



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Centro de Estudios de Postgrado

Trabajo Fin de Máster

EL TRATAMIENTO PENAL DE LA VIOLENCIA MACHISTA. APLICACIÓN DE LA NORMA Y SESGOS DE GÉNERO: LA MUJER VÍCTIMA DE MALOS TRATOS.

Alumno/a: Celso José Fernández Fernández

Tutor/a: D^a. Pilar Fernández Pantoja.

Departamento de Derecho Penal, Filosofía del
Derecho, Filosofía Moral y Filosofía.

Octubre, 2017

ÍNDICE

I.-INTRODUCCIÓN: MARCO GENERAL.....	6
1.- Antecedentes y estado actual de la situación.....	6
2. Justificación de la investigación: una auto-etnografía.....	9
3.- Definiciones y conceptos.....	10
4.-Objeto de la investigación.....	12
5.-Objetivos de la investigación.....	13
6.-Preguntas de la investigación.....	14
7.- Metodología.....	15
7.1). Lo cuantitativo y lo cualitativo.....	15
7.2). La perspectiva de género.....	17
II.-INTERVENCIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA: LOS MALOS TRATOS.....	19
1. Breve referencia a la evolución histórica.....	19
2. Estereotipos de Género y Violencia Doméstica: Mujer y familia.....	20
III.-¿TIENE GÉNERO EL DERECHO? SITUACIÓN ANTERIOR A 1989.....	22
1.- Perspectiva general.....	22
2.- El estereotipo de la mujer dependiente.....	24
IV.- LA RESPUESTA PENAL Y LA HUIDA DEL DERECHO (1989-1995).....	25
1.-Las Reformas legales.....	25
2.-Los hechos de la realidad.....	28
3. Inaplicación de la norma, la huida del Derecho.....	30
4.- El derecho es Masculino. Los criterios del intérprete y los estereotipos de género.....	33
V- LA PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE DE VIOLENCIA DE GÉNERO (1999-2003)	

1.- Punto de partida: una víctima desprotegida.....	34
2.-.- El art 153 Cp y la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento civil”	35
2. 1). la realidad en cifras.....	36
2.2). los sesgos de género en la reforma.....	38
2.3) la protección de la víctima.....	39
2.3.a) La denuncia y la desprotección.....	39
2. 3. b).- Medidas cautelares limitativas de derechos.....	40
2.3.c).- El carácter público de los tipos penales relativos a los malos tratos.....	41
.3.d).- Estereotipos de género: las limitaciones para la aplicación de las medidas cautelares y el Art. 416 lecrim. versus tipos penales públicos...	42
3.- Las importantes reformas del año 2003 ¿antesala de la Ley Integral?.....	44
3.1) Los nuevos tipos penales de violencia doméstica. La reticencia de los sesgos.....	44
3.2) Ningún cambio significativo en relación a la violencia doméstica.....	47
3.3) La orden de protección y la atención integral a la víctima.....	47
3.3.a).- La justificación de la reforma.....	47
3.3.b).-Las claves de la orden de protección.....	49
3.3.c).- Los límites de la reforma y la aplicación sesgada del art. 544. Ter Lecrim.....	51
4. Novedades en el art. 57 CP.....	52
5. ¿Qué ocurre con el abordaje penal de la violencia de género?.....	52
VI. LA LEY ORGÁNICA 1/2004 de 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. NUEVAS RESPUESTAS.....	53
1.-Los estereotipos de género y su influencia en la Ley Integral.....	53
2.-La violencia de género como objetivo de la Ley.....	60
3.-Los nuevos tipos penales.....	62

4.-La constitucionalidad de la ley Integral.....	64
5.- ¿Se puede afirmar todavía que el Derecho es masculino y tiene género?....	69
5.1). Las cifras y la realidad.....	69
5.2). Sesgos de género y la huida del Derecho.....	71
5.3). Viejos sesgos, nuevos argumentos.....	77
5.4). La tendencia actual del Derecho Penal: el Convenio de Estambul y El Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género.....	78
VIII.- CONCLUSIONES.....	82
IX.- PROPUESTAS DE ACTUACIÓN.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	90

ABREVIATURAS.

Art.: Artículo

CE.: Constitución Española.

CGPJ.: Consejo General del Poder Judicial.

Cp.: Código Penal

Lecrim.: Ley de Enjuiciamiento Criminal

L14/99.: Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio, de Modificación del Código Penal de 1995 en Materia de Protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LOIVG.: Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

LOMCE.: Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio del Poder Judicial.

RAI.: Renta Activa de Inserción.

TC.: Tribunal Constitucional

ST.: Sentencia

STS.: Sentencia del Tribunal Supremo

RESUMEN: En los últimos años y tras la entrada en vigor de la CE., se ha producido en España una serie de reformas legales para dar respuesta, desde el Derecho Penal, al fenómeno de la violencia de género. Esto ha producido una evolución de nuestro ordenamiento jurídico que, partiendo de un derecho sexista que incluía figuras delictivas sexuadas, ha pasado a ser concebido como un Derecho formalmente neutro. La persistencia de la discriminación de género en la sociedad ha producido un salto cualitativo, introducido a través de la LOIVG que, asumiendo la perspectiva de género en su regulación, introduce delitos sexuales, para hacer frente a dicha discriminación material. Pero todas las reformas y opciones de política criminal se han encontrado con un freno fundamental: los sesgos de género que, en la aplicación de la norma, impiden la cabal perseguibilidad penal de estos hechos.

ABSTRACT: In recent years and following the entry into force of the Spanish Constitution, there have been a series of reforms to respond from criminal law to the phenomenon of gender violence. This has produced an evolution of our legal system that included sexually delinquent figures, has come to be conceived as a formally neutral right. The persistence of gender discrimination in society has produced a qualitative leap introduced through the LOIVG with, assuming the gender perspective in its regulation introduces sexed crimes, to deal with such material discrimination. But all the reforms and opinions of criminal policy have been found with a fundamental brake: the gender biases that, in the application of the norm, prevent the complete criminal prosecutions of these facts.

PALABRAS CLAVE

Estereotipos, género, estereotipos de género, discriminación de género, violencia de género, huida del Derecho, hecho diferencial, inaplicación del Derecho, minimización de la violencia de género, tutela judicial efectiva, reformas legales, tipos penales, víctima, protección de la víctima.

I.- INTRODUCCIÓN: MARCO GENERAL.

1. Antecedentes y estado actual de la situación. El día 29 de enero de 2005 entró en vigor la Ley 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (LOIVG). Esta Ley supone una ruptura fundamental en nuestro sistema legal, al introducir en el ordenamiento jurídico la perspectiva de género. Esta circunstancia se ha recibido en algunos ámbitos como una conmoción, sobre todo en el ámbito jurídico penal -que es al que vamos a ceñir este trabajo- que había pasado desde un Derecho que amparaba la discriminación de la mujer por razón de género, a un Derecho que había asumido el principio de igualdad formalmente recogido en el art. 14 de la Constitución Española y, ahora, se sometía a la irrupción de unas normas que volvían a incluir tipos penales sexuados, en los cuales, el sujeto activo sólo puede ser el hombre y el sujeto pasivo, sólo la mujer. Esto produjo una gran reacción tanto de la dogmática jurídica -que pensaba haber alcanzado las máximas cotas de igualitarismo legal tras las reformas posteriores a carta magna y que sentía que se volvía a un Derecho discriminatorio-, como, por los mismos motivos, alcanzó al ámbito político -durante la tramitación parlamentaria-, al técnico -con diversos informes jurídicos muy duros contra la reforma- y, posteriormente, al ámbito jurisdiccional, al que corresponde la aplicación del Derecho.

Lo cierto es que la LOIVG se ha situado al final de un proceso normativo que, frente a la violencia de género, empezó incorporando al código Penal figuras delictivas -tipos penales- neutros, a través, sobre todo, del delito de violencia habitual introducido en nuestro Código Penal en 1989, con sujetos activos y pasivos en el ámbito familiar no sexuados (cónyuge, hijos/as, etc.) Pero ha sido el sentir de buena parte de la crítica jurídica como de asociaciones feministas y de quienes atienden la defensa de mujeres víctimas de violencia de género, que estos tipos delictivos, que cada vez han ido ampliando el núcleo subjetivo de este delito, en una evolución constante y sostenida en períodos cortos de tiempo, no habían resuelto ningún problema. La tesis que se mantiene en este trabajo y que es **la hipótesis** fundamental de partida, es que esto ha sido debido a una causa principal: La persistencia en nuestra sociedad de los llamados sesgos de género, las concepciones sobre la mujer en una sociedad que todavía se estructura sobre la discriminación de la misma -por lo tanto, en el hecho de que nuestra sociedad, aunque se haya dotado de un Derecho formalmente igualitario, sigue siendo estructuralmente desigual- y que un Derecho igualitario no era suficiente para erradicar la diferencia. Porque si el Derecho se concibe de modo abstracto, con olvido de lo que ocurre en la realidad, resulta ineficaz en su aplicación: como nos dice RUBIO CASTRO (2004) la técnica jurídica se nos presenta con criterios cientifistas que alientan una discusión objetiva y racional de la estructura formal del Derecho y desprecia la discusión de valores -la ética y moral que el propio Derecho encierra- lo que no permite evaluar ni los criterios morales que

contiene, ni las cuestiones éticas que su aplicación suscita. Si la norma nace para resolver conflictos sociales y darle una estructura de relaciones seguras a la sociedad, si al mismo tiempo ignora los conflictos que subyacen en ella, no los resolverá o, lo que es peor, los mantendrá. Estos sesgos de género han implicado, por un lado la asunción de criterios legales formalmente neutros, pero intrínsecamente patriarcales, como el concepto de familia –esto ha supuesto una técnica legislativa ineficaz e inadecuada- y, por otro lado, al enfrentarse la mujer a la aplicación de la norma, verse sometida a criterios distintos al del hombre –por ejemplo en lo tocante a lo que se concibe “natural” en la mujer dentro del matrimonio o en el cuidado de la familia y en el hombre no- lo que implicaba que un mismo principio legal se aplicara de modo distinto a la mujer. Sostengo que es fundamentalmente por esto por lo que los problemas sustanciales en la situación legal de la mujer frente al Derecho, su tutela judicial como víctima de violencia de género, han persistido a pesar de la incorporación de los tipos penales no sexuados que, sin embargo, nacieron para sancionar estas conductas. El fenómeno producido es el que en este trabajo llamamos la huida del Derecho, produciéndose una discriminación de género en la aplicación de la norma contra la mujer y sirviendo para sostener la diferencia por razón de sexo.

Por esto que se haya demandado la inclusión de la perspectiva de género en el Derecho, es decir, una perspectiva que parte de cuál es la situación real de la mujer en la sociedad respecto del hombre y, por lo tanto, qué implica ello en nuestra cultura, sobre todo dotando a las actuaciones de hombres y mujeres de distinto significado y cómo éste es el que debe ser tenido en cuenta por la norma para amparar a la mujer. Esto es: que distinga la diferente posición de la mujer frente al hombre y la tenga en cuenta. Pero si el significado de acciones de mujeres y hombres en una sociedad determinada no es el mismo (LLARRAURI PIOJAN. 2009: pp. 10-11) la ley deberá incorporar normas sexuadas para contrarrestar esa diferencia. En el caso de la violencia de género, si la violencia del hombre frente a la mujer adquiere en nuestra sociedad patriarcal un significado distinto frente a la de la mujer, entonces no puede ser sancionada del mismo modo.

La LOIVG tiene a sus espaldas más de 10 años de aplicación y ya se puede hacer una valoración de la misma, sobre todo en lo tocante al Derecho Penal. La tesis que sostengo de acuerdo con la hipótesis expuesta y que será la guía de este trabajo es que, a pesar de los significativos avances que supuso como instrumento novedoso para la lucha contra la violencia de género, los estereotipos de género subsisten. Aunque haya habido avances en la sociedad, su tendencia es a mantenerse (GONZÁLEZ GABALDÓN. 1998 Y CANTERA ESPINOSA, L. M. y BLANCH RIVAS J- M. 2010), y adaptarse a las nuevas situaciones. Y estos estereotipos, en los que se asienta la discriminación de género, han supuesto un freno importante a la perspectiva que incluye la LOIVG, manteniendo la tendencia que hemos denominado de huida del

Derecho, sosteniendo en muchos casos la indefensión de las mujeres víctimas de este tipo de violencia.

Aunque en todos los casos –también en la LOIVG- ha habido problemas de técnica legislativa, lo cierto es que esta ha sido salvable. No dudo que la LOIVG heredó algunos de los problemas técnicos de las leyes que la precedieron, siguiendo su estela, pero también sostengo la tesis de que la inaplicabilidad de las normas y la indefensión que ha supuesto para las mujeres víctimas de violencia de género ha sido sobre todo un problema de aplicación de la norma (RUBIO CASTRO.2004), en tanto que quienes operan en el ámbito jurisdiccional no han incluido la misma perspectiva –la de género- que la Ley incorpora. Por lo tanto, que el esfuerzo de política criminal en la redacción de tipos penales, no ha ido acompañado del mismo esfuerzo por incorporar esa perspectiva en la aplicación de la Ley. Mientras los estereotipos de género se mantengan, los problemas subsistirán. Ciertamente con argumentos nuevos, alguno incluso contradictorio con los anteriores, pero con la misma virtualidad de impedir la aplicación de aquella perspectiva y sancionar este tipo de violencia.

En definitiva, en cuanto a la situación actual en el ámbito aplicativo del Derecho penal, creemos que subsisten los siguientes fenómenos:

1º.- Falta de identificación de las desigualdades de género en la sociedad actual, sobre la base de que la igualdad ya es un valor alcanzado y asumido por las normas.

2º.- Falta de identificación de los valores –sexistas- ocultos en dichas normas a través de conceptos formalmente neutros.

3º.- Ambas circunstancias propician que no se perciban por quienes han de aplicar las normas, las diferencias de género que se “anclan” en las mismas bajo la pretendida neutralidad y las desigualdades de género que su aplicación, sobre la base de los sesgos de género y de aquella circunstancia produce.

4º.- Todo ello implica que se sigan unos criterios equivocados en la aplicación de las normas, tanto que incluso, por esta vía, se llega a invalidar, con su interpretación aplicativa, los objetivos de igualdad que se persiguen, frustrando cambios sociales fundamentales en nuestra sociedad.

En la actualidad y muy recientemente se ha presentado el llamado Pacto de Estado contra la Violencia de Género¹, un informe con propuestas concretas alcanzadas por unanimidad, en el seno del parlamento, que propone cuestiones de mejora en la lucha contra este tipo de violencia, algunas atinentes a la LOIVG y la estructura penal que de la misma ha surgido. Tras diez años de la Ley muchos de los problemas que antes de la misma había subsistido, entre ellos que una Ley que nació

¹ Boletín Oficial de las Cortes Generales (congreso de los diputados) nº 199, de 3 de agosto de 2017

como Integral, para hacer frente a la violencia desde todos los ángulos, incluso con medidas atinentes a cambiar la estructura social discriminatoria y que creaba elementos de apoyo y atención a la víctima extrajudiciales, se ha visto frenada por fuertes recortes presupuestarios, resintiéndose su aplicación por los cambios políticos y de los rumbos en los objetivos, como ocurre con el sistema educativo que incorpora la LOMCE, contradictorio con las propuestas de la LOIVG. Por lo tanto, la discusión sobre la violencia de género y la mejor manera de afrontarla está hoy de nuevo en la agenda política. Incluso los posibles cambios necesarios en el sistema penal, que se han vuelto a poner sobre la mesa y afectarán a la Ley que nos ocupa. Es un momento oportuno, entiendo, para las reflexiones de este trabajo.

