La discriminación por razón de sexo en la legislación penal

Patricia LAURENZO COPELLO

I. INTRODUCCION

En la literatura feminista son frecuentes los estudios que ponen de manifiesto la perspectiva esencialmente masculina que caracteriza al ordenamiento jurídico en general —y al Derecho penal en particular— a la hora de abordar la solución de los conflictos sociales[1] Se trata, sin duda, de uno de los posibles enfoques para analizar el tema que nos ocupa, puesto que en última instancia con ello se pretende desvelar el tratamiento discriminatorio que recibe la mujer en el sistema penal. Sin embargo, y al igual que sucede con otros colectivos situados en posiciones de desventaja o subordinación social, se da la paradoja de que esas mismas instancias sospechosas de desatender en sus grandes líneas rectoras las particularidades de género, adoptan una actitud proteccionista hacia la mujer frente a ciertos actos de discriminación originados en otros ámbitos de la realidad comunitaria[2].

Esa ambigüedad en la que parece moverse el Derecho penal —ciertamente atento a las reivindicaciones de los grupos marginados por lo que a la actitud de *otros* se refiere, pero incapaz de asumir su propia cuota de responsabilidad— ha llevado a ciertos sectores a poner seriamente en duda la conveniencia de utilizar la vía represiva como medio para corregir las desigualdades fácticas que padecen algunos colectivos. En particular, desde la perspectiva de género, son muchas las voces que alertan sobre el peligro de reivindicar la constante criminalización de conductas como estrategia adecuada en la lucha por alcanzar una posición autónoma de la mujer[3]. Y si este punto de vista es digno de atención respecto de las medidas proteccionistas de carácter sectorial —piénsese, por ejemplo, en el siempre debatido ámbito de la prostitución o en la reciente prohibición penal del acoso sexual—, aún más interés despierta cuando se trata de discutir sobre la eficacia y oportunidad de la tutela penal frente a conductas genéricas de discriminación. Porque si desde el principio se acusa al Derecho penal de convertir los cánones masculinos en paradigmas de "normalidad", permitiendo así una perpetuación de las posiciones de poder y subordinación existentes en la sociedad[4], no resulta fácil comprender cómo esa misma herramienta puede jugar un papel destacado en la eliminación o atenuación de tales desigualdades fácticas.

No quiero decir con ello que deba descartarse sin más la posible eficacia de la vía punitiva, pero tampoco parece aconsejable acudir irrefexivamente a ella, sin analizar con cierto detenimiento su auténtica utilidad y efectos. Especialmente interesante resulta este análisis en un momento en el que el legislador ha apostado decididamente por el Derecho penal como medio idóneo para combatir la discriminación, incluida aquella que encuentra su fundamento en el sexo de la persona discriminada.

II. LAS CAUSAS DE DISCRIMINACION EN LA ACTUAL LEGISLACION PENAL

El Código penal de 1995 contiene una amplia gama de preceptos vinculados con la discriminación, entre los que cabe citar, por su importancia, los delitos de provocación a la discriminación (art. 510 CP); de discriminación en el empleo (art. 314 CP); de denegación de prestaciones correspondientes a un servicio público o privado (arts. 511 y 512 CP); la específica punición de las asociaciones ilícitas que promuevan o inciten a la discriminación (art. 515.5º CP) y la agravante de cometer cualquier delito por esos motivos (art. 22. 4º CP).

Al margen de algunas particularidades que por el momento no son trascendentes, todas aquellas figuras recogen un catálogo homogéneo de causas

[1] Sobre los distintos enfoques que al respecto se sostienen cfr. Smart, *La mujer en el discurso jurídico*, en Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Madrid, 1994, págs. 170 y ss.; Pitch, *Diritto e diritti. Un percorso nel dibattito femminista*, en *democtazia e diritto*, nº 2, 1993, págs. 7 y ss.

[2] Como se ha dicho, esa ambigüedad valorativa con la que el Derecho penal se enfrenta a la mujer es aún más patente en relación a otros colectivos socialmente infravalorados. Es el caso, por ejemplo, de los extranjeros, a quienes el legislador tutela de modo especialmente intenso frente a conductas xenófobas de terceros, pero al mismo tiempo discrimina a la hora de aplicarle sus propias sanciones. Buena prueba de ello es el recurso abusivo a la expulsión del territorio nacional que prevé el Código penal para todo extranjero no residente en España que cometa algún delito —Cfr. al respecto, Mapelli Caffarena/Terradillos Basoco, *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3º ed., Madrid, 1996, págs. 108 y ss.; Muñoz Conde/García Arán, *Derecho Penal, P.G.*, 3º ed., pág. 601.

[3] Cfr., por ejemplo, Van Swaaningen, *Feminismo, criminología y derecho penal: una relación controvertida* y Brown, *Desviación femenina: Perspectivas teóricas británicas en 1988*, ambos en *Papers d'estudis i formació*, nº 5, 1989, pags. 94 y ss. y 29, respectivamente.

[4] Resulta muy convincente en este sentido la clasificación propuesta por Ferrajoli sobre los diversos modelos que se han sucedido a través de la historia en relación a la configuración jurídica de la diferencia. Entre ellos señala el modelo de la "homologación jurídica de las diferencias", propio, entre otros, del Estado liberal, cuya peculiaridad reside en el desconocimiento y anulación de las diferencias en el plano jurídico en nombre de la igualdad formal. Para que el sistema funcione, el Derecho asume implícitamente una identidad como "normal" y asimila a ésta el resto de las identidades diferenciales: "La diferencia femenina resulta no discriminada en el plano jurídico en tanto y en cuanto es desconocida, ocultada y enmascarada en este plano: las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres en la medida en que son consideradas o se finge que son (como los) hombres y se asimilan a éstos en los estilos de vida y en los modelos de comportamiento". Ferrajoli, *La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza*, en *Democrazia e diritto*, nº 2, 1993, pág. 52.

