criticada por la doctrina y debida, afirma Orts, "a la hiperbolización del órgano masculino" (15)- ha provocado un indeseable efecto *boomerang*.

Que la forzada o in consentida penetración anal constituye un atentado sexual tan reprochable como el tradicional acceso vaginal era asumido, desde hace bastante tiempo, por la sociedad. Salvo contadas excepciones (16) ya hemos señalado que también era éste el sentir doctrinal.

La extensión del delito de violación al acceso carnal bucal (17), llevada a cabo en la Cámara Alta del Parlamento, lo que ha propiciado, por el agravio comparativo con otras acciones semejantes, es que se devalúe, se frívolicé, la propia gravedad del hecho. Con mejor criterio, el Proyecto de Código penal de 1992 reconduce esta modalidad al más adecuado

---

(15) Cfr.: E. Orts Berenguer, *El delito de violación*, en *Comentarios a la legislación penal*, XIV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, pág. 434.

(16) Criticando la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Comunista al PLOCP de 1980 en la que se defendía la punición indiferenciada de "cualquier clase de acceso carnal con persona de su mismo o distinto sexo", mantenía Gimbernat Ordeig la opinión de que es preciso distinguir y castigar más el yacimiento contra la voluntad de la mujer que los demás accesos carnales. Además del ataque a la libertad sexual -argumenta este autor- se lesiona un ulterior bien jurídico como es el derecho de la mujer a no correr el riesgo de un embarazo no deseado. (Vid.: *La violación: presente y futuro de la regulación legal*, en *Estudios de Derecho penal*, cit., pág. 90.

(17) Esta ampliación, no contemplada ni en el Proyecto de 1980 ni en la Propuesta de Anteproyecto de 1983, tampoco tiene precedentes en el Derecho comparado. Sólo el Proyecto de reforma italiano de 1984 unifica el tratamiento de los actos sexuales sin tener en cuenta la parte del cuerpo afectada ni la forma de realización, por lo que ha sido justamente criticado. Vid.: F. Muñoz Conde, en la obra colectiva *La reforma penal de 1989*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 34 y s.



marco del tipo agravado de las hoy denominadas agresiones sexuales.

Como antes se apuntaba, tampoco es de recibo que la Ley de actualización perpetuara el anterior criterio punitivo. La diferencia valorativa entre la libertad sexual y la vida humana independiente exige una reacción del ordenamiento jurídico-penal asimismo diferenciada. Ni siquiera en base a la pretendida -y discutible- potencialidad simbólica del Derecho penal para establecer y hacer respetar los valores femeninos, se puede justificar la insistencia por parte de algunos sectores feministas en que después de la reforma de 1989 la pena de reclusión menor resultara intacta. Por otro lado, habiéndose demostrado que la exasperación penal en el delito de violación ha favorecido no pocos fallos absolutorios, semejante porfía es aún más incomprensible. Más razonable se muestra, al respecto, el Proyecto de 1992.

Una última reflexión en esta materia. Hay que reconocer que el derecho de la mujer a manifestarse libremente en la esfera sexual está siendo objeto, sobre todo con las últimas reformas, de un lento pero progresivo reconocimiento legal. Parece, sin embargo, que esta consagración formal no es del agrado de algunos representantes de la carrera judicial. No pocas sentencias abonan la sospecha de que la mentalidad de sus redactores permanece fiel al modelo calderoniano y que, al sentirse expropiados en su honor, deciden castigar a las mujeres por haber conseguido su emancipación sexual.

Cómo es posible -parecen preguntarse- que alguna mujer tenga la desfachatez de pretender que se castigue a sus violadores o agresores sexuales:

-Si previamente se ha puesto "en disposición de ser usada sexualmente" (18).

---

(18) Sobre la *Sentencia de 27 de febrero de 1989* de la Audiencia Provincial de Pontevedra, vid.: Landrove, *El caso de la mujer de vida licenciosa*, cit.

-Si "se resistió poco" ante la amenaza de ser *pinchada*, encontrándose retenida en un paraje apartado y de madrugada (19).