2.- Justificación de esta investigación: una auto-etnografía.- El acercamiento a esta materia de investigación no es ajena a la labor profesional que desempeño. Es más, es esta labor la que ha determinado el interés por este objeto: Soy Asesor jurídico del Centro Municipal de Información a la Mujer del Ayuntamiento de Úbeda desde el año 1.998 y entre otros cometidos soy responsable del asesoramiento jurídico y la atención a mujeres víctimas de violencia de género en dicho municipio. Aquel fue un momento histórico relevante, porque hemos de recordar que en 1997 se produjo el asesinato de Ana Orantes en Cúllar Vega, días después de haber estado en un programa televisivo denunciando su situación como víctima de malos tratos por parte de su esposo (ex esposo en esos momentos) y que este hecho tuvo un gran impacto social y puso en marcha no sólo una sensibilización social de rechazo frente a la violencia de género, sino importantes movimientos para la “penalización” de la misma, buscando una contundente respuesta del Derecho penal que, denunciaban, no se había producido hasta entonces; es más, culpaban a la práctica judicial de dejación ante las situaciones de maltrato. La sensación que he tenido desde el primer momento es que ante un asunto típico de violencia de género se ha producido con frecuencia por parte de quienes han de aplicar el Derecho lo que vengo denominando la huida del Derecho, es decir, bien la búsqueda de criterios que sirvan de justificación a la inaplicación de las normas jurídicas en las que pudieran haberse subsumido los hechos propiciando la persecución de estos mismos, bien la búsqueda de criterios que mitiguen los efectos de la aplicación de la Ley. Por qué, por ejemplo, antes de aparecer en nuestro ordenamiento jurídico, primero los delitos de violencia doméstica y luego además los de violencia de género, cuando un marido maltrataba a su mujer o el asunto, en gran parte de los casos, era sobreseído -cuando no parece que lo hubiera sido en una agresión similar entre hombres, por ejemplo- o muy frecuentemente se encontraba una justificación atenuante? Y da la impresión de que esta situación se ha mantenido a lo largo del tiempo, incluso cuando aparecieron por primera vez los tipos penales relativos a la violencia intrafamiliar o doméstica y luego, cuando se han regulado los delitos específicos de violencia de género a partir de la LOIVG. En cada caso se han buscado distintas justificaciones en el tiempo, algunas de las cuales, puestas luego en relación, podrían resultar contradictorias, pero que siempre me ha

dado la impresión de que se han sustentado en sesgos de género y que han puesto en muchas ocasiones a las mujeres maltratadas en difíciles situaciones de salida, que incluso las han puesto en peligro y han producido un verdadero efecto de victimización secundaria. También es verdad que se ha producido una evolución importante desde entonces y que hoy contamos con más herramientas jurídicas y sociales. Pero sigo teniendo la impresión de que el peso de aquellos sesgos sigue vigente en la práctica jurisdiccional y que siguen siendo un foco importante de indefensión. Indagar las razones de ello, cómo se producen y cómo podría ponerse solución me parece esencial para dar respuesta a los problemas que quienes trabajamos en este ámbito somos llamados a responder cotidianamente.

3.-Definiciones y conceptos.

***Los Estereotipos:** Siguiendo a GONZÁLEZ GABALDÓN (1999) Y CANTERA ESPINOSA Y MARCH RIVAS (2010) cuando hablamos en este trabajo de Estereotipos de Género nos estamos introduciendo en un elemento cognitivo de nuestro comportamiento que se inserta en las creencias compartidas en los grupos sociales sobre qué atributos caracterizan a los diversos grupos humanos con elementos comunes (negros/as-blancos/as; hombres/mujeres; norte/sur). Estamos hablando de cultura. Nuestro comportamiento social depende de tres factores: el cognitivo (lo que conozco o sé) el emocional (los que siento de acuerdo con lo que conozco) y el de la conducta (cómo reacciono ante ello). Los estereotipos, pues, son creencias y, por lo tanto, cultura, que categorizan a grupos por elementos comunes determinados y, como elementos culturales, se transmiten de modo acrítico y naturalizado. Son elementos de socialización: su asunción convierte al individuo en parte de la sociedad. Según GONZÁLEZ GALBÓN (1999) son un elemento esencial de los prejuicios, que se definen como los “juicios y creencias de ‘carácter negativo’ en relación a un grupo social...son considerados como fenómenos compuestos de conocimientos, juicio [es un elemento valorativo] y creencias (pág. 80)”. En definitiva, son los rasgos y valoraciones culturales basadas en las creencias sobre grupos determinados que se elevan a la condición de categoría uniforme. Son un fuerte soporte social. El trato que reciba socialmente cada grupo dependerá del estereotipo, que es un rasgo identitario, y del prejuicio -que determina un valor a dicho rasgo: según estos, cada grupo tendrá un valor determinado en la sociedad- Es decir, este elemento de adaptación e identidad social tiene un valor funcional. Toda creencia es acrítica y naturalizada.

***Los Estereotipos de Género** en nuestras sociedades existe un estereotipo fundamental, que está en su base estructural –es parte de la matriz social- y es el de las creencias sobre diferencias sociales entre hombres y mujeres, asentadas en la diferencia fisiológica –sexo biológico-: El estereotipo de género. De acuerdo con ello, en función del sexo biológico, las actitudes y aptitudes de hombres y mujeres son distintas: ellas son apreciadas como seres sensibles, afectivas, menos agresivas,

capacitadas para el cuidado de otros miembros del grupo, con menos capacidad de conocimiento y decisión y más dependientes. A estas aptitudes atribuidas que establecen capacidades específicas, se les asignan las tareas más afines: el ámbito privado, la vida en el hogar, la reproducción de la prole, el cuidado de la familia y las labores del hogar, lo que se viene denominando labores reproductivas. Ellos son percibidos como seres racionales, con capacidad de decisión, fuertes, activos, con capacidad de liderazgo y estas aptitudes implican capacidades específicas más adecuadas para tareas del ámbito público: organización social, toma de decisiones, con iniciativa, agresivos, menos afectivos y emocionales. Pero –prejuicio- a todo esto se le asigna un valor, que está en la base de la discriminación, porque se entienden que las aptitudes y valores masculinos son más importantes y de más valor a la sociedad y a las femeninas, menos importantes socialmente se les asigna un valor inferior. Todo ello implica la superioridad masculina sobre la femenina. Es decir, cada sexo tendrá asignado un rol de distinta significación social.

***El Género²,** Son precisamente esas distintas atribuciones fundamentadas en sesgos, en relación al sexo biológico, sobre el cual realizan una construcción cultural a lo que llamamos género. En ese sentido NURIA VARELA (2013) lo define como “todas las normas, obligaciones, comportamientos, pensamientos, capacidades y hasta carácter que se ha exigido que tuvieran...[las personas, según su sexo. (pág. 181)]”. Una construcción cultural.

***Discriminación de Género:** la distinta consideración social de hombres y mujeres determina que un grupo, el masculino, sea el dominante y, otro, el femenino, el subordinado, colocándolos en distinta posición. El género femenino discriminado en relación al masculino. En este sentido (LORENTE ACOSTA 2001) amparándose en estos roles y valoraciones diversos de hombres y mujer basado en el género, la sociedad “...permite que el hombre mantenga una superioridad y la potestad de controlar a la mujer (pág. 64). De esta suerte, el hombre tiene poder sobre la mujer de control sobre la ella, dada la superioridad atribuida.

***Violencia de género:** Es una manifestación de la discriminación de género y un modo de ejercer el poder atribuido al hombre sobre la mujer (OSUNA RODRÍGUEZ. 2011: pág. 15 Y LORENTE ACOSTA. 2009: pp. 40-42). Sin discriminación de género, ésta no subsistiría. Su otra característica, cuando hablamos del ámbito doméstico, es el llamado ciclo de la violencia, que inserta a esta en un proceso continuo de diversa intensidad y diversos estadios, en el que los factores psicológicos y afectivos son predominantes para su continuación (LORENTE ACOSTA 1998), por lo que un acto de

² Autoras feministas como VARCÁRCEL BERNALDO (2009), ponen en cuestión el término género y, por ejemplo, para hablar de discriminación, hablan contra las mujeres o machista; y si es de violencia, contra las mujeres porque “...género es una categoría analítica, no moral ni política...las mujeres tienen que soportar un índice muy elevado de violencia justo por una razón que no pueden cambiar: porque son mujeres (pág. 255)”

violencia concreta no puede desvincularse de este continuum para definir su particularidad. Este continuum en un ámbito íntimo y afectivo, tiene consecuencias de dos tipos en las víctimas: las secuelas producto del mismo ciclo, a las que se van sumando los efectos de las agresiones concretas. Esto dota a cada agresión, por leve que sea en sí misma desde su consideración aislada, de una significación distinta y consecuencias más graves. De ahí la importancia de apreciarlas penalmente en su exacto valor.

* **Desde un punto de vista legal**, de acuerdo con el art. 1 de la LOIVG, la violencia de género es la violencia que "...como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia... [y comprende] Todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad"

* **Violencia doméstica** Es un concepto legal, de acuerdo con el cual (art. 173.2Cp) es la que se ejerce "...sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente o sobre los menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o que se hallen sujetos a la patria potestad, tutela, curatela o acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que, por su especial vulnerabilidad, se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados".

4.-Objeto de la Investigación: Para puntualizar los aspectos del objeto de investigación que conforman este trabajo, en primer lugar aclararé que por su extensión, se va a ceñir exclusivamente al Derecho Penal y, dentro del mismo, a los tipos penales relativos a lo que venimos llamando malos tratos en el ámbito doméstico, que iniciaron su andadura en 1989 con el primer delito de violencia habitual en dicho ámbito, para luego centrarnos en la evolución del tratamiento normativo del maltrato, desde este primer tipo delictivo (el art. 425 del Cp de 1973), valorando las modificaciones que en el ámbito penal introduce la LOIVG. Me referiré también a los aspectos procesales asociados cuando sean de trascendencia al objeto de este estudio. En segundo lugar, este trabajo aborda la respuesta de quienes operan en el ámbito jurídico, es decir, cómo se han aplicado estos tipos y los efectos de dicha

aplicación en la realidad, pero desde una perspectiva de género³. Aplicar esta perspectiva implica partir de la base de que el género es un elemento que está en la base de la estructura de nuestra sociedad, cuyas implicaciones son variadas: puede producir limitaciones en el acceso a recursos; también supone que la sociedad otorga distintos significados y, por lo tanto, alcances y consecuencias a las actuaciones de las personas en función del sexo, así como que aprecia a las personas en función a las atribuciones que se le confieren por dicha razón. Al impregnarlo todo, el género subyace en nuestras normas y al ser parte de nuestra cultura, se expresa a través de estereotipos culturales que por estar en la base de la misma y haberse recibido en el proceso básico de socialización, se asumen de modo acrítico como aspectos naturalizados de la realidad. Y estos sesgos se pueden encontrar en la aplicación el Derecho, de modo que el mismo, a su través, sirve para mantener la diferencia y, cuando la norma logra incorporar aquella perspectiva –de género–, como ocurre con la LOIVG, neutralizarla. Se trataría, en este caso, de un conflicto de valores entre los que la norma contiene y quienes están llamados/as a aplicarla.

Por último, los actos de violencia de género no han nacido con el tipo penal del art. 425Cp de 1973, son previos a la misma y muchos de estos actos ya tenían cabida en tipos penales no específicos (lesiones, coacciones, amenazas...) del Código. Es importante ver los antecedentes en cuanto a los tratamientos de estos casos previos a la aparición a de la norma. Son estos antecedentes los que pueden ayudarnos a comprender por qué el desarrollo normativo que culmina con la LOIVG en relación con esta realidad ha sido el que es y no otro.

5.- Objetivos de la investigación: Me he propuesto, de acuerdo con todo lo que ya se ha dicho, los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL: De acuerdo con la hipótesis planteada, reconocer los sesgos de género que se encuentran en las normas del Cp y en los conceptos y criterios de interpretación y aplicación de las mismas, relativas a los delitos en los que se pudieron subsumir los hechos de violencia de género desde el inicio de los años 80, tras la entrada en vigor de la Constitución Española (CE), hasta los tipos penales específicos que tuvieron entrada en nuestro ordenamiento jurídico a través de la LOIVG y la evolución posterior a la norma. Así como los efectos de ello sobre la tutela judicial de las mujeres víctimas de esta lacra.

Como objetivos específicos nos hemos propuesto:

³ Nos dice RUIZ CANTERO (2003) que “tener en cuenta en el ámbito de la investigación al sistema sexo /género, implica priorizarlo realmente e incorporarlo en los marcos explicativos de las investigaciones, así como en sus diseños y análisis metodológicos. Y para ello es básico aceptar que el género actúa como principio organizador de la estructura social posibilitando el acceso a recursos y la distribución de los mismos y, también, que el género subyace en la base de los valores y las normas... (pág. 3)

1º para constatar la actitud en relación a la violencia de género, he pretendido estudiar la evolución de los tipos penales, especialmente desde que por Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio se introdujera en nuestro ordenamiento jurídico, el primer artículo que recoge la violencia habitual en el ámbito doméstico, lo que arrojará luz sobre la percepción del legislador sobre la materia y su mejor o peor técnica legislativa. En definitiva: si los sesgos de género pudieron influir en el propio diseño normativo.

2º.- igualmente he intentado apreciar la actitud de los órganos jurisdiccionales a la hora de interpretar y aplicar dichas normas. La idea es comprobar si el acercamiento a los tipos penales se hace sobre criterios sesgados y, de ser así, cuál fue el resultado de su aplicación.

3º.- estudiar las causas de la evolución normativa, a fin de comprobar si dicha evolución trata de dar respuesta a problemas surgidos por el diseño normativo y/o por la aplicación de la norma en el proceso histórico estudiado y, de ser así, determinar dichos problemas.

4º.- verificar si esa evolución normativa y sus novedades han sido acertadas y, por lo tanto, suficientes para hacer frente a los problemas para cuya solución nacieron.

5º.-Identificar, en su caso, los sesgos de género que han sostenido la interpretación y aplicación del Código Penal, en el período estudiado.

6º.- Identificar si los sesgos de género se han sostenido, durante todo este período, a través de los mismos argumentos o si estos han evolucionado y cambiado a medida que las normas en el Derecho Penal han ido evolucionando en relación a este tipo de violencia, y en caso de modificación de los criterios, si estos responden a dar nuevos argumentos de freno a nuevos intentos de soluciones por parte del legislador.

7º.- he entendido necesario detenerme en las situaciones creadas tanto en el proceso de aprobación como desde la entrada en vigor de la LOIVG, en tanto que primera norma que introduce de manera sistemática e integral la perspectiva de género en su diseño y, en concreto, da entrada en el Código Penal a los primeros tipos penales específicos de violencia de género, a fin de ver la respuesta que política y jurídicamente se dio al nacimiento de esta norma.

8º.-apreciar el devenir de la aplicación de los tipos penales que introduce aquella Ley, a fin de constatar si persisten los estereotipos de género en su aplicación.

9º.- de ser así, verificar su impacto en la aplicación de la norma y, por lo tanto, en la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género.

10º.- determinar las posibles soluciones a fin de alcanzar la eficacia efectiva de dichos preceptos.

6.- Preguntas para la investigación: Por lo tanto, en el acercamiento al estudio del objeto del trabajo que nos proponemos llevar a cabo, nos formulamos las siguientes preguntas.

1º.- ¿Qué acercamiento se ha hecho a la violencia de género desde el punto de vista penal: es un hecho criminógeno específico, es suficientemente relevante a efectos penales?

2º.-Cuál ha sido el tratamiento tradicional de la violencia de género en el ámbito penal en nuestro país. ¿Han tenido alguna influencia en dicho tratamiento los sesgos de género?

3º.- ¿Cuáles han sido los criterios de interpretación de quienes operan en el ámbito jurídico en relación a la aplicación del Derecho Penal frente a la violencia de género desde los años 80 hasta hoy?

4º.-¿Han sido determinantes en la aplicación del Código Penal a estas situaciones los sesgos de género? Y, en tal caso ¿Podemos identificar estos sesgos?

5º.- ¿Se puede apreciar una evolución y variación en los argumentos sostenidos en los sesgos de género a medida de el propio Derecho Penal ha ido variando a lo largo de este período de tiempo en la regulación de los supuestos de violencia de género?

6º.- ¿Qué consecuencias ha podido tener la persistencia de los sesgos de género en relación al cumplimiento de los objetivos propuestos por el legislador en la LOIVG al introducir en el Código Penal tipos penales específicos relativos a la violencia de género?

