

LA INFLUENCIA PATRIARCAL EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL

**TRABAJO FINAL DE GRADO
GRADO EN DERECHO**

AUTORA: Raquel Martín Ortega.

TUTORA: María del Carmen
Vázquez Rojas.

CURSO ACADÉMICO: 2019-
2020.

ESTUDIO: 4º curso. Grado en
Derecho.

Facultat de Dret. Universitat de
Girona.

25 de mayo de 2020.

“El Derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”

Catharine Mackinnon

“Si es patriarcal, no es justicia. Así de simple”

Grup de recerca Antígona

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	6
2. MUJER Y DERECHO: DE LA DESIGUALDAD FORMAL A LA DESIGUALDAD MATERIAL	9
3. BREVE REPASO DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO	13
3.1. EL DERECHO ES SEXISTA	13
3.2. EL DERECHO ES MASCULINO	14
3.3. EL DERECHO TIENE GÉNERO	17
4. EL DERECHO PENAL COMO UNA INSTITUCIÓN PATRIARCAL	17
4.1. MUJER, GÉNERO Y DERECHO PENAL: PERPETUANDO EL IDEAL PATRIARCAL	20
5. JUSTICIA PATRIARCAL: TRAS LA “FALSA” NEUTRALIDAD DE LA LEY PENAL FORMAL	25
5.1. LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS SEXUALES	27
A. LA MANADA DE PAMPLONA (SAP NAVARRA 38/2018).....	31
B. LA MANADA DE MANRESA (SAP BARCELONA 813/2019)	34
C. EL CASO ARANDINA (STSJ CASTILLA Y LEÓN 14/2020)	35
6. REFLEXIÓN FINAL: SOBRE LA NECESIDAD DE ADOPTAR UNA PERSPECTIVA FEMINISTA	38
7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	42

1. INTRODUCCIÓN

La mujer sigue ocupando una situación de subordinación en nuestra sociedad y el derecho, no solo como sistema de normas, sino también como conjunto de reglas, principios y métodos contribuye de forma considerable al mantenimiento de dicha discriminación (García Amado, 1992, p. 14). En cuanto que instrumento de control social y de regulación de la conducta humana, el derecho ha sido uno de los ámbitos que más interés ha suscitado en el seno del feminismo. Históricamente, las mujeres han luchado para ser plenos sujetos jurídicos y para que sus reivindicaciones se plasmaran legalmente, pero la ciencia jurídica no siempre ha dado respuesta a sus problemáticas.

El análisis feminista del derecho penal se ha construido sobre la idea de que las leyes son formuladas desde un punto de vista masculino que ignora por completo el papel que las mujeres han desarrollado en la historia de la humanidad. Una de las principales críticas que el feminismo ha venido sosteniendo con respecto al derecho penal ha sido su carácter sexuado y su falta de neutralidad e imparcialidad. En este sentido, puede decirse que el derecho se configura como un *enclave del patriarcado*¹ (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 48). Si analizamos las circunstancias sociales, políticas y económicas en que el derecho se inserta, podemos concluir que todo lo referido al ámbito jurídico se encuentra ampliamente influenciado por el contexto patriarcal de nuestras sociedades (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 53).

Otra de las cuestiones que la doctrina feminista² ha reprochado al derecho penal es su papel en cuanto a la creación y a la perpetuación del género³, entendido este como una construcción sociocultural que asigna determinados roles y valores a los individuos según sean mujeres u hombres. Las mujeres han sido definidas históricamente por el sistema penal y la criminología positivista como sujetos necesitados de tutela (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 56). En sus interacciones con las mujeres, el sistema penal ha adoptado una determinada visión del género y

¹ Véase Bergalli, R. y Bodelón, E. (1992). La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de filosofía del derecho* 9, 43-73.

² El análisis feminista en el mundo anglosajón se conoce como *Feminist jurisprudence*. Se trata de una disciplina que surge alrededor de los años sesenta en los países anglosajones y escandinavos que empieza a considerar al derecho como objeto de estudio del feminismo. Así, analiza la visión que el derecho tiene de la mujer y cómo incide el concepto de género en la génesis del derecho y en su aplicación (García, 2004, p. 452). Véase García Albero, R. (2004). Las perspectivas de género en Derecho penal: algunas reflexiones. En Vivas, A. (Dir.), *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española*. (449-490). Madrid: Consejo General del Poder Judicial

³ Resulta imprescindible exponer la distinción conceptual básica entre sexo y género. Aunque a menudo se emplean como sinónimos, sus significados son distintos. El sexo es una característica biológica, una realidad material, mientras que el género es una característica cultural (García, 2004, p. 456). Podría definirse el género como “una organización social de la diferencia sexual, que perpetúa el dominio de hombres sobre mujeres, y en donde la diferencia sexual tendría precisamente la finalidad de garantizar, como sea y en donde sea, el dominio del hombre y la subordinación de la mujer” (Mackinnon, cit. por García, 2004, p. 456). Véase Puleo, A. (2007). Introducción al concepto de género. En JF. Plaza y C. Delgado (eds.), *Género y comunicación* (p. 13-32). Madrid: Editorial Fundamentos.

ha terminado por articular el control de los sujetos femeninos de una forma distinta al de los sujetos masculinos.

Precisamente por cómo la ley penal ha ejercido ese control sobre las mujeres, se ha concluido desde el feminismo que el derecho penal funciona como instrumento creador de género. Tanto a través de lo que protege, como por medio de lo que omite⁴ -prostitución y pornografía-, el derecho penal reafirma la creencia de que “la mujer es ante todo madre, y su vida sexual gira en torno a ello... maternidad, sexualidad y dependencia serían las características de la mujer como objeto de represión, pero fundamentalmente de tutela penal” (Bovino, cit. por García Albero, 2004, p. 458). Así, la imagen que el derecho penal ha adoptado en relación con las mujeres es la de la mujer puritana, ama de casa y sumisa. Y, dada la fuerte carga simbólica con que cuenta el derecho penal en cuanto que mecanismo de control social, este ha sido el modelo de mujer que se ha impuesto socialmente, lo cual ha llevado a muchas mujeres que se han apartado de dicho ideal a ser criminalizadas no solo por el sistema penal, sino también por la comunidad.

Las disconformidades que ha generado esta influencia del patriarcado en la ley penal han llevado a su reformulación y promulgación de forma neutral respecto al género (García Albero, 2004, p. 454), de manera que hoy en día la norma penal no hace distinciones con base en el sexo del sujeto -sea este sujeto activo o pasivo-. Pareciera que, con este cambio, la discriminación de la mujer por razón de sexo⁵ en el derecho penal sustantivo ha desaparecido. Sin embargo, cuando se habla de la aplicación y la interpretación de las normas penales la realidad es otra. El derecho penal material sigue estando impregnado de ideas sexistas, estereotipos de género, por lo que reproduce y perpetúa la discriminación que sufre la mujer en la vida social (García Albero, 2004, p. 455). En definitiva, el derecho penal tiene género. Dos son las problemáticas que genera este hecho: por un lado, aunque la norma se formule desde un punto de vista neutral, dicha neutralidad no está asegurada en el momento de su aplicación e interpretación; y, por otro, en la medida en que la objetividad y neutralidad se han definido universalmente desde una perspectiva masculina⁶, se tenderá a perpetuar la desigualdad social tanto en la definición como en la resolución del conflicto (García Albero, 2004, p. 455).

⁴ Larrauri (1994, p. 98) explica cómo la prostitución y la pornografía fueron fenómenos escasamente regulados por el derecho penal durante el siglo XX.

⁵ Aunque sexo y género no tienen el mismo significado, la discriminación de las mujeres por razón de sexo se encuentra estrechamente vinculada con la noción de género. Ello obedece al hecho de que las mujeres son discriminadas y violentadas por ser mujeres, pero la manera como se ejerce esta opresión es a través de los mandatos sociales del género. Así, se les impone a las mujeres por el mero hecho de serlo una serie de roles, conductas, actitudes. La feminidad es un constructo social que se impone a las mujeres desde fuera (Beauvoir, 1949). Véase De Beauvoir, S. (2005). *El Segundo Sexo* (14ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.

⁶ Para una lectura con mayor profundidad sobre esta cuestión, véase el capítulo tercero de este trabajo, relativo a las teorías feministas del derecho.

Atendidas ambas cuestiones, el presente trabajo pretende mostrar que, a pesar de haberse alcanzado una igualdad formal en el ámbito del derecho penal, todavía persisten numerosas prácticas machistas que afloran en su interpretación y aplicación. Ello debido al hecho de que la norma penal ha venido funcionando durante siglos al servicio del patriarcado como creadora de género, forjando una idea de mujer que aún hoy en día sigue condicionando la aplicación del derecho penal en nuestros tribunales.

Aunque estos vestigios de machismo puedan encontrarse en cualquier proceso penal en el que intervenga una mujer, se pueden apreciar con mayor claridad en aquellos delitos donde la mujer participa en calidad de sujeto pasivo y que tienen que ver con su integridad física y psíquica, su derecho a la vida y su libertad sexual. En relación con la regulación de este último bien jurídico - la libertad sexual-, cabe decir que, históricamente, los delitos sexuales han sido uno de los máximos exponentes de la recreación en la norma de estereotipos de género, favoreciendo, así, la desigualdad entre sexos (Jericó, 2019, p. 304)⁷. A pesar de que atrás ha quedado la protección de la honestidad en este tipo de delitos, la reciente jurisprudencia dictada sobre el tema parece no haber olvidado la asociación patriarcal de roles femeninos y masculinos. Es por todas y todos conocido el revuelo mediático que causó la sentencia de la manada de Pamplona, a propósito de la cual, y de las críticas que suscitó, se ha empezado a hablar en los últimos años de una justicia patriarcal que, más que proteger a la víctima, la responsabiliza de lo sucedido.

El análisis y entendimiento de estas manifestaciones machistas en la aplicación y la interpretación de la ley penal requiere conocer cómo ha evolucionado el tratamiento jurídico de la mujer a lo largo de la codificación penal española. En palabras de Ana de Miguel (2005, p. 232), comprender la vigencia del fenómeno de la violencia contra las mujeres exige volver la mirada hacia nuestra historia para estudiar y tomarse en serio el hecho de que durante siglos nuestra cultura, tanto popular como académica, ha legitimado esta violencia.

Por ello, este trabajo se estructura en dos grandes bloques. El primero de ellos comprende los capítulos segundo, tercero y cuarto, dedicados al estudio de la norma penal sustantiva desde una perspectiva histórica. El segundo bloque reúne el capítulo quinto y sus respectivos subapartados. En él se aborda el análisis feminista del derecho penal material, esto es, se examina la influencia de los antiguos preceptos discriminatorios en la aplicación e interpretación de la ley penal. Dado el creciente interés por los delitos sexuales y su polémico tratamiento, nuestro estudio del derecho penal sustantivo se centrará, principalmente, en observar cómo operan los estereotipos de género en el enjuiciamiento de estos.

⁷ Véase Jericó, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal. *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 286-333). Barcelona: Bosch Editor.

2. MUJER Y DERECHO: DE LA DESIGUALDAD FORMAL A LA DESIGUALDAD MATERIAL

En el derecho penal del siglo XIX, se concibe a la mujer como un ser inferior al hombre⁸. Se espera de ella el cumplimiento de los roles de género asociados a su sexo, es decir, que cumpla con sus papeles de madre, esposa y ama de casa. Cualquier intento de emancipación o de transgresión de dichos roles es criminalizado y percibido por el derecho penal como una violación del rol asignado. La pena impuesta ante esta conducta tiene como función reconducir a la mujer a los ámbitos de la vida social y familiar que culturalmente se asocian a su sexo. De esta manera, se impone a la mujer un modelo de conducta basado en la castidad y fidelidad sexual y se la obliga a aprender el trabajo doméstico (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 58). El tratamiento que da la norma penal a la mujer delincuente está también impregnado por la idea de género: la criminalidad se considera contraria a la feminidad supuestamente inherente a toda mujer.

La historia de los Códigos penales españoles es un buen ejemplo de cómo el patriarcado ha utilizado sistemáticamente la ley penal en perjuicio de las mujeres: por un lado, estereotipando una determinada imagen de la mujer como madre, esposa o hija, a la que protegía más que por el hecho de ser persona; por otro lado, castigando a aquellas mujeres cuya conducta criminal se desviaba de los patrones de género preestablecidos (Acale, 2019, p. 224). Desde el primer Código penal de 1822, señala Acale (2019, p. 224), han existido distintas figuras delictivas que han restringido subjetivamente el sexo de los sujetos activo y/o pasivo. Merecen especial consideración los antiguos delitos de uxoricidio y adulterio y los delitos contra la moralidad en el ámbito sexual⁹, pues todos ellos implicaban a la mujer -como sujeto activo o pasivo- negándole su libertad en materia sexual (Acale, 2019, p. 225). En el marco del delito de uxoricidio, se llegó a discutir si la infidelidad de la mujer podría justificar la absolución del marido (sujeto activo) o

⁸ Si bien es cierto que, hoy en día el Código civil de Cataluña (CCCat) establece en su artículo 231-2.2 que “los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes”, cabe recordar la originaria redacción del art. 57 del Código civil español (CCEsp) cuyo texto era del siguiente tenor literal: “El marido debe proteger a la mujer y esta obedecer al marido”.

El 2 de mayo de 1975 se reformó por ley el mencionado artículo y se sustituyeron los conceptos de deber de protección (del marido) y de obediencia (de la mujer) por los de “respeto y protección recíprocos”. Sin embargo, no fue hasta después de la Constitución de 1978 cuando, a raíz del principio de igualdad consagrado en los artículos 14 y 32 del mismo cuerpo legal, se trasladó esa igualdad, por ley de 7 de julio de 1981, al CCEsp.

Hasta dicha reforma, seguían existiendo algunos preceptos del CCEsp que discriminaban clara y directamente a la mujer. A título de ejemplo, cabe citar el art. 59, que disponía que “el marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal, salvo estipulación en contrario”. No puede olvidarse que, hasta la llegada de la democracia a España, la legislación recogía en el Boletín Oficial del Estado (BOE) los roles de género atribuidos para mujeres y hombres por el Régimen, que consideraba a la mujer sujeto jurídico de segunda clase y la relegaba a las tareas del hogar y al cuidado de los hijos (Gisbert, 2018). Las mujeres no podían abrir una cuenta corriente, alquilar un piso ni administrar su propio sueldo, sin el permiso expreso de su marido ni de sus padres, en virtud de la llamada “licencia marital”. Tampoco podían ostentar por sí solas la patria potestad de sus hijos e hijas hasta la reforma de 1981.