-Si por tener sesenta años y estar "prematuramente envejecida" es difícil que despierte esos instintos en el acusado "que por su profesión, tendría sin duda y posiblemente a diario, mejores oportunidades". Es más, con sesenta años y envejecida, "la paciente no debe sentirse ofendida, más bien es timbre de honor y orgullo..." (20).

## VI

El denostante concepto patrimonialista del honor impregna otras tipicidades aún vigentes. Como es sabido, el art. 410 del Código penal contempla una modalidad notablemente atenuada de parricidio, fundada en la finalidad de la madre de ocultar su deshonor o de los abuelos maternos de ocultar la deshonor de la madre. Es la controvertida tipicidad de infanticidio: la madre que para ocultar su deshonor matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor; en la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonor de la madre, cometieran el delito.

Consecuentemente, el ánimo de ocultar la deshonor de la madre -elemento imprescindible y definidor del infanticidio- produce un efecto extraordinariamente atenuatorio de la responsabilidad criminal, habida cuenta que, de no concurrir, procedería la imposición de una pena de reclusión mayor.

Al respecto me interesa destacar, sobre todo, que el infanticidio ofrece hoy dos aspectos profundamente problemáticos; de un lado, los derivados de su fundamentación; de otro,

---

(19) Vid. el comentario a esta *Sentencia de 16 de enero de 1991* titulada *Ausencia de consentimiento e intimidación en el delito de violación*, de C. Suay Hernández, en *La Ley*, 1992, I, págs. 1062 y s.s.

(20) *Sentencia n° 318/91* dictada por el Juzgado de lo Penal n° 28 de Alcalá de Henares.

la cuestionable extensión atenuatoria a la conducta de los abuelos maternos.

La específica modalidad de infanticidio es fruto de las corrientes humanitario-utilitaristas del Iluminismo. Nace del reconocimiento de la justicia de tener en cuenta la situación de la madre soltera frente a la entonces implacable sociedad, henchida de prejuicios. En efecto, como ha subrayado Quintano Ripollés (21), la piedad hacia la madre que lucha entre el horror a la infamia y el instinto de maternidad parece haber sido el factor determinante en los sistemas legislativos *latinos*, sobre todo en el español, tan proclive a una específica defensa del honor; por el contrario, los factores biológicos propios del embarazo (la fiebre puerperal sobre todo) habrían de imponerse, años más tarde, en los sistemas *germánicos*.

Al margen de otro tipo de valoraciones hay que reconocer que la presión social en este ámbito no ofrece hoy las mismas características que a mediados del siglo XVIII. Es cierto que el acorralamiento y puesta fuera de la ley de las madres solteras en un bárbaro pasado constituyó un factor criminógeno de primera magnitud; casi una provocación fatal al infanticidio, pero en la actualidad tales respuestas sociales parecen reducidas a determinados ambientes de signo claramente reaccionario. En consecuencia, la benignidad de su tratamiento, ya puesta en tela de juicio por no pocos comentaristas del siglo pasado, debiera ser corregida en atención a la menor coacción social que la vieja idea de la deshonra sexual merece en la sociedad contemporánea.

En cualquier caso, cuando la ley española privilegia con una importante atenuación de la pena a la mujer que para ocultar su deshonra mate al hijo recién nacido, bien pudiera pensarse que, verdaderamente, son los intereses femeninos lo que el legislador ha tomado en consideración. Pero, una vez

---

(21) Vid.: A. Quintano Ripollés, *Tratado de la Parte especial del Derecho penal*, I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1962, págs. 430 y s.s.

más, las apariencias engañan. Como afirma Gimbernat Ordeig, de nuevo es el punto de vista del varón el que determina y explica el alcance del privilegio.