7º.- ¿se podría extraer de ello algún tipo de propuesta de solución?

7.- Metodología:

7.1).Lo Cuantitativo y lo cualitativo: Tal y como hemos formulado el objeto del trabajo, esto nos ha obligado a plantear un método de análisis adecuado para la obtención de los datos necesarios a fin de contrastarlos con el planteamiento del estudio. Se ha tratado de un proyecto de investigación y en este sentido entiendo que en el caso que nos ocupa no ha sido adecuado un mero análisis cuantitativo, sin desdeñar la gran importancia que ha tenido en el mismo: si hubiéramos introducido sólo cuestiones y datos estadísticos que pudieran ser medidos, no habríamos llegado a alcanzar las respuestas a las preguntas que hemos enunciado anteriormente.

Hemos pretendido encontrar evidencias no sólo de que tras la denuncia por violencia de género se adoptan una serie de decisiones relevantes -algunas de carácter procesal- que hacen decaer, como hecho diferencial –un efecto discriminatorio- la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género, haciendo una aplicación diferenciada y limitada de las normas penales en la persecución de estos delitos, bien no

aplicando el Derecho a determinadas situaciones, bien minimizando su gravedad y que esta situación está relacionada con la aplicación de criterios que encierran sesgos de género. Los números por sí mismos no nos revelarían las causas de estas circunstancias. Podríamos saber, por ejemplo, sobre un número determinado de denuncias en un ámbito geográfico específico, cuántas sentencias condenatorias han recaído, y qué tipos delictivos aprecian las/los juzgadores con más frecuencia, o cuántas sentencias han sido absolutorias o causas sobreesidas; pero esto por sí mismo no nos dice qué se esconde detrás de estas decisiones, a qué conceptos, interpretaciones y visiones de la realidad responden. Lo que hemos querido saber es qué razones pueden ser las que justifican estas decisiones judiciales y, si éstas están traspasadas por sesgos de género, qué argumentos los sostienen, así como el impacto que todo ello pudiera tener en lo tocante a los objetivos planteados por el legislador al diseñar los tipos penales relativos a la violencia de género y la normativa complementaria.

En tanto que partimos de los años 80, he necesitado iniciar el trabajo con una visión retrospectiva, preguntando qué ocurría entonces, es decir: cuál era la actuación de quienes operan en el ámbito jurisdiccional ante una denuncia de malos tratos. Para esto el trabajo se ha sustentado fundamentalmente en la revisión documental, la lectura científica. En nuestro país existen numerosos estudios científicos y análisis teórico-prácticos y críticos recogidos por ejemplo en gran parte de la bibliografía que hemos revisado en relación al análisis de los tipos delictivos aplicables a las situaciones de violencia de género, invocados por la doctrina y seguidos por los operadores jurídicos, sobre la evolución de dichos tipos y sobre los criterios interpretativos usados por aquellos. Libros colectivos, textos de ponencias en diversos congresos y trabajos de estudio sobre la materia, artículos académicos, comentarios legales. Por esto he escogido textos de doctrina y crítica jurídica que partieran de distintos principios: aquellos que entendí que se basan en una dogmática jurídica sin perspectiva de género; aquellos que parten de esta perspectiva; por último, textos de crítica jurídica feminista. Esto me ha permitido contrastar las diferencias interpretativas de la norma en función de la introducción de esta perspectiva o no, y las consecuencias, al menos teóricas, de ello.

En un inicio hice una selección de 17 textos en una primera revisión documental. De dichos textos eliminé algunos por innecesarios o redundantes. No obstante, aquellos leídos me llevaron a la búsqueda de otros textos, haciendo una segunda revisión que, más tarde, sobre todo en lo tocante a las teorías jurídicas feministas, culminaron en una tercera revisión documental. El peso de estos textos ha sido fundamental y principal en este trabajo.

Dado el amplio período de tiempo que abarca este estudio, no parecía posible hacer un análisis jurisprudencial exhaustivo, es decir, hacer una revisión directa de las sentencias recaídas en la aplicación de los distintos tipos penales en su evolución hasta nuestros días, por lo que he acudido a los análisis que sobre esta jurisprudencia se han hecho por otros autores/as en sus obras de crítica jurídica. Sólo he analizado las sentencias que me han parecido más relevantes. También en este caso he escogido obras de autores/as, unas sin perspectiva de género, otras con dicha perspectiva y unas últimas abiertamente feministas, que comentan la jurisprudencia recaída durante estos años, lo

que nos permite apreciar con mayor exactitud la incidencia de la falta o no de esta perspectiva en la aplicación del Derecho.

He tenido en cuenta, además, los objetivos de la normativa estudiada en cada período de tiempo, expresados en las exposiciones de motivos de las Leyes Correspondientes.

Por último he contrastado en cada período legislativo, es decir, antes y después de cada reforma, los datos estadísticos que se obtenían sobre el número de resoluciones según sentido de las mismas, órganos que las dictaban, relación entre ellas., para luego poder analizar estas cifras y su variación o no en todos estos períodos. Estas cifras me han servido para corroborar o no lo que los análisis críticos revisados afirmaban. Por lo tanto, he podido poner de relieve la realidad de la situación de la violencia de género respecto del Cp en cada momento histórico, y hacer una revisión histórica de la misma a lo largo de las diferentes reformas legislativas. En este sentido han supuesto un apoyo fundamental en el trabajo. Para ello hemos acudido a diversas fuentes:

- Cortes generales, donde hemos accedido a diversos documentos, ponencias y trabajos de distintas comisiones sobre violencia de género.
- Consejo General del Poder Judicial, que, a través del Observatorio Estatal contra la Violencia Doméstica y de Género, emite informes estadísticos sobre la práctica judicial, desagregada por sexo, es decir, sobre violencia contra las mujeres y sus consecuencias jurisdiccionales. También he acudido a publicaciones del CGPJ comentando dichos datos y obteniendo conclusiones específicas.
- Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer, del Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, que realiza informes estadísticos periódicos sobre violencia de género en nuestro país.
- Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, que llevó a cabo una macroencuesta sobre violencia de género en el año 2015, de la que he podido extraer datos muy importantes para este trabajo.
- Fiscalía General del Estado.

Es la yuxtaposición de todo lo anterior lo que me ha permitido alcanzar las conclusiones de este trabajo.

7.2).-La perspectiva de género: Es verdad que, como se nos dice en “Manual: El Género en la Investigación”⁴, abordar la dimensión del género de la investigación implica que el género se considera una variable clave analítica y explicativa en la investigación. Si no se tienen en cuenta las cuestiones de género pertinentes o se abordan de manera superficial, los resultados de la investigación serán parciales y potencialmente tendenciosos. Por lo tanto, el género puede constituir un factor importante en la investigación de calidad”.

⁴ Manual cuya publicación impulsara en 2011 el Ministerio de Ciencia e Innovación y que previamente resultó publicado por la Comisión Europea en 2009. Website: http://www.idi.mineco.gob.es/stfls/MICINN/Investigacion/FICHEROS/El_genero_en_la_investigacion.pdf

Cómo hemos aplicado la cuestión de género en este trabajo resulta quizá obvio si acudimos al concepto de UNIDAD DE ANÁLISIS, es decir, la unidad existente entre marco teórico y metodológico, de acuerdo con los objetivos propuestos. En nuestro caso partimos de la base del estudio de la violencia de género que se refiere a aquellos supuestos de violencia en el que el sujeto agente es un hombre y el sujeto pasivo (víctima) una mujer. Por lo tanto y en un principio -en el análisis de la situación desde los años 80 hasta la entrada en vigor de la LOIVG (cuando todavía no existía una cualificación de delitos de violencia de género)- me he centrado en la apreciación de la subsunción de la violencia de género bien en tipos generales del Código Penal, bien en tipos de violencia doméstica. Ello nos obliga a discriminar aquellos asuntos en los que el agresor es hombre y la víctima, mujer. Es verdad que he podido acudir a datos estadísticos desagregados por sexo, ya que buscaban datos relativos a esta realidad. Pero la cuestión ha ido más allá: parto de la base de que el género es una cuestión que determina una posición diferente de hombres y mujeres en la realidad, un significado distinto a sus actos y, por lo tanto, con consecuencias jurídicas diversas. Simplemente se trata de ver si esta diferencia es apreciada tanto por la norma como por quien esté llamado/a a aplicarla y si le otorga efectos jurídicos o no.

En el análisis de la situación tras la entrada en vigor de la LOIVG, con la que nacen delitos específicos sobre violencia de género, el elemento de la perspectiva de género ya se encuentra incluido en la propia Ley, por lo que ella misma ha dirigido con más facilidad el resto de la investigación. Pero en cualquier caso, hemos seguido el rastro de la apreciación de la diferencia y sus consecuencias, no sólo desde la redacción de la norma, sino en el seno de los criterios interpretativos por parte de los órganos jurisdiccionales.

Esta perspectiva de género la he aplicado en la crítica de los tipos penales -si éstos, en su redacción, han tenido en cuenta o no la discriminación por razón de género y sus consecuencias jurídicas -y también en los criterios interpretativos de las normas: si esta especial circunstancia se ha tenido en cuenta o no a la hora de interpretar el Cp y, en cada caso, las consecuencias de todo ello.

De esta suerte el género ha sido clave analítica, por una parte al atender siempre al resultado de la aplicación de la norma en las mujeres y en las situaciones de violencia de género, de otra parte porque tras la LOIVG nacen una serie de delitos con perspectiva de género que distinguen y cualifican la violencia de género como violencia específica, con niveles de gravedad también específicos y en los que la mujer es la única posible víctima y el hombre el único posible agresor. Es la propia norma la que propone dicha perspectiva como elemento de justicia. Engloba pues el estudio la diferenciación entre hombres y mujeres, partiendo del análisis diferenciado de la violencia de género - que surge en las relaciones de hombres y mujeres y en el marco de la desigualdad de género, sin el cual no existiría- e intentando alcanzar los criterios de apreciación de esta realidad en el ámbito jurídico a través del análisis de los criterios con los que los órganos jurisdiccionales se acercan a dicha realidad, la analizan y, de ello, extraen consecuencias legales. Todo ello nos ha revelado el impacto en lo concerniente a la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género.

Es sobre todo ello que, alcanzadas las oportunas conclusiones, hemos formulado propuestas concretas de actuación en el futuro. Esto en relación a un posible encaje de un concepto de violencia de género en el Derecho penal y su mejor tratamiento legal.

II.- INTERVENCIÓN PENAL EN VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA: LOS MALOS TRATOS.

1. Breve referencia a la evolución Histórica: El acercamiento a la LOIVG debe partir de una premisa fundamental: Esta Ley se sitúa al final de una evolución normativa - que, por lo tanto, también lo es política y de valores - a la que nos aproximamos en este estudio desde la promulgación de la Constitución Española y que culmina con la incorporación de la perspectiva de género en nuestra legislación de un modo integral cuando, al mismo tiempo, se introducen en nuestro ordenamiento jurídico, en el orden penal, los primeros tipos delictivos que se refieren a la violencia de género como hecho criminógeno específico y ya diferenciado de nuestro ya por entonces clásico delito (o delitos) de violencia doméstica⁵. Un gran paso, entiendo, que produce o debería producir un cambio significativo de paradigma. De la nada, es decir, de conductas para las cuales se venía reclamando la aplicación de los tipos delictivos generales (homicidio, lesiones, amenazas, coacciones etc.), pasando por los delitos que tipifican la violencia doméstica en nuestro país, hasta la LOIVG, hay recorrido un amplio camino, plagado de desencuentros, reformas legislativas y una alarmante puesta de manifiesto de los datos relativos a esta realidad. Una realidad que ha pasado frecuentemente desapercibida y que, por lo tanto, durante mucho tiempo no sólo ha sido expulsada del código penal sino, además, no ha producido hasta recientemente

⁵ En concreto parto de una fecha clave, 1989, que hace nacer el delito de violencia habitual en el seno familiar. No hago referencia a momentos históricos previos, referidos a códigos Penales en España anteriores al que se introduce por texto refundido de 1973 e incluso a éste con anterioridad a 1989. Podemos encontrar un análisis de esta circunstancia en CRUZ BLANCA (2002): ha habido preceptos, con anterioridad a la fecha de corte de este trabajo, relativos al maltrato; de ellos se desprende que la regulación de este fenómeno siempre se ha ceñido al ámbito familiar (fundamentalmente conyugal) pero en un sentido muy distinto al que hoy nos ocupa. En 1989, como pronto veremos, se redacta un nuevo tipo penal en el art. 425 del CP de 1973 (primer delito de maltrato habitual) que introduce términos neutros desde el punto de vista sexual, es decir, que refiere la violencia entre cónyuges o personas unidas por análoga relación de afectividad, o descendientes, hijos, menores o incapaces en las situaciones que regula: Este precepto pretende recoger la antorcha constitucional (fundamentalmente los arts. 1 y 14 de la CE) y eliminar las referencias sexuadas incluyendo sujetos pasivos indiferenciados por razón de sexo. Los preceptos anteriores son de muy distinto signo, porque, de acuerdo con esta autora, la regulación previa de los malos tratos ha venido diferenciando los tipos penales de acuerdo con los sujetos pasivos y activos, diferenciando supuestos en el que el maltrato provenía del marido contra la esposa (y otros sujetos del ámbito familiar) de aquellos que regulaban los de éstas contra sus esposos (utilizando términos como desobediencia de la mujer al marido o sólo tipificando para ella, como sujeto activo, los malos tratos de palabra) dentro del mismo código; es por esto que haya de entenderse que estos preceptos no hicieron más que "...legitimar, con la expresión más fuerte de control social de la que se dota una sociedad, que es el Derecho Penal, una situación que marca la diferencia entre personas"(P 49) por razón de sexo. Es decir, estamos ante un Derecho sexista.

datos cuantificables oficiales que pudieran dimensionarla. El empuje propiciado por las asociaciones, movimientos y estudios feministas y por los datos alarmantes antes mencionados, cuando han ido aflorando, sin embargo no supusieron la aceptación de este fenómeno como realidad criminógena específica que requiriera una respuesta penal también específica. Cada impulso de regulación llevó al legislador a crear (y luego modificar, ampliándolos) los delitos -y las faltas, en tantos momentos- llamados de violencia doméstica -que se referían al grupo familiar y afectivo que sucesivamente se ha ido ampliando en la evolución histórica de los tipos penales desde el año 1989- en los que se ha diluido la violencia de género, sirviendo para ocultarla aún más. O dicho en otros términos (VILLACAMPA ESTIARTE.2007): no se atendió a la perspectiva de género en el diseño de los tipos penales que precisamente iban a dirigirse principalmente a la mujer víctima de violencia de género -aunque sólo fuera la violencia de género intrafamiliar-⁶

FARALDO CABANA (2006: pág. 26) afirma que en el estudio de las figuras delictivas relativas a violencia doméstica se ha producido una paradoja: a pesar de que el impulso de la regulación provenía de la alarma social por la violencia de género, sobre todo en la pareja, la regulación ha ido por un derrotero más amplio: de la violencia intrafamiliar a la doméstica. Una situación, pienso, que pone de manifiesto la dificultad de asimilar esta realidad y de incorporarla al Derecho Penal. Al fin y al cabo hasta la promulgación de la LOIVG y en el ámbito penal, la violencia contra las mujeres no se contemplaba como tipo específico y sólo podía subsumirse en los tipos de violencia doméstica, a los que en breve haré referencia, impidiendo su visibilización y, por lo tanto, la atención específica a dicha realidad ((LAURENZO COPELLO. 2005: pág. 8:3)

2. Estereotipos de Género y Violencia Doméstica: Mujer y familia. Desde luego no vamos a afirmar aquí que no se produzca violencia de género en el seno familiar: casi toda la violencia en este ámbito es violencia de género, como en seguida podremos constatar. Pero sí creo necesario hacer un breve análisis, desde una perspectiva de género, respecto de esta circunstancia -el hecho de que el tratamiento de la violencia de género se haya abordado y diluido constantemente en la denominada violencia doméstica y se haya ceñido sólo a este contexto-. Las condiciones de la violencia en el seno familiar tienen características concretas que a nadie se nos escapan: la privacidad en la que se produce, los lazos afectivos y de dependencia emocional, económica, etc.; y la violencia de género en el seno de la familia aparte de las características propias de la violencia de género, goza de aquellas condiciones, pero pienso en lo difícil que le ha sido al legislador desvincular a la mujer