de discriminación, cuya enumeración, no siempre coincidente en la terminología legal[5], se concreta en las siguientes circunstancias personales o sociales de los individuos: raza, etnia, nacionalidad, ideología, religión u otras creencias, situación familiar, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía[6]. Esa uniformidad en la tutela penal no ofrece, sin embargo, un reflejo adecuado de los motivos que llevaron al legislador a ampliar la intervención punitiva en el terreno que nos ocupa. Por lo que aquí interesa conviene tener presente, sobre todo, el escaso protagonismo que jugó la circunstancia de sexo en aquella decisión legislativa. De hecho, y a salvo del primer impulso que en esta línea representó la reforma de 1983[7], lo cierto es que el motivo directo del avance prohibicionista se encuentra muy alejado de la discriminación por razón de sexo, concretamente, en la preocupación que han suscitado en el ámbito europeo los brotes *racistas y xenófobos* vinculados a ciertas ideologías extremas[8]. Hasta tal punto es así que la Ley Orgánica 4/1995[9] —precedente inmediato de los preceptos contenidos en la actual legislación penal— ni siquiera contemplaba el sexo entre las causas que daban origen a la discriminación punible[10]. Fue durante la discusión parlamentaria del nuevo Código penal cuando se tomó la decisión de homogeneizar y ampliar los motivos discriminadores, dando cabida en todos los preceptos a circunstancias que hasta entonces no se habían tomado en consideración —v.g., la enfermedad, minusvalías u orientación sexual— o sólo estaban previstas en algunas figuras, como sucedía con el sexo[11].

La razón de esa ampliación de los colectivos protegidos, que, como se ve, ha superado con creces a las circunstancias personales que jugaron como auténticos motores del incremento punitivo —esto es, la raza, la etnia o la nacionalidad— responde, muy probablemente, a la configuración y alcance que adquiere el mandato de no discriminación en la Constitución española. En efecto, el artículo 14 CE no se limita a mencionar explícita o implícitamente aquellos tres supuestos y ni siquiera se detiene en otros previstos actualmente por la legislación penal —como el sexo, la religión u opinión—, sino que, además, deja abierto el catálogo de los posibles motivos discriminadores a través de la referencia genérica a "cualquier otra condición o circunstancia personal o social". De este modo, y como tendremos oportunidad de aclarar más adelante, nuestra ley fundamental pretende integrar en su tutela antidiscriminatoria a todos aquellos grupos minoritarios que en virtud de determinados caracteres diferenciales de identidad, ajenos a los cánones de "normalidad" imperantes, son objeto de desvaloración social[12].

El amplio espectro de causas de discriminación contenidas en el Código penal de 1995 encuentra su explicación, en consecuencia, en el modelo de la Constitución española. El legislador penal, seguramente dispuesto a respetar al máximo el mandato constitucional, no ha querido realizar distinción alguna entre las circunstancias que dan origen a discriminaciones en la sociedad de nuestros días, limitándose a conceder idéntica protección a todos aquellos ciudadanos que, en virtud de ciertos caracteres diferenciales, se ven relegados a situaciones de marginación o subordinación. Sin embargo, ese tratamiento paritario, que adquiere pleno sentido cuando nos situamos en el plano de los grandes principios configuradores de la vida comunitaria —esto es, en el plano constitucional—, no resulta tan evidente al descender al terreno concreto en el que actúa el Derecho penal. Es preciso tener en cuenta que las sanciones penales constituyen la herramienta más drástica de cuantas dispone el Estado para prevenir los conflictos sociales, circunstancia que obliga a extremar las precauciones cuando se trata de acudir a ellas como medio de tutela y control social. Esta característica de las sanciones con las que opera el Derecho penal explica, por lo demás, que el ordenamiento punitivo se reserve para prevenir las conductas que producen un mayor daño social, es decir, aquéllas que lesionan de un modo especialmente intenso y grave las bases de la convivencia comunitaria[13]. Por eso, el hecho de que la actual legislación penal se base en el modelo antidiscriminatorio recogido en la Constitución y que éste, en su propio nivel normativo, merezca una aceptación sin reservas, no constituye necesariamente una garantía de acierto a la hora de configurar el ámbito de la discriminación punible. El nivel de garantías básicas propio del ordenamiento constitucional justifica, en efecto, que su tutela antidiscriminatoria alcance por igual a todos los ciudada-

[5] En algunas ocasiones el Código penal, con una mala técnica legislativa, reitera en un mismo precepto idénticas causas de discriminación a través de fórmulas diferentes. Buen ejemplo de ello es la agravante genérica del artículo 22.4ª, donde se menciona como circunstancia agravante el hecho de cometer el delito por "motivos racistas o antisemitas" para añadir luego cualquier otra clase de discriminación referente, entre otros motivos, a la *etnia* o *raza* de la víctima

[6] El delito de discriminación en el empleo añade otras circunstancias, como el parentesco con otros trabajadores de la empresa o el uso de alguna de las lenguas oficiales del Estado español, cuyo origen se encuentra en el artículo 17.1. del Estatuto de los Trabajadores.

[7] De ella proviene el delito de discriminación en la prestación de un servicio público, donde ya se incluía el sexo entre las causas de discriminación. Ctr. al respecto, con más datos, Laurenzo Copello, *La discriminación en el Código Penal de 1995*, en *Estudios penales y criminológicos*, XIX, 1996, págs 226 y s.

[8] De la misma opinión, Tamarit Sumalla, en Quintero Olivares/Valle Muñiz, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, pág. 1434.

[9] La exposición de motivos de la mencionada Ley hace expresa referencia a la finalidad de combatir la violencia racista y xenófoba a través de medios contundentes, una iniciativa que, por lo demás, encuentra su origen primordial en las recomendaciones internacionales al respecto. Cfr. Laurenzo Copello, *La discriminación...*, cit., págs. 223 y ss.