Llama la atención este autor sobre dos aspectos de la regulación que le parecen especialmente significativos: que la atenuación abarque expresamente al padre de la hija deshonrada si es él el que mata al recién nacido y que se exija que la mujer goce de buena reputación. Características del tipo que, en su opinión, demuestran que al que se protege es al hombre en tanto en cuanto actúa en defensa de su pretendido honor. "Para el hombre celtibérico la muerte de un recién nacido sólo vale la pena si con ello se oculta al mundo el desliz de la hija. Pero si la hija ha sido ya deshonrada -y ello es conocido- al hombre el problema deja de interesarle; la reacción hispana y folletinesca del padre en un caso así será la de decir que su hija ha muerto". En cambio para la mujer soltera el origen de su angustia no es tanto su reputación como el hecho de haber dado a luz a un hijo del que va a ser responsable, moral y materialmente, en el futuro. Por tanto, los motivos que se dan para privilegiarla en el infanticidio concurren también cuando no goza de buena fama. Ahora bien, cuando no goza de buena fama -concluye Gimbernat Ordeig- el honor del *pater familias* ya no puede verse afectado y, como no podía ser de otra forma, es su punto de vista el que acaba prevaleciendo (22).

Aún es más, para la extensión del beneficio al *pater familias* el tipo no exige expresamente el consentimiento de la mujer interesada (23).

Todo ello sentado, hay que reconocer que los más recientes textos prelegislativos españoles ponen de relieve la

---

(22) Vid.: E. Gimbernat Ordeig, *La mujer y el Código penal español*, cit., pág. 81.

(23) Vid.: J. A. Sainz Cantero, *La condición jurídica de la mujer en el Código penal español*, en *Anuario de Estudios Sociales y Jurídicos*, Escuela Social de Granada, vol. IV, 1975, pág. 233 y s.

escasa simpatía que inspira la tipicidad de infanticidio. En un primer momento se optó por una fórmula que simplemente retocase la vieja tipología; después, se prescindió del infanticidio como figura independiente.

En efecto, el Proyecto de Ley Orgánica de Código penal de 1980 ofreció la siguiente fórmula: "la madre que matare a su hijo recién nacido, bajo la influencia del estado puerperal o de tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento, será castigada, como reo de infanticidio, con la pena de prisión de tres a ocho años" (art. 159). La Propuesta de Anteproyecto de 1983 reproducía, en esencia, aquella formulación en su art. 143, si bien omitió la referencia al estado puerperal para hablar -tan sólo- de "tensiones emocionales provocadas por las circunstancias del alumbramiento".

En definitiva, se prescindía de la fundamentación *honoris causa* del infanticidio, se corregía el salto en el vacío de la punición y -además- se omitía toda referencia a la intervención de los abuelos maternos como posibles sujetos activos del delito.

Sin embargo, en los últimos tiempos parece haberse abierto camino la inteligencia de que no está justificada la existencia del tipo privilegiado de infanticidio. Por ello, desaparece (de la misma forma que el parricidio) en el Proyecto de ley Orgánica del Código penal, de 1992; como se afirma en la Exposición de motivos del mismo, no es aceptable admitir hoy un asesinato *honoris causa* "cuando se ofrece una suficiente (?) regulación del aborto, amén de que la concurrencia, en su caso, de las eximentes completa o incompleta de trastorno mental o miedo, puede resolver en justicia los supuestos que merezcan una comprensible benevolencia". Solución que es valorada positivamente en el preceptivo Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial.

## VII

En la normativa vigente, la regulación del aborto constituye otro irritante ejemplo de victimización, de colonización jurídica de la mujer, maquillado con una hipócrita actitud paternalista.

Como seres inexpertos, inmaduros e irreflexivos - recordemos- eran conceptuadas las mujeres por el magistrado ponente de la citada *Sentencia de 31 de mayo de 1974*. Sin duda en esa inteligencia está inspirada la actual regulación del aborto que priva a las mujeres del derecho a decidir por sí mismas en una cuestión tan decisiva para sus vidas como es la de una maternidad querida.

De todos es conocido que hasta la Ley Orgánica de 5 de julio de 1985 en España estaba incriminado todo aborto voluntario. Por eso desde instancias oficiales se ha querido vender la introducción de las indicaciones terapéutica, ética y eugénica como una generosa protección jurídica de los intereses de las mujeres. Nada más lejos de la realidad. El art. 417 bis no sólo no ampara sus intereses sino que constituye un verdadero factor de victimización.