⁶ Nos dice VILLACAMPA ESTIARTE (2007) que “..la violencia de género que se produce en el marco de las relaciones familiares nunca, hasta el año 2004, se había tipificado específicamente, puesto que su incriminación se había enmascarado siempre como una forma más de violencia doméstica o intrafamiliar. La violencia ejercida por el hombre frente a su pareja mujer se había incluido así de modo indiferenciado entre otros supuestos de violencia familiar”(pág 12:1),.

de la familia, apreciar a la mujer como un sujeto autónomo de derechos al margen del papel tradicional que la sociedad patriarcal le atribuye fundamentalmente en el ámbito de la actividad reproductora con la asignación de una posición subordinada en esa institución y, además, afrontar esta circunstancia desde un punto de vista crítico (feminista) lo que implicaría apreciarla como alguien que en dicho seno ocupa una posición bien distinta de las personas vulnerables menores o incapaces - porque hasta ahora su situación queda equiparada al resto de los familiares “vulnerables”- pues esto oculta la causa más profunda y distinta de su victimización: la discriminación por razón de género⁷. Como modelo de lo que afirmo podemos tomar la exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del Código Penal, que es la que por primera vez introduce en nuestro derecho el Delito de maltrato habitual en el seno de la familia a través de un nuevo art. 425 en el Código Penal de 1973⁸- Aparentemente introduce conceptos neutros - cónyuge, persona unida por análoga relación de afectividad - pero al justificar la reforma la exposición de motivos nos dice que el objetivo de la misma se concentra en responder a “...la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo [por lo que] se tipifican como delito los malos tratos ejercidos sobre menores o incapaces, así como los ejercidos sobre el cónyuge cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual.”⁹ Esta es la respuesta al mayor impulso de creación de la norma: los malos tratos a mujeres. Esta es la paradoja o, algo más que una paradoja: sin duda el estereotipo de la familia tradicional, bajo la tutela y organización del páter familias, la mujer débil y

⁷ Estas mismas conclusiones las vemos en FARALDO CABANA (2006) y en LAURENZO COPELLO (2005). Esta última nos dice que “Sin embargo, como bien ha destacado Asúa, se da la paradoja de que quien menos encaja en esta perspectiva tuitiva centrada en las relaciones familiares de sujeción y vulnerabilidad es precisamente la mujer, ya que en su caso no hay razones jurídicas ni menos aún naturales que la releguen a una posición de dependencia o subordinación en el contexto doméstico. Al contrario, la ley le reconoce plena igualdad con su pareja y, salvo casos excepcionales que nada tienen que ver con el sexo, sus características físicas y psíquicas no permiten calificarla como un ser “naturalmente” débil. Su situación no es asimilable, en consecuencia, a la de los niños, ancianos o incapaces que, por sus propias condiciones ocupan una posición de partida necesariamente subordinada en el ámbito de la familia. Estos miembros del grupo doméstico son naturalmente vulnerables; a la mujer, en cambio, es el agresor quien la hace vulnerable a través del ejercicio de la violencia. La vulnerabilidad de la mujer no es consustancial a su posición jurídica dentro de la familia ni tampoco a sus condiciones personales, sino que es el resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón -al amparo de las pautas culturales dominantes- para mantenerla bajo su control absoluto”. (p. 08:4):

⁸ Artículo 425: “El que habitualmente y con cualquier fin ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a la patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor”.

⁹ Ley Orgánica 3/1989 de 21 de junio de actualización del código penal BOE nº 148 de 22 de junio de 1989, pp. 19351 y ss.

subordinada en el seno de la familia¹⁰ - su función principal: el cuidado de la misma - está primando en la visión del propio legislador a la hora de hacer frente al fenómeno. La actuación penal se orientará indebidamente y, como veremos más adelante, centrará su visión más en la familia (el bien jurídico protegido como la paz familiar) que en las mujeres y las causas de su discriminación.

Lo que es peor: esta visión del problema incluso puede haber influido a la propia LOIVG, desdibujando en parte sus propósitos, sobre todo en dos aspectos¹¹: en la introducción en los tipos de violencia de género de un concepto restringido de la misma y en la equiparación de la violencia de género con la agresión a “persona vulnerable que conviva con el agresor”, sin lograr desvincular del todo la violencia de género de otros ámbitos y circunstancias.

III. ¿TIENE GÉNERO EL DERECHO? SITUACIÓN ANTERIOR A 1989

1.- Perspectiva General: Pero ¿la violencia familiar, aparte de “ocultar” la violencia de género, no subsumía principalmente este tipo de violencia? Se nos dice que existen delitos en los que la víctima es preferentemente mujer, y este es uno de ellos, pero no existen delitos en los que la víctima masiva sea el hombre por el mero hecho de serlo (GIL RUIZ. 2004: pp. 129-130). Es relevante a tal efecto el Informe del año 1989 de la ponencia de Malos Tratos a Mujeres de la Comisión de Derechos Humanos del Senado¹². En el año 1986 se decidió crear una ponencia sobre malos tratos a mujeres en España, que, por cierto, empieza por recoger los trabajos de otra ponencia que con el mismo objetivo se había creado (y había trabajado, pero no concluido sus trabajos) la legislatura anterior¹³. Pocos datos oficiales había hasta entonces -estos empiezan a producirse tímidamente en el año 1984-, pero de los informes y datos recogidos en la ponencia ya se concluye que sólo se conoce un porcentaje ínfimo de esa realidad y que ésta es alarmante. En este sentido los datos específicos que resalta este informe, en relación a malos tratos habituales, no recogidos entonces en el Código Penal como tales son, en cuanto a número de **denuncias**:

Año	Denuncias
1984	16.070

¹⁰ Eso sin entrar a valorar ahora que el precepto mencione al que ejerciera violencia física “con cualquier fin”, que deja entrever que antes del precepto había en el seno del derecho fines lícitos que justificaban la violencia en el seno familiar.

¹¹ Una aproximación a esta situación es estudiada en MORILLAS CUEVA (2009)

¹² Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. III LEGISLATURA, 12 de mayo de 1989, nº313 en <http://www.senado.es/legis3/publicaciones/pdf/senado/bocg/l0313.PDF>

¹³ La puesta sobre la mesa del problema de los malos tratos a mujeres y su intento de inclusión en la agenda política es muy temprana en nuestra tardía democracia.

1985	15.308
1986.....	17.039
1987	15.209
1988	14.711

(FUENTE: Dirección General de la Policía)

De acuerdo con los datos del Ministerio de Interior, según este informe, el 79,2% de las víctimas de delitos de Malos Tratos en 1987 eran mujeres. Este porcentaje aumenta en 1988 al 81,2%. Por lo tanto, se puede afirmar que en el seno familiar lo preponderante es la violencia de género -datos posteriores de mayor fiabilidad elevan el porcentaje, como veremos más tarde en este trabajo-

Este es un informe que pone de manifiesto la irrelevancia, en el ámbito penal, de los malos tratos hacia las mujeres, tanto que incluso no existen datos al respecto por aquél entonces en el Consejo General del Poder judicial. No obstante ello esta ponencia, tras la investigación encomendada, alcanza una impresión, que luego el tiempo y los informes posteriores corroborarían afirmando que "... la impresión generalizada que ha obtenido esta Ponencia es la de que existe un gran número de expedientes por Malos Tratos que no llegan a juicio, o que un número considerable de sentencias son absolutorias o se resuelven con multa de menor cuantía, especialmente en lo que se refiere a faltas...esta Ponencia ha recibido la impresión generalizada de que la Administración de Justicia es aún poco permeable a la gravedad social que representan los casos de Malos Tratos a las mujeres en nuestra sociedad y no ha tenido ocasión de escuchar otras informaciones que pudieran desmentirla(pp. 12190–12193)". Concluía con la idea que vengo en llamar la huida del Derecho: Primero, la tendencia excesiva a la absolución -se rechaza la sanción de las conductas típicas-. Segundo, la minimización de las consecuencias penales: preferencia a subsumir en tipos penales de faltas hechos de violencia de género que deberían haberse investigados como delitos. Tercero, el poco cuidado en la investigación y búsqueda de pruebas - lo que supone un gravísimo error en un delito que se produce en el ámbito privado y, por lo tanto, es de mayor dificultad probatoria – y de gran incidencia, pues, en lo relativo al gran número de absoluciones. Cuarto, la tendencia, en definitiva, a trivializar estos hechos y darles un carácter privado al que el Derecho no "debe" alcanzar.

Esto nos está poniendo sobre la pista de la tolerancia hacia la violencia de género y, por lo tanto, de que a pesar de que el Derecho formalmente sea igualitario, pesa sobre él la historia de su propia evolución y las concepciones sociales arraigadas. En refuerzo de lo dicho habremos de referirnos a que ha sido habitual la utilización de otro elemento de la dogmática jurídica para eludir la aplicación del Derecho Penal en las amenazas e injurias en el ámbito de los malos tratos en el seno familiar: el principio de intervención mínima, que aún recientemente ha sido utilizado para

absolver al agresor en, por ejemplo las sentencias de la Audiencia Provincial de Toledo (sección 2ª) de 8 de julio de 2009¹⁴ y la de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 27ª) de 4 de mayo de 2009¹⁵ que revocan sentencias condenatorias, en aplicación del principio. Implican que, nuestro Tribunal Supremo, durante mucho tiempo en relación el tema de las injurias y las amenazas en el ámbito familiar o conyugal las ha venido considerando una simple cuestión interna ajena al Derecho, en base al principio de intervención mínima aplicado al Derecho Penal, de acuerdo con el cual, amparándose en el ámbito privado y el cumplimiento de los deberes familiares, sólo propone la aplicación del Derecho penal en lo que denomina las actuaciones más intensas, que vulneren gravemente el ordenamiento jurídico¹⁶. Quizá sea aquí necesario poner en evidencia las conclusiones el Instituto Andaluz de la Mujer en 1999 (CARRACEDO BULLIDO. 1999), de acuerdo con el cual, “las amenazas de muerte proferidas con ocasión o tras la ruptura del matrimonio, representan un grave riesgo para la mujer amenazada. El 98% de las mujeres asesinadas durante el último trienio (1997 - 1999) estaban separadas o en trámites de separación y habían denunciado y alertado sobre los graves riesgos que corrían sus vidas (pág.54) También afirma que casi el 100% de las mujeres que fueron asesinadas por sus maridos o ex maridos durante el año 1998 habían acudido previamente al sistema judicial para poner en concomitamiento el riesgo que sufrían.¹⁷ Por lo tanto, la gravedad de lo que decimos es evidente.

Quiere ello decir que **la tutela de la mujer decae** en estos supuestos de violencia de género -lo que supone un **hecho diferencial** en su contra en la aplicación de normas aparentemente neutras (MONTALVÁN HUERTAS. 2004) -.

2. El estereotipo de la mujer dependiente: Ello corrobora cómo se percibe la situación desde la perspectiva jurisdiccional: no es lejano a nuestro tiempo el concepto tradicional de familia, en el que todos los miembros se situaban bajo la potestad del pater familias, verdadero “cabeza” de la misma, bajo cuya tutela se encontraba la esposa sobre la que tenía derecho de corrección. Y no está lejos porque sólo hasta muy recientemente han desaparecido del Código Civil (incluso del Código Penal) vestigios de este modelo¹⁸. La violencia de género está normalizada y tolerada y, por lo tanto, se le deniega la suficiente relevancia penal, otorgándole al “cabeza” de familia un ámbito de poder y actuación impune (GIL RUIZ.2004: pág. 126). Por lo tanto,

¹⁴ EDJ 2009/155010. ST nº 104/2009, Rec. 31/2009

¹⁵ EDJ 2009/176017. St nº 387/2009, Rec. 582/2008

¹⁶ Como estas mismas sentencias recuerdan, este principio implica la utilización del Derecho Penal como última ratio y, además, con carácter fragmentario, cuando el ataque al bien no pueda ser respondido de otro modo a través de otro ámbito jurídico, es decir, cuando sea el más grave.

¹⁷ Esto entronca con el concepto de violencia de género que vimos al principio y equivale a que los operadores jurídicos no insertan los actos de violencia en la cuestión de género, es decir, se acercan a ellos como hechos aislados, no propios de un ciclo específico de violencia y, por lo tanto, un paso más en el desarrollo de un continuum, que a la vez se sustenta en una discriminación real, social y constatada de las mujeres en nuestra sociedad.

¹⁸ Un repaso sobre los antecedentes históricos es efectuado por CRUZ BLANCA, 2002; y LORENTE ACOSTA .1998.

subsisten estereotipos que convierten en inaplicable o aplicable con menor rigor a la mujer el Derecho Penal en supuestos de malos tratos intrafamiliares y, al mismo tiempo, se añade una tolerancia hacia el fenómeno que lo minimiza, así como un acercamiento a la violencia de género que la niega, al apreciar cada caso concreto como un caso individual y cada asunto como un hecho específico, con lo que desaparece una de las características de esta violencia: la inserción en un ciclo de intensidad variable, pero acumulativa, y parte de una realidad social de discriminación de la mujer por razón de sexo.

Creo que todo lo anteriormente expuesto confirma la aseveración que fuera hecha por Carol Smart de que **el derecho tiene género**. En este sentido (BODELÓN GONZÁLEZ .1998)¹⁹, aunque nuestro ordenamiento jurídico sea formalmente neutro en cuanto al sexo y proclame la igualdad de hombres y mujeres, en su interior subsisten criterios y apreciaciones, valoraciones distintas de los actores según su sexo que suponen, de facto, la aplicación del Derecho sobre criterios diferentes y, por lo tanto, una aplicación no igualitaria del mismo. En definitiva, se trata de la incorporación de estereotipos y valoraciones sobre la división de sexos, aunque sean acríticas, aprehendidas, asumidas culturalmente y por lo tanto no conscientes.

IV.- LA RESPUESTA PENAL Y LA HUIDA DEL DERECHO (1989-1995)

1. Las Reformas legales: Podemos comprender, dados estos antecedentes, que en el inicio, la respuesta del Cp al maltrato fuera la introducción de un delito autónomo relativo a la violencia habitual en el ámbito familiar, al que ya nos hemos referido, en el art. 425 del Código Penal de 1973, con cambios relativos a las faltas, para introducir tipos de maltrato no habitual en dicho ámbito²⁰, que luego pasó a

¹⁹Esta autora afirma que se "...constata que las y los jueces suelen apoyar sus razonamientos sobre consideraciones de tipo familiar. Afirma que los tribunales reproducen las relaciones entre sexos, pues consideran a la mujer no como sujeto, sino en función de dichas relaciones familiares. La rutina del tribunal se convierte en un elemento de estudio principal. Se ilustra cómo los diversos operadores jurídicos incorporan a su actividad cotidiana estereotipos y valoraciones sobre la división de géneros. Estas referencias familiares aluden a cuestiones tales como la responsabilidad familiar, el trabajo, la relación con la familia, la unidad familiar, etc. Es decir, refuerzan un concepto tradicional de familia tanto en el caso de los hombres como en el de las mujeres. ...De esta manera se explicaría que la aplicación de criterios de igualdad formal ante el tribunal no afecte en la mayoría de los casos a la sustancial desigualdad entre las mujeres y los hombres... Según, Carol Smart la idea de que el Derecho tiene género nos permite argumentar que las mismas prácticas significan cosas diferentes para hombres y mujeres. A su vez, también se puede decir que el Derecho actúa como una "tecnología del género", es decir, que es un proceso de producción de identidades fijas (pág. 194)".