⁹ Hablaremos de estos delitos con mayor profundidad en el capítulo cuarto de este trabajo.

bien constituir una condición objetiva de punibilidad o una causa de inimputabilidad. Estas incidencias en la responsabilidad penal únicamente se contemplaban para el marido. No se extinguiría ni sería atenuada la pena de la mujer que matara a su marido sorprendido en acto de adulterio. Adviértase que el fin último de estos delitos, más que proteger a la mujer, era el de restaurar el honor del marido. Prueba de ello es el hecho de que, en los casos en que la mujer cometía adulterio, su amante era considerado un mero cómplice. Si bien es cierto que a ambos se les imponía la misma pena, el comportamiento verdaderamente reprochado era el de la mujer, con independencia del estado civil del amante (Acale, 2019, p. 226). La influencia del patriarcado en el derecho era tal que el marido podía violar a su mujer y no ser penado. Ello sucedía al amparo de los “deberes conyugales”, en virtud de los cuales la mujer debía, no solo obedecer a su marido, sino también servirlo y satisfacerlo. Ruiz-Rico (1991, p. 8) narra el caso de un marinero que violó a su mujer, pero cuya pena fue atenuada por considerarse que a ella le correspondía pagar el “débito conyugal”.

Además de estos dos delitos que ya penalizaban la libertad sexual de las mujeres, la ley penal contemplaba otros delitos relacionados con la moral sexual, que se consideraban atentados contra la honestidad. La exigencia de que el sujeto pasivo fuese siempre una mujer hacía explícita la voluntad del legislador de salvaguardar -por encima de cualquier bien jurídico individual- una suerte de moral sexual colectiva fundamentada en la castidad y la fidelidad, valores típicamente patriarcales. La investigación del delito se centraba más en hurgar en la intimidad de la propia víctima que en averiguar cómo había transcurrido el hecho criminal. Así, el foco de atención se situaba en la mujer y en su comportamiento: se discutía sobre la virginidad de la víctima en el momento del delito, sobre si había provocado o no con su comportamiento al agresor, sobre qué partes de su cuerpo habían sido objeto de tocamientos, sobre la cantidad de resistencia opuesta por ella para defender su honestidad, etc., (Acale, 2019, p. 226). A título de ejemplo, merece la pena traer a colación un fragmento de una Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra el 27 de febrero de 1989 que expone lo siguiente:

“(…) B. [entendemos que dicha inicial refiere a la víctima] *mantiene una vida licenciosa y desordenada, como revela el hecho de carecer de domicilio fijo, encontrándose sola en una discoteca a altas horas de la madrugada, que se presta a viajar en el vehículo de unos desconocidos, poniéndose así en disposición de **ser usada sexualmente***” (SAP Pontevedra 27.02.1989).

Sin pasar por alto cómo la judicatura concebía a la mujer como un objeto sexual, nótese hasta qué punto se juzgaba a la víctima y se la responsabilizaba de lo ocurrido.

Aunque la reforma del Código penal de 1989 sustituyó el término “honestidad” por “libertad sexual” y los cambios operados en la codificación penal en 1995 contribuyeron a elevar dicha libertad sexual a la categoría de bien jurídico protegido, la jurisprudencia demuestra que la

regulación en materia de delitos sexuales sigue descubriéndose como insuficiente. Se trata de una regulación excesivamente centrada en el consentimiento de la víctima y en la conducta adoptada por esta en el momento del delito. La exigencia de que exista violencia o intimidación para calificar jurídicamente el hecho delictivo como agresión o abuso sexual nos lleva a concluir que la regulación actual del Código penal protege menos a las víctimas de delitos sexuales que no han sido capaces de oponer una resistencia activa ni de huir (Faraldo, 2019, p. 273). De esta manera, las mujeres han pasado de ser sujetos pasivos de un delito a ser los principales sujetos investigados al amparo de un “código victimario y patriarcal que se ha mostrado siempre protector del autor y desconfiado con la víctima”, en palabras de María Acale (2019, p. 226).

Si bien es cierto que en el derecho se ha logrado alcanzar un contexto de igualdad formal¹⁰, aún existe una importante desigualdad material¹¹. Basta con recordar uno de los casos más polémicos del siglo pasado, el de la “sentencia de la minifalda” dictada por la Audiencia Provincial de Lleida con fecha de 17 de febrero de 1989. Ante un supuesto caso de abuso sexual en el marco de una relación laboral, el Tribunal que enjuició los hechos apuntó a la vestimenta de la víctima como posible causa de la conducta libidinosa del empresario acusado:

¹⁰ Actualmente, son varios los textos jurídicos que recogen en su articulado el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo. La normativa reguladora de la igualdad de mujeres y hombres se encuentra recogida en distintos niveles normativos: internacional, constitucional, normativa estatal y normativa autonómica.

En la esfera internacional, destacan la Carta de las Naciones Unidas (1945), en cuyo preámbulo se menciona la igualdad de derechos entre mujeres y hombres; y la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que establece en su artículo 1 que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Cabe citar, también, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1948); el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés, 1979); y el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul, 2011).

En el marco de la Unión Europea, son relevantes los siguientes textos normativos: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000); la Directiva 2006/54/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato de mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación y la Carta de la Mujer y el Compromiso estratégico para la igualdad de género.

A nivel estatal, la Constitución recoge el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en su art. 14 y establece la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas (art. 9.2). La normativa básica del Estado en materia de igualdad de género se contiene en la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI), pero es preciso recordar que la mayoría de las Comunidades Autónomas también han aprobado normas básicas en materia de igualdad de sexos.

¹¹ Se ha hecho alusión a dos conceptos relacionados con la igualdad. Veamos qué quiere decirse con cada uno de ellos. La desigualdad formal se refiere a la ausencia de igualdad formal, entendida esta última como igualdad de todos los ciudadanos y ciudadanas ante la ley (Seco, 2017). La igualdad formal -reconocida en el art. 14 CE- implica la paridad de trato tanto en la legislación como en la aplicación del derecho (Carmona, 1994). Por su parte, la desigualdad material es aquella que tiene lugar cuando las posibilidades de emancipación de los individuos en una sociedad son nulas o muy escasas. El principio de igualdad formal no se puede desvincular del resto de los derechos sociales. La dimensión material -igualdad material- del principio de igualdad supone una reinterpretación del de la igualdad formal en el Estado social de Derecho. Hablamos de igualdad material -consagrada en el art. 9.2 CE- cuando existe una equiparación real y efectiva de los miembros de un colectivo, teniendo en cuenta la posibilidad real en que se encuentran.

“(…) aquí ciertamente el acusado aprovechó su condición de patrono y jefe laboral ante la ofendida, que era una trabajadora de su empresa, aun cuando ciertamente esta, con su específico vestido [en referencia a la famosa minifalda], en cierta forma y acaso inocentemente, provocó este tipo de reacción en el empresario que no pudo contener su presencia…” (SAP Lleida 17.02.1989).

Dictada mucho más recientemente, otra de las resoluciones que evidencia claramente esta desigualdad material es la sentencia de “la manada” (SAP Navarra de 20 de marzo de 2018, EDJ 47820), donde el Tribunal cuestiona la actitud de la víctima y califica los hechos como constitutivos de abuso sexual con prevalimiento y no de violación, recurriendo a numerosos estereotipos de género para tratar de justificar la ausencia de intimidación.

El caso de Ángela González es también una prueba más de esta falta de igualdad efectiva. Víctima de violencia machista, Ángela llegó a interponer 51 denuncias ante juzgados y comisarias para solicitar que se prohibieran las visitas sin vigilancia entre su agresor y la hija de ambos por temor a que la pequeña sufriera algún daño. A pesar de la insistencia de Ángela, su petición no fue atendida y la menor fue asesinada por su padre en 2003, cuando tenía solo 7 años. Años más tarde, en 2014¹², el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer valoró la actuación del Poder Judicial ante los hechos y concluyó que:

“(…) las autoridades encargadas de otorgar protección privilegiaron el estereotipo de que cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que esta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto” (apartado 3.8 del Dictamen).

Sin embargo, donde más acusada se hace la desigualdad entre sexos es en la prostitución. Con fecha de 29 de noviembre de 2019, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana dictó una sentencia en la que instó a regular la prostitución -“*sería muy razonable que se regulara legalmente un fenómeno tan extendido*”-. Existe en el imaginario patriarcal la idea de la mujer como objeto sexual. La gran mayoría de los varones creen -porque así se les educa- que tienen derecho a pagar por acceder al cuerpo de una mujer¹³. Sigue estando muy presente la concepción según la cual las mujeres no son más que una propiedad sexual del hombre. La forma en que las sociedades prescriben los atributos sexuales de las mujeres les niega su dignidad y sus derechos (Cook y Cusack, 2009, p. 2). Socialmente, aún se tolera y se perpetúa la distinción que el

¹² El 16 de julio de 2014, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitió su Dictamen CEDAW/C/58/D/47/2012 en relación con el caso de Ángela González Carreño.

¹³ Existe numerosa literatura feminista sobre la prostitución y sobre cómo el patriarcado se ha apropiado de dos funciones básicas del ser humano (el sexo y la reproducción) y ha comerciado con ellas a nivel mundial. Véanse Pateman, C. (2019). *El contrato sexual*. Editorial Ménades y Ekis, K. (2017). *El ser y la mercancía: prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Edicions Bellaterra.

patriarcado hace entre las mujeres madres y esposas e hijas y las mujeres públicas, aquellas que, al no ser de ninguno, pueden ser de todos (De Miguel, 2015, p. 50)¹⁴.

No es casual que, en el caso de la prostitución femenina, que representa casi el total de la prostitución, se defienda su regulación. No obstante, no sucede lo mismo cuando la prostitución afecta a los hombres. El Tribunal de Justicia de Cataluña expuso en su Sentencia dictada el 11 de noviembre de 2019 lo siguiente:

“(…) su prestación [haciendo referencia a la actividad de la prostitución] en régimen de subordinación, con sujeción a órdenes, instrucciones sobre el con quién, cómo, cuándo y dónde de dicha prestación, sujetando a la potestad disciplinaria la desobediencia de las órdenes del empresario (art. 5c) y 20 ET), resulta contraria a la dignidad humana (art.10.1 CE)” (STSJ de Cataluña 11.11.2019).

Este es un claro ejemplo de la lógica patriarcal y neoliberal¹⁵. Mientras a ellas se les presenta la explotación sexual como una salida laboral, para ellos la prostitución supone algo contrario a la dignidad humana. Esta práctica, consistente en asociar ciertos comportamientos y conductas a las mujeres y otros a los hombres, no es ajena al derecho. De hecho, como veremos, la intervención del derecho -sobre todo la del derecho penal- con respecto a las mujeres ha contribuido a perpetuar concepciones sexistas.

3. BREVE REPASO DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO

El análisis feminista de la ciencia jurídica ha puesto de relieve que el derecho tiene género, y no precisamente femenino. A partir de esta premisa, puede dividirse el estudio feminista del derecho en tres fases que Smart (1994, p. 167) resume con las siguientes frases: “el derecho es sexista” -primera etapa-, “el derecho es masculino” -segunda etapa-, y “el derecho tiene género” -tercera etapa-. Aquello que distingue cada uno de los períodos es el enfoque analítico que adoptan respecto al tratamiento de la mujer en el discurso jurídico. Veamos, a continuación, cuáles fueron las conclusiones que alcanzó la teoría feminista en cada uno de ellos.

3.1. EL DERECHO ES SEXISTA

La tesis que se defendió en esta primera fase fue que -ante la diferenciación de hombres y mujeres- el derecho, en la práctica, situaba a las mujeres en una situación de desventaja que se materializaba de diversas formas. La ley asignaba menos recursos materiales a las mujeres (en el matrimonio y en el divorcio, por ejemplo), denegaba igualdad de oportunidades a las mujeres

¹⁴ Véase De Miguel, A. (2018). *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección*. (11ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.

¹⁵ Véase Cobo, R. (2017). *La prostitución en el corazón del capitalismo*. (2ª ed.). Madrid: Catarata.

(Smart, 1994¹⁶, p. 171), o bien no reconocía los daños causados a las mujeres al dar ventajas a los hombres (por ejemplo, en los casos de prostitución y violación). La calificación de sexista refería, más que a una metodología de análisis del derecho, a una voluntad de redefinirlo y de desafiar el orden normativo (Smart, 1994, p. 171). Se aludía con ella a la existencia de normas discriminatorias y a su aplicación desigual (Larrauri, 1995, p. 147). La percepción que se tenía desde el feminismo era la de que los hombres son el patrón según el cual se juzga a las mujeres. Parecería lógico afirmar que las mujeres deberían ser juzgadas según el estándar de mujer, pero ello suscitaría un nuevo problema relacionado con qué perfil de mujer debería considerarse el estándar para enjuiciar al sujeto femenino¹⁷.

Como sostiene Smart (1994, p. 172), si bien superar el sexismo puede parecer relativamente fácil, debe tenerse en cuenta que las diferencias sexuales no son una cuestión “fenoménica”, sino sumamente trascendental, pues sobre ellas se construye todo el orden social. Si entendemos que erradicar la discriminación depende de eliminar la diferenciación, entonces debemos pensar en una cultura sin género (Smart, 1994, p. 172). Ello supondría la adopción de un género neutro en el lenguaje y, aunque puede parecer algo sencillo, se trata de una cuestión que esconde numerosas dificultades. Además, el feminismo no reivindica una especie de androginia (Smart, 1994, p. 173), sino el reconocimiento y la visibilidad de la mujer como sujeto pleno de derecho.