En primer lugar, las indicaciones admitidas sólo amparan -y muy relativamente como veremos- a un porcentaje mínimo de los embarazos que, por no deseados, son interrumpidos. Resulta evidente que los abortos por peligro de la vida o salud de la madre, por el riesgo de que el feto nazca con malformaciones o porque el embarazo es consecuencia de una violación no son los más frecuentes.

Segun un informe de la Organización Mundial de la Salud referido al año 1989, del total de 135.000 españolas que abortaron, 105.000 eran abortos ilegales y sólo 30.000 se ajustaban a las indicaciones acogidas.

¿Qué es lo que se han visto obligadas a hacer esas 105.000 mujeres en 1989 y otros cientos de miles desde 1985

pecado y que la mujer que decida interrumpir su embarazo condenará su alma inmortal.

No cabe duda de que se da por sentado que las mujeres son unas frívolas inimputables incapaces, por sí mismas, de plantearse las consecuencias de sus acciones. Por ello el legislador, paternalmente, se ocupa de pensar y decidir por ellas.

No debemos olvidar que el control de la natalidad constituye un arma fundamental en el proceso de liberación de la mujer. Sin embargo, a pesar de la variedad de técnicas para dicho control, lo cierto es que muchas mujeres quedan emba-razadas sin desearlo. Cuando fracasan los métodos anticonceptivos la mujer tiene que enfrentarse con el problema del aborto. Ante tan problemático dilema, ante drama tan personal, la mujer debe tener plena autonomía para ejercer -o no- su derecho a una maternidad deseada.

Como se ha visto, el sistema de indicaciones que recoge el art. 417 bis (incluso ampliado a la económico-social) supone uno obstáculo para el ejercicio de ese derecho que engarza con el fundamental derecho al libre desarrollo de la personalidad que el art. 19 de la Constitución reconoce tanto al hombre como a la mujer; no cabe duda, pues, de que el art. 417 bis del Código penal es otro precepto victimizador.

En 1991 afirmaba la ministra de Asuntos Sociales: "en la futura ley del aborto será la mujer quien decida". Inequívoca alusión al sistema del plazo; sistema que -al margen de otros benéficos efectos (evitar el desgaste punitivo, acabar con la injusta discriminación de algunos sectores, eliminar los abortos clandestinos, proteger la salud de las mujeres)- es el único que verdaderamente respeta el derecho de las mujeres a decidir libremente de acuerdo con sus personales convicciones éticas o religiosas.

Por desgracia, pero previsiblemente, la promesa de la ministra no fue cumplida y si la reforma de 1985 no satisfizo a nadie la pretendidamente nueva indicación por "angustia o

ansiedad en la gestante" contenida en el art. 153 del Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992 no consigue mejores resultados.

En contra de lo manifestado por el ministro de Justicia, esta indicación no supone ampliación alguna de la actual indicación terapéutica. En ésta ya está contemplado el supuesto de que el aborto sea necesario para evitar un riesgo para la "salud psíquica" de la embarazada. El "estado de angustia o ansiedad" no es otra cosa que una de las posibles causas de creación de ese riesgo. Es más, si contrastamos el texto del Proyecto con la configuración vigente de la indicación terapéutica veremos que aquél no sólo no amplía sino que reduce de modo considerable su ámbito de aplicación.

En efecto, en el art. 417 bis-1º la impunidad del aborto realizado para precaver la salud psíquica de la embarazada puesta en peligro por cualquier causa, incluida la angustia que ésta sufre, no depende del momento en que aquél es practicado. En el art. 153 del Proyecto, el mismo supuesto de aborto será punible si se lleva a cabo después de las doce primeras semanas de la gestación; en definitiva, los intereses de las mujeres resultan sensiblemente perjudicados.

Por otra parte, la decisión sigue en manos de terceras personas. Si el médico certifica que el embarazo no deseado provoca en la gestante un estado de angustia y ansiedad y pronostica, además, que existe riesgo para su salud, la mujer podrá abortar legalmente (y siempre que satisfaga los demás requisitos, por supuesto). Si el médico "juzga" que no está suficientemente angustiada, la mujer tendrá que abortar en la clandestinidad.