[10] Esta Ley introdujo en el Código penal anterior, entre otros, el delito de provocación y apología de la discriminación y la agravante genérica de cometer un delito por motivos racistas u otra clase de discriminación. Las causas que se contemplaban en ambos casos eran las siguientes. raza, etnia, nacionalidad, ideología, religion y otras creencias.

[11] Como se ha advertido anteriormente, el sexo figuraba ya en el delito de denegación de un servicio público introducido en el Código penal anterior con motivo de la reforma de 1983, pero no así en los otros preceptos que se incorporaron en 1995.

[12] Ctr. Rodríguez Piñero/Fernández López, *Igualdad y discriminación*, Madrid, 1986, págs. 72 y ss.

[13] Cfr. Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, Barcelona, 1994, pág. 44; Zugaldia Espinar, *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia, 1993, pags. 236 y ss.

nos que son objeto de desvaloración social por concurrir en ellos ciertos caracteres diferenciales que les apartan de la "normalidad", con independencia del ámbito en el que se manifiesten las consecuencias de aquella minusvaloración fáctica. El Derecho penal, en cambio, debe permanecer atento a los efectos específicos que se derivan de esas posiciones de subordinación, porque sólo cuando aquéllos revistan un carácter especialmente grave y difícil de prevenir a través de otros mecanismos jurídicos menos lesivos, se habrán dado las bases para su legítima intervención[14]. La circunstancia de sexo como seña de identidad creadora de discriminación ofrece un buen ejemplo de esta diferencia de niveles garantísticos.

En efecto, si bien tiene sentido que el sexo aparezca expresamente recogido entre los motivos de discriminación enumerados en el artículo 14 de la Constitución, porque es innegable que la mujer se encuentra aún relegada en la vida comunitaria, ello no significa que las consecuencias prácticas de esa desvaloración social sean asimilables en todos los casos a las que padecen otros colectivos también discriminados. Así, mientras que en el ámbito laboral, por ejemplo, las desventajas derivadas del sexo se aproximan notablemente a las que sufren ciertos grupos en razón de su origen racial o su nacionalidad, no sucede lo mismo, en cambio, cuando se vuelve la vista a la hostilidad que despiertan estos últimos en algunos sectores de la sociedad, convirtiéndose en blanco de frecuentes actos de violencia. De ahí que donde la Constitución no distingue —porque su función no es prevenir parcelas concretas de discriminación— sí deba hacerlo el Derecho penal.

Estas diferencias, directamente vinculadas con los cometidos concretos de los diversos sectores normativos, no parece haber estado presente, sin embargo, en la mente del legislador del 95. Da la impresión, más bien, de que la protección penal de la mujer frente a las diversas formas de discriminación recogidas en el actual Código penal es una consecuencia residual y probablemente poco reflexiva de una decisión que en sus orígenes y motivos poco tenía que ver con este problema concreto. En síntesis, la nueva legislación punitiva se ha limitado a penalizar de modo indiferenciado todas aquellas circunstancias personales creadoras de desigualdades en la sociedad actual, sin atender a las particulares consecuencias de cada una de ellas.

A la vista de esta situación y teniendo en cuenta las peculiaridades de la causa de discriminación que nos ocupa, en lo que sigue intentaré introducir, al menos, una duda razonable sobre la conveniencia de prevenir este fenómeno concreto con las armas represivas del Derecho penal.

[14] Cfr. Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 246 y ss.

III. SENTIDO Y ALCANCE DEL MANDATO DE NO DISCRIMINACION

En el apartado anterior he sugerido que la prohibición penal de discriminar a una persona en razón de su sexo constituye una medida de tutela específica de la mujer y no, como podría pensarse, una fórmula "neutra" que protege por igual a mujeres y hombres cuando unos u otros son objeto de un trato desigual respecto del sexo contrario. Se trata de una hipótesis directamente dependiente del concepto de discriminación contenido en la Constitución. Veámoslo.

1. Un sector importante de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional a partir del año 1987[15], señalan diferencias muy significativas entre el principio de igualdad ante la ley —o igualdad formal— recogido en el primer inciso del artículo 14 CE y el mandato de no discriminación que sigue a aquella declaración inicial.

Según esta corriente, la prohibición de discriminar se basa en un dato fáctico, proveniente de la realidad social y no (necesariamente) del mundo normativo, que permite constatar la existencia de grupos socialmente minusvalorados en virtud de la concurrencia en sus miembros de ciertos caracteres personales que les apartan de los cánones de "normalidad" imperantes. En otros términos, se trata de colectivos que comparten determinadas señas de identidad ajenas a las que son propias del grupo dominante y que, precisamente por esas diferencias, son objeto de desvaloración social[16]. Aquí reside, por lo demás, el concepto de "minorías" que hoy se admite en la teoría, criterio que no se identifica, en consecuencia, con la inferioridad numérica, sino con la posición desventajosa que ocupan estos colectivos en la estructura comunitaria debido a sus caracteres diferenciales[17].

Una vez asumida esta realidad, no es difícil deducir que esa situación de subordinación repercute en el goce efectivo de los derechos y libertades públicas, porque la propia posición de partida coloca en desventaja a quienes comparten aquellos caracteres diferenciales respecto del grupo mayoritario. En otros términos, las *oportunidades* de unos y otros para acceder a los derechos y libertades no son iguales: el colectivo dominante cuenta con la ventaja de que sus miembros reúnen las condiciones que la sociedad valora y reconoce como signos de "normalidad". Los otros, en cambio, deben superar el obstáculo que representa su diferencia. De ahí que el principio de igualdad ante la ley resulte insuficiente para garantizar la igualdad real y efectiva que según el artículo 9.2 de la Constitución deben promover los poderes públicos[18]. Como bien lo ex-

[15] Ctr. Fernández López, "La discriminación en la jurisprudencia constituciona"l, en *Relaciones Laborales*, I-1993, pags. 160 y ss.