3.2. EL DERECHO ES MASCULINO

Como consecuencia de las críticas de que el derecho penal es sexista que abundan en la primera etapa de análisis feminista del derecho, se produce una especie de reformulación y/o promulgación de las leyes de manera que pasan a ser expresadas en términos neutros respecto al sexo y al género asociado a cada sexo. La idea central de esta segunda fase del análisis feminista del derecho se construye a partir de la observación empírica de que la mayoría de los profesionales del mundo jurídico -abogados, jueces, fiscales, legisladores- son hombres. Smart (1994, p. 173) expone que este argumento va más allá de la mera presencia de varones en los juzgados: “*al dar por sabida la masculinidad, una vez incorporada en los valores y prácticas, no necesita ser exclusivamente sostenida por el referente biológico masculino (hombre)*”¹⁸. La influencia de esta

¹⁶ En este punto, Smart (1994) cita como ejemplo la idea defendida por Sachs y Wilson (1978), quienes sostenían que el derecho consideraba a las mujeres como “no-personas” en materia de derechos emanados de las leyes. Los jueces sostenían que el término “persona” se refería a “persona varón” y que, en caso de que se refiriera también a las mujeres, los Parlamentos lo habrían hecho constar expresamente. Véase Mansell, W., Meteyard, B. y Thomson, A. (2015). *A critical introduction to Law*. (4ª ed.). Nueva York: Routledge.

¹⁷ Si se adoptara como “estándar de mujer” el perfil de una mujer blanca de clase media o alta, el sexismo se erradicaría -al menos aparentemente- pero las mujeres que no cumplieran con dicho estándar serían discriminadas ex lege.

¹⁸ Véase Smart, C. (1994). La mujer del discurso jurídico. En E. Larrauri (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. (p. 167-189). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A.

masculinidad ha sido tal que los ideales de objetividad y neutralidad que caracterizan al derecho son actualmente valores masculinos que han sido tomados como valores universales (Mackinnon, cit. por Smart, 1994, p. 173).

Según sugiere este nuevo análisis, la consecuencia de lo anterior es que, cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que estos criterios objetivos que debería aplicar el derecho son profundamente masculinos. De ahí que, paradójicamente, insistir en la objetividad y la neutralidad sea equivalente a insistir en ser juzgado bajo parámetros masculinos. Sucede que, a pesar de que las leyes sean formuladas de forma neutral, su aplicación se rige por una perspectiva masculina de la realidad. Esta constatación según la cual el derecho toma como referencia a “hombres blancos de clase media” es la que permite afirmar que “el derecho es masculino” (Larrauri, 1995, p. 12).

Bajo esta hipótesis de que “el derecho es masculino”, varias autoras comienzan a analizar cómo el ordenamiento jurídico penal de sus respectivos países atribuye consecuencias jurídicas distintas según si el sujeto activo del delito es una mujer o un hombre. Uno de los preceptos penales que más interés suscita entre las teóricas feministas es el relativo a la “legítima defensa”. Se trata, como afirma Larrauri (1995), de un caso de aplicación masculina del derecho. Un análisis pormenorizado de la doctrina y la jurisprudencia permite concluir que, aun cuando la norma que regula la legítima defensa se encuentra redactada de forma neutral, su interpretación y su aplicación se efectúan desde una óptica masculina (Larrauri, 1995, p. 12).

Atendida tal constatación, lo que el feminismo plantea es cómo actúa la institución de la legítima defensa en aquellos casos en que mujeres maltratadas por sus parejas -o exparejas- acaban matando a su agresor. Larrauri (1995, p. 29) expone que una de las dificultades que genera dicha eximente en estos supuestos es que su apreciación conllevaría considerar el comportamiento de la mujer maltratada que mata a su marido como justificado. Los motivos que han llevado a descartar la apreciación de la legítima defensa¹⁹ como causa de justificación en los casos de violencia de género doméstica han sido los siguientes (Larrauri, 1995, p. 31 y ss): la falta de actualidad de la agresión ilegítima; la falta de necesidad racional del medio empleado; y, en el aspecto subjetivo, la falta de voluntad de defensa.

Respecto a la concurrencia del primer requisito exigido por el Código penal para apreciar la eximente de legítima defensa (art. 20.4º. 1º CP), no se discute que las agresiones que el marido

¹⁹ Ténganse en cuenta los requisitos exigidos por el Código penal para apreciar la existencia de legítima defensa (art. 20. 4º CP): se exige una agresión ilegítima, que el medio empleado para impedir la o repelerla sea racional y que exista falta de provocación suficiente por parte del defensor.

maltratador inflige a su mujer constituyen una agresión ilegítima. Lo que se argumenta para no apreciar este primer requisito es la falta de actualidad de la agresión de la mujer hacia el marido.

Esta exigencia de actualidad en la conducta de la mujer, explica Larrauri (1995, p. 32), convierte la legítima defensa en inaplicable para eximir de responsabilidad a la mujer autora. El requisito de “actualidad de la agresión ilegítima” formulado de forma neutral y aplicado de manera objetiva (Larrauri, 1995, p. 41) no plantea problemas si son los hombres quienes tienen que defenderse de una agresión, porque ellos sí que pueden defenderse en el momento inmediato del ataque. Sin embargo, las posibilidades de éxito de las mujeres en estos contextos son bastante escasas. Restringir los límites temporales en que se puede ejercer la legítima defensa al momento coetáneo a la agresión supone reservar su apreciación a casos donde los sujetos pasivos son hombres con capacidad de defenderse, la cual cosa implica que la legítima defensa devenga inservible para las mujeres maltratadas. Esta cuestión pone de manifiesto que las reglas de la legítima defensa han sido elaboradas partiendo de una imagen basada en la confrontación de hombre/hombre (de similar tamaño y fuerza) que se realiza en un único acto (Larrauri, 1995, p. 41). En las contiendas entre hombre y mujer que perduran en el tiempo, resulta sumamente difícil apreciar la concurrencia de todos los requisitos exigidos por la norma, porque se trata de sujetos de distinto tamaño y fuerza. Consecuencia de ello es que, en una situación de confrontación puntual, la imposibilidad de que la mujer se defienda la empuje a actuar cuando el ataque cese - aunque sea momentáneamente- o de forma anticipada al próximo ataque.

Sobre el segundo requisito, esto es, la necesidad de que el medio empleado para repeler o impedir la agresión sea racional, acostumbra a decirse a las mujeres maltratadas que podrían haber utilizado otros medios para no tener que recurrir a la violencia. Para valorar la “necesidad racional” del medio empleado para repeler o impedir la agresión se parte de un criterio objetivo. Objetividad que, al tomar como referencia parámetros masculinos, planteará problemas de interpretación cuando el sujeto activo sea una mujer. Como bien señala Larrauri (1995, p. 49), no es descabellado pensar que el medio considerado racional para el hombre medio es distinto de lo que se entiende por medio racional para la mujer media.

Finalmente, otro de los argumentos de que se sirven quienes niegan la apreciación de la legítima defensa en los casos de las mujeres maltratadas es la falta de ánimo de defensa. Se dice que la mujer que mata al marido no lo hace por la voluntad de defensa, sino que actúa movida por la venganza.

Aunque sucintas, estas consideraciones son una muestra de la línea de análisis que se siguió durante la segunda fase de la teoría feminista del derecho. Veamos, seguidamente, qué sucede en la tercera etapa.

3.3. EL DERECHO TIENE GÉNERO

La transición del enfoque según el cual “el derecho es masculino” a este tercer enfoque que argumenta que “el derecho tiene género” puede pasar casi desapercibida. El avance a este último enfoque es muy sutil y, como tendremos ocasión de ver, en esta etapa no se rechaza completamente la tesis de la anterior.

La idea sostenida durante la segunda fase según la cual “el derecho es masculino” se refería a cómo percibimos el derecho. A lo largo de esta tercera fase, la perspectiva de análisis no se centra en cómo pensamos el derecho, sino en cómo el argumento de que “el derecho tiene género” nos permite pensar el derecho en términos de procesos que trabajan de manera variada (Smart, 1994, p. 175). Esto es, en cómo las mismas prácticas “significan cosas diferentes para los hombres y las mujeres porque se leen a través de discursos diferentes” (Hollway, cit. por Smart, 1994, p. 176). A lo largo de esta nueva investigación, surgen dos interrogantes que cambian la forma como se venía analizando la cuestión del género. La pregunta sobre cómo supera el derecho el género se reformula en los términos siguientes: cómo funciona el género dentro del derecho y cómo el derecho funciona para crear género.

En lo que sigue, trataremos de dar respuesta a estas cuestiones y observaremos por qué desde la teoría feminista se concibe al derecho penal como “una estrategia creadora de género” (Smart, 1994, p. 177).

4. EL DERECHO PENAL COMO UNA INSTITUCIÓN PATRIARCAL

Hasta ahora hemos tratado de mostrar cuál ha sido la relación del derecho penal con las mujeres. En los próximos capítulos, abordaremos la cuestión de por qué consideramos que el derecho penal ha venido funcionando como un instrumento al servicio del patriarcado. Para ello, tomaremos como base la tesis que sostuvo la socióloga Carol Smart, a cuyo juicio el discurso jurídico crea a la mujer como un sujeto con género.

La rama del derecho donde tal vez puede advertirse con mayor claridad esta faceta del derecho como tecnología creadora del género es la del derecho penal. Las normas que el derecho penal aplica a los sujetos femeninos reflejan y construyen la idea que tiene el derecho -la sociedad- acerca de las mujeres (Larrauri, 1995, p. 12). La evolución del género humano ha sido, básicamente, la evolución del hombre. Los valores y las tradiciones que históricamente han reinado en las sociedades han estado impregnados de un marcado carácter masculino. “Este mundo, que siempre perteneció a los hombres -escribía De Beauvoir-, sigue en sus manos; las instituciones y los valores de la civilización patriarcal se perpetúan en gran medida” (De Beauvoir, 1949).

El derecho no es neutro. Son los varones quienes, hasta la fecha, han venido redactando los códigos. Las mismas prácticas tienen distintos significados y consecuencias para hombres y para mujeres y lo que a priori se presenta como neutral a menudo resulta un mecanismo de dominación masculina (Jericó, 2019, p. 288-289). Hemos visto que existe una igualdad formal de derechos entre mujeres y hombres. No obstante, dichos derechos han sido configurados con base en prototipos androcéntricos o que no incluyen las necesidades de todas las personas (Delphy, cit. por Bodelón, 2014, p. 137). En las sociedades de supremacía masculina, explica Mackinnon (1983, p. 636), se adopta el punto de vista masculino bajo la forma de un estándar objetivo. Tal como apunta Lerner (1986):

“(…) los hombres han explicado el mundo con sus propios términos y han definido cuáles eran las cuestiones de importancia para convertirse así en el centro del discurso. Al hacer que el término «hombre» incluya el de «mujer» y de este modo se arrogue la representación de la humanidad, los hombres han dado origen en su pensamiento a un error conceptual de vastas proporciones”. (Lerner, 1986).

A menudo, el problema no reside solo en cómo son aplicadas las normas (si existen), sino en cómo han sido redactadas. No es que el juzgador o la juzgadora realice una aplicación machista de la norma -cosa que también sucede-, es que todo lo concerniente a la interpretación de dicha norma ha sido elaborado por hombres en una determinada situación o contexto. De manera que la aplicación de la norma en cuestión supondrá que se tienda a discriminar a la mujer, porque ni el sujeto femenino ni su contexto han sido tenidos en cuenta cuando se elaboraban los requisitos de interpretación de la norma (Larrauri, 2002, p. 1). Tal como sostiene Bodelón (2014, p. 137), es erróneo pensar que la protección de los derechos de las mujeres en los códigos penales está garantizada por la igualdad formal, por cuanto “dichos códigos se configuraron de espaldas, olvidando y negando las violencias más frecuentes que sufren las mujeres, las violencias machistas” (Bodelón, 2014, p. 137). El patriarcado moderno utiliza la igualdad formal de derechos como una falsa entrada de las mujeres en la ciudadanía (Delphy, cit. por Bodelón, 2014, p. 137).

Tres han sido las críticas que la teoría feminista ha reprochado al derecho penal (Larrauri, 1994, p. 93): la deficiente regulación de los delitos que tienen a la mujer como víctima, la insuficiencia de tipos penales que protejan a la mujer y la irregular aplicación (o inaplicación) en los tribunales de determinados delitos contra las mujeres. El ejemplo más típico de la primera crítica es la regulación de los delitos sexuales, cuestión sobre la que profundizaremos más adelante, pero sobre la que ahora me gustaría exponer algunas consideraciones. Desde el feminismo se ha reprochado en numerosas ocasiones el hecho de que la policía y el tribunal enjuiciador cuestionen la moralidad y la conducta de la víctima²⁰, porque ello supone un claro

²⁰ Este es un tema sumamente relevante, por lo que volveremos sobre él más adelante.

caso de victimización secundaria (revictimización): el inicio de un juicio paralelo donde la víctima es juzgada por la sociedad. Junto con esta, otra de las críticas más recurrentes en el seno del debate feminista es la redacción de los delitos sexuales, su regulación sustantiva.

Dejando a un lado el debate jurídico en torno a qué reformas deberían llevarse a cabo en el Código penal español en aras a regular los delitos sexuales desde una perspectiva feminista²¹, una de las problemáticas que presenta la norma penal es que, al seguir la lógica jurídica de la igualdad y partir de un género neutro (Larrauri, 1994, p. 96), ha acabado difuminando el hecho de que la violación es un delito que comete un sexo (masculino) contra otro (femenino). El mensaje que da el Código penal, con su redacción actual, es que cualquiera puede cometer una violación -o cualquier delito contra la libertad sexual-; obviando, así, que son los hombres quienes perpetran los distintos actos de violencia contra las mujeres. Ello no quiere decir que las mujeres no puedan ser sujeto activo de un delito contra la libertad sexual pues, como señala Larrauri (1994, p. 96), la comisión de un delito de violación no es solo cuestión de fuerza física. Sin embargo, se trata de un comportamiento en el cual se materializan varios de los valores que el patriarcado asigna a los varones -limitando, así, la posibilidad de que la mujer pueda intervenir como sujeto activo-: el ánimo de dominación; la voluntad de ejercer poder y de demostrar su “masculinidad” en lo referido a su sexualidad; el deseo de adopción de un rol de sumisión por parte de la mujer víctima; la agresividad, y la fuerza física. Sin duda, este hecho pone de manifiesto la existencia de un trasfondo complejo -la articulación de un sistema social patriarcal- que explica por qué los delitos contra la libertad sexual son protagonizados por hombres la inmensa mayoría de las ocasiones.