Sabido es que esta cuarta indicación ha sido introducida por el Gobierno para que, en su momento, sirviera de carnaza que desviara la atención ciudadana de los graves problemas del país. Lo que, previsiblemente, tendría una repercusión electoral. La maniobra fue tan burda que, en aquel entonces, sólo entró a la muleta electoralista el Comité episcopal para la



defensa de la vida. Amén -nunca mejor dicho- de la *boutade* de algún profesional del Derecho penal, cuyo nombre prefiero silenciar, que en declaraciones a un medio de comunicación social se ha permitido ironizar al respecto afirmando que “esto de la ansiedad me recuerda la canción de Nat King Cole. Deja en manos de la mujer la procreación de la especie. Si todas cayeran presas de la ansiedad, desaparecería el hombre”. Sin comentarios.

Tan despectiva actitud es la misma que adopta el Gobierno al empeñarse en el mantenimiento del sistema de indicaciones. Está claro que nuestros legisladores consideran también que un tema tan serio como el de la reproducción no debe dejarse en manos de las mujeres.

En el Informe sobre el Anteproyecto de Código penal de la Asociación Profesional de la Magistratura se afirma que “las indicaciones contenidas en el vigente artículo 417 bis del Código penal acogen suficientemente las situaciones límite y en cuanto al llamado *cuarto supuesto o indicación socio-económica* es reconducible a la justificación por la vía del estado de necesidad”.

La insuficiencia de las indicaciones admitidas ya ha sido puesta de relieve. Respecto a la posibilidad de aplicar al delito de aborto cualquiera de las causas de exclusión del art. 8, evidentemente, nadie lo niega. Ahora bien, la virtualidad de la vía del estado de necesidad para justificar conductas abortivas resulta más que dudosa, habida cuenta las reacciones que ha provocado, por ejemplo, la *Sentencia de 11 de diciembre de 1990* firmada por Ruiz Vadillo.

El criterio de que los arts. 8-7º y 417 bis del Código penal resuelven satisfactoriamente el problema de los embarazos no deseados es compartido también por no pocos representantes de la doctrina penal y jurisprudencial. Tanto los que están sinceramente convencidos de que el sistema de las indicaciones es el más adecuado, como los que -*sotto voce*-

lamentan incluso la introducción del art. 417 bis, se oponen todos tajantemente a la aceptación del sistema del plazo.

La defensa del sistema del plazo se ha planteado, creo que equivocadamente, partiendo de la cuestión del comienzo de la vida. El debate queda de esa forma viciado de origen, dando lugar a una estéril polémica biológica. Polemizar sobre el momento de existencia o inexistencia de información en el ADN del cigoto es resucitar con un moderno lenguaje genético el sofisma de la animación. Lo único que se consigue con ello es desviar la atención de la esencia del problema: todo embarazo no deseado provoca un conflicto de intereses que sólo puede ser solventado mediante su interrupción.

De los intereses en conflicto se considera prevalente - por encarnarse con los fundamentales derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la dignidad y a la libertad- el derecho de la mujer a una maternidad libre y, por ello, deseada.

La solución que ofrece el sistema de las indicaciones, incluso ampliado a la socio-económica, es una solución atormentada: reconoce la prevalencia de ese derecho pero a la vez cercena su ejercicio con las propias indicaciones. Si el aborto se realiza sin cumplir sus exigencias, reaparece la amenaza penal y se eclipsa el derecho de la mujer.

Con el sistema de las indicaciones la mujer se ve obligada a reducir su elección en los términos señalados por la ley cuya propia existencia -denuncia Pitch- "implica el reconocimiento simbólico de la autoridad del Estado (de los hombres) sobre el cuerpo de las mujeres y la esfera de la sexualidad y la reproducción y, en consecuencia, la negación de la competencia, de la consciencia y de la responsabilidad" (24).

El sistema de plazo, en cambio, supone el reconocimiento expreso del derecho de las mujeres a ser las únicas en

---

(24) Cfr.: T. Pitch, *Femmes dans le droit, femmes hors du droit? Justice sexuée, droit sexué, en Déviance et Société*, 1992, págs. 263 y s.s.

decidir el desenlace del conflicto. Es cierto que el plazo implica un límite al derecho de autodeterminación de las mujeres, pero no hemos de olvidar que la historia, como la naturaleza, no camina a saltos y, hoy por hoy, es el paso político-criminalmente adecuado.