²⁰ Mantiene en este caso la tradicional falta de maltrato en el seno de las faltas de lesiones (no habituales, pues) En ambos casos es curioso el "baile" de sujetos pasivos, que no concuerdan entre el tipo de delito y el de falta. En 1989 se introduce el siguiente art. 582. 2º:

convertirse, con pocos cambios, en el delito de violencia habitual del art. 153²¹ del C.P de 1995, incluyendo una falta de lesiones en el ámbito intrafamiliar en el art. 617 del mismo cuerpo legal. Ambos delitos en sede de lesiones y con la única diferencia de ampliar este último los sujetos pasivos, a hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos “ascendientes” e incapaces “que convivan con el autor” -lo que en cierto modo restringe en este caso el sujeto pasivo al exigir una convivencia que antes no incluía el tipo, lo que fue muy criticado - “o que se hallen sujetos a la potestad, tutela curatela o guarda de hecho de uno u otro”, ampliando notablemente las penas y añadir el inciso final: sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare.

Podemos preguntarnos a qué respondían ambos preceptos. Tenemos los antecedentes: Gran parte de los asuntos se archivaban y los que no se archivaban y que se conocían en los Juzgados por maltrato doméstico se convertían en faltas; el acercamiento a la realidad de la violencia de género se hace de modo sesgado, eludiendo la inserción de cada acto en un ciclo de violencia y en el marco de la discriminación de la mujer por razón de su sexo porque, dado que la aplicación - por inaplicación- de los tipos generales no parecía la solución, en la pugna por la determinación del injusto penal el legislador quiere imponer su criterio y elevarlas a nivel de delito y su justificación tiene que ver con la naturaleza propia de los malos

“El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, será castigado con la pena de uno a quince días de arresto menor o multa de 25.000 pesetas. Cuando los ofendidos fuesen los ascendientes, el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma permanente por análoga relación de afectividad, o los hijos menores, la pena será de arresto menor en toda su extensión”

Introduce a los ascendientes que no recoge el delito, y en cuanto a los hijos, recoge a los hijos menores sólo y no recoge a menor, pupilo o incapaz sujeto a guarda de hecho. Esta será una constante en la evolución de los tipos. Para un estudio de esta circunstancia, me remito a Fernández Pantoja, P (2002)

²¹Art. 153. “El que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”

Mantiene la falta de lesiones en el ámbito familiar. Ahora será en el art. 617. 2: “El que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión será castigado con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de diez a treinta días ... cuando los ofendidos sean el cónyuge o persona a quien se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes, siempre que con él convivan, la pena será la de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses”. Volvemos a apreciar la incongruente no coincidencia del sujeto pasivo.

tratos, su habitualidad²². Un tema de política criminal, que es competencia del legislador. Simplemente ejerce su función legislativa y responde a un criterio de política criminal que quiere hacer frente a las deficiencias que ya hemos puesto de manifiesto²³. Pero no lo logró. Es más, la elevación a rango de delito con pena que puede alcanzar los 3 años (a seis meses de arresto mayor en la versión de 1989), podría haber dado posibilidad a la adopción de medida de prisión preventiva. Hay, pues, una pugna en la que el legislador quiere hacer evidente lo que para otros/as no lo es y, por lo tanto, aunque con las deficiencias técnicas que estudiamos, introduce un elemento común al maltrato y eleva el grado del injusto penal.

La introducción de este primer tipo delictivo autónomo produce un primer choque frontal con el sistema judicial (que luego se repetirá, aunque la pugna se traslada en este caso al cuadrilátero del Tribunal Constitucional) al promulgarse la LOIVG. El choque fue de tanta intensidad que, desde su introducción en 1989 a través del art. 425 del C.P. de 1973 y luego de acuerdo con su “réplica”, un tanto ampliada en las relaciones intersubjetivas, del art. 153 en el Código Penal de 1995, como pone de manifiesto MONTALVÁN HUERTAS (2009) durante prácticamente diez años, ambos preceptos no llegaron a aplicarse. Por lo tanto, los dos sufrieron el mismo avatar: Verse relegados al texto del Código sin virtualidad práctica. La asociación de mujeres juristas THEMIS (1999) llevó a cabo un estudio en relación a los procedimientos de maltrato en el ámbito doméstico en la comunidad de Madrid, haciendo un seguimiento de 2.430 denuncias presentadas entre los años 1992 y 1996. La conclusión es desoladora: “los jueces de instrucción tienden a calificar como faltas las agresiones físicas y verbales que se producen entre parientes, incluso cuando los hechos, por su gravedad son constitutivos de delito. El 3% de las denuncias tramitadas como faltas de agresiones físicas se refiere a agresiones graves, que deberían haberse considerado delito, lo que hubiera incrementado, por sí solo, en un 70% el número de procedimientos abreviados seguidos por violencia familiar. El 30% de las denuncias tramitadas como falta se refieren a amenazas de muerte por las que debería haberse

²² Nos recuerdan BOLDOVA PASAMAR y RUEDA MARTÍN (2003) *que* “La doctrina ha venido caracterizando este delito como una figura agravada de la falta de malos tratos, elevada al rango de delito en razón de la habitualidad y de las relaciones familiares o de convivencia presente o pasada en que se basa. Pero puesto que las relaciones aludidas en el art. 153 conforman ya un tipo agravado de la falta, en el último párrafo del art. 617.2 y, tras la reforma de 1999 mencionada, de otra falta similar en el último párrafo del art. 620, el elemento decisivo que dota de independencia a la figura del delito del art. 153 y que lo convierte en delito autónomo, es la habitualidad de las acciones típicas de violencia... (pp. 275-315)” que pueden ser o no constitutivas por sí mismas de delito. En todo caso, una de las críticas que se van a hacer a la evolución legislativa en relación a los malos tratos y, sobre todo, a la LOIVG es que las reformas incidan de modo principal en los tipos relativos a hechos menos graves, y no a los más graves.

²³ Debemos añadir que la caracterización de la violencia como falta impide la aplicación de medidas cautelares como la prisión provisional o la propia detención. También es importante en relación a los antecedentes penales y a la pena a imponer -por entonces este tipo de faltas normalmente llevaba aparejada la imposición de multa, que terminaba por perjudicar a la propia víctima; o arresto domiciliario en el domicilio común, lo que suponía un evidente mayor riesgo para la víctima-

incoado procedimiento abreviado. El delito de malos tratos habituales carece de aplicación práctica, a pesar de que el 50% de las víctimas refiere en su denuncia haber sufrido agresiones anteriores. La consecuencia es que por cada 300 juicios de faltas sólo se siguen 3 procedimientos ante el Juzgado de lo Penal y 1 ante la Audiencia Provincial. Existe una fuerte descompensación entre el número de procedimientos que se tramitan como juicio de faltas frente a los que se siguen por procedimiento abreviado...que confirma que la justicia penal sólo interviene con contundencia en el caso de acontecimientos luctuosos y nunca en prevención de los mismos [y llega a la siguiente conclusión...:] la sanción penal de la violencia familiar no es un problema de ausencia de normas específicas o de mayor severidad de las sanciones, sino fundamentalmente de voluntad real de aplicación legal de las normas existentes por los operadores jurídicos (pp.89-90)”.

Es decir, las conclusiones alcanzadas por la asociación Themis respecto del período 1992-1996, no difieren de las del Informe de la Ponencia de Malos Tratos a las Mujeres en España en la Comisión de Derechos Humanos del Senado. Ningún avance, pues, significativo.

2. Los hechos de la realidad: Para dejar clara la situación, me permito poner un claro ejemplo, que yo mismo viví en el ejercicio de mi profesión de abogado y, en mayor medida, en los años 1998-2000 como asesor jurídico en el Centro Municipal de Información a la Mujer en Úbeda. Imaginemos que acude a nuestro despacho una mujer maltratada (lesionada, incluso) por el hombre con el que convive, angustiada, huyendo de su domicilio y nos pide que la asesoremos en la solución de la circunstancia en la que está inmersa. A parte de problemas más profundos, que serán atendidos más tarde²⁴, pongámonos en la circunstancia de asesorarla a la altura en la que nos encontramos de la evolución legislativa. Desde ya diré que el primer problema que se nos planteaba era que el hecho de formular la denuncia era en sí mismo un factor de riesgo y que la situación normal en la que quedaba la víctima era la indefensión, lo que no es difícil de entender si nos atenemos a todo cuanto llevamos dicho hasta ahora: la víctima sale de su hogar donde están, normalmente, el resto de familiares (hijos/as, personas mayores a las que muy probablemente cuida) y donde está su hogar y, posiblemente, de cuyo agresor depende económicamente. Al formular una denuncia, siguiendo la tónica vista, lo normal era:

1.- Algo que nos ocurría en la mayor parte de los casos y que tiene tanto que ver con los sesgos de género que he venido comentando y que tan acertadamente señala MONTALBÁN HUERTAS (2004: pág. 186), es que la práctica policial (y judicial) sólo interesaba la averiguación e investigación del hecho que motiva la denuncia²⁵, por lo

²⁴ En este supuesto suelo hacer uso, antes de nada, de la psicóloga del centro, a fin de que la mujer reciba la atención más adecuada.

²⁵ En realidad a nuestras usuarias se les negaba la posibilidad de incorporar a la denuncia el iter mismo de los malos tratos, con lo cual se negaba la apreciación misma de la violencia de género, ya que no se

que se negaba la posibilidad de denunciar los hechos previos relativos a la habitualidad²⁶. En definitiva, como **hecho diferencial** en el tratamiento de la mujer en el ámbito jurisdiccional, se le desincentivaba el uso de un derecho recogido ya entonces en los art. 265 y ss. en relación con los arts. 109 y 110, todos ellos de la Lecrim.²⁷ -a denunciar los hechos típicos-.

2.-Cuando se habla del mal funcionamiento del turno de oficio (THEMIS. 1999) -lo que ya recogía el informe de Comisión de Derechos Humanos del Senado de 1989 visto supra, se nos está diciendo que el sistema habitual era que la mujer denunciara sola y que hasta que se produjera el llamado ofrecimiento de acciones (arts. 109 y 110 Lecrim), en la primera comparecencia judicial, si decidía entonces ejercerlas, podía solicitar la asistencia letrada personándose en la causa. Eso equivalía a que normalmente la denuncia la efectuara sin asistencia y que, no personada, no tuviera luego derecho a conocer si se había o no sobreseído la causa, si se celebraba juicio - salvo que fuera llamada como testigo- y el contenido de la resolución que se dictara - que no se le notificaba-, ya que su consideración jurídica era la de mero testigo -lo que agravaba la consideración del hecho como faltas, en cuyo caso no tenía derecho a asistencia letrada gratuita-. Sin información y con todo en contra, lo tenía muy difícil para ser atendida.

3.-Ya hemos visto el número de sobreseimientos y absoluciones tan elevados (denuncias que no llegan a nada) así como que la mayor parte de las veces los hechos eran calificados como falta, lo que en ambos casos impedía la adopción de medida cautelar alguna (en ese momento no, desde luego) que no se contemplaban para las

investigaban los hechos anteriores a los que justificaban la denuncia. Por esta vía ya empezaba a ser imposible la aplicación, cuando nacieron al Derecho, de los arts. 425 CP primero y, luego, del art 153 del mismo cuerpo legal que estudiamos ahora.

²⁶ De hecho en el Estudio de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS (1999) antes mencionado también se resalta que las denuncias policiales no son completas, porque recogen someramente la agresión y no todo el contenido de lo denunciado.

²⁷ He sido testigo en muchas ocasiones en las que, cuando acudía la mujer a denunciar, se le pedía que desistiera de ello, con expresiones como : “mujer, no es para tanto, solucionad los problemas en casa” o “¿eso le vas a hacer al padre de tus hijos?” De hecho esta circunstancia fue tenida en cuenta al redactar la Ley 35/1995 de 11 de diciembre de Ayudas y Asistencia a las Víctimas de delitos Violentos y contra la Libertad Sexual, cuando en el art. 15. 3 se establece que “El Secretario Judicial cuidará de que la víctima de un hecho que presente caracteres de delito, en el mismo momento de realizar la denuncia o, en todo caso, en su primera comparecencia ante el órgano competente, será informada **en términos claros** de las posibilidades de obtener en el proceso penal la restitución y reparación del daño sufrido y de las posibilidades de lograr el beneficio de la justicia gratuita.” Es decir, le está diciendo que lejos de desincentivar la denuncia, debe informarle de los derechos que por el hecho de denunciar puede ejercitar, un recordatorio que resultaría una redundancia, ya que se limita a recordar y reiterar algo que ya se encontraba en la Lecrim, si no fuera porque no se llevaba a la práctica. Es más, de acuerdo con este mismo art. se requiere que se le informe en términos claros del ofrecimiento de acciones, ya que nuestro derecho en ese momento, la víctima no tenía una consideración específica en nuestro Derecho Penal, de modo que si no ejercía la acción penal, es decir, si no se personaba en las actuaciones con asistencia letrada -que podía ser de oficio - no podía (art. 302 de la Lecrim) tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento y era considerada mero testigo.

faltas. Es decir, había de volver al domicilio con su agresor o huir. Esta era la tesitura normal: o denunciar y huir o no denunciar y mantenerse en el ciclo de la violencia²⁸.

4.-Piénsese además en la nula respuesta civil, que ha sido estudiada por DURÁN FERRER (2001). Según este estudio la jurisdicción civil tampoco ofrecía respuesta a la situación así creada. Lo normal es que una vez formulada la denuncia se intentara solicitar, al mismo tiempo, medidas previas o provisionales en el ámbito civil. Pero estas, de acuerdo con la jurisprudencia, se atienden siempre que haya motivos de urgencia y en muchos casos no se entendía que hubiera tal urgencia²⁹ -por los hechos denunciados o porque estos se habían sobrepasado- a pesar de los malos tratos. En las ocasiones en que se adoptaron medidas, estas fueron las habituales de una separación sin tener en cuenta la violencia de género y sólo excepcionalmente se adoptó alguna medida diferente. En alguna ocasión se atribuye la custodia de los/as hijos/as al maltratador. Y en el ámbito de los procedimientos de separación y divorcio, los juzgados civiles eluden el maltrato como elemento de influencia al adoptar decisiones. Es decir, nuestra jurisdicción civil negaba la violencia de género como factor no ya determinante, sino a tener en cuenta a la hora de adoptar las medidas civiles oportunas. Añádase que dejaba una familia en una situación difícil y, sin embargo, la respuesta civil era muy lenta (GIL RUIZ. 2004: pág. 134).

Ante la naturaleza de este delito, que ocurre en el seno de la familia, núcleo de convivencia, residencial y de subsistencia, la denuncia era, pues, un factor de riesgo no contemplado por la Ley. Y lo peor es que el art. 13 de la Lecrim establecía como uno de los objetivos del proceso penal la protección de la víctima³⁰ pero la ley no contemplaba más medidas cautelares que la de prisión provisional o libertad provisional y la detención y sólo para delitos.

3.- La inaplicación de la norma. La huida del Derecho: Entiendo que la inoperancia de estos artículos se debió a dos factores fundamentales: una técnica legislativa inadecuada y unos criterios interpretativos invalidantes. En cuanto a lo primero, los dos artículos implicaron la proliferación de una literatura abundante: La primera pregunta que surge es por qué la delimitación del tipo a esos sujetos pasivos y no a otros, que también están en el ámbito de las relaciones afectivas y familiares (FARALDO CABANA. 2006 Y MAQUEDA ABREU. 2009) y por qué los sujetos pasivos del

²⁸ A vueltas con el informe de la asociación de Mujeres Juristas THEMIS (1999) en el mismo se achaca a la falta de mecanismos judiciales de protección y apoyo a las víctimas el **que en el 56% de los supuestos la víctima renuncie**, es decir, desista, no comparezca a juicio o perdonen al agresor(pág. 11).

²⁹ En la mayor parte de las ocasiones porque aún vivían juntos o ella había vuelto tras la denuncia.