Que el feminismo conciba al derecho penal como una institución patriarcal es algo inevitable. La razón es simple: el derecho es un producto de la sociedad. Las normas que conforman los ordenamientos jurídicos reflejan los valores y principios que imperan en una sociedad en un momento concreto. En un sistema patriarcal, los hombres dominan y oprimen a las mujeres de formas muy diversas, aunque todas ellas son resultado de la apropiación por el hombre de la capacidad sexual y reproductiva de la mujer. Esta relación de poder asimétrica donde los hombres dominan socialmente a las mujeres se incorpora al derecho, de forma que la jerarquía existente entre los sexos se legitima y pasa a ser invisible.

²¹ Sobre esta cuestión, véanse Acale, M. (2019). La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género. En A. Monge (Dir.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 215-251). Barcelona: Bosch Editor.; Faraldo, P. (2019). Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En A. Monge (Dir.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 255-280). Barcelona: Bosch Editor.; Jericó, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal. *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 286-333). Barcelona: Bosch Editor.; y Monge, A. (2019). Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso “La Manada” (“Solo sí es sí”). En A. Monge (Dir.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 339-367). Barcelona: Bosch Editor.

Al comienzo de este apartado he sostenido que el derecho penal ha venido funcionando como una herramienta del patriarcado, agravando la desigualdad entre sexos y contribuyendo a crear una concreta imagen de mujer. Con el propósito de ver cómo se han materializado estas cuestiones en el derecho penal español, vamos a estudiar, a continuación, la evolución del tratamiento de la mujer en la codificación penal española desde 1822 hasta el día de hoy.

4.1. MUJER, GÉNERO Y DERECHO PENAL: PERPETUANDO EL IDEAL PATRIARCAL

Desde el feminismo jurídico se ha venido reprochando al derecho penal su construcción androcéntrica y su visión sesgada de la realidad, cuestión que visibilizó Mackinnon (1983) con su célebre frase de que “El derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”. Es decir, la imagen que el derecho penal refleja de las mujeres se corresponde con la que los hombres tienen de ellas. El análisis feminista ha sostenido en este sentido que los códigos penales parten de una determinada imagen de mujer (Sick, cit. por Larrauri, 2002, p. 1), reflejan la idea de las mujeres que tiene la sociedad y la perpetúan. Bergalli y Bodelón (1992) exponen muy acertadamente que:

“(…) las diferencias entre hombres y mujeres que se manifiestan como nociones antagónicas, no dependen de la naturaleza biológica o social de cada sexo, sino que son el resultado de procesos de construcción social mediante los cuales se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a sus varones y hembras”. (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 53).

En cuanto que fenómeno cultural, el derecho penal resultaría ser así una estrategia al servicio de ese proceso de construcción de lo femenino y lo masculino (Lacasta-Zabala, 1998, p. 18). Al regular sus relaciones con las mujeres partiendo del modelo patriarcal de mujer, la ley penal puede reforzar los estereotipos respecto de qué y cómo son las mujeres y contribuir a dificultar su superación (Larrauri, 2002, p. 1). En las líneas que siguen, observaremos cómo el derecho -tanto por las conductas que ha tipificado como delictivas a lo largo de la historia como por las que no ha ido construyendo un modelo de mujer basado en el ideal patriarcal de la mujer esposa/ mujer madre y ama de casa que ha servido para relegar al sexo femenino al ámbito doméstico y alejarlo de la vida pública.

El control que se ejerce sobre los individuos de una sociedad puede ser formal -a través del derecho penal- o bien informal. Larrauri (1994, p. 1) emplea la expresión de control informal para referirse al conjunto de respuestas negativas que suscitan determinados comportamientos que vulneran normas sociales. Se trata de conductas que no cumplen las expectativas de comportamiento asociadas a un determinado género o rol (Larrauri, 1994, p. 1). Es un hecho que

las mujeres delinquen en menor proporción que los hombres²². Sin embargo, el control informal que la sociedad ejerce sobre ellas es mucho más acentuado que en el caso de los varones. Prueba de ello es el hecho de que se perciba como algo normal la cuestión de que la joven tenga una hora de llegada a casa más temprana que la de su compañero varón, que se la cuestione por dónde ha estado y que se juzgue todo lo relacionado con ella según los umbrales establecidos por el patriarcado para las “mujeres, mujeres”²³. Las diferencias biológicas han servido de pretexto para la asociación de determinados papeles, roles, conductas, etc., a los sujetos según su sexo biológico. Al respecto, De Beauvoir (1949) escribe que:

“No se nace mujer: llega una a serlo. Ningún destino biológico, físico o económico define la figura que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana: la civilización en conjunto es quien elabora ese producto intermedio entre el macho y el castrado al que se califica como femenino”²⁴. (De Beauvoir, 1949).

Esta construcción sociocultural de lo masculino y lo femenino es lo que se conoce bajo el concepto de *género* y su influencia en el derecho penal no es poca. Su funcionamiento es similar al de una institución social (Pitch, 2010, p. 438): regula, disciplina, comporta modelos cognitivos y diferencia entre distintos grupos de individuos. El género distingue entre dos grupos de sujetos -hombres y mujeres- según su sexo biológico y a cada grupo atribuye características distintas. A cada individuo se le impone socialmente cumplir con las características que simbólicamente se le atribuyen, según sea hombre o mujer. Así, socialmente se ha impuesto a las mujeres -por el mero hecho de serlo- el cuidado de los hijos e hijas, los trabajos domésticos, la bondad, la castidad, la fidelidad, la obediencia, el carácter servil, la virginidad y la necesidad de embellecerse, entre muchas otras cosas. El caso de los varones es totalmente distinto, pues a ellos se les relaciona con la fuerza, el poder, la agresividad, la valentía. Con la asignación de estos valores a hombres y mujeres, el género establece una jerarquía entre los sexos, donde ellos ostentan el dominio y ellas aparecen como subordinadas. El hombre, señala De Beauvoir (1949) representa el *Todo*, mientras que la mujer se constituye en *Alteridad*.

Los valores, actitudes, características y comportamientos que el género asigna a cada sexo no son estáticos, sino que varían durante el curso del tiempo. Sin embargo, lo que no cambia es la asimetría que propone el género. El masculino se construye como superior al femenino, de ahí que se considere que el género es el mecanismo de opresión que utiliza el patriarcado para oprimir a las mujeres en razón de su sexo. El funcionamiento del género es invisible. La socialización de

²² Véase Marco, M^aP. (2019). La mujer como víctima en el ámbito del derecho penal: una rápida aproximación a la delincuencia femenina y masculina. En A. Monge (Dir.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 421-425). Barcelona: Bosch Editor.

²³ Con esta expresión me refiero a aquellas mujeres que cumplen con los mandatos de la feminidad. Es decir, que su comportamiento no difiere de los roles y estereotipos de género típicamente asociados a su sexo femenino.

²⁴ Véase De Beauvoir, S. (2005). *El Segundo Sexo* (14^a ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.

género, esto es, la imposición a los individuos de distintas normas de conducta según sean hombres o mujeres, puede llevarse a cabo de muchas formas. No obstante, el derecho penal, por su naturaleza coercitiva y su marcado carácter social, constituye un mecanismo idóneo para imponer, crear y perpetuar el género -sea de forma implícita o explícita-.

A lo largo de los siglos se ha ido construyendo -sobre la base de los valores antes citados- un ideal de mujer²⁵ que ha acabado calando en el derecho, de forma tal, que la propia norma penal ha empezado a funcionar como un instrumento productor del género. Desde el primer Código penal español hasta el último de 1995 -que consolidó la igualdad formal entre mujeres y hombres al incorporar las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género- se ha venido adoptando una concreta visión del género femenino, donde el hombre aparece como el definidor y el guardián del comportamiento correcto de la mujer (Acale, 2006, p. 21).

En los primeros Códigos, esta visión patriarcal del género femenino puede apreciarse tanto en los delitos en los cuales la mujer aparecía como sujeto activo, cuyo comportamiento afectaba al honor del hombre de quien dependía; como en los delitos donde la mujer era el sujeto pasivo, casos en los cuales se defendía el clásico modelo masculino de hija, madre y esposa, de forma que el derecho responsabilizaba a la víctima por lo ocurrido y la dejaba sin protección (Acale, 2006, p. 22). Basta con recordar los antiguos “delitos contra el honor” o los delitos de aborto, infanticidio y abandono de familia *honoris causa*. Obsérvese que estos modelos de protección y castigo que ofrecía por entonces el sistema penal lo único que hacían era reproducir patrones estereotipados de comportamiento de hombres y mujeres. No es casual que en los delitos contra el honor, donde la mujer ocupaba el papel de sujeto activo, el legislador se ensañara con ella criminalizando su conducta. Tampoco lo es el hecho de que las figuras delictivas donde la mujer aparecía como sujeto pasivo estuvieran relacionadas con el papel que el sexo femenino ha venido ocupando en la sociedad (Acale, 2006, p. 22).

Hasta 1983 se contempló en el Código penal la llamada agravante de “desprecio de sexo”, cuya concurrencia se apreciaba cuando coincidían en el delito un sujeto activo hombre, que actuara con ánimo de despreciar a la mujer, y un sujeto pasivo mujer. La existencia de dicha circunstancia modificativa de la responsabilidad penal obedece, según Zapater Ferrer (cit. por Acale, 2006, p. 26) a razones de tipo físico (la debilidad física de la mujer frente al hombre), de tipo social (se entiende que la mujer merece respeto por ser madre y esposa y ocuparse del hogar), y razones relacionadas con la dignidad familiar y social. Sin embargo, la agravante de desprecio de sexo dejaba de aplicarse si el órgano enjuiciador apreciaba el más mínimo indicio de

²⁵ “El ideal de mujer imperante en la España del siglo XIX e inicios del XX era el de la Perfecta Casada. Una mujer debía ser perfecta madre y esposa” (Larrauri, 1994).

provocación por parte de la mujer, la cual cosa sucedía cada vez que la conducta sexual o moral de la mujer se alejaba de los patrones de comportamiento previstos para ella en cada momento histórico. Acale (2006, p. 28) pone énfasis en cómo esta cuestión sirvió para que los jueces indagaran en la intimidad de las mujeres víctimas de delito. En los casos donde se estimase la existencia de provocación por parte de la mujer, no solo no se aplicaba la agravante de desprecio de sexo, sino que además se atenuaba la pena del varón -pudiendo llegarse a la exención total- a través del recurso al “crimen pasional” (Acale, 2006, p. 28).

Con la modificación efectuada por la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, de actualización del Código penal, la violación quedaba regulada de forma que únicamente podía hablarse de violación si existía “penetración de un órgano masculino”, pues en otro caso el hecho sería constitutivo de agresión sexual²⁶. Como bien señala Larrauri (1994, p. 96), tal regulación fue ampliamente criticada por el feminismo porque la mujer se siente igualmente violada con independencia de cómo se lleve a cabo el hecho delictivo. Al configurar la violación como un delito cuyo sujeto activo debía ser necesariamente un hombre, el derecho creaba género, pues dejaba entrever cuál era el modelo de sexualidad que la sociedad concebía para las mujeres. El hombre aparece como sujeto activo no solo en el delito, sino también en el plano de la sexualidad, mientras que a la mujer se la representa como un sujeto pasivo, un mero objeto destinado a ser tomado.

En los delitos de aborto, infanticidio y abandono de familia *honoris causa*, el derecho penal preveía una atenuación de la pena para la mujer que actuara para proteger su honor. Esta regulación construía una determinada imagen de mujer y lanzaba el mensaje de que “la mujer, para ser mujer, debe tener honor, debe ser honesta y honorable (Larrauri, 1994, p. 102)”. En caso contrario, ya no sería designada como mujer ni tratada como tal. De hecho, su reputación se resentiría y su honor también, llegando la sociedad a referirse a ella mediante el uso de términos peyorativos como “fulana”, “furchia” o “puta”. Pero esto no es todo. Debido a estos estereotipos - el de la mujer sumisa, puritana, devota, madre-, cuando el sujeto activo de algunos delitos era una mujer, el reproche penal que recibía era mucho mayor que el que correspondería a su compañero varón por los mismos hechos. Larrauri (1994, p. 104) señala que estas diferencias en la severidad

²⁶ La Ley Orgánica 3/1989 establecía la siguiente regulación en materia de violación y agresiones sexuales: *Artículo 429. La violación será castigada con la pena de reclusión menor. Comete violación el que tuviere acceso carnal con otra persona, sea por vía vaginal, anal o bucal, en cualquiera de los casos siguientes:*

- 1. Cuando se usare fuerza o intimidación.*
- 2. Cuando la persona se hallare privada de sentido o cuando se abusare de su enajenación.*
- 3. Cuando fuere menor de doce años cumplidos, aunque no concurriere ninguna de las circunstancias expresadas en los dos números anteriores.*

Artículo 430.

Cualquier otra agresión sexual no contemplada en el artículo anterior, realizada con la concurrencia de alguna de las circunstancias en el mismo expresadas, será castigada con la pena de prisión menor. La pena será la de prisión mayor si la agresión consistiere en introducción de objetos o cuando se hiciera uso de medios, modos o instrumentos brutales, degradantes o vejatorios.

de las penas se deben, en gran medida, “al juego de agravantes/atenuantes presentes en el Código penal que, si bien están formuladas de forma neutral, son interpretadas de acuerdo con los estereotipos distintos que rigen las conductas para los distintos géneros”. De esta forma, en los delitos de parricidio, la mujer que matara a su marido recibiría mayor pena que si fuera él quien matara a su esposa; y la mujer que matara a su hija recién nacida²⁷ también recibiría una pena más alta que el marido que mata a su mujer.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta es la (escasa) regulación de la prostitución y de la pornografía. Mossman (cit. por Larrauri, 1994, p. 97) destaca que el derecho penal es relevante tanto por lo que incluye como por lo que excluye. Al respecto, Larrauri (1994, p. 97) señala cómo la prostitución ha sido a lo largo de los años uno de los clásicos “delitos sin víctima”. Ello ha contribuido, sin duda, a perpetuar el estereotipo patriarcal de la mujer como objeto sexual, creencia que aún sigue estando muy presente y que es incompatible con la consecución de una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres. Esta idea de la mujer como objeto sexual se encuentra muy vinculada a otra creencia patriarcal según la cual la mujer no es sino una propiedad más para el marido, quien puede hacer con ella lo que le venga en gana.