Por último, y aunque resulte tópico, conviene recordar que la desincriminación del aborto con el sistema del plazo no supone la obligación para nadie de abortar, ni prejuzga convicciones morales o religiosas. Una vez más hay que insistir en que el Derecho penal no es el instrumento adecuado para profesiones de fé ni tiene la misión de salvar el alma de los ciudadanos.

## VIII

Una "cortesía legal" poco llamativa pero especialmente ofensiva para la condición femenina se dispone en el art. 479 para los supuestos de matrimonios ilegales por existencia de impedimento dirimente o vínculo anterior no disuelto.

En el art. 479 se establece la condena del contrayente doloso a dotar a la mujer; no se prevé, sin embargo, ninguna dote cuando el hombre es el sujeto pasivo del delito. Sabido es que, desde la reforma del Código civil por Ley de 13 de mayo de 1981 que suprimió la dote, ésta se traduce en una indemnización pero lo que me interesa destacar es la degradante *cosificación* que sufre la mujer en esta norma. Si la dote se establece exclusivamente para la mujer es porque el legislador -digámoslo claramente- está poniendo precio a su virginidad, dando por sentado que las presuntas relaciones sexuales con el falso marido devalúan socialmente la mercancía.

## IX

Señalaba antes que el sistema penal constituye también un factor de victimización "terciaria". Entiendo por "victimiza-

zación terciaria", de acuerdo con la clasificación de Landrove, la que sufre el propio delincuente al cumplir su condena (de privación de libertad) como consecuencia de la degradada situación de nuestras prisiones.

Y si es cierto -como denuncia ese autor- que cuando en este país se envía a alguien a la cárcel se le está condenando "a algo más" que a una pena privativa de libertad (25), aún lo es más si el condenado es una mujer. De la misma forma que produce mayor rechazo social la mujer alcohólica o drogadicta, la mujer delincuente está peor vista que el hombre delincuente. Y por las mismas razones.

A la mujer que delinque no sólo se le reprocha que haya violado una norma jurídica sino también, y sobre todo, que haya transgredido los papeles que tradicionalmente le son atribuidos. Por ello, la Administración Penitenciaria se encargará de recordárselos haciéndole objeto de un trato discriminatorio y, en consecuencia, victimizador.

En primer lugar, ya resulta sintomático que excepto en las grandes ciudades (Yeserías en Madrid, por ejemplo) no existan prisiones de mujeres. En la mayor parte del país los denominados "Departamentos de mujeres" constituyen meros apéndices de los establecimientos penitenciarios masculinos. No cabe duda de que para nuestros legisladores las mujeres siguen siendo la bíblica costilla de Adán; no obstante hay que reconocer, como destaca Beristain, que ningún país ha aprobado una Ley Penitenciaria que contemple "Departamentos de hombres" en las prisiones femeninas (26).

Una vez internadas, la Administración Penitenciaria se esforzará por enseñar o recordar a las mujeres que su misión

---

(25) Cfr.: G. Landrove Díaz, *Victimología*, cit., pág. 140.

(26) Vid.: A. Beristain, *La mujer, víctima y protectora en la cárcel, en Cárcel de mujeres*, Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, Edic. Mensajero, Bilbao, 1989, págs. 159 y s.s.

en la vida es ser esposas y madres y que esos son los papeles que la sociedad espera que ellas representen (27).

De hecho, los aparentes privilegios que la Ley y el Reglamento penitenciarios conceden a las reclusas están encaminados a perpetuar esos valores.

El art. 43.3 de la Ley y el art. 112.3 del Reglamento disponen que no se aplicará la sanción de aislamiento a las mujeres gestantes, a las mujeres hasta seis meses después del alumbramiento, a las mujeres lactantes y a las que tuvieran hijos consigo. Otra hipócrita "galantería legal" dirigida a la reclusa, no por su condición de mujer, sino de sujeto reproductor.