[16] Cfr. Rodríguez Piñero/Fernández López, *Igualdad*. , cit., págs. 72 y s.; De Lucas, "Algunos problemas del Estatuto Jurídico de las minorías. Especial atención a la situación en Europa", *en Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 15, 1993, pág. 101.

[17] Cfr. De Lucas, *Algunos problemas...*, cit., págs. 99 y ss

[18] Cfr. Ferrajoli, *La differenza...*, cit., págs 65 y ss.; Perez del

presa Fernández López, aquellas desigualdades fácticas "*niegan justamente la premisa del enunciado del principio de igualdad*: todos los ciudadanos, formalmente iguales, no lo son realmente, por concurrir en ellos factores, muchas veces ajenos a su voluntad, que les impiden el igual goce de derechos"[19]

De esta manera se justifica que los grupos socialmente subordinados reciban una tutela adicional por parte del Estado, una tutela que tiende directamente a cerrar las puertas a las condiciones que originan aquella situación de desventaja[20]. Y precisamente por eso la Constitución prohíbe de modo tajante cualquier diversidad de trato fundada en los motivos que sirven de base a la desvaloración social de determinados colectivos. El mandato de no discriminación, en consecuencia, no es una mera concreción del principio de igualdad formal, sino una medida específicamente dirigida a superar los obstáculos que impiden la realización de la igualdad sustancial.

Este sentido nítidamente tuitivo de la prohibición de discriminación ha permitido a la jurisprudencia constitucional trazar las pautas que en la práctica distinguen el trato desigual genérico del trato discriminatorio. El primero se caracteriza por la falta de razonabilidad en las diferencias, es decir, por el hecho de dispensar un trato diferente a dos ciudadanos sin que existan motivos fundados para ello[21]. Desigualdad es aquí equivalente a arbitrariedad. El trato discriminatorio, en cambio, no se identifica por la falta de razones para la diferencia, sino por la naturaleza de estos motivos, concretamente, porque se basa en ciertas particularidades del perjudicado que son objeto de desvaloración social, permitiendo así la perpetuación o incluso la profundización de las diferencias fácticas preexistentes[22]. Sólo cuando se constata que el motivo de la desigualdad de trato es objeto de rechazo y minusvaloración en el seno de la sociedad, estaremos, pues, ante un auténtico comportamiento discriminador. Esto explica que algunas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la desigualdad de trato entre hombres y mujeres hagan expresa referencia a la situación histórica de marginación que han sufrido estas últimas en nuestra sociedad[23]. No se trata de un dato intrascendente o meramente anecdótico, sino del parámetro esencial que permite juzgar la naturaleza del trato diferenciador.

2. La consecuencia inmediata de esta forma de concebir el contenido del mandato de no discriminación es su consiguiente carácter *unilateral*, es decir, su exclusiva aplicación a quienes sufren de facto la marginación[24]: únicamente cuando el perjudicado por el trato desigual forme parte de alguno de los colectivos desfavorecidos cabrá hablar de un acto de discriminación, porque es la existencia de esos grupos la que da sentido a aquel mandato. Haciendo un ejercicio de imaginación, podría decirse que en una sociedad ideal, donde todos los ciudadanos disfrutaran de idéntico respeto y consideración social, la prohibición de discriminación carecería de toda justificación o, lo que es lo mismo, el principio de igualdad ante la ley resultaría suficiente para garantizar a todos el goce efectivo de los derechos y libertades. Así vistas las cosas, es posible afirmar que, a pesar de las fórmulas neutras utilizadas en la legislación, todos los preceptos normativos dirigidos a prevenir aquel fenómeno excluyen de su contenido a quienes conforman la identidad del grupo dominante. En concreto, cuando la Constitución o el Código penal se refieren a la raza, el sexo o la etnia, están dirigiendo su tutela, por ejemplo, a las personas de raza negra, a las mujeres o a los gitanos y no así a los blancos, a los hombres o a los "payos".

Por lo que aquí interesa, la conclusión anterior significa que un acto perjudicial para una mujer por el solo hecho de pertenecer a ese sexo deberá calificarse de discriminatorio, sin que pueda alcanzarse el mismo resultado en el caso contrario, esto es, cuando sea un hombre el destinatario del trato desigual respecto de las mujeres. De ahí que sea posible justificar las llamadas *acciones positivas*[25], caracterizadas, en este caso, por un trato favorable a las mujeres dirigido a remover los obstáculos que les impiden disfrutar de los derechos y libertades en condiciones de igualdad con los hombres[26]. Llegamos así a la otra cara del mandato de no discriminación, es decir, aquélla que permite aceptar ciertas desigualdades *precisamente* porque éstas se fundan en alguna de las circunstancias personales

---

Río, *El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del trabajo*, Madrid, 1984, págs. 15 y ss.

[19] Fernández López, *La discriminación...*, cit., pág. 154, subrayado añadido.

[20] Cfr. Rey Martínez, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, 1995, pág. 59. Un resumen de la normativa internacional dirigida a promover la igualdad de oportunidades entre los sexos puede verse en QUESADA SEGURA, *Guía para la negociacion colectiva no discriminatoria*, Sevilla/Málaga, 1994, págs. 21 y ss.

[21] En un primer período, el Tribunal Constitucional aplicó indiferenciadamente estos presupuestos al trato perjudicial que sufrían las mujeres, sobre todo, en el ámbito laboral. Cfr. Rey Martínez, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 18 y ss

[22] Cfr. Fernández Lopez, *La discriminación...*, cit. pág. 163.

[23] Especialmente significativa en este sentido es la STC 128/1987, señalada por muchos como el punto de arranque de la doctrina jurisprudencial que se ha indicado en el texto. Aun más explícita resulta la STC 145/1991, donde textualmente se lee: "La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo socialmente determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad" (F.J. 2).