Sobre esta concepción se construyó el delito de uxoricidio que, como hemos mencionado anteriormente, contemplaba el supuesto de que el marido sorprendiera a su mujer en acto de adulterio y la matara por ello. Lejos de imponer al marido agresor un castigo ejemplar²⁸, la norma penal preveía una rebaja de la pena e incluso la ausencia de reproche penal si las lesiones que causaba a la mujer eran leves. Esta “benevolencia” que el derecho penal manifestaba al atenuar o eliminar la pena se justificaba por la razón que había motivado el comportamiento del marido. A los ojos del derecho penal, este había actuado para proteger su honor susceptible de ser lesionado por el comportamiento desviado de su mujer. De esta manera, el sistema penal institucionalizaba la idea de que las mujeres debían ser esposas fieles y buenas amas de casa. En caso contrario, el marido podría adoptar las medidas de corrección que considerase oportunas. Así pues, la mujer

²⁷ Partiendo de la creencia de que únicamente era una buena mujer aquella que era honesta y honrada, no era extraño que, durante el siglo XIX y principios del XX, las mujeres que carecían de apoyo personal y económico de las instituciones y sus familias acabaran abandonando, abortando o matando a sus hijos recién nacidos. Ello se debía a la presión que ejercía la sociedad sobre ellas. El miedo al rechazo y a ser tratadas como “una cualquiera” impulsaba a muchas a cometer este tipo de actos. Larrauri (1994) cita el ejemplo de aquellas que tenían hijos fuera del matrimonio, señalando que “la mujer que tiene hijos fuera del matrimonio es una mujer sospechosa de promiscuidad, no es una buena mujer, y acaso ya no sea ni nombrada como mujer”.

²⁸ Para la mujer que matara a su marido sorprendido en adulterio, el art. 605 del Código penal de 1822 preveía la imposición de la pena de muerte en concepto de autora de un homicidio voluntario con premeditación (Acale, 2006). Sin embargo, en el caso de que el sujeto activo fuera un hombre, el mismo Código (arts. 619 y 620) contemplaba las penas de arresto, reclusión o destierro según las circunstancias, pero en ningún caso la pena de muerte.

se encontraba sometida al poder penal, pero también al poder punitivo²⁹ del marido o del padre - según su estado civil- (Acale, 2006, p. 44 y ss). En este sentido, para el caso de que el marido no llegara a matar a su esposa adúltera o solo la lesionara, la legislación penal contemplaba el delito de adulterio; esto es, la criminalización de la conducta de la mujer que, estando casada, yaciere con un hombre que no fuere su marido.

Este breve repaso histórico permite concluir que el derecho penal formal del siglo XIX y de parte del siglo XX “refleja un mundo donde las mujeres son consideradas seres inferiores a los hombres; donde su transgresión no se interpreta meramente como el comportamiento de un individuo, sino como el comportamiento que está transgrediendo las expectativas o roles sociales atribuidos a su género” (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 58). Al criminalizar las conductas que desafiaban la tradicional imagen del género sobre las mujeres y reconducir a las mujeres a un modelo de conducta basado en la castidad y la fidelidad sexual, la intervención penal ha ayudado a crear y a perpetuar una concreta imagen del género femenino. Asimismo, la asociación de determinados roles de género a los sujetos femeninos ha llevado al derecho penal a considerar que la mujer autora de un delito no tiene las mismas características que tendría el autor varón. Con ello, apuntan Bergalli y Bodelón (1992):

“se añade algo más que una especificación relativa al sexo del autor: se añade una carga simbólica que hace que se analice el comportamiento como si tuviera características diferentes y así, repentinamente se le asocian nuevas imágenes, esta vez ligadas al género”. (Bergalli y Bodelón, 1992, p. 59).

5. JUSTICIA PATRIARCAL: TRAS LA “FALSA” NEUTRALIDAD DE LA LEY PENAL FORMAL

El delito de uxoricidio desapareció del Código penal con la Ley de 23 de diciembre de 1961 y con la Ley 22/1978, de 26 de mayo se derogó definitivamente el delito de adulterio. Puede decirse que, con el fin de la dictadura franquista y la aprobación de la Constitución Española de 1978, el derecho penal positivo empezó a ser objeto de distintas modificaciones tendentes a eliminar los rasgos machistas que hemos venido señalando hasta ahora. La misma finalidad pretendió alcanzar el Código penal de 1995, que reformó completamente los delitos contra la libertad sexual; incorporó la discriminación por razón de sexo u orientación sexual como circunstancia agravante de la responsabilidad penal; y tipificó como delito la incitación a la discriminación o a la violencia contra grupos o asociaciones por razón de sexo u orientación sexual, entre otros motivos. Y más tarde llegó la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección

²⁹ El homólogo de este “poder punitivo” en el orden civil era el conocido como “ius corrigendi”. Acale (2006) expone que existían previsiones específicas en materia de pena para las mujeres delincuentes, lo cual permitía al marido escoger, en algunos casos, la pena que debería imponerse a la mujer.

Integral contra la Violencia de Género, la cual -a pesar de adolecer, a mi juicio, de ciertas deficiencias- introdujo importantes reformas en los órdenes procesal, laboral, educativo, sanitario y penal y en el ámbito publicitario (Acale, 2006, p. 11)³⁰.

Puede decirse que, afortunadamente, la situación de las mujeres y su tratamiento por parte del derecho penal han sufrido cambios sustanciales desde el siglo pasado. Las formas de desigualdad entre sexos no son tan acusadas como antes y los valores patriarcales inciden en el derecho de una forma más sutil. Con la evolución legislativa en materia de igualdad y violencia contra las mujeres, así como con el cambio de terminología de los “delitos contra el honor” y su posterior regulación como “delitos contra la libertad sexual” parece haberse superado el ideal de mujer honesta y honrada, pero no es así -o, por lo menos, no del todo-. El hecho de que las normas que conforman el ordenamiento jurídico penal actual no sean tan abiertamente discriminatorias como las de los Códigos penales anteriores no es sinónimo de que las manifestaciones de machismo en la justicia hayan desaparecido. El movimiento feminista vuelve a estar en auge y ello ha permitido poner de relieve las prácticas machistas y androcéntricas que todavía permanecen en nuestros sistemas judiciales. Aunque el rol del derecho como creador de género parece haber alcanzado ya su máximo esplendor, ello no supone que la idea de género en el campo del derecho se haya extinguido. Podría decirse que el derecho penal funciona ahora, no como una herramienta creadora de género, sino como un medio de perpetuación de este.

Tras años de lucha feminista se ha conseguido una aparente neutralidad en el derecho penal positivo. Sin embargo, a pesar de haberse logrado esta igualdad jurídica a través de la asexualidad de la ley penal, las marcas de género y la herencia machista que nos han dejado los anteriores Códigos penales siguen moldeando las estructuras y procedimientos de nuestro ordenamiento actual (Acale, 2006, p. 51). La cuestión es que, aunque la formulación de los tipos delictivos sea “neutra” -o no tan neutra, pues emplea el clásico masculino genérico “el que”-, existen determinados delitos en los cuales, debido a condicionamientos sociales, sujeto activo y sujeto pasivo serán, respectivamente, hombre y mujer. En este punto, suscribo completamente las palabras de Acale (2006, p. 52) cuando refiere que la formulación neutral de los tipos penales no elimina la sexualización de la delincuencia. Así, por ejemplo, si bien el delito de impago de pensiones (art. 227 CP) castiga a “el que” dejare de pagar cualquier prestación económica a favor de su cónyuge o sus hijos, el hecho de que haya sido el hombre quien históricamente ha trabajado fuera de casa mientras la mujer cuidaba de los hijos, que hoy en día la mujer trabajadora se vea afectada por la brecha salarial y que siga siendo ella quien acostumbre a quedarse con los hijos tras la separación o el divorcio determinará que seguramente el varón sea sujeto activo del delito

³⁰ Para un mayor conocimiento sobre este tema, véase Acale, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid: Editorial Reus, S.A.

y la mujer sujeto pasivo (Acale, 2006, p. 52). Lo mismo sucede en los delitos contra la libertad sexual, donde la jurisprudencia confirma que acostumbra a ser un hombre el sujeto activo y una mujer el sujeto pasivo. Que la mujer siga ocupando el rol de sujeto pasivo en los mismos delitos que antaño sirvieron para dar una concreta imagen del sujeto femenino parece ser el pretexto para juzgarla como si estuviéramos en el siglo pasado. Se la sigue criminalizando por medio de creencias preconcebidas derivadas del género. El derecho penal, aun siendo neutral en su formulación, continúa manteniendo una idea de mujer completamente machista y retrógrada.

Hablo de “falsa” neutralidad porque, como argumenta Rhode (cit. por García Amado, 1992, p. 29), aunque la norma se presente como general o abstracta, ello no impide que quien la aplica haga una valoración parcial de la misma. En cuanto que han sido los hombres quienes históricamente han ostentado el poder legislativo, resulta razonable pensar que lo que el derecho ha entendido por imparcial, general o universal es intrínsecamente masculino, pues se ha construido únicamente con base en el punto de vista de los hombres. Por ello, la presentación del derecho penal como algo neutral, imparcial u objetivo es, en numerosas ocasiones, una manera de vestir lo que no es sino una perspectiva “subjetivo-masculina” (Larrauri, cit. por Lacasta-Zabala, 1998, p. 18). De acuerdo con Mackinnon (cit. por García, 1992, p. 29), consecuencia de ello es la institucionalización del poder en su forma masculina y la institucionalización del poder de los hombres sobre las mujeres. Además, pese a los logros que han tenido lugar en el ámbito de la legislación, existen ciertas normas y decisiones que, aun tratando de forma igualitaria a mujeres y a hombres, acaban teniendo *efectos paradójicos o inesperados para los intereses femeninos*³¹ (García Amado, 1992, p. 14).

A continuación, vamos a tratar de demostrar que, a pesar de que las normas penales han pasado a ser formuladas de manera neutral respecto al género, su interpretación y aplicación se siguen rigiendo por parámetros masculinos.

5.1. LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS SEXUALES

No es difícil advertir que los tribunales, especialmente en el enjuiciamiento de los delitos sexuales, siguen aduciendo numerosos estereotipos de género para justificar sus fallos. Aunque uno de los principales ámbitos donde pueden influir los estereotipos es en la producción normativa, no debemos olvidar que su presencia es también muy frecuente en la actividad jurisdiccional. Los estereotipos pueden aparecer en dos momentos (Arena, 2016, p. 62): en la justificación externa de la premisa normativa -es decir, en la determinación de la norma aplicable- y en la justificación externa de la premisa fáctica. Por ello, no es infrecuente que, durante el

³¹ La cursiva es de García Amado (1992). Véase García, JA. (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 13-42.

razonamiento probatorio, el juzgador o la juzgadora se apoye en un estereotipo para sostener, en ausencia de otra información, que un hecho se ha verificado (Arena, 2016, p. 63).

El problema que plantea esta cuestión, más allá de prolongar un ideal de mujer manifiestamente falso y artificial, es la irregular aplicación o la inaplicación, por parte de los tribunales, de determinados delitos contra las mujeres. En definitiva, la utilización -aun inconsciente- de estereotipos de género por parte del juez o la jueza puede traducirse en una calificación jurídica discutible e incluso errónea. En el marco de los delitos sexuales, en particular, estos estereotipos “acaban elevándose a la categoría de elementos ‘típicos de hecho’ o presunciones ‘*iuris et de iure*’” (Cugat, cit. por Bovino, 1995, p. 142).

Ello se explica por cómo se han venido regulando los delitos sexuales hasta el día de hoy. Sabemos que hasta 1989 el bien jurídico protegido no era la libertad sexual de la víctima, sino su honestidad. Como apunta Asúa Batarrita (1998, p. 50), esta tutela de la honestidad era sobre todo la tutela de un determinado orden social donde la identidad de la mujer venía determinada en función de los cometidos atribuidos por razón de su sexo y su subjetividad se asociaba a su estado civil -soltera, casada, viuda o monja-. A diferencia del hombre, su presencia social y su desarrollo personal se restringían a los papeles que ejercía en el ámbito doméstico como esposa y madre. Su sexualidad se concebía como únicamente destinada al matrimonio y a la procreación.

El ejercicio de la sexualidad fuera del ámbito de sometimiento del marido era considerado como algo impuro, deshonesto e impropio para una mujer casada. De la misma manera que la conducta sexual de una mujer soltera constituía una amenaza para la moral sexual del momento. Primaba, ante todo, la pureza de la mujer. La honestidad operaba como un indicativo de la dignidad de la mujer, un atributo referido a su recato y reserva sexual en aras a garantizar a su legítimo poseedor -el marido- la exclusividad de su uso sexual y la descendencia (Asúa Batarrita, 1998, p. 51). Cualquier desviación de la conducta sexual constituía una mancha en la dignidad de la mujer, haciendo que esta perdiera posiciones en el *ranking del mercado de futuro matrimonial*³². En el marco del matrimonio, una relación sexual con un tercero -fuera consentida o no- suponía un ultraje al marido-propietario, pues era él quién ostentaba en exclusiva el derecho a acceder al cuerpo de su mujer. Ello se debe a que, como señala Millett³³ (1969), la violación se ha considerado tradicionalmente una ofensa de varón a varón: la profanación de la mujer “de otro”.

En este contexto, la mujer víctima de un delito sexual debía probar ser digna de tutela penal. Para ello, durante el proceso judicial se examinaban de forma pormenorizada las costumbres de

³² La cursiva es de Asúa Batarrita, A. (1998).

³³ Véase Millett, K. (2019). *Política sexual* (4ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra. El título original de esta obra es *Sexual Politics* y su primera publicación data de 1969.

la víctima, su actitud ante la agresión, la forma como se había producido el ataque, etc. La valoración del daño se articulaba en función de la presencia de lesiones en el cuerpo de la víctima. En este sentido, la calificación del hecho como violación exigía como requisito típico la existencia de “fuerza o intimidación” aunque, como explica Asúa Batarrita (1998, p. 64), la violación realizada bajo intimidación podía acabar en absolución si la víctima se sometía antes de que el agresor hiciera efectivas sus amenazas.