³⁰ Entonces dicho precepto era del siguiente tenor: “Considéranse como primeras diligencias: las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener en su caso a los reos presuntos”. Pero básicamente sólo contemplaba la prisión provisional o la libertad provisional como medidas cautelares posibles, inaplicables en un momento en el cual casi todas las acciones denunciadas se calificaban como faltas.

delito de malos tratos habituales y la falta de malos tratos no coinciden (FERNÁNDEZ PANTOJA. 2009). Lo segundo es que al centrarse en el ámbito familiar la jurisprudencia ha venido delimitando el bien jurídico protegido lejos de los bienes que la violencia de género conculca y centrándolo en la paz familiar³¹, aunque en principio referido a la vida, salud e integridad física (propia de las lesiones) Un estereotipo de género al que nos venimos refiriendo, y en el que vemos se insiste, confirmando así la visión tradicional de la mujer en la familia –y no como sujeto autónomo- y desviando las causas, modos y consecuencias específicas de la violencia, lo que pudimos comprobar en concreto al estudiar la situación general antes de 1989, en el estudio realizado sobre malos tratos a las mujeres en el Seno de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, presentado en ese año. Y hemos visto cómo ya entonces se nos decía que “las mujeres y los niños se siguen viendo sometidos a formas específicas de violencia que suponen una violación de sus libertades individuales, dignidad y autodeterminación (pág. 12183)”, lo que parecía apuntar a un bien jurídico más amplio que el estrictamente de la paz familiar y desde luego más allá del típico de las lesiones.

La inclusión en los delitos de lesiones delimitaba un cuadro de la situación que no se corresponde con la habitualidad, es decir, con un delito que no pretende castigar las lesiones o las agresiones, sino la habitualidad en las mismas -entrando, en su caso, en concurso con aquellas-

En cuanto a los criterios interpretativos, unidos a esta deficiencia técnica ya hemos visto su resultado. En palabras de MAQUEDA ABREU (2009) esta regulación creó un “espacio “vacío” de inaplicación de la Ley. La dogmática jurídica, amparándose en estas deficiencias técnicas, volvió a encontrar argumentos de expulsión de la realidad que estudiamos del ámbito penal y que fueron contestados en un primer momento por la circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado³². Con carácter general y en atención al contenido de dicha circular, desde un primer momento, es decir, en su redacción del art. 425 de CP, los argumentos de inaplicación fundamental no sólo estaban en que no se definía la habitualidad, sino en que, al no definirse, se acudía al concepto de reo habitual del art. 94 del CP, de acuerdo con el cual “a los efectos previstos en las secciones 1ª y 2ª de este capítulo, se consideran reos habituales los que hubieran cometido tres o más delitos de los comprendidos en el

³¹ LAURENZO COPELLO (2005) nos dice que: “Muy pronto la jurisprudencia recogió el testigo que le entregara el legislador penal y se inclinó por centrar la mirada en la ‘preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad’, explicando la razón de ser del delito de maltrato habitual como un mecanismo adecuado para la tutela de ‘la paz familiar’, seriamente afectada por unos actos violentos ‘que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación’, dañando así el primer núcleo de toda sociedad como es el núcleo familiar (pág. 08:02)”. También para el estudio del bien jurídico protegido y su evolución ver MORILLAS CUEVA. 2004

³² A parte de la web de la FGE (www.fiscalia.es) podemos encontrar todas sus circulares en “Law Center Social” (<http://lawcenter.es/w/blog/view/4610/todas-las-circulares-de-la-fiscalia-general-del-estado-actualizado-16072015>) En concreto nos estamos refiriendo a la Circular 1/1998 de la FGE de 25 de octubre de 1998.

mismo capítulo, en un plazo no superior a diez años y hayan sido condenados por ello” . Pero si se necesitaban tres o más condenas por lesiones y el art. 425, luego 153 del Código Penal de 1995 se ubicó en sede de lesiones, el principio “non bis in ídem” impide la consideración de las condenas ya efectuadas en anteriores sentencias: en definitiva, imposible, no el hecho de acreditar la habitualidad, sino de condenar por ella, ya que todos los delitos se encontraban en la órbita de las lesiones y, según esto, protegían igual bien jurídico. Es decir, también su ubicación sistemática era relevante al efecto.

La respuesta de la Fiscalía General del Estado demuestra que los criterios de la dogmática jurídica utilizados en la interpretación (para su anulación efectiva) de dichos preceptos era sólo una de las posibles, llegando a otra conclusión:

- 1.- El bien jurídico protegido en el delito de maltrato habitual es distinto al de los delitos de lesiones, ya que introduce el término habitual, es decir, el injusto castiga la habitualidad. Por lo tanto “debe repararse, pese a dicha sistemática, en que el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, salud o integridad física de las personas, sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la CE: la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15) así como la paz y el orden familiar, la normal convivencia y la protección de las condiciones en que pueda tener lugar el pleno desarrollo de la personalidad de los miembros del grupo familiar -art. 39-(pág.4)”
- 2.- El concepto de habitualidad, por su propia formulación, es distinto del de reincidencia y propone que esta se dé cuando existen tres o más actos, exista condena previa o no, pero deben estar en conexión entre sí³³ (pp. 4-6).
- 3.- Por lo tanto no es aplicable el principio “non bis in ídem”, ya que se trata de tipos que refieren hechos distintos y bienes jurídicos diversos, es decir, que estamos ante un delito autónomo, diferenciado (pp. 7-8).

Más tarde la sentencia nº 927/2000 del tribunal Supremo, Sala 2ª, de lo penal de 24 junio de 2000, recoge estos mismos argumentos y no casa una sentencia que condenaba al agresor por delito de maltrato habitual³⁴.

³³ Precisamente para evitar esta interpretación se incluyó el último inciso en el art. 153 que no contenía su antecesor 425, que se impondrá la pena por maltrato habitual “...sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare”, inciso que, por cierto, vemos que tuvo poco éxito.

³⁴ STS 927/2000, Sala 2ª, de 24 de junio de 2000 (RJ 2000/5.7929). Reseñamos aquí de la misma lo siguiente: “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atender el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad --art. 10--, que tiene su consecuencia lógica en el derecho no solo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o

4. El derecho también es masculino. Los criterios del intérprete y los estereotipos: Reafirmamos, pues, lo que ya dijéramos anteriormente: el Derecho tiene género y de nuevo volvemos a verlo en este momento evolutivo de la norma. Solo así se explica la aplicación (o inaplicación, en su caso) diferenciada del Derecho que denuncia THEMIS (1999) y que se revela en sus estudios sobre casos concretos seguidos en los Juzgados de Madrid.

Esto es así porque la visión de las relaciones hombre/mujer no cambian al mismo ritmo que las normas que proclaman su igualdad ya que la transformación de las estructuras que sostienen la discriminación de la mujer es dificultosa y cuenta con refuerzos que anclan su persistencia. Y lo que decimos queda demostrado porque todavía en 1998, a través de la circular 1/1998, en el punto II (“La Necesaria y Variada Respuestas del Código Penal”), la Fiscalía a General del Estado recuerde que “el principio de intervención mínima no tiene ocasión de entrar en juego a la vista de los derechos constitucionales que se ven afectados y de las consecuencias que las conductas de esta naturaleza suponen en el desarrollo de la personalidad de quienes las padecen o de quienes contemplan, pasivos e impotentes, cómo otras personas de su entorno familiar y educativo las sufren (pág. 2)”. Es decir, que aún dicho principio, aplicado con claros dejes sexistas, era usado en este ámbito. Es más (SOTORRA CAMPODAVE. 2007. pp. 381-427) en el año 1995 el delito de lesiones ex art. 147.1º ya contemplaba las lesiones psíquicas que, sin embargo, al regular la violencia habitual no se contempla. Una reticencia más relativa a un abordaje sesgado del fenómeno.

Pero entiendo que en este análisis debemos ir más allá. He afirmado que el Derecho, nuestro Derecho, tiene género y que en ello se cifra buena parte de lo que hemos entendido un hecho diferencial: la huida del Derecho en los supuestos de violencia de Género. Pero debemos apreciar que la teoría feminista ha señalado distintas “etapas” en la concepción del Derecho (BODELÓN GONZÁLEZ .1998), desde la afirmación de que el Derecho es sexista, pasando por la de que el Derecho es masculino, hasta la afirmación posterior, ya vista en epígrafes anteriores, de que el Derecho tiene género. En el caso que nos ocupa, la adopción de tipos penales que, insistiendo en el papel tradicional de la mujer, terminan por confundir violencia de género con violencia doméstica, quizá nos remita al concepto “Derecho masculino” (familia en su connotación cultural del patriarcado)³⁵. Los tipos penales que

degradantes --art. 15-- y en el derecho a la seguridad --art. 17--, quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos del art. 39... Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad dicho más sintéticamente, el bien jurídico protegido en la paz familiar, sancionando aquellos actos que exteriorizan una actitud tendente a convertir aquel ámbito en un microcosmos regido por el miedo y la dominación, porque en efecto nada define mejor el maltrato familiar como la situación de dominio y de poder de una persona sobre su pareja y los menores convivientes.”

³⁵ Desde este punto de vista nos dice esta autora que esta idea “...Se relaciona con la de la presencia de elementos relacionados con la masculinidad en sentido cultural [en el seno del Derecho]...Afirmar la

estudiamos acogen una institución aparentemente neutra, como es “la familia” y se refiere a sujetos pasivos neutros (cónyuges, ascendientes, descendientes, parejas etc.) pero el concepto familia no es neutro, sino que se trata de una institución patriarcal fuertemente sometida a criterios discriminatorios en la realidad. Y esto atañe, por lo tanto, también al legislador: La visión de la realidad estereotipada ha llevado al legislador a diseñar unos tipos no adecuados a la misma, confundiendo género y familia -o más bien ocultando el primero en el segundo-, y propiciando el uso de una institución que no escapa a los roles tradicionales asignados³⁶.

Pero, como dijéramos al principio de nuestro trabajo, en realidad también hemos visto que no estamos tanto ante un problema de técnica jurídica -que es manifiestamente mejorable- cuanto ante un problema de aplicación del Derecho, que queda en evidencia cuando la propia Fiscalía General del Estado en 1998 y luego el Tribunal Supremo en el año 2000 hacen posible una interpretación distinta de los preceptos, que apoya su aplicabilidad -volvemos a que el Derecho tiene género-. Es, pues, **un problema de rechazo de la norma**, que nos introduce en los valores jurídicos y creencias de quien aplica el Derecho. No era imposible, porque a partir de entonces el precepto empezó a ser aplicado, pero lo hicieron imposible durante mucho tiempo.

V.- LA PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE DE VIOLENCIA DE GÉNERO (1999-2003)

1. Punto de partida: La víctima desprotegida. Que los objetivos que se propusieron en sede parlamentaria no se cumplieron y encontraron dificultades serias es demostrable, incluso, con un mero análisis superficial: es suficiente contemplar que los preceptos y las normas han sido constantemente sometidas a reformas. De hecho SOTORRA CAMPODAVE (2007: pág. 382) se refiere al art 425 como el detonante de una profusa actividad legislativa. Son éstas, reformas continuas y que, en buena parte muy enraizadas en los estereotipos vistos, no resultaron satisfactorias y han obligado a seguir el proceso modificativo hasta casi nuestros días. Es por esto que en esta parte del trabajo me voy a referir a las reformas que se introducen en 1999 y en el año 2003

masculinidad del derecho supone identificarlo con un conjunto de características. Esta perspectiva afirma que cuando un hombre y una mujer se enfrentan al derecho, no se produce una discriminación porque el derecho se aplique de forma desigual a la mujer, sino porque se aplican criterios- aparentemente objetivos y neutrales, pero que en realidad responden a un conjunto de valores e intereses masculinos” (p. 132). No se me escapa que la diferencia entre los conceptos de Derecho masculino y de género es difusa. En todo caso parece que la primera concepción hace más alusión a la apreciación del Derecho como una unidad, como producto de un estado liberal y patriarcal que encierra significados patriarcales ocultos. Es en este sentido que lo utilizo: el concepto de familia en su seno ha seguido teniendo un valor patriarcal evidente.

³⁶ Esta misma afirmación: el Derecho es masculino y tiene género, podemos encontrarla en GIL RUIZ (2004. Pág. 127)

Desde el año 1999 las modificaciones que se producen en el seno de la llamada violencia doméstica toman un nuevo enfoque: acentúan el objetivo de dar protección a la víctima. De ahí que se centren en buena medida en modificaciones en el ámbito procesal. También pretenden dar respuesta a los problemas que estamos poniendo de relieve en cuanto a la aplicación de los tipos penales. No seré yo quien no aplauda la introducción de buena parte de dichas modificaciones normativas que, entre otras consecuencias, empiezan a dar carta de naturaleza a quien hasta ahora había sido la figura olvidada de nuestro Derecho Penal -la víctima-, lo que beneficia sin duda a la mujer maltratada. Pero entiendo que en todas ellas se sigue el tono desenfocado que ha venido produciendo la ocultación de la violencia de género, como violencia específica, en un más amplio contexto que ha partido desde la violencia familiar o intrafamiliar cada vez más ampliado a relaciones de convivencia y afectivas y que esto se ha hecho así obviando los propios resultados obtenidos en el transcurso de las sucesivas reformas legales, que ponían en evidencia que ese desenfoque estaba produciendo perturbaciones aplicativas evidentes. Hemos visto reformas penales sustantivas en los años 1989 y 1995 y que en ningún caso éstas habían sido efectivas o todo lo efectivas que se habían propuesto al diseñarlas. Y los datos que emanaban del propio Consejo General del Poder Judicial en relación a esta violencia no hacían más que poner de manifiesto esta situación, como seguidamente veremos.

En cualquier caso queremos hacer constar que es precisamente en el ámbito protector de la víctima donde encontramos los mayores aciertos de las sucesivas reformas, aunque también ha sufrido fuertes rechazos de la doctrina.

2. El art 153Cp y la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio³⁷, de modificación del Código Penal de 1995 en materia de protección a las Víctimas de Malos Tratos y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Es evidente que esta reforma, tal y como propone el enunciado de la Ley, escapa al mero rehacer de tipos penales y atiende a normas encaminadas a proteger a quien pretende denunciar el maltrato. Pero ciñéndonos ahora a los tipos penales y más en concreto al art. 153, éste, a través de la Ley Orgánica que ahora estudiamos, sufre una nueva modificación³⁸. Ahora bien, las reformas insisten en alejarse de la violencia de género y centrarse en un cada vez más

³⁷ Desde ahora, L14/99

³⁸ Art. que queda redactado del siguiente modo: “el que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad, o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica....Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.

amplio ámbito de sujetos pasivos³⁹. Este alejamiento es aún más tozudo si observamos que los datos que el propio Consejo General del Poder Judicial ponía en conocimiento insistían en el sentido de la violencia de género como hecho criminógeno específico, según entiendo.

2.1).- la realidad en cifras: En el año 2003 se publica un estudio del CGPJ titulado “El Tratamiento de la Violencia Doméstica en el Ámbito de la Administración de Justicia” (CALVO GARCÍA. 2003) en el cual se analizan 4.648 resoluciones recaídas en España en el año 1999, el 88% de las cuales provienen de Juzgados de Instrucción y el 12% del Juzgado de lo Penal. Las primeras conclusiones de este informe creo que deberían haber llevado, en el seno de los órganos legislativos y en quienes intervienen en la aplicación de la norma, a una reflexión más profunda en lo que atañe a la violencia de género, ya que de acuerdo con dicho informe:

1.-El 78% de la violencia doméstica o intrafamiliar es violencia de pareja, es decir, que se produce en la relación de pareja: 3.640 asuntos de los 4.648 analizados (pág. 57 del informe)

2.- Por otro lado, dentro de todo el ámbito de la violencia intrafamiliar el 83% de las víctimas son mujeres y dentro de la relación de pareja el 88% son mujeres (pág. 60)

3.-Por último, los hombres suponen el 86’5% de los inculcados, cifra que se eleva al 88% en el caso de violencia en la pareja (pág. 60).

Estos datos nos están poniendo de relieve una situación específica de las mujeres que hubiera, insisto, necesitado de una mayor reflexión a la hora de promover reformas legislativas atinentes a esta situación. Si eliminamos el concepto tradicional de familia y contemplamos a la mujer como sujeto autónomo de derechos ¿qué identidad puede tener con los y las menores, ascendientes, hermanos/as etc. a la hora de ser considerada víctima de violencia en el seno de las relaciones propuestas por la norma?