[24] Así, con sólidos argumentos, Fernández Lopez, *La discriminación...*, cit. págs. 160 y ss.

[25] La Unión Europea ha sido especialmente sensible a este tipo de medidas en el ámbito laboral, fomentando su desarrollo a través de diversos programas dirigidos a promover la igualdad de oportunidades, Cfr. Quesada Segura, *Guía* , cit , págs 22 y ss.

[26] La STC 128/1987 ofrece un nítido ejemplo de estos supuestos. El Tribunal debía decidir si era discriminatoria para los hombres una norma del INSALUD que otorgaba una prestacion por guardería a todas las trabajadoras con hijos menores de seis años y sólo concedía el mismo derecho a los hombres cuando fueran viudos. A partir del reconocimiento de los habitos socialmente arraigados que conceden a la mujer el papel fundamental en el cuidado de los hijos, la sentencia deniega el trato discriminatorio por entender que la medida se dirige a remover uno de los obstáculos que tradicionalmente han encontrado aquéllas en el acceso al trabajo. Un análisis detenido de la jurisprudencia constitucional en este campo puede verse en Rey Martínez, *El derecho fundamental ..*, cit , págs. 21 y ss

normativamente reconocidas[27]. Esta afirmación, que a primera vista parece contradecir el tenor literal del artículo 14 CE ("sin que pueda prevalecer *discriminación alguna* por razón de... sexo"), adquiere, sin embargo, plena legitimidad en cuanto se atiende a la finalidad del precepto. Es más, desde este último punto de vista, lo único contradictorio sería impedir el desarrollo de las acciones positivas amparándose en la prohibición de discriminación. Porque si la razón se ser de este precepto se encuentra en las desventajas que, de hecho, implican para algunos ciudadanos ciertos caracteres de su identidad, resulta totalmente ilógico que esa misma norma represente un obstáculo para el desarrollo de medidas dirigidas a corregir ese desequilibrio fáctico[28]. De ahí la posibilidad de sostener que la prohibición de discriminación y el reconocimiento de determinadas desigualdades favorecedoras de los grupos socialmente subordinados no son más que las dos caras de la misma moneda.

3. Lo dicho hasta aquí permite concluir, como ya se adelantó, que la prohibición de discriminación no es una simple concreción del principio de igualdad, sino, más bien, una garantía del ejercicio de los derechos y libertades para todos los ciudadanos en términos de igualdad, es decir, con independencia de sus particularidades diferenciales. De este modo es posible alejarse del peligro de confundir no discriminación con "igualación". No se trata, en efecto, de ignorar las diferencias, sino, por el contrario, de asegurar que éstas serán respetadas y no supondrán un obstáculo para el goce efectivo de las libertades[29]. El mandato de no discriminación implica, por tanto, una garantía de la diversidad, una afirmación de las diferencias[30] y, precisamente por eso, un reconocimiento normativo del principio de dignidad personal[31].

Ese distanciamiento entre no discriminación e ignorancia de las diferencias resulta útil, además, para cerrar el paso a aquellas medidas que pretenden prevenir el fenómeno mediante la asimilación de las minorías al modelo del grupo dominante, modelo éste que implícitamente no hace más que reconocer las valoraciones sociales imperantes, perpetuando así la situación de subordinación que sufren aquellos grupos. Si la prohibición de discriminar se explica, en cambio, como una garantía de la diferencia, su prevención adquiere un sentido completamente distinto que de modo genérico tal vez podría describirse como la búsqueda de un espacio autónomo —no subordinado— para los diversos grupos con sus respectivas identidades.

IV. EL DERECHO PENAL ANTE LA DISCRIMINACION POR RAZON DE SEXO: COSTES Y BENEFICIOS

1. El sentido de la intervención penal y su efecto sobre las causas específicas de discriminación

La relación que se ha establecido en el apartado precedente entre las situaciones fácticas de discriminación y la mayor vulnerabilidad de quienes las sufren a la hora de ver garantizado el efectivo goce de sus derechos fundamentales ofrece, quizás, un punto de partida adecuada para comprender el papel del Derecho penal en la prevención de tales fenómenos. En efecto, si desde el principio se reconoce que la marginación y desvaloración social en la que viven ciertos colectivos origina un peligro real de ver desconocidos sus derechos básicos, es lógico que el ordenamiento punitivo tome en cuenta ese riesgo adicional y conceda a aquellas personas una protección especialmente intensa. No se trata, como es obvio, de privilegiar a estos grupos respecto de los otros miembros de la comunidad, sino sencillamente de tutelarlos frente a determinados peligros que a los demás les son ajenos[32].

En otras palabras: el Derecho penal garantiza por

[27] De todos modos, es evidente que no basta con que la diferencia de trato beneficie a alguno de los grupos tutelados a través del mandato de no discriminacion para que quede justificada. Como bien ha advertido el Tribunal Constitucional al definir el alcance de las acciones positivas en favor de las mujeres, ha de comprobarse caso a caso si se trata realmente de una medida "compensadora" y no de una simple actitud "paternalista" que en última instancia repercuta en contra de las propias mujeres, perpetuando su imagen de debilidad y sumisión. Así lo entendió el alto tribunal en el supuesto de prohibición de trabajo femenino en las minas —STC 229/92— o del derecho al retiro anticipado de las auxiliares de vuelo —STC 207/87— Cfr al respecto, Rey Martínez, *El derecho fundamental...*, cit., págs. 25 y ss. Un claro ejemplo de decisiones puramente "paternalistas" y, consecuentemente, perpetuadoras de la situación de subordinación femenina nos ofrece Ellis —*Sex discrimination law*, Aldershot, 1988, págs. 76 y s.—: se trataba de una fábrica con alrededor de 4.000 empleados, 400 de ellos mujeres, que permitía a estas últimas finalizar su jornada laboral cinco minutos antes que los hombres para evitarles las molestias de las aglomeraciones de la salida conjunta. Un Tribunal británico decidió que no se trataba de una medida "discriminatoria" para los hombres porque, entre otros argumentos, sólo representaba la esencia de la "caballerosidad y cortesía" que, según los valores sociales imperantes, deben dispensar los hombres al sexo femenino

[28] Como señala Dworkin, las medidas dirigidas a alcanzar mayores niveles de igualdad entre todos los ciudadanos se justifican desde el punto de vista de la Justicia, porque "una sociedad más igualitaria es una sociedad mejor, aun cuando sus ciudadanos prefieran la desigualdad" - *La discriminación inversa*, en *Los derechos en serio*, Barcelona, 1984 (se cita la reimpresión de 1995), pág. 347.