La construcción del delito de violación en torno a la honestidad de la víctima tenía como consecuencia la exclusión de las mujeres más promiscuas de la calidad de víctimas, pues se presumía su tendencia a aceptar cualquier trato sexual. Así, en algunos códigos penales del siglo XIX se contemplaba una rebaja de la pena en los casos en que la víctima fuera una mujer prostituida. Sucedió que la violación de una mujer de costumbres “libertinas” se entendía más como un mero ataque a su libertad y no como un atentado contra su honestidad, razón por la cual se consideraba como un acto menos lesivo. Esta cuestión ponía de manifiesto que el bien jurídico “libertad” no era propio de las mujeres decentes, por cuanto ellas debían ser, ante todo, honestas.

En definitiva, la tutela de la honestidad suponía la defensa de unos valores y sentimientos de marcado contenido moral, así como la preservación de un modelo social de dominación del varón sobre la mujer. La protección de la moral sexual colectiva y su construcción como bien jurídico de carácter macrosocial o supraindividual difuminaba el daño sufrido por la víctima, quien padecía las consecuencias de un sistema judicial revictimizador.

Habiendo expuesto brevemente la línea de enjuiciamiento que se adoptó en relación con los delitos sexuales, podemos retomar nuestro estudio sobre los estereotipos en el proceso judicial penal. Ahora bien, antes de abordar la cuestión de cómo inciden los estereotipos de género en el proceso penal, vamos a definir qué entendemos por “estereotipo”.

A efectos de este análisis, un *estereotipo* es una visión generalizada o una preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en concreto (v.gr. mujeres, adolescentes, homosexuales) o sobre los roles que tales miembros deben cumplir (Cook y Cusack, 2009, p. 11). Lo que caracteriza a los estereotipos es que presumen que todas las personas que forman parte de un determinado grupo o colectivo poseen las características asociadas a ese grupo social o bien realizan roles específicos reservados a ese grupo. Siguiendo con el ejemplo de los adolescentes y las mujeres, es común la creencia de que los primeros son irresponsables y de que las mujeres son “cuidadoras por naturaleza”³⁴ (Cook y Cusack, 2009, p. 11). Se trata de un

³⁴ A propósito de este estereotipo, cabe traer a colación una de las citas más célebres de la historiadora feminista Gerda Lerner: “El hecho de que las mujeres tengan hijos responde al sexo; que las mujeres los críen se debe al género, una construcción cultural. El género ha sido el principal responsable de que se asignara un lugar determinado a las mujeres en la sociedad”. Recomiendo encarecidamente la lectura de su obra *La Creación del Patriarcado*.

razonamiento falaz, puesto que asume que cualquier sujeto individualmente considerado va a cumplir con las características o atributos asociados al colectivo al que pertenece por el mero hecho de formar parte de este. El acto de estereotipar o de asociar ciertas características o atributos a un grupo no es algo negativo *per se*. Consiste en una práctica que permite maximizar la facilidad de entendimiento y predictibilidad (Cook y Cusack, 2009, p. 16). Sin embargo, como señalan Cook y Cusack (2009, p. 14), aunque no es necesaria una connotación negativa para que una generalización sea un estereotipo, muchos estereotipos conllevan esta clase de connotaciones. Es lo que sucede cuando las mujeres son estereotipadas como inferiores a los hombres.

Los estereotipos de género, en particular, hacen referencia a la construcción social y cultural de mujeres y hombres con base en sus diferencias físicas, biológicas, sexuales y sociales (Cook y Cusack, 2009, p. 23). En definitiva, se trata de convenciones que mantienen la práctica social del género, término que fue definido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer como “las diferencias entre mujeres y hombres social y culturalmente construidas”.

Si algo caracteriza estos estereotipos es su resiliencia y su carácter dominante y persistente. Según Cook y Cusack (2009, p. 25), son dominantes socialmente cuando se articulan a través de los sectores sociales y las culturas; y son socialmente persistentes porque se articulan a lo largo del tiempo. Estas dos características -la dominancia y la persistencia- favorecen las condiciones para que tenga lugar la subordinación y la estratificación social de las mujeres, situación que se agrava cuando se institucionalizan los estereotipos de género. El hecho de que los estereotipos se encuentren implícitos en la legislación o que los propios operadores jurídicos recurran a ellos en sus razonamientos coadyuva a perpetuarlos. Por ejemplo, los estereotipos según los cuales las mujeres deben ser madres, amas de casa y cuidadoras han sido usados sistemáticamente para excluir a las mujeres de la vida pública.

Los estereotipos que se encuentran implícitos o explícitos en los razonamientos judiciales que involucran a mujeres pueden ser de varios tipos. Cook y Cusack (2009, p. 29) distinguen, principalmente, cuatro clases de estereotipos³⁵. Los *estereotipos de sexo* toman en cuenta las diferencias físicas y biológicas entre los sexos (v.gr. la fuerza de hombres y mujeres). Los *estereotipos sexuales*, por su parte, aluden a la interacción sexual entre hombres y mujeres. Los *estereotipos sobre los roles sexuales* hacen referencia a los roles y comportamientos que se atribuyen y/o se esperan de hombres y mujeres debido a sus construcciones físicas, sociales y culturales. En cuanto a los *estereotipos compuestos*, se trata de estereotipos de género que

³⁵ Ello no quiere decir que no puedan advertirse más tipos de estereotipos en la legislación o en los razonamientos de los tribunales.

interactúan con otros estereotipos que asignan características o roles a diferentes subgrupos de mujeres (Cook y Cusack, 2009, p. 29)³⁶.

Tras hacer estas precisiones conceptuales, en las líneas que siguen vamos a tratar de entender cómo el derecho penal constituye un medio de perpetuación y refuerzo de los estereotipos de género, especialmente en los casos de delitos sexuales. Conviene tener presente que, cuando un Estado aplica, ejecuta o perpetúa un estereotipo de género introduciéndolo en sus leyes, prácticas o políticas públicas, lo institucionaliza y legitima su uso. Lo mismo sucede cuando el ordenamiento jurídico, en cuanto institución estatal, y quienes se encargan de hacerlo cumplir utilizan estereotipos de género: elevan tal práctica a la categoría de costumbre, normalizando su uso y provocando que los estereotipos vayan adquiriendo cada vez más arraigo. A pesar de que la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) exige que los Estados Parte tomen medidas para eliminar la asignación perjudicial de estereotipos de género, la realidad es que la judicatura recurre a ellos con demasiada habitualidad³⁷.

Con tal de estudiar cómo operan algunos de estos estereotipos de género en el derecho penal, vamos a analizar el razonamiento judicial de tres de las sentencias más mediáticas dictadas en España por delitos contra la libertad sexual. En dos de ellas -la manada de Pamplona y la manada de Manresa-, los hechos fueron calificados jurídicamente como constitutivos de un delito de abuso sexual, aunque en el caso de la manada de Pamplona el Tribunal Supremo dictaminó que se trató de un delito continuado de violación. Por lo que respecta al “Caso Arandina”, los hechos transcurrieron de forma inversa. La Audiencia Provincial de Burgos condenó inicialmente a los acusados por un delito de agresión sexual, pero el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León cambió la calificación jurídica de los hechos al resolver el recurso interpuesto por la defensa y los tuvo por constitutivos de un delito de abuso sexual.

A. LA MANADA DE PAMPLONA (SAP NAVARRA 38/2018)

La Sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra núm. 38/2018, de 20 de marzo de 2018, es una sentencia donde el foco de atención se sitúa de forma exagerada en la víctima, lo que lleva al Tribunal a razonar con base en numerosos estereotipos de

³⁶ Podría construirse un estereotipo compuesto en el caso de las mujeres lesbianas: concurrirían estereotipos por el hecho de ser mujer y también por ser homosexual. Probablemente, ello daría lugar a un caso de discriminación múltiple. Se entiende por discriminación múltiple aquella que tiene origen en dos o más elementos presentes en la misma persona (Cavalcante, 2018). Véase Cavalcante, AM. (2018). Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad. *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, (7), 15-25.

³⁷ Hablo de la “judicatura” en términos genéricos porque la utilización de estereotipos de género por parte de los órganos judiciales es una práctica internacionalmente extendida. Cook y Cusack (2009) recogen un buen repertorio de casos donde se constata este fenómeno. Véase al respecto Cook, R. y Cusack, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

género preconcebidos. Los hechos probados que se enjuiciaron en la presente resolución son de sobra conocidos: durante las fiestas de San Fermín de 2016 cinco hombres de entre veinticinco y veintiocho años atentaron brutalmente contra la libertad sexual de una joven de dieciocho años.

Para justificar la subsunción de los hechos probados en el tipo de abusos sexuales, los jueces especularon sobre la sexualidad de la víctima, cuestión que resulta totalmente innecesaria para determinar la concurrencia o no de los elementos típicos exigidos por el Código penal para dicho delito. Así, en el fundamento de derecho cuarto, relativo a la calificación jurídica, el órgano judicial expone que:

“para valorar la personalidad de la denunciante, entre otros aspectos, consideramos que a la fecha de los hechos se encontraba en los albores de su vida sexual, nunca había tenido relaciones sexuales en grupo, ni con personas desconocidas y en ninguna circunstancia había sido penetrada por vía anal” (p. 43 FJ 4º SAP Navarra 20.03.2018).

Ello es un claro ejemplo de estereotipo sexual, que se basa en presumir que las mujeres jóvenes no tienen sexualidad y que, en caso de tenerla, no llevarían a cabo prácticas tan extremadamente salvajes como las que se describen en el supuesto de hecho. Se trata de una valoración irrelevante para el razonamiento del órgano enjuiciador, pero que pone de manifiesto cómo todavía pervive el mito de la virginidad en las víctimas de delitos sexuales. Se concibe la sexualidad de las mujeres como algo destinado a la procreación o reservado al matrimonio, de tal manera que toda mujer cuyo comportamiento difiere de lo esperado es tildado de “promiscuo”. Pero no es este el único estereotipo que aparece en la Sentencia. Una lectura del voto particular que emitió uno de los tres magistrados del Tribunal es suficiente para comprobar que su disidencia con el fallo se fundamenta en el empleo de numerosos estereotipos de género y en la construcción de suposiciones con base en estos.

Dicho voto particular comienza cuestionando el testimonio de la víctima, práctica judicial que desgraciadamente resulta muy habitual en este tipo de delitos. Sostiene el magistrado que el hecho de que sea la víctima quien interponga la denuncia y que la acusación pivote, en buena medida, sobre su testimonio puede poner en tela de juicio la inocencia de los acusados, por cuanto la víctima podría haber actuado motivada por móviles espurios. Este es un razonamiento un tanto absurdo y falaz, pues del hecho de que sea la propia víctima quien denuncie no puede inferirse que lo haga por motivos espurios o con ánimo de perjudicar a la parte denunciada. Más allá de la corrección formal del argumento, este razonamiento nos ofrece un ejemplo donde puede advertirse cómo el derecho penal ha operado a modo herramienta para crear y perpetuar estereotipos de género. Larrauri (2003, p. 275) explica cómo se repite en el sistema penal el mito de la “mujer malvada”, que denuncia para obtener algún beneficio o perjudicar al denunciado. Toledo y Pineda (2016, p. 42) apuntan que desde los sistemas judicial y policial se considera que

la denuncia por delitos sexuales es una opción fácil para la víctima³⁸, en el sentido de que es más sencillo para la víctima interponer la denuncia que para el acusado desmentirla. Ello lleva a restar credibilidad a la víctima y refuerza el tradicional estereotipo de la mujer falsa, desviada y perversa (Toledo y Pineda, 2016, p. 42).

Continúa el magistrado su voto particular argumentando que las declaraciones prestadas por la víctima en sede judicial difieren, en ciertos aspectos, de lo declarado por ella en sede policial. Pone en duda que ello pudiera deberse al estado en que se encontraba la víctima cuando declaró ante la Policía, a pesar de que la agente que la atendió manifestó que la víctima se mostraba abatida e “ida”. Se cuestiona reiteradamente la versión de la víctima y sus actuaciones previas al delito. El magistrado entra a valorar qué tipo de relación tenía la víctima con el grupo de jóvenes que la había acompañado durante la fiesta, antes de que se encontrara con los acusados, cuestión que carece de relevancia para el esclarecimiento del hecho criminal y que infringe lo recogido en el art. 54 del Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica³⁹. Juzga el hecho de que la víctima no decidiera contactar con uno de esos jóvenes -con quien no había logrado hablar por teléfono debido al ruido- a través de la mensajería instantánea de WhatsApp para ir al coche a descansar. Insinúa que tal vez fuera “*la verdadera intención de ella cuando llamó [al joven del teléfono], posponer la cita porque quería continuar con los sevillanos [en referencia a los acusados] (p. 77 SAP Navarra 20.03.2018)*”. En definitiva, el juzgador relata un conjunto de hipótesis tendentes a demostrar que hubo consentimiento por parte de la víctima -cosa que ella niega y que no se probó- a la vez que sigue poniendo en duda su versión de los hechos, amparándose -como decíamos- en el mito de la mujer malvada y la mujer irracional que no sabe lo que quiere (Larrauri, 2003, p. 275).

Asimismo, respecto a la hipotética existencia de consentimiento, señala el magistrado que en los vídeos grabados por los acusados se muestra a la denunciante con una “*innegable expresión relajada, sin asomo de rigidez o tensión de su rostro que impide sostener cualquier sentimiento de temor, asco, repugnancia, rechazo [...] y que resulta incompatible con la situación que [la víctima] dice estar viviendo*” (p. 86 SAP Navarra 20.03.2018). Una vez más, vemos cómo lo que se enjuicia es el comportamiento de la víctima, y no el de sus agresores. La argumentación que emplea el magistrado para demostrar la existencia de consentimiento en las imágenes de los videos se basa en estereotipos, en creencias preconcebidas sobre cómo deben actuar las víctimas de violación. La misma práctica llevó a cabo el abogado de la defensa al manifestar que tan grave

³⁸ Véase al respecto CEDAW, Vertido c. Filipinas, 2010. CEDAW/C/46/D/18/2008.

³⁹ Artículo 54 – Investigación y pruebas: “*Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que, en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario*”.

no habría sido la situación vivida por la víctima, pues ella había seguido adelante con su vida tras la agresión. En esta misma línea, expone el miembro del tribunal que el hecho de

“que la denunciante fuera capaz de mantener su actividad en las redes sociales, de salir con sus amigos y de disfrutar de vacaciones durante todo el verano 2016 y no se viera en la necesidad de solicitar ningún tratamiento [...] da idea de la gravedad con que se le hubieran presentado [los síntomas]” (p. 106 SAP Navarra 20.03.2018).