Por su parte, el art. 27 del Reglamento permite que las detenidas o presas puedan tener consigo en la prisión a sus hijos hasta que alcancen la edad escolar obligatoria (seis años) disponiendo que se les destine a un departamento o habitación especial que, cuando el número de niños lo justifique, reunirá las condiciones para guardería infantil y educación preescolar.

No obstante estas prometedoras previsiones, lo cierto es que la Administración Penitenciaria no proporciona a las mujeres los medios necesarios para que sus hijos sean atendidos debidamente, con lo cual lo único que se consigue es victimizar también a los niños obligándoles a soportar los negativos efectos de la pena impuesta a sus madres. Conviene recordar al respecto, como hace la Fiscalía General del Estado (28), que el art. 39 de la Constitución española establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos

---

(27) Sobre el tratamiento penitenciario como transmisor de los valores tradicionalmente asignados a la mujer, vid.: R. Caria, *Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres*, en *Cárcel de mujeres*, cit., págs. 119 y s.s.

(28) Instrucción 6/1990 de 5 de diciembre *Sobre menores ingresados en los Centros penitenciarios de mujeres con sus madres presas*.

internacionales que velan por sus derechos" y que la Declaración de los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1959, suscrita por España, dispone en su Principio 2 que "el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal así como en condiciones de libertad y seguridad".

Es obvio que a los menores internados con sus madres no les alcanza dicha protección habida cuenta que el ambiente penitenciario no es precisamente el más adecuado para su desarrollo.

Estando -como está- demostrado que las primeras impresiones recibidas por el hombre en los primeros años de su vida condicionan definitivamente su visión del mundo, no es de extrañar que la propia Fiscalía General reconozca que al permitir -"en base a infundados derechos y sensiblerías extrañas"- que los niños estén en la prisión se les puede perjudicar para el resto de sus días.

No parece que ello importe demasiado a los responsables penitenciarios pues de lo que se trata, mediante la presencia de los hijos, es que las internas no olviden que su destino natural es la maternidad. Al margen de que, sin pudor, los niños son también utilizados como eficaces instrumentos de domesticación penitenciaria.

Asimismo, hay que subrayar que el trabajo y las actividades reeducativas de los Centros y Departamentos de Mujeres no están orientados, como prescriben los arts. 26 c) de la Ley y 182 del Reglamento penitenciarios, a la formación de las internas para que puedan desarrollar un trabajo en libertad, sino a reciclarlas precisamente en sus papeles sociales tradicionales.

En los establecimientos penitenciarios masculinos, aunque en número insuficiente, existen talleres de formación profesional. En los femeninos, se programan preferentemente cur-

sillos de cocina, costura, punto o artesanías ya que lo que se pretende no es que las mujeres salgan de la prisión capacitadas para desenvolverse en el mundo laboral, para lograr su independencia económica, clave indispensable -como es sabido- para la verdadera emancipación; lo que realmente se persigue es que en el futuro sean mejores esposas y mejores madres (29).

## X

Hay que hacer alusión, por último, a una discriminación legal que -se afirma- favoreciendo a las mujeres sin embargo es la única que nadie critica.

La Ley Orgánica del Servicio Militar, de 20 de diciembre de 1991, "con dudosa galantería", como pone de relieve Landrove, excluye a las mujeres de la obligatoriedad del servicio militar en base a que las necesidades de la defensa nacional quedan cubiertas con el concurso de los varones y porque se considera que dicha exclusión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el art. 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (30).

---

(29) Esta actitud no es, por supuesto, exclusiva de la Administración penitenciaria española, como los demuestran los testimonios de mujeres internadas en establecimientos penitenciarios de otros países. Sirvan como ejemplo las manifestaciones de un grupo de internas de la Prisión central de mujeres francesa de Fleury-Mérogis sobre sus condiciones de encarcelamiento en las que se denuncia como incluso las actividades lúdicas se programan persiguiendo el mismo objetivo. Así, las películas proyectadas en este centro tienen como temas principales historias de mujeres consagradas a adorar a sus maridos, a complacer a los hijos; esposas y madres abnegadas, esposas y madres sacrificadas, esposas y madres comprensivas; mujeres víctimas en definitiva. Vid.: R. Curio, *Particularidades de la situación carcelaria de las mujeres*, cit., pág. 137 y s.