[29] Así, con argumentos muy convincentes, Ferrajoli, *La differenza...*, cit., pags. 52 y s.

[30] *Ibidem*, págs. 59 y ss.

[31] Cfr. Fernández López, *La discriminación ..*, cit., pág. 154.

[32] Por eso no comparto la opinion radicalmente contraria a la intevención penal en el campo de la discriminacion que ultimamente ha manifestado, entre nosotros, Portilla Contreras —En Cobo del Rosal (dir.), *Curso de Derecho penal español*, P.E., II, Madrid, 1997, págs. 678 y ss.—. Es cierto que el Derecho penal no es el instrumento idóneo para subvertir los valores sociales preponderantes eliminando así las causas que dan origen a la discriminación y convengo con él igualmente en el papel esencial que en este senfido debe atribuirse a la educacion Pero es evidente que este ultimo camino, por el que desde luego debe lucharse, constituye una estrategia a largo plazo Y, mientras tanto, hay colectivos a los que acecha hoy, y de un modo nada desdeñable, el riesgo de verse agredidos por grupos intolerantes y violentos. Frente a ese peligro real para los derechos fundamentales de unos pocos, el Derecho penal no puede permanecer ajeno. Si simplemente ignorase el problema, estaria dando muestras una vez más de su propia tendencia discriminadora, limitándose a actuar allí donde la mayoría dominante siente y padece las posibles agresiones a sus derechos basicos. Nada de esto significa que el modelo elegido por nuestro legislador sea el adecuado. Pero los excesos paternalistas en los que ha incurrido —ciertamente cargados de una dosis considerable de hipocresía, como afirma Portilla— no pueden desvirtuar el fondo de razón que le asiste en la decision inicial de acudir al ordenamiento punitivo para combatir los actuales brotes de intolerancia violenta.

igual a todos los ciudadanos un determinado ámbito de tutela de los derechos fundamentales —en el caso de la vida, por ejemplo, a través del delito de homicidio e incluso de la provocación a cometer tal hecho—. Pero, *además*, introduce mecanismos específicos destinados a prevenir los riesgos adicionales que sólo afectan a los grupos socialmente minusvalorados por determinadas señas de identidad. Así se explica, v.g., la punición de la provocación a la violencia racista, xenófoba o similar (art. 510 CP)[33], un delito que intenta prevenir, entre otras cosas, el peligro específico de sufrir actos lesivos de la vida o integridad física que pende sobre las personas de determinadas razas, nacionalidades, orientación sexual, etc., por el sólo hecho de pertenecer a un colectivo marginado.

Pero estas mismas premisas que justifican, en términos genéricos, el recurso al Derecho penal, suscitan al mismo tiempo serias dudas sobre la conveniencia y oportunidad de mantener una absoluta homogeneidad de las causas de discriminación en *todos* los delitos dirigidos a prevenirla. Porque de inmediato se comprende que no todas las circunstancias personales o sociales originadoras de situaciones de subordinación implican la misma clase de peligros para el goce de los derechos fundamentales. Como bien afirma De Lucas, en función de la causa de discriminación de que se trate, cabrá determinar un ámbito de derechos o bienes especialmente "sensibles" a su vulneración[34]. Y aquí es precisamente donde, desde mi punto de vista, reside la singularidad del sexo como motivo de discriminación.

No se discute que el sexo representa un dato de la identidad de las personas que coloca a un grupo —las mujeres— en una posición de subordinación respecto de otro y por eso he afirmado con rotundidad que el trato perjudicial dispensado a una mujer por el solo hecho de serlo ciertamente es discriminatorio. Pero no es menos cierto que la situación desventajosa que aún sufre este sector de la población es difícilmente comparable con la de otros grupos a los que la legislación penal siempre pretende asimilarlo —v.g., algunas razas o nacionalidades o los colectivos de homosexuales—. Aunque en determinadas ocasiones, como sucede en el terreno laboral, sus respectivos ámbitos de vulnerabilidad efectivamente coinciden, a nadie se le oculta que existen otros muchos peligros propios de las auténticas situaciones de "marginalidad" —y no sólo de "subordinación"—, que resultan completamente ajenos a la naturaleza de la discriminación que aún afecta a las mujeres.

Así, si se piensa en el delito de provocación a la violencia por motivos discriminadores recogido en el artículo 510 CP, es posible encontrarle justificación atendiendo a las agresiones que en los últimos tiempos vienen sufriendo algunos sectores marginados —piénsese en los inmigrantes ilegales provenientes de países del tercer mundo—. Aquí funciona ese papel de garantía adicional de los derechos de la personalidad que hemos atribuido a la intervención penal, porque es evidente que tales actos vandálicos no se limitan a lesionar el derecho de toda persona a ser tratado en condiciones de igualdad, sino que implican, además, un serio riesgo para bienes tan básicos como la vida o la integridad física de las personas. Pero en cuanto se vuelve la vista a la circunstancia que ahora nos ocupa —el sexo—, aquella justificación se desvanece. ¿Quién podría mencionar un solo caso en la sociedad actual en el que las mujeres —solo por pertenecer a este sexo— hayan sido el blanco de ataques violentos más o menos organizados[35]?