La creencia de que una violación es un acto terrible lleva a menudo a suponer que, tras sufrir una experiencia así, la víctima/superviviente ha de estar traumatizada y avergonzada (Toledo y Pineda, 2016, p. 41). Tanto es así que las mujeres víctimas que siguen con sus vidas después de sufrir una agresión sexual dejan de ser consideradas víctimas automáticamente. El mensaje que lanza esta interpretación es peligroso, por cuanto sugiere que la mujer que no se resiste, que no lucha, que no se opone a su agresor (o agresores) y que no exterioriza sentimientos negativos durante la agresión no tiene derecho a ser considerada víctima. Este es uno de los estereotipos que aparecen con más frecuencia en el enjuiciamiento de un delito sexual. Tiende a pensarse que las agresiones sexuales implican un alto grado de violencia física -pues, como hemos visto, una buena mujer es aquella que hace cualquier cosa para defender su honor-, de manera que si la víctima no opone resistencia al ataque -sea porque teme por su vida o porque se encuentra en estado de *shock*- la policía y el sistema judicial acostumbran a cuestionar su relato.

Finalmente, cabe señalar que el juzgador realiza una interpretación totalmente subjetiva de los hechos y del comportamiento de la denunciante durante los mismos cuando argumenta que la joven, en cuanto se había iniciado en las relaciones sexuales a la edad de dieciséis años -dato completamente irrelevante en aras al enjuiciamiento de los hechos-, era lo suficientemente madura para decidir qué hacía y con quién lo hacía.

B. LA MANADA DE MANRESA (SAP BARCELONA 813/2019)

Con fecha de 29 de octubre de 2016, un grupo de jóvenes -entre los cuales se hallaban la víctima y los siete acusados- se reunió en una fábrica abandonada con tal de llevar a cabo un “botellón”. La víctima, menor de edad, se encontraba inconsciente cuando uno de los acusados se fue con ella a una pequeña casa abandonada cercana a la fábrica con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos. Posteriormente, dicho acusado se dirigió a la otra casita, donde estaban los demás, para decirles que fueran ellos con la víctima y así lo hicieron estos últimos.

El órgano judicial, en su Sentencia⁴⁰ 813/2019 dictada con fecha de 31 de octubre de 2019, estimó los hechos como constitutivos de abuso y no de agresión sexual, al no apreciar ni violencia

⁴⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 22ª, núm. 813/2019 de 31 de octubre de 2019.

ni intimidación en el actuar de los acusados. Razonó que, dado que la víctima se encontraba en estado de inconsciencia por la ingesta de bebidas alcohólicas, no fue necesario el empleo de violencia ni de intimidación por parte de los acusados. He aquí otro estereotipo de género: la suposición tácita de responsabilidad de la víctima por los hechos. En este caso, no se alude a su forma de vestir, ni a su relación con los agresores, sino a su estado de inconsciencia. El órgano judicial, al concluir que no fue necesario el empleo de violencia para doblegar el consentimiento de la víctima porque esta no se hallaba en sus plenas facultades, la responsabiliza a ella de lo ocurrido. Insinúa que, de no haber bebido, tal vez la menor no habría sufrido ningún daño.

Afirma el Tribunal que, debido al consumo de bebidas alcohólicas, cabría dudar del testimonio de la víctima, porque no se sabe con certeza si lo que manifestó ella en el acto de juicio oral fue fruto de una rememoración tardía o resultado de la interiorización de lo que había oído de otros testigos. Coincido con que es legítimo cuestionar la veracidad de un testimonio dado el bajo grado de fiabilidad que presenta la prueba testifical y la fragilidad de la memoria humana⁴¹. Sin embargo, no es admisible que el órgano enjuiciador sugiera, siquiera tácitamente, que el hecho de encontrarse en estado de embriaguez podría haber llevado a la víctima a consentir los actos de naturaleza sexual que ejecutaron los acusados. Este sería un buen ejemplo de cómo los juzgadores recurren a la utilización de estereotipos -las mujeres ebrias consienten cualquier cosa- para colmar lagunas de información o aspectos que no se han aclarado durante el procedimiento probatorio.

C. EL CASO ARANDINA (STSJ CASTILLA Y LEÓN 14/2020)

La sentencia que vamos a analizar a continuación constituye la resolución del recurso planteado por la defensa de los acusados contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Burgos el 12 de diciembre de 2019, que los condenaba por un delito de agresión sexual a una menor de 16 años.

Los hechos enjuiciados en la presente sentencia son prácticamente los mismos que los que fueron tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia, con algunas salvedades tendentes a justificar el fallo del Tribunal Superior de Justicia⁴² (TSJ). Se considera probado que la víctima -menor de edad- había conocido a uno de los acusados a través de las redes sociales, quien le propuso verse en el piso de este último. Al encuentro con la víctima acudieron también los otros dos acusados y, estando los cuatro en el salón -los tres acusados y la víctima-, alguno de los acusados apagó las luces y entre todos empezaron a desnudar a la víctima. Acto seguido, le cogieron las manos a la

⁴¹ Sobre la valoración de la prueba testifical, véanse Loftus, E. (2005). Planting misinformation in the human mind: A 30-year investigation of the malleability of memory. *Learning memory*. (12), 361-366. doi: 10.1101/lm.94705; Manzanero, AL., González, JL. (2015). Modelo holístico de evaluación de la prueba testifical (HELPT). *Papeles del Psicólogo*. 36 (2), 125-138; y Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.

⁴² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sección Primera, Sala de lo Civil y Penal, núm. 14/2020 de 18 de marzo de 2020.

menor para que los masturbase, hecho que modifica la sentencia del Tribunal *ad quem* al declarar que:

“Los acusados procedieron a desnudarla quitándole la ropa, salvo las bragas, seguidamente les masturbó y les hizo una felación, llegando uno (sin determinar) a eyacular en la boca de la menor, ante lo cual, y sintiendo asco fue al baño, que se encontraba al final del pasillo, para escupir”. (p. 2 STSJ 18.03.2020).

Y termina añadiendo el TSJ que:

“En la fecha en la que ocurrieron los hechos Fructuoso, Gabriel y Gines tenían, respectivamente, 24, 22 y 19 años, de edad, si bien ninguno ha llegado a superar la etapa de educación secundaria obligatoria, con una madurez psicológica por parte de Gines próxima a la de la menor y ligeramente superior a la de esta por parte de Gabriel. En cuanto a Fructuoso, padeció un trastorno de déficit de atención/ hiperactividad en su infancia que provocó que su madurez cerebral sea inferior a la edad cronológica”. (p. 5 STSJ 18.03.2020).

Con la primera modificación del relato fáctico, lo que pretenden los tres magistrados es eliminar la existencia de intimidación ambiental, para cambiar la calificación jurídica de los hechos de agresión a abuso sexual. Por su parte, el añadido que alude a la edad de los acusados sirve al Tribunal para eximir de responsabilidad a uno de ellos, alegando que el grado de madurez entre la víctima y dicho acusado era similar en el momento de los hechos.

Una vez examinadas, aunque sucintamente, las cuestiones relativas al análisis jurídico de la resolución, vamos a centrarnos ahora en sacar a la luz los estereotipos de género que emplea el órgano judicial en su razonamiento.

Como viene siendo habitual en el enjuiciamiento de este tipo de delitos, en la presente sentencia también se cuestiona la credibilidad del testimonio de la víctima alegando la presencia de contradicciones en él. Argumenta el Tribunal que, debido a la corta edad de la menor y a sus preocupaciones típicamente adolescentes, no puede atribuirse credibilidad subjetiva a su declaración. A propósito de este tipo de prácticas, Barcons et al. (2018, p. 18) destacan que la falta de atención a los testimonios de las víctimas más jóvenes constituye una aplicación injustificada de los estereotipos de género en la Administración de Justicia.

Otro de los estereotipos que utiliza el Tribunal para restar fiabilidad al testimonio de la víctima es el recurso al mito de la mujer malvada y mentirosa. Sostienen los magistrados que no puede descartarse un móvil espurio por parte de la víctima, dado que primero alardeó de lo ocurrido y cuando se lo contó a sus padres cambió radicalmente el relato de los hechos.

Asimismo, al analizar los mensajes de texto que habían intercambiado la menor y uno de los acusados, el Tribunal alimenta las creencias propias de la cultura de la violación. En la sentencia se reproduce el contenido de una llamada que tuvo lugar entre un acusado y la víctima:

“Leticia realizó una llamada telefónica a Fructuoso, el cual se encontraba en compañía del resto de los acusados, y poniéndola en modo de altavoz, en el que se dijo: " hola (dice Zurdo) (Leticia) hola Zurdo: "eh, Leticia y a mí me la dejas metértela por el culo" yo soy Zurdo, (Leticia) si te dije que a los tres...(otro) yo paso de hacer eso... Zurdo. -entonces el viernes hacemos trío u orgía? Leticia. -los tres... Zurdo. -Los tres? Leticia "Dios que estrés..."Otro. - yo creo que los cuatro " más divertidito y nos tocaríamos entre nosotros, (risas)”. (p. 2 STSJ 18.03.2020).

Lo que refleja un claro ideal de la mujer como objeto sexual es interpretado por el Tribunal como si se tratara de una falta de madurez a la hora de hablar de relaciones sexuales. En particular, expone el órgano enjuiciador

“que hay un contexto común a la hora de banalizar las relaciones sexuales convirtiéndolas en un simple divertimento o juego sin trascendencia que denota, al margen de otras consideraciones éticas fuera de lugar, una falta de madurez igualmente próxima entre todos ellos”. (p. 10 STSJ 18.03.2020).

Respecto a la existencia o no de consentimiento, el Tribunal señala que, aun siendo irrelevante para la calificación jurídica de los hechos, debe tenerse en cuenta en aras a valorar el daño moral sufrido por la víctima. Lejos de considerar como posible la inexistencia de consentimiento, los magistrados presumen que existió acuerdo entre los acusados y la víctima. Consideran que, a pesar de que la menor sufrió una situación postraumática, no puede determinarse si ello se debió a los hechos enjuiciados o al contexto mediático que generaron. Así, consideran los jueces que el daño sufrido por la víctima *“no puede ser idéntico al que se sufriría a causa de la misma conducta cuando alguna de las partes no la hubiese realizado por su propia voluntad”* (p. 11 STSJ 18.03.2020). De nuevo podemos ver cómo, de la ausencia de lesiones, la Justicia infiere y concluye que no existió violencia ni intimidación por parte de los agresores, pero sí consentimiento -siquiera tácito- de la víctima. En relación con esta cuestión, Toledo y Pineda (2016, p. 41) exponen que existe una idea preconcebida que lleva a suponer que, una vez se ha prestado el consentimiento, este se mantiene durante toda la relación sexual. Sin embargo, debe tenerse presente que la víctima puede cambiar de opinión y dejar de consentir la relación sexual en cualquier momento.

6. REFLEXIÓN FINAL: SOBRE LA NECESIDAD DE ADOPTAR UNA PERSPECTIVA FEMINISTA

Hemos tenido ocasión de ver cómo el derecho ha tenido -y tiene- grandes implicaciones en el proceso de emancipación de las mujeres como auténticos sujetos jurídicos. Su naturaleza social y cambiante ha llevado al derecho a hacerse eco de las reivindicaciones del movimiento feminista y ello se ha traducido en la asunción de una igualdad formal en el plano jurídico-teórico. Sin embargo, esta igualdad formal, a pesar de suponer un gran logro para las mujeres y el feminismo, ha resultado ser insuficiente para dismantelar la estructura patriarcal sobre la que se sostiene el sistema judicial penal, en cuanto que este sigue repitiendo viejos esquemas de enjuiciamiento (Bovino, 1995, p. 136).

El derecho penal es uno de los medios a través de los cuales se ha pretendido dar visibilidad a problemas sufridos por las mujeres que antaño no se contemplaban en ningún texto legal. El conflicto surge en el momento en que dicha problemática se traduce en forma de texto jurídico perdiendo su sentido originario y su fuerte carga simbólica. El hecho de que el derecho penal opere a través de un lenguaje neutro y abstracto contribuye a universalizar el problema, a la vez que hace desaparecer la afectación particular que supone esa dificultad para el colectivo de las mujeres. La desexualización de la ley penal no ha resultado en la eliminación de los patrones machistas que subyacen a la aplicación e interpretación de los tipos penales, cuestión que -como hemos visto- se pone de especial manifiesto en los delitos sexuales. Como bien señala Bovino (1995, p. 146), la distancia existente entre el texto legal y la práctica judicial deja un espacio que puede ser usado para tergiversar el sentido del texto. Con ello, se deja la puerta abierta a interpretaciones y prácticas sexistas que, más que favorecer la administración de justicia, desembocan en un proceso de revictimización para la víctima.

Esta revictimización viene dada por dos factores. Por un lado, hemos visto que el enjuiciamiento de los delitos sexuales sigue los mismos esquemas machistas que antaño: se indaga en la vida de la víctima, se la cuestiona, se duda de su testimonio, se la acusa de no haber opuesto la suficiente resistencia... Por otro lado, la propia naturaleza del proceso penal conlleva que la víctima se sienta desatendida por la justicia. En relación con esta cuestión, Bovino (1995, p. 143) apunta que la intervención del derecho penal está pensada para aquellos casos donde los hechos no afectan solo a la víctima, sino a toda la sociedad. Estando el proceso penal basado en la persecución pública, lo que ocurre es que este no intenta satisfacer los intereses concretos de la víctima, sino cumplir con los intereses estatales de control social. Ello se agrava en el caso de los delitos sexuales, porque la mujer víctima, al exponerse al procedimiento judicial, corre el riesgo de ser juzgada moralmente y de que la justicia indague en algo tan íntimo como el ejercicio de su libertad sexual. Todo ello sin ninguna garantía de que pasar por tal proceso de revictimización

vaya a suponer una satisfacción de sus intereses como víctima de un ataque contra la libertad sexual.