(30) Cfr.: G. Landrove Díaz, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 15 y s.

Interpretación del texto constitucional más que discutible pues incorporada plenamente la mujer a las Fuerzas Armadas, mediante Ley de 19 de julio de 1989, no hay duda de que su exclusión del servicio militar sí pugna con el principio de igualdad consagrado en nuestra Ley más fundamental.

Habida cuenta que la exención de un deber constitucional constituye siempre un privilegio, se entiende que la misma debe estar justificada por la protección de bienes o intereses asimismo constitucionalmente protegidos. Por ello se entiende, con razón, que si la mujer actualmente no está excluida de la función pública militar, no debe estarlo, tampoco, del servicio militar obligatorio (31).

Como hemos dicho antes, también se afirma que es ésta una discriminación que nadie protesta. Efectivamente, así es, a pesar de que existen razones para que merezca ser contestada.

Al margen de que la solución no sea "café para todos", ya que el servicio militar debería ser voluntario -para todos- y no obligatorio, lo cierto es que mientras éste exista, la exclusión de las mujeres suscitará todo tipo de valoraciones.

Desde una óptica reivindicativa feminista se podría interpretar que al eximir a las mujeres del servicio militar se les está privando de la posibilidad de participar, como objetoras o insumisas, en la lucha por un mundo más libre y mejor, por un mundo sin guerras. No hay que olvidar, sin embargo, que existen otras posibilidades: la autoinculpación por inducción a la insumisión, por ejemplo. Iniciativas en este sentido -masculinas y femeninas- ya se han adoptado en nuestro país. O la posibilidad de hacer "objeción fiscal", es decir, negarse a cooperar económicamente con la institución militar. A tal efecto, se deduce del pago de los impuestos la parte equivalente a

---

(31) Cfr.: J. E. Martínez-Jiménez A. M. Moreno Molina, *Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar*, en *El principio de igualdad en la Constitución española*, vol. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 650.



los gastos militares del presupuesto nacional y se entrega esa cantidad a organizaciones pacifistas o que trabajen ayudando a sectores marginales o por el desarrollo del tercer mundo (32).

En definitiva, si la autoinculpación y la objeción fiscal constituyen alternativas válidas como vehículos de manifestación de un ideario pacifista, no se puede sostener seriamente que, desde tal perspectiva, los derechos de las mujeres resultan coartados. No obstante, tampoco se puede compartir la opinión de los que ven en la exclusión del servicio militar un claro privilegio para la población femenina.

La Ley del Servicio Militar no favorece a las mujeres, las discrimina. Y es que la discriminación de la exención no radica en sus efectos sino en su fundamento. La verdadera razón de que se haya impedido la incorporación de las mujeres es que "el servicio militar comporta tareas para las que no hay provisiones de intendencia" (33).

Rozando el siglo XXI supone un alivio constatar que, además de hijas sumisas, esposas fieles o santas madres, el legislador español nos reserva, también, el papel de alegres cantineras.

El tratamiento penal de la condición femenina en otros países pone de manifiesto que sus legisladores se sientan a pensar la elaboración de las leyes para que éstas resuelvan de forma humana los problemas humanos. En España, por lo visto, se limitan a sentarse.

---

(32) Los objetores fiscales han ideado un mecanismo que les permite actuar, incluso, cuando la declaración de la renta resulta negativa: en este caso, abonada la cuota líquida mediante los descuentos mensuales por IRPF, solicitan del Ministerio de Hacienda la devolución del salto favorable al objetor. Bien es verdad -se advierte- que hasta el momento no se ha admitido en ningún caso este tipo de deducciones y que, además, lo que las han solicitado se han visto sometidos a una reclamación acompañada de sanción y de recargo de intereses. Vid.: G. Landrove Díaz, *Objeción de conciencia, insumisión y Derecho penal*, cit., págs. 83 y s.s.

(33) Cfr.: I. E. Martínez Jiménez A. M. Moreno Molina, *Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar*, cit., pág. 650.