Seguramente se objetará que, a pesar de todo, subsisten en nuestra comunidad numerosas manifestaciones de exclusión de aquel sexo, con el consiguiente efecto de perpetuación del modelo discriminador imperante. Ello podría justificar, por ejemplo, la incriminación de las asociaciones ilícitas "que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas... por razón de... su sexo..., o inciten a ello" (art. 515.5º CP). Tomado en su tenor literal, este precepto permitiría sancionar con pena de prisión de dos a cuatro años, entre otros casos, a los responsables de las asociaciones encargadas de organizar ciertos festejos populares en los que no está permitida la participación de mujeres y con prisión de uno a tres años al resto de sus miembros[36]. La pregunta es si tiene sentido —e incluso justificación— tratar con la misma severidad a unos individuos integrados, en términos generales, a los cánones democráticos de la sociedad actual —aunque con mentalidad ciertamente retrógrada— y a quienes, v.g., forman parte de grupos neonazis promotores de la violencia racista y xenófoba.

2. La dudosa utilidad del Derecho penal

Llegados a este punto, resulta ineludible preguntase por la utilidad y conveniencia de acudir al Derecho penal para combatir conductas discriminadoras como las que se acaban de mencionar.

Seguramente podrá alegarse que el mantenimiento del sexo junto a las demás causas de discriminación punible tiene la ventaja de recordar a la sociedad que la mujer ocupa aún una posición subordinada en la vida comunitaria, es decir, que el

[33] Este delito contiene otras dos modalidades —la provocación a la discriminación y al odio— que a mi entender no pueden explicarse con los argumentos del texto. Ello no invalida, con todo, la justificación expuesta, sino que únicamente pone de manifiesto uno de los muchos excesos en los que se ha incurrido a la hora de seleccionar las conductas discriminadoras que realmente justifican la intervención penal. Me he ocupado extensamente de este problema en el ya citado artículo *La discriminación en el Código Penal de 1995*, al que remito.

[34] Cfr. De Lucas, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, 1994, págs. 192 y ss.

[35] Tal vez muchos piensen de inmediato en la persecución que en no pocas ocasiones sufren las prostitutas, provenientes además, con frecuencia, de los mismos grupos de intolerantes que agreden a inmigrantes o a homosexuales. Pero en estos casos la razón de los ataques no se encuentra en el sexo —de hecho, tampoco están exentos de tales persecuciones los hombres que ejercen la prostitución—, sino en la clase de actividad que realizan, circunstancia ésta que, por cierto, inexplicablemente no se encuentra contenida entre las causas de discriminación punible.

[36] Además de penas de multa para todos ellos e inhabilitación especial para los primeros. Cfr. art. 517 CP.

sexo sigue siendo fuente de tratos perjudiciales para un sector de la población. Pero más allá de esta función estricamente *simbólica*[37], no es fácil vislumbrar otros beneficios y sí, en cambio, numerosos inconvenientes.

Por un lado, es indudable que un afán protector desmedido por parte del legislador corre el riesgo de perpetuar la imagen de una mujer necesitada de una tutela especial, débil e incapaz de hacerse respetar sin la protección paternalista del Estado[38].

Además, no debería desdeñarse el recelo que puede originar en los jueces un uso abusivo de la vía represiva, actitud que, en última instancia, no haría más que repercutir negativamente sobre los intereses esenciales de las propias mujeres. La aplicación que actualmente están haciendo los tribunales del delito de impago de pensiones —otra de las conquistas de algunos sectores feministas en sus demandas criminalizadoras— ofrece un buen ejemplo de ello. Veámoslo.

Recientemente hemos tenido oportunidad de constatar a través de un estudio de campo[39] que en la gran mayoría de los casos la pena impuesta al marido que deja de pagar la prestación económica debida a la mujer o a sus hijos por una ruptura matrimonial no supera el mínimo previsto en la ley[40], con total independencia de los efectos reales que el incumplimiento haya podido producir sobre la situación de sus beneficiarios. Resulta especialmente significativa la falta de relevancia que se concede al tiempo de incumplimiento, de modo tal que los efectos penales son prácticamente los mismos para quien no paga dos mensualidades y quien incumple, por ejemplo, durante dos años[41]. Así, el efecto preventivo que se pretendía conseguir con la penalización del impago de pensiones se resiente seriamente, ya que el incumplidor sabe que mientras no se produzca la denuncia penal, la pena a la que se arriesga es exactamente la misma cualquiera que sea el período durante el que omita el pago. Una interpretación de estas características acaba por repercutir obviamente en las mujeres que confiaban en el Derecho penal por su necesidad real de percibir el dinero mes a mes para mantenerse a sí mismas y a sus hijos y no únicamente por ánimo de venganza o para cobrar una deuda. La responsabilidad por este debilitamiento en la eficacia preventiva no puede atribuirse, sin embargo, de modo exclusivo a los aplicadores del Derecho. La interpretación restrictiva que se ha impuesto no parece ajena la extensión desmedida del delito de impago de pensiones —donde caben por igual los incumplimientos originadores de auténticas situaciones de necesidad y aquéllos que en nada perturban las condiciones de subsistencia digna de la familia[42]— y la consecuente sospecha de un inaceptable regreso a la proscrita prisión por deudas[43]. Si el legislador hubiera sido más cauto a la hora de configurar la responsabilidad penal en este terreno, limitándose a penalizar los incumplimientos que producen un efecto grave sobre la situación personal de los beneficiarios, tal vez los jueces no sintieran tanto recelo a la hora de aplicar las sanciones con severidad y adecuación a las normas generales del Derecho penal.