Estas deficiencias que el proceso penal presenta en materia de igualdad y de gestión de la violencia contra las mujeres exigen la adopción de nuevas medidas legislativas, pero también la adopción de un nuevo marco de enjuiciamiento que no agrave la situación de desigualdad que las mujeres ya sufren *per se*. En los últimos años, se ha venido hablando de la incorporación de una “perspectiva de género” en la justicia. Lejos de ser una novedad, juzgar con perspectiva feminista no es una opción, sino una obligación normativa vinculante (Lefebvre, 2019). No es una recomendación ni una moda pasajera (Jericó, 2019, p. 298), sino que se encuentra normativizada tanto a nivel nacional como internacional. El enjuiciamiento con perspectiva feminista debería ser una práctica habitual, inherente al propio sistema judicial, no una excepción.

Juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis que debe desplegarse en aquellos supuestos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y que exige la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico (Poyatos, 2019, p. 7). Se trata de identificar las reglas de derecho que crean, legitiman y perpetúan la discriminación de las mujeres (Jericó, 2019, p. 297).

En el marco de la judicatura, el enjuiciamiento con perspectiva de género implica la asunción, por parte de todos los órganos judiciales, de un enfoque global y contextualizado del conflicto jurídico, que garantiza una mayor protección de los derechos humanos ante situaciones asimétricas, patrones estereotipados o impactos normativos diferenciados de género frente a los criterios hermenéuticos tradicionales como la formalidad, la automaticidad o la literalidad (Lefebvre, 2019). Con ello, se pretende buscar un nuevo enfoque tendente a la consecución de la igualdad material (Jericó, 2019, p. 297) y evitar los procesos de revictimización o victimización secundaria que sufren las mujeres víctimas de violencia machista en el ámbito de la justicia, especialmente en los delitos sexuales.

Tal como se ha comprobado, el uso de estereotipos en el enjuiciamiento de los delitos sexuales es una práctica recurrente que puede resultar en juicios de subsunción y valoraciones probatorias sesgadas. Al respecto, Ramírez (2020, p. 229) argumenta que:

“un juez que haya naturalizado el estereotipo sobre el rol de la mujer como cuidadora (cuyo ámbito por definición es el doméstico, atendiendo las necesidades de padres, hijos y esposos) y el estereotipo sexual de que la sexualidad de la mujer está destinada a la procreación, de partida tenderá a infravalorar el valor probatorio de la declaración de una mujer dedicada a la prostitución que denuncia una violación, por lo que interpretará las pruebas, aun inconscientemente, buscando datos que confirmen sus preconcepciones (sesgo de confirmación), de modo que aun cuando reciba

informaciones nuevas tenderá a ajustarlas a su estimación inicial (sesgo de ajuste). Y, lógicamente, la decisión que tome, basada en la valoración sesgada del testimonio, que creará correcta, especialmente si no es corregida por vía de recurso, repercutirá en sus decisiones futuras (sesgos de representatividad y de la disponibilidad)". (Ramírez, 2020, p. 229).

En este contexto, la perspectiva de género resulta de suma utilidad. En el ámbito de la disciplina probatoria, en concreto, la aplicación de tal metodología permite al juzgador o a la juzgadora identificar los estereotipos subyacentes en sus evaluaciones, tomar consciencia de la posibilidad de que hayan tenido incidencia en sus razonamientos probatorios y hacer uso de la información que este punto de vista facilita para llevar a cabo una valoración probatoria libre de prejuicios (Ramírez, 2020, p. 230).

Aunque por ahora son una minoría, existen sentencias en España dictadas en aplicación de la perspectiva de género. La resolución más destacable es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 24 de mayo de 2018, (Rec. 10549/2017)⁴³, en la cual el Alto Tribunal estimó el recurso interpuesto por la víctima y la Fiscalía al entender que los hechos eran constitutivos de un delito de asesinato en grado de tentativa con la agravante de parentesco y no de un delito de homicidio doloso en grado de tentativa acabada, como sostenía la Audiencia Provincial de Ciudad Real. Poyatos (2019, p. 15) sostiene que la Sala fue más allá de la interpretación formalista de la norma y analizó, desde una perspectiva de género, la acción desplegada por el hombre hacia la mujer, llegando a apreciar la existencia de alevosía en el actuar del agresor⁴⁴. Asimismo, el Tribunal tuvo en cuenta la petición -instada por la Fiscalía- de pena de privación del derecho de patria potestad del acusado, que no había impuesto la sentencia recurrida, y razonó que no es preciso que se produzca un ataque directo a la menor para que se proceda la imposición de esta pena, sino que basta con el ataque a la madre de la menor por su propio padre con la clara intención de acabar con su vida (Poyatos, 2019, p. 15).

A pesar de haberse dictado en el orden social, otra sentencia pionera en la aplicación de la perspectiva de género es la Sentencia de la Sala Social del Tribunal de Justicia de Canarias (Las Palmas) de fecha 7 de marzo de 2017 (Rec. 1.027/2016)⁴⁵. Al estimar y resolver un recurso de suplicación interpuesto por una víctima de violencia de género divorciada en reclamación de pensión de viudedad, la mencionada resolución definió la técnica de juzgar con perspectiva de

⁴³ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/609bed1be6397d87>

⁴⁴ Sobre la aplicación de la perspectiva de género en la apreciación de la alevosía, véase Magro, V. (2018, agosto 17). La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer. *Lefebvre El Derecho*. Recuperado 15 de abril de 2020. Recuperado de <https://elderecho.com/la-perspectiva-genero-los-delitos-cometidos-la-victima-mujer-2>

⁴⁵ Disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7969919&links=%221027%2F2016%22&optimize=20170324&publicinterface=true>

género y arrojó luz en lo relativo a la integración de la dimensión de género en la actividad jurisdiccional.

Una justicia que no tiene en cuenta a las mujeres no es justicia. No cabe duda de que para implementar la perspectiva de género en el ámbito judicial hacen falta más formación y más medios, pero el factor más importante -e imprescindible- es la voluntad de cambio. La creación del sistema patriarcal fue un proceso largo, que duró unos 2.500 años aproximadamente (Lerner, 1986). El cambio que ha experimentado la situación de la mujer desde los albores del patriarcado -hacia el 600 a.C. según Lerner (1986)- hasta el día de hoy ha sido más que considerable. Sin embargo, de la misma forma que la estructura patriarcal no se implantó de la noche a la mañana, no podemos pretender desarticularla de un día para otro. Se están produciendo cambios muy positivos en nuestro derecho penal. La transición hacia un sistema judicial libre de machismo será lenta y progresiva, pero algún día será una realidad.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acale, M. (2006). *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*. Madrid: Editorial Reus, S.A.
- Acale, M. (2019). La reforma de los delitos contra la libertad sexual de las mujeres adultas: una cuestión de género. En A. Monge (Dir.) y J. Parrilla (Coord.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 215-251). Barcelona: Bosch Editor.
- Arastey, M^a L. (2019). La perspectiva de género en la interpretación y aplicación normativa: un mandato legal que empieza por los juristas. *Otrosí Revista del Colegio de Abogados de Madrid*, (4), 40-41.
- Arena, FJ. (2016). Los estereotipos normativos en la decisión judicial: una exploración conceptual. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 29(1), 51-75.
- Asúa Batarrita, A. (1998). Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (p. 45-101). Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.
- Barcons, M., Bodelón, E., Martínez, J., Murillo, E., Pisonero, A. y Toledo, P. (2018). *Las violencias sexuales en el Estado español: marco jurídico y análisis jurisprudencial*. Barcelona: Grupo de Investigación Antígona – Universidad Autónoma de Barcelona.
- Bergali, R. y Bodelón, E. (1992). La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico. *Anuario de filosofía del derecho*, (9), 43-73.
- Bodelón, E. (2014). Violencia institucional y violencia de género. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48 (2014), 131-155.
- Carmona, E. (1994). El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, (84), 265-285.
- Cook, R. y Cusack, S. (2009). *Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

- Cugat, M. (1993). La ambivalencia de la protección de la libertad sexual. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito de violación. *Juezas y Jueces por la Democracia*, (20), 73-83.
- De Beauvoir, S. (2005). *El Segundo Sexo* (14ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.
- De Miguel, A. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 231-248.
- De Miguel, A. (2018). *Neoliberalismo sexual: el mito de la libre elección* (11ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.
- Del Pozo, P., Vaquer, A. y Bosch, E. (2016). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia* (2ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Erice, E. (2018). Perspectiva de género y derecho penal. *Boletín proceso penal: monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, 1(10), 21-26.
- Faraldo, P. (2019). Hacia una reforma de los delitos sexuales con perspectiva de género. En A. Monge (Dir.) y J. Parrilla (Coord.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 255-280). Barcelona: Bosch Editor.
- García Albero, R. (2004). Las perspectivas de género en derecho penal: algunas reflexiones. En A. Vivas (Dir.). *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución Española* (449-490). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- García Amado, JA. (1992). ¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (9), 13-42.
- García, M. (2019, octubre 22). Sexismo en la justicia: algo estamos haciendo mal. *El Español*. Recuperado 10 de febrero de 2020. Recuperado de https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20191022/sexismo-justicia-haciendo-mal/438576139_12.html

- Gil, P. (2018). La perspectiva de la mujer víctima del sistema judicial ajeno al género, *Análisis de la Justicia desde la perspectiva de género* (p. 229-245). Valencia: Tirant lo Blanc.

- Gisbert, S. (2018). *Balanza de género*. Madrid: Lo Que No Existe.

- Jericó, L. (2019). Perspectiva de género, violencia sexual y Derecho penal. En A. Monge (Dir.) y J. Parrilla (Coord.). *Mujer y Derecho penal: ¿Necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 286-333). Barcelona: Bosch Editor.

- Lacasta-Zabala, JI. (1998). Género y ambivalencia del derecho y de su sistema penal. *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (p. 11-31). Vitoria-Gasteiz: Emakunde/Instituto Vasco de la Mujer.

- Larrauri, E. (1994). Las penas de las mujeres. En E. Larrauri (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología* (p. 1-14). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A.

- Larrauri, E. (1994). El Derecho penal de las mujeres. En E. Larrauri (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología* (p. 93-107). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A.

- Larrauri, E. (1995). Violencia doméstica y legítima defensa: un caso de aplicación masculina del Derecho. *Violencia doméstica y legítima defensa*. (p. 9-88). Barcelona: EUB.

- Larrauri, E. (1995). Una crítica feminista al Derecho penal. *Violencia doméstica y legítima defensa*. (p. 145-180). Barcelona: EUB.

- Larrauri, E. (2002). *Género y Derecho penal*. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/367379519/Genero-y-Derecho-Penal-Larrauri-ed-1994-y-Larrauri-Varona-1995>

- Larrauri, E. (2003). ¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias? *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, (12), 271-307.

- Larrauri, E. (2018). La criminalización de un problema social: derecho penal y feminismo. *Criminología crítica y violencia de género* (2ª edición, p. 57-66). Madrid: Editorial Trotta.

- La Vanguardia. Un fiscal a una denunciante de agresión sexual: ¿El pantalón que llevaba era ceñido y ajustado? *La Vanguardia*. Recuperado 10 de febrero de 2020. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/sucesos/20191220/472372843319/fiscal-denunciante-agresion-sexual-pantalon-ajustado.html>

- Lefebvre, F. (2019). *Violencia machista*. Madrid: Lefebvre.

- Lerner, G. (1986). *The Creation of Patriarchy*. Nueva York: Oxford University Press.

- Mackinnon, C. (1983). Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence. *The University of Chicago Press Journals*, 8(4), 635-658.

- Mackinnon, C. (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

- Magro, V. (2018, agosto 17). La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer. *Lefebvre El Derecho*. Recuperado 15 de abril de 2020. Recuperado de <https://elderecho.com/la-perspectiva-genero-los-delitos-cometidos-la-victima-mujer-2>

- Martín, J. (2019, julio 31). La perspectiva de género, el camino hacia una justicia libre de estereotipos. *RTVE Noticias*. Recuperado 10 de febrero de 2020. Recuperado de <http://www.rtve.es/noticias/20190731/perspectiva-genero-camino-hacia-justicia-libre-estereotipos/1969240.shtml>

- Millett, K. (2019). *Política sexual* (4ª ed.). Madrid: Ediciones Cátedra.

- Monge, A. (2019). Los delitos de agresiones y abusos sexuales a la luz del caso “La Manada” (“Solo sí es sí”). En A. Monge (Dir.) y J. Parrilla (Coord.). *Mujer y derecho penal ¿necesidad de una reforma desde una perspectiva de género?* (p. 339-367). Barcelona: Bosch Editor.

- Nieto, J. (2019, diciembre 26). El TSJ insta a regular la prostitución tras cerrar un burdel ilegal en València. *Levante: el mercantil valenciano*. Recuperado 26 de diciembre de 2019. Recuperado de <https://www.levante-emv.com/comunitat-valenciana/2019/12/27/prostitucion-valencia-regular-tsj/1960164.html>
- Niño, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(77), 11-28.
- Pitch, T. (2010). Sexo y género de y en el Derecho: el feminismo jurídico. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, (44), 435-459.
- Ramírez, JL. (2018). Sociedad en red, igualdad, proceso y derecho penal. La sentencia de “la manada”. *Juezas y Jueces para la Democracia*, (92), 11-25.
- Ramírez, JL. (2020). El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género. *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, (1), 201-246.
- Rueda, Y. (2018). Los estereotipos de género en el proceso penal. *Boletín proceso penal: monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, 1(10), 12-20.
- Ruiz-Rico, JJ. (1991). *El sexo de sus señorías: Sexualidad y Tribunales de Justicia en España* (4ª ed.). Granada: Comares Historia.
- Seco, JM. (2017). De la igualdad formal a la igualdad material. Cuestiones previas y problemas a revisar. *Derechos y Libertades*, (36), 55-89. doi: 10.14679/1037.
- Smart, C. (1994). La mujer del discurso jurídico. En E. Larrauri (comp.). *Mujeres, Derecho penal y criminología*. (p. 167-189). Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, S.A.
- Subijana, IJ. (2018). La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer. *Boletín proceso penal: monográfico perspectiva de género en el proceso penal*, 1(10), 27-39.

- Toledo, P. y Pineda, M. (2016). *L'abordatge de les violències sexuals a Catalunya. Part 1. Marc Conceptual sobre les Violències Sexuals. Violències sexuals: un marc conceptual, teòric i ètic.* Recuperado de http://dones.gencat.cat/web/.content/03_ambits/violencia_masclista/Estudis_VM/Abordatge_VS/vmMarc-Conceptual-violencies-sexuals.pdf