En segundo lugar, en lo que concierne a esa doble afirmación que hemos hecho con anterioridad: el Derecho es masculino y tiene género, el resultado no puede ser más gráfico (CALVO GARCÍA. 2003) “... con respecto a [los] datos, hay que hacer una aclaración previa: la hipótesis de la que se partía era la de que la reacción punitiva al grueso de los casos de violencia intrafamiliar se sustancia mediante el Juicio de faltas y sólo en muy pocos casos –por otro lado los de consecuencias más trágicas y de mayor

³⁹ Afirma FERNÁNDEZ PANTOJA (2002) que “...ya cuando el legislador de 1989 justificaba la introducción del delito de malos tratos...se olvidaba entre otras cosas de que no sólo aquellas personas [que recogía como sujetos pasivos el art. 425 CP] ...podían ser objeto de malos tratos, de que además de una violencia física, existía la psíquica igualmente lesiva para el/los sujetos pasivos de estos hechos o del enorme peligro que suponía la indeterminación jurídica del importante término sobre el que giraba la razón de ser de aquella norma, el de ‘habitualidad’(pág.82)”. Y tienen razón, desde el punto de vista de la tendencia de las reformas: la violencia doméstica.

alarma social- se sustancian ante los Juzgados de Lo Penal y Audiencias. De alguna manera la hipótesis se ha visto confirmada (pág. 62)” Es esta desproporción lo que lleva a analizar 4110 sentencias de Juzgados de Instrucción (es decir, el 88% de las estudiadas) frente a 538 de otros órganos (12%) Esta desproporción se amplía en el caso de la violencia en el seno de la pareja, que se incrementa al 90’3% de juicios de falta (Pág. 23).

Estos datos nos devuelven a las conclusiones alcanzadas en el seno de la Comisión de Derechos Humanos del Senado del año 1989 que vimos supra, y al estudio de la asociación THEMIS (1999) anteriormente analizado. No nos resulta por lo tanto extraña ya en este estudio la siguiente afirmación (GARCÍA CALVO. 2003): “Por regla general las denuncias por violencia doméstica son consideradas faltas y decididas como tales [es por esto que] desde la perspectiva de las organizaciones defensoras de los derechos de la mujer, se ha venido apuntando reiteradamente que numerosos hechos que deberían ser considerados como delito, reciben un tratamiento procesal de faltas” (pág. 64)”.

Además, la huida del Derecho se nos vuelve a poner de manifiesto cuando tomamos en consideración(GARCÍA CALVO. 2013) otro dato: que de todos los asuntos analizados **el 66’5% recibieron sentencias absolutorias** -3.033 asuntos- frente al 33’5% que fueron condenatorias -1.531- (pág. 157) por lo que, de acuerdo con dicho informe “estos datos parecen estar en consonancia con la hipótesis más barajada de la tendencia a la absolución en los casos de violencia doméstica, lo cual sintoniza con la impresión generalizada –casi una alarma social- sobre la **impunidad** de los malos tratos intrafamiliares” Concretando aún más, “**la absolución es la norma en los juicios** (en el caso de juicios incoados por falta el 73% son absoluciones frente al 27% de condenas).Y **en caso de condena, la norma es la apreciación de falta**, lo que lleva aparejado que la mayoría de las penas impuestas sean las de multa y, por último, una apreciación de los tipos penales por los que se condena (GARCÍA CALVO. 2003), arroja que el art. 153 CP tiene un peso del 6% en relación al resto de las condenas⁴⁰. Lo curioso de esto es que se nos diga (GARCÍA CALVO. 2003) que “otro dato importante a tener en cuenta...es el de las agresiones anteriores. Por lo que se refiere a [esto] en los supuestos de violencia en la pareja se observa que en el 59% de los casos ha habido agresiones previas -**el 72%** si descontamos las fichas en las que no constan datos o estos no han podido ser categorizados- (pág. 145)” Es decir, en más de la mitad de los casos de violencia doméstica (utilizando la cifra más conservadora) han existido agresiones anteriores” Lo que no está en relación con la escasa subsunción de los hechos en el tipo del art. 153 CP (delito de violencia habitual). Entiendo que ello nos

⁴⁰ Se señalan en este informe (GARCÍA CALVO. 2003) que las condenas se refieren al art. 153CP en un 6%, al delito de amenazas en un 4%, lesiones un 7% y en cuanto a las faltas del art. 617.1 (lesión no constitutiva de delito) el 34%; del art. 617.2 (agresión sin lesión) el 9%; del 620.1 (amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos) el 2% y del 620.2 (amenaza, coacción, injuria o vejación injusta) el 28% (pág. 183).

habla, creo que de modo muy gráfico, de la inaplicación de este precepto. Volvemos, pues, a la huida del Derecho. En definitiva, **El hecho diferencial sigue siendo norma.**

2.2) Los sesgos de género en la reforma. De nuevo, a mi modo de ver, sin embargo, el impulso legislativo lleva a ampliar el círculo subjetivo del tipo sin dar respuesta cabal a los problemas prácticos del precepto ya enunciados anteriormente. Se insiste en la violencia doméstica, que existe y debe ser atendida, pero no en la de género. Las modificaciones que la L14/99 lleva a cabo, en lo relativo al art. 153, propone una ampliación del sujeto pasivo a:

I- Ex cónyuges o ex parejas de hecho. Se supera el margen del ámbito que hemos venido llamando “intrafamiliar”⁴¹ Puede apreciarse que el problema en este caso, no se sitúa en la nueva inclusión que, como se ha dicho ya (FERNÁNDEZ PANTONA P, 2009)⁴² y con base en los datos que hemos venido poniendo de manifiesto a lo largo de este estudio, el ámbito de la pareja y ex pareja se acerca más a una parte real de la violencia de género. Desde mi punto de vista el problema está en la inclusión de una ampliación con conceptos neutros, con ninguna alusión a la discriminación de género, de nuevo, del ámbito subjetivo, donde se desdibuja este tipo de violencia como fenómeno criminológico específico. Se insiste, pues, en lo que ya estaba en los orígenes de la norma⁴³.

⁴¹ A este respecto se ha llegado a afirmar (BOLEA BARDON. 2007), que “con esta reforma se da el primer paso hacia un progresivo abandono de los fenómenos violentos exclusivamente domésticos [yo diría, exclusivamente intrafamiliares], esto es, producidos en el marco de la convivencia actual, y se amplía la protección también a las personas que fueran objeto de violencia por parte de su ex cónyuge o ex pareja. Ello implicaba dar al delito de violencia doméstica una naturaleza radicalmente distinta de la que había tenido hasta el momento. El ejercicio de la violencia penalmente relevante a los efectos de ser castigado de forma independiente ya no era sólo el que se producía en el contexto de una convivencia ‘anormal’ sino que también lo era el que se producía por razón de los vínculos afectivos...pasados”.(p. 02:7))

⁴² Nos dice esta autora “...buena prueba de la deficiente regulación que ya empezaba a ponerse de manifiesto desde distintas instancias sociales y jurídicas, fue la reforma que se realizó en 1999 –tan sólo cuatro años después de un ‘nuevo código’ –con más que significativos avances que hace asomar de alguna manera lo que hoy consideramos violencia de género, al menos respecto a la cuestión de los sujetos que podían ejercer la violencia al incorporar como posibles autores a ‘ex cónyuges’ o ‘ex compañeros sentimentales’ (pág. 246)”. Son cuestiones como estas las que ponen en evidencia que el avance en materia de violencia de género ha sido progresivo y ha requerido espacios de discusión y aceptación social y política constantes. Lo que la LOIVG, luego lo veremos, no aplaca, sino que acentuará.

⁴³ Una circunstancia significativa: respecto de la falta de lesiones (maltrato no habitual) del art. 617.2. Se pretende corregir (de hecho se corrige) la incongruencia legal que determinaba distintos ámbitos subjetivos a la falta respecto del delito de maltrato habitual, por la vía de la remisión al art. 153, es decir, será falta de maltrato siempre que el hecho típico (“el que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”) se produzca en el ámbito del art. 153 y se introduce (volvemos a esa tendencia a producir las reformas a través de los hechos más leves) un nuevo párrafo en el art. 620 CP, que da entrada a la falta de amenazas leves (con armas u otros elementos peligrosos) con remisión al ámbito subjetivo del art. 153⁴³. Es decir, las reformas son de mera técnica legislativa, manteniendo el sentido de la normativa anterior.

II-Introduce como modalidad de maltrato habitual, la violencia psíquica (nada que objetar)

III- Pretende mejorar la definición relativa al concurso de delitos, para dar facilidad a una interpretación acorde con la intención del legislador, que facilite la aplicabilidad de la norma.

IV- Introduce una definición de la habitualidad, en consonancia con lo que se dijera en la circular 1/1998 de la Fiscalía General del Estado, que alejara el concepto de “reo habitual” del art. 94 del CP, que aquella denunciaba.

Pero a pesar de toda la literatura y jurisprudencia habida hasta el momento, sobre todo en cuanto a la discusión sobre el bien jurídico protegido, se mantiene la ubicación del precepto en el ámbito de las lesiones -aunque tal concepción está ya superada en dicho momento por la propia jurisprudencia, como hemos visto- quizá sobre la base de una visión histórica y restringida de qué es el maltrato y, desde luego, en nada atinente a la naturaleza de la violencia de género, ni al tipo del propio precepto. Es cuando menos sospechosa esta reticencia del ámbito legislativo a desvincular la violencia que tratamos (un tipo específico de discriminación) de las meras lesiones, lo que es muy significativo si tomamos en consideración que la violencia que está en el empuje legislativo es la violencia de género, siempre “tapada” en otro círculo subjetivo más amplio. Es decir, parece que, de nuevo, el concepto de familia estereotipado, el que atribuye el tradicional papel de la mujer a este ámbito y que delimita una esfera privada de poder del páter familias puede estar en la base de esta reticencia. **Porque reconocer que el bien jurídico es distinto equivale a reconocer a la mujer como sujeto autónomo de derechos al margen del ámbito en el cual su relación se desenvuelva.**

2.3) la protección de la víctima.

2.3.a).- La denuncia y la desprotección En el epígrafe titulado “los hechos de la realidad” ya mencioné las circunstancias que rodeaban la denuncia de la víctima en estos casos y cómo el mero hecho de formularla dejaba a la denunciante en situación de indefensión, creando una verdadera tesitura de peligro para la misma. Principalmente hicimos una primera aproximación a las presiones que desincentivaban a la víctima a formular la denuncia -necesaria para las faltas de acuerdo con el art. 104 Lecrim-, a las que luego deberemos volver, la ausencia de medidas de protección limitativas de derechos adecuadas a estas circunstancias que procuraran una inmediata protección a la misma dando respuesta a la situación creada por la denuncia -agravado por el hecho de la habitual calificación de los hechos como falta- e inoperancia de los procesos civiles en el ámbito del Derecho de Familia para regular la

situación familiar tras la denuncia por estos hechos⁴⁴. La L14/1999 pretende dar respuesta a estos problemas, que requerían una modificación normativa superadora de las meras redacciones de tipos penales sustantivos y que introdujera los instrumentos necesarios para poder corregir esta situación, dando herramientas de protección y apoyo a las víctimas de estos delitos.

2.3.b).- Medidas cautelares limitativas de derechos. Debemos iniciar, pues, el recorrido de esta parte del estudio por la incorporación a nuestra Lecrim del art. 544 bis⁴⁵ -y, en relación con ello, la reforma del art. 13 del mismo cuerpo legal-. Aquel art., dando respuesta a una de las necesidades expuestas, regula la posibilidad de adoptar medidas cautelares distintas a las de detención o prisión provisional. Pero aunque la reforma se produce en el marco de una Ley que introduce modificaciones legales en materia de malos tratos, va más allá, de modo que estas medidas cautelares pueden ser adoptadas en el marco de los delitos del art. 57 del Código Penal⁴⁶ (MARTÍN ESPINOSA. 2001: pág. 79; RUBIALES BÉJAR, ESTHER EVELIA

⁴⁴ Para tener un más exacto conocimiento de la dimensión de este problema, baste poner de relieve los datos, extraídos de la Macroencuesta llevada a cabo años después, en 2015, por el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estudiados por PERAMATO MARTÍN (2016), de acuerdo con la cual “...resulta escalofriante saber que de los familiares a los que la víctima contó su situación, el 18% les aconsejaron que dieran otra oportunidad al maltratador, el 18’1% reaccionaron con indiferencia y, lo que es peor, el 11’5% recriminó a la mujer maltratada (pág.3)”, lo que deja un escaso margen de personas de su círculo de confianza para brindarle apoyo. Añadamos la propia complejidad de la relación de pareja, los efectos trascendentales que la denuncia produce en la familia, las repercusiones en los lazos afectivos y emocionales y, también en lo económico, así como las consecuencias psicológicas propias del modus operandi de esta violencia (el ciclo) y tendremos un cuadro más preciso de la situación (DELGADO MARTÍN, 2001; pp. 115-118)

⁴⁵ Este art. resulta del siguiente tenor: “En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el art. 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculcado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma....En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas....Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculcado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de las medidas como tras su finalización....El Incumplimiento por parte del inculcado de la medida acordada por el Juez o Tribunal, podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar”.

⁴⁶ Que, tal y como queda redactado en esta Ley, se refiere a los “...delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico”. En este ámbito, pues, se produce un proceso que entiendo es paralelo, aunque no exactamente con el mismo alcance, a aquel en cuya virtud ante demandas relativas a la consideración penal de la Violencia de Género, se contestó con una sucesión de reformas que fueron desde la regulación de la violencia intrafamiliar a supuestos de relación intersubjetiva más amplios. En el caso de la protección, la toma en consideración de la víctima tiene detrás el mismo impulso, por esto que se incluya en una ley reguladora de los malos tratos, pero acaba produciendo una reforma que excede este ámbito al más amplio de los delitos comprendidos en el art. 57 CP.

2002, p. 427)⁴⁷. En paralelo se produce una modificación en el art. 57 del Código Penal para incluir, entre las penas accesorias (para los delitos que contempla) las medidas de prohibición de aproximación y/o comunicación con la víctima (sus familiares u otras personas que el Juez determine), que se añade a la medida de prohibición de volver y acudir a determinados lugares, y, lo más trascendente, posibilitando la adopción de estas penas en los casos de faltas del art. 617 y 620 del Cp⁴⁸, muy importante ya que lo cierto es que (MARÍN DE ESPINOSA. 2001) los malos tratos consisten en conductas que forman parte de un ciclo de violencia, conductas frecuentes que se repiten periódicamente. Estas conductas unas veces son faltas, otras –casi siempre- se catalogan como tales dada la minimización del fenómeno. Pero son conductas que ponen de relieve el riesgo de producir otra agresión, o como afirma GIL RUIZ (2004), son actos que por sí mismos exteriorizan la violencia [de género] (pág. 142) Se contemplan, así, estas penas, como fórmulas de protección de la víctima una vez dictada la sentencia y para su posible aplicación a todos los supuestos, independientemente de su catalogación jurídica en delitos o faltas.

La intención es, pues, proceder a la inmediata protección a la víctima, de ahí que ahora el art. 13 quede redactado del siguiente modo: “Se considerarán como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse, a tal efecto, las medidas cautelares a las que se refiere el art. 544 bis de la presente Ley”

Es decir, se dota de mayor contenido al deber de protección a la víctima. Es más, le empieza a dar sentido, porque las medidas cautelares de detención y, sobre todo, de prisión, no tenían una finalidad de protección, sino de asegurar el proceso: evitar la destrucción de pruebas, la incomparecencia del inculpado en la causa. Es más, el art. 503 Lecrim (prisión provisional) señalaba que el juez debería atender, para adoptarla, a la naturaleza del delito, antecedentes del inculpado o la frecuencia con se comentan hechos análogos: lo que equivale a una cuestión de prevención general.