Con ejemplos como el mencionado, llama la atención que en el campo de la discriminiación por razón de sexo la legislación penal haya optado, una vez más, por un paternalismo excesivo. Los abusos que puede originar la presencia de la causa de sexo en ciertos delitos dirigidos a evitar riesgos que las mujeres no sufren realmente en la sociedad actual, bien podrían dar lugar a un efecto semejante al que acabamos de ver en el impago de pensiones. Así, por seguir con un ejemplo ya citado, si los jueces se vieran obligados a decidir sobre el castigo penal de algunos individuos por el sólo hecho de excluir a las mujeres de determinados festejos populares —un caso que, en mi opinión, carece de la gravedad mínima necesaria para justificar la intervención punitiva—, no sería de extrañar que optaran por un concepto restringido de discriminación suficiente para fundamentar una sentencia absolutoria, vía ésta que en última instancia acabaría por repercutir negativamente en los ámbitos donde el sexo supone un auténtico y grave obstáculo para el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer como es el caso, sin duda, de la discriminación en el empleo.

Pero los inconvenientes de acudir al papel simbólico del Derecho penal no acaban aquí. Los propios poderes públicos pueden encontrar en esa vía una buena coartada para eludir la responsabilidad que la Constitución les atribuye en la búsqueda de las condiciones que garanticen la igualdad real y efectiva (art. 9º.2 CE). A nadie se le escapa, en efecto, que resulta mucho más sencillo y cómodo para el Estado ampliar el catálogo de delitos recogidos en el Código penal que emprender acciones positivas destinadas a remover los auténticos obstáculos que impiden a la mujer ocupar una posición autónoma en la sociedad de nuestros días. Si, además, los sectores que están

[37] Cfr., en este sentido, Van Swaaningen, *Feminismo,....*, cit., pág. 95.

[38] Cfr. Larrauri, en *Mujeres, Derecho penal y criminología*, cit., pág. 100.

[39] Cfr. Sillero Crovetto/Laurenzo Copello, *El impago de pensiones derivadas de rupturas matrimoniales en la realidad judicial*, Sevilla/Málaga, 1996. Se trata de un análisis de los casos de impago de pensiones registrados en los juzgados de lo penal y de familia de Málaga en el período 1992/1993.

[40] En el estudio citado en la nota anterior —págs. 112 y s.— se comprueba que en el 63% de las condenas los jueces optaron por aplicar el mínimo de pena privativa de libertad, aumentando esta proporción hasta el 96% en lo relativo a la pena de multa.

[41] *Ibidem*, págs. 143 y ss. A pesar de que en la mayoría de los casos el período de impago se corresponde con más de uno de los lapsos temporales previstos en la ley, los tribunales no aplican las reglas del concurso de delitos y generalmente ni siquiera tienen en cuenta la duración del incumplimiento para graduar la pena concreta

[42] Al menos así parecen haberlo entendido los jueces en base al tenor literal del precepto. Una interpretación atenta a los fines garantísticos del Derecho penal permitiría, sin embargo, excluir los supuestos en los que queda descartado de antemano cualquier peligro para los bienes esenciales de los beneficiarios He expuesto detenidamente mi opinión al respecto en Laurenzo Copello, *El impago de prestaciones económicas derivadas de separación o disolución del matrimonio*, en CPC nº 51, 1993, págs. 792 y ss.

[43] Cfr. en esta línea, Boix Reig, en *La reforma penal de 1989*, Valencia, 1989, págs. 171 y ss.; Gómez Pavon, *El impago de pensiones alimenticias (art. 487 bis CP). Su posible inconstitucionalidad*, en CPC nº 44, 1991, pág. 309. En contra Perez Manzano, *El delito de impago de prestaciones económicas derivadas de separación, nulidad o divorcio*, en Poder Judicial, nº 21, 1991, págs. 45 y ss.

al frente de la lucha contra la discriminación por razón de sexo dan una buena acogida a ese recurso indiscriminado al Derecho penal e incluso fomentan su ampliación, difícilmente podrá reprocharse a los poderes públicos que opten por el camino más fácil y menos comprometido[44].

En suma, los inconvenientes reseñados acaban por echar por tierra la posible eficacia simbólica de la presencia del sexo entre los motivos discriminadores que dan lugar a la punición de un número amplio de conductas en el vigente Código penal. Tanto desde el punto de vista práctico de la aplicación de tales delitos como desde la perspectiva más amplia de la búsqueda de estrategias adecuadas para producir cambios reales en el actual estado de cosas, el recurso generalizado al Derecho penal, lejos de solucionar los problemas reales, corre el riesgo de convertirse en un nuevo obstáculo para solucionarlos. Ello no implica, sin embargo, que deba descartarse sin más cualquier posible eficacia de las sanciones penales. Tal vez el delito de discriminación en el empleo constituya en este sentido una excepción digna de un análisis riguroso. Porque si bien es cierto que con la criminalización de tales comportamientos no se conseguirá un cambio decisivo en las valoraciones sociales aún imperantes, no lo es menos que el Derecho penal está llamado a intervenir ahí donde se detecte un grave riesgo de lesión de los derechos básicos de las personas. Y, desde esta perspectiva, son innegables los graves perjuicios que la desvaloración del trabajo femenino sigue ocasionando a muchas mujeres.

[44] Por eso tienen razón los autores que reprochan a ciertos grupos feministas su constante demanda de una mayor intervención penal. En última instancia, como bien se ha señalado, estas actitudes sólo consiguen apoyar el proceso expansivo del sistema penal que muy poco tiene que ver con los postulados progresistas sobre los que se ha construido el pensamiento feminista moderno. Cfr. Van Swaaningen, *Feminismo.* , cit , pág. 98; Uit Beijerse/Kool, *La tentación del sistema penal: ¿Apariencias engañosas? El movimiento de mujeres holandes, la violencia contra las mujeres y el sistema penal*, en Larrauri, *Mujeres...*, cit., pág. 161.