2.3.c).- El carácter público de los tipos penales relativos a los malos tratos

También en respuesta a uno de los problemas mencionados, con la reforma de 1999 desaparece del art. 104 del CP la referencia a las faltas de malos tratos, que dejan de requerir para su persecución denuncia de la víctima y pasan a ser públicas. ESPINOSA

⁴⁷ Estas autoras señalan la frecuencia con que en la violencia de género se producen, tras la sentencia, acercamientos y hostigamiento tanto a víctima como a su entorno, de ahí la extensión de la pena de “alejamiento” a la víctima u otras personas que el juez determine: esto demostraría el impulso de la violencia de género en esta reforma.

⁴⁸ Donde se contienen las faltas de malos tratos, lo que añade argumento para la demostración que el impulso legislativo se encuentra en éstos, aunque luego la norma vaya más allá

CEBALLOS. (2001,) hace referencia al informe emitido por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder judicial, aprobado en Pleno de 19 de Junio de 1998, que proponía esta regulación, alegando que “... no cabe duda de que una vez interpuesta la denuncia por la víctima, su retirada no impedirá la persecución de oficio de estas conductas, cuando, además, el desistimiento en el ejercicio de estas acciones puede venir provocado en la práctica por circunstancias externas a la voluntad e interés de la víctima (pp. 82-89)”. Se trata de evitar las presiones que desincentiven a la víctima y obligar al órgano jurisdiccional a investigar los hechos. Lo que, por cierto, como más tarde veremos, no ha sido recibido de modo pacífico por la doctrina.

2.3.d).- Estereotipos de género: las limitaciones para la aplicación de las medidas cautelares. Art. 416 Lecrim, versus tipos penales de carácter público. De acuerdo con el contenido de las modificaciones normativas introducidas por la L14/1999, entiendo que debo señalar dos problemas:

a) En la dicción literal del art. 544 bis, observamos que las medidas cautelares están previstas sólo para delitos, lo que excluye la posibilidad de su adopción para la gran mayoría de supuestos que, como vimos, se tramitan como faltas. La reducción es importante y trascendente, porque acabamos de ver cómo la justificación cabal de la reforma la encontramos en la violencia doméstica y que esta se corresponde con una sucesión de hechos calificados, la mayor parte de las veces, como leves, lo que limita mucho su virtualidad y da de nuevo un camino a la dogmática jurídica para encontrar fórmulas de aplicación restrictiva.⁴⁹ Esto nos parece el fruto lógico de la minimización de la violencia de género, restando trascendencia al fenómeno⁵⁰. Desde luego no da respuesta a la gran mayoría de los supuestos de violencia tramitados en los órganos jurisdiccionales. Bastaría insertar cada acto de violencia en el ciclo de la violencia de género para comprender que el alcance es distinto del que tendría el acto aislado por sí mismo.

En cualquier caso, (FREIRE SAN JOSÉ .2005) en el año 2002 la tónica era “... la falta de adopción de estas medidas de protección...” Y señala que la propia Memoria

⁴⁹ Algún sector de la doctrina se ha inclinado por una interpretación que permitiera la aplicación del art. 544 bis a las faltas. Así, se ha afirmado (BOLDOVA PASAMAR. 2003) que “...tal y como sucede en ocasiones en el Código Penal, el término delito se puede utilizar en sentido amplio comprensivo de delitos y faltas...y como la LO 14/1999 de 9 de junio....en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento criminal introdujo entre otras novedades la aplicación de las penas accesorias del art. 57...también a las faltas...se puede concluir que la voluntad objetiva de la Ley apunta a que tales medidas cautelares podrían aplicarse no sólo durante la tramitación de delitos, sino también de faltas de malos tratos (pág. 307)

⁵⁰ MAQUEDA ABREU (2006) hacen referencia a que el propio CGPJ entendía que “...con frecuencia las agresiones primeras...aparentemente carentes de verdadera gravedad...son calificadas como faltas [pero] en muchas ocasiones llevan el germen de la violencia moral...que a veces tiene un reflejo físico [o, no siendo así] comporta una gravedad intrínseca apreciable cuyas nefastas consecuencias se acaban manifestado con el tiempo... (pág. 129)” por lo que propone que las medidas cautelares alcancen a las mismas. También hace una reflexión crítica sobre este informe en otros textos (MAQUEDA ABREU 2007).

del año 2002 de la Fiscalía General del Estado puso de relieve que “...En España sólo se adoptaron medidas de alejamiento en el **11’22%** de los procesos seguidos por delito...” (pág. 25) Era fácil preverlo, no sólo por la tendencia a la huida del Derecho que es la base de nuestro estudio, sino porque además, la propia literalidad del precepto dejaba abiertas puertas de escape que facilitaban dicha huida - que fácilmente fueron acogidas, dada la inercia que ya conocemos-. Basta con hacer una somera lectura del penúltimo párrafo de ese artículo para apreciarlo: el órgano jurisdiccional, para adoptar la medida, “tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de las medidas “. Es decir, introducen medidas de protección que no son absolutas porque relativizan dicho objetivo en atención a otras circunstancias –del agresor- que entiende más relevantes - el imperativo “tendrá”, no deja lugar a dudas-. Prima el derecho al trabajo, por ejemplo, o la estabilidad económica del agresor sobre la situación de riesgo de la propia víctima, que queda relegada, en tal supuesto, a un segundo plano. A ello hay que añadir la difícil apreciación de estas circunstancias en las primeras diligencias, porque requieren de ciertos elementos de investigación y estos de tiempo. **Un problema del legislativo, de redacción de la norma, pues, que suponen un sesgo minimizador de la gravedad de la violencia de género y los peligros y consecuencias que produce, y una continuidad de la inercia de huida del Derecho.**

b).- En relación con el carácter público de las faltas de malos tratos -ahora los sesgos se refieren a la aplicación de la norma- siguiendo con el fenómeno de minimización de estas conductas y de buscar vías de salida del derecho, resulta paradójico que se establezca el carácter público de las mismas, es decir, que deban ser perseguidas de oficio y que, sin embargo, se mantenga una interpretación del art. 416 Lecrim en cuanto a la dispensa de declarar contra el inculpado por parte de “...los parientes del procesado en línea directa ascendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el nº 3 del art. 261...” porque por esta vía se facilita la retirada de la denuncia y, dado el ámbito privado de perpetración del delito y la dificultad de prueba, parece darle carta de naturaleza al perdón del ofendido (que no debe tener operatividad nunca en estos tipos de delitos⁵¹), porque al facilitar la retirada de la denuncia -no volvemos aquí sobre las presiones que para ello sufre la víctima y que acabamos de ver que el propio CGPJ reconoce- en la mayor parte de las ocasiones ello implica el sobreseimiento o la absolución⁵². Una interpretación un tanto extensiva, si

⁵¹ Lo que se regula, con carácter general, en el art. 130 del CP

⁵² Ya vimos supra como el propio informe de la asociación THEMIS (1999) achacaba al mal funcionamiento de la justicia y la desprotección en que dejaba a la víctima, el 56% de las retiradas de denuncias por éstas.

tenemos en cuenta que el precepto nace en 1882 con una finalidad bien distinta⁵³ Para apreciar el sesgo, habrá de señalarse que la jurisprudencia ha venido señalando que esta postura se corresponde no sólo con la salvaguarda de la solidaridad entre los miembros de la familia, acorde con el deber de protección de la familia ex art. 39 de la Constitución Española, sino además, con el derecho a **proteger la intimidad del ámbito familiar**⁵⁴. Volvemos al estereotipo de género encerrado en un concepto aparentemente neutro: la familia. Preservar la intimidad familiar ha llevado a una interpretación del precepto ex art. 416 Lecrim que va más allá de las intenciones que en el S. XIX se propusiera el legislador

3. Las importantes reformas del año 2003 ¿antesala de la Ley Integral?

3.1.- los nuevos tipos penales de violencia doméstica: Hemos visto, tras las reformas impulsadas en 1999, que muchas cuestiones antiguas quedaron sin resolver y aparecían otras nuevas al hilo de las reformas introducidas. Es por esto que el año 2003 se produzca otro impulso legislativo de calado, que afecta tanto a los tipos penales como a la esfera de protección de la víctima abierta en 1999. Es verdad que pretenden resolver cuestiones que necesitaban de atención pero, además, introducen modificaciones que tendrán una gran influencia en la LOIVG –en algún caso se han llegado a tildar de antesala o precedente de dicha Ley-

Cuatro años después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la L14/1999 introdujo una reforma a los delitos de la órbita de la violencia doméstica y, de nuevo, cuatro años después de la última reforma y por Ley Orgánica 11/2003 de 29 de septiembre, “de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social” se acomete una nueva revisión de los tipos penales relativos a esta violencia. Importante si tomamos en consideración que, en buena parte, las reformas van a influir en la posterior LOIVG, sobre todo en lo que respecta a la ubicación sistemática de los preceptos correspondientes a los delitos que esta Ley configura y a la idea de integralidad -primera vez que se recoge en un precepto legal la atención integral-, es decir, de actuación coordinada en todos los ámbitos de atención. Podríamos, en este caso, señalar como relevantes, en lo que interesa a este trabajo, los siguientes aspectos en relación a la nueva regulación legal:

⁵³ CASTILLEJO MANZANARES. (2014) no dice que “el grupo de expertos del Violencia Doméstica y de Género del CGPJ, en su informe de 20 de abril de 2006 relativo a los problemas detectados en la aplicación de la LO 1/2004, concluyó que ‘cuando un pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 de la Lecrim., previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo, no como víctima.(p. 65)” Vid. OSUNA RODRÍGUEZ. 2011. pp. 45 a 52)

⁵⁴ Un estudio de esta circunstancia lo encontramos en PERAMATO MARTÍN. (2016). Esta autora señala las siguientes sentencias: STS Sala II, secc. 1ª 292/2009; STS 1547/2009; STS 2648/2010; STS 3041/2016. Ciertamente esta autora indica una evolución jurisprudencial más limitativa del ejercicio de este derecho, cuando, por ejemplo, SSTs 101/2008 y 449/2015, entienden que si la víctima denuncia, el hecho de denunciar supone que acude a la policía en busca de protección o a la autoridad competente formulando denuncia, en cuyo caso no tiene por qué hacerse la advertencia de la dispensa contenida en el art. 416 Lecrim., pues se debe entender que tácitamente ha renunciado a ello

1.- El anterior art. 153Cp (violencia habitual), pasa a ubicarse entre los delitos contra la integridad moral, por esto que se traslade el tipo al art. 173.2⁵⁵ CP, que se encuentra entre los delitos de torturas y contra la integridad moral (Título VII del Libro II del Cp)⁵⁶. Estamos, pues, ante una respuesta al problema suscitado doctrinalmente y en la práctica jurídica en relación con el bien jurídico protegido por un delito que, aun ubicándose entre las lesiones, ya se entendía como autónomo y cuyo objeto jurídico difería de aquellas. De hecho se tuvo que referir a ello la Circular de la Fiscalía General del Estado en 1998⁵⁷. También hemos visto con anterioridad cómo ya en 1989 la Comisión de Derechos Humanos del Senado apuntaba que los actos constitutivos de malos tratos suponían una atentado contra bienes jurídicos que trascendían la integridad y la salud física (entonces no se contemplaba la psíquica)⁵⁸ También nos hemos referido en páginas anteriores a una jurisprudencia que, a partir del año 2000 y dentro de la paz familiar, ya hacía referencia en cuanto al bien jurídico protegido a la protección de la dignidad humana, del derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante, aunque en el seno de la protección de la familia - que, como veremos

⁵⁵ Este art. queda redactado como sigue: "...2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica... Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza... 3. Para apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores".

⁵⁶ Para un análisis completo de la reforma, ver MUÑOZ SÁNCHEZ (2007)

⁵⁷ . Observemos que ya entonces en dicha circular se nos decía que "Debe repararse, pese a [su...] sistemática, que el art. 153 no pretende únicamente la protección de la vida, la salud o la integridad física de las personas [propio de las lesiones], sino que tutela, además y esencialmente, otros bienes necesitados de protección que podrían reconducirse al ámbito de protección de los arts. 15 y 39 de la Constitución Española: **la integridad moral o el derecho a no ser sometido a trato inhumano o degradante (art. 15)**, así como la paz y el orden familiar"

⁵⁸ Se decía entonces que los malos tratos "suponen una violación de sus libertades individuales, dignidad y autodeterminación".

seguidamente, ha ampliado tanto sus límites que ha acabado por desdibujarse también ella⁵⁹. Pero hemos tardado **catorce años** en atender esta necesidad⁶⁰

2.- Ampliación del ámbito subjetivo. Nos mantenemos, pues, en lo que ya conocemos en expresión de FARALDO CABANA (2006) como la paradoja propia de estos delitos, que impulsados por las cifras y la sensibilidad ante la violencia contra las mujeres, terminan por crear tipos que incluyen un cada vez mayor círculo de sujetos activos y pasivos, en el que como el azúcar en el agua se diluye la violencia de género. Una inercia que se mantiene constante desde el año 1989 y que ahora rebasa los límites familiares y afectivos⁶¹, de modo que (BOLEA BARDÓN, C. 2007) “...a partir de este momento en un mismo precepto se hallan recogidos tres tipos de violencia: doméstica, de género y asistencial (pág. 02:12)”. Los límites subjetivos se difuminan aún más. Se sigue una inercia que ha acompañado al tipo penal durante aproximadamente 15 años, a lo largo de cuatro redacciones sucesivas, insistiendo en aquella paradoja, porque el impulso originario de la violencia de género se mantiene, pero los tipos penales cada vez se han alejado más de ella.

3º.- Siguiendo la tónica que venimos observando en las reformas legales precedentes, se vuelve a insistir en los tipos menos graves. En este caso, las faltas ex. Art. 617 y 620 del CP del ámbito de la violencia doméstica pasan, con una dudosa técnica legal⁶², a la consideración penal de delito a través de una nueva redacción en

⁵⁹ Nos dice MORILLAS CUEVAS (2009) que “...la ampliación del círculo de sujetos que supone la reforma rompe definitivamente con la idea de protección familiar para abrirse a otras hipótesis en una versión más moderna, integradora y realista de la denominada violencia doméstica. Desde ese momento el punto de referencia de dicha forma de violencia es el susodicho artículo, con su carácter de habitualidad, en el que se mantienen, como no podía ser de otra manera, los cónyuges que sean o hayan sido o las personas que estén o hayan estado ligadas por análoga relación e afectividad, aun sin convivencia...” (p. 29)

⁶⁰ Otras cuestiones resaltables de la reforma sí corresponden a un intento de respuesta a necesidades detectadas de las víctimas. Tiene que ver con que en el tipo en cuestión (también ocurre en el nuevo art. 153 de maltrato no habitual) se incluyan como penas, además de las de prisión, la de “...privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años” que es evidente tiene una intención tuitiva, de protección de la víctima “...y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años” Con lo que se inicia una atención a los menores víctimas de violencia de género que luego será continuada en la LOIVG. Además introduce ciertas conductas agravadas que entiendo acertadas, en concreto: “Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza”. Aunque como veremos, esta agravación automática por datos o circunstancias objetivas también ha sido recibida de modo no pacífico por la doctrina.

⁶¹ Abarca relaciones familiares, cuasi familiares; el núcleo convivencial del agresor o asimilado, el de las relaciones afectivas y de tutela y asimilados. La familia está incluida, pero rebasada.

⁶² no se comprende muy bien cómo las amenazas – provenientes del art. 620 – se incluyan en el ámbito de las lesiones, donde se ubica el precepto reformado, cuando las amenazas tradicionalmente se ubican en nuestro Código Penal entre los delitos contra la libertad

el art. 153⁶³. Sobre este precepto volveremos al internarnos en la LOIVG. En todo caso, el ámbito subjetivo coincide con el del art. 173.2, la pena se eleva considerablemente, pues desde las penas de arresto, en un caso, de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses (art. 617.2 ahora reformado) y, en otro (art 620. 3 ahora reformado) de dos a cuatro fines de semana o multa de diez a veinte días, se pasa ahora a la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días⁶⁴

3.2.). Ningún cambio significativo en relación a la violencia de género. La reticencia de los sesgos. En definitiva, vista la progresión de los tipos penales desde el año 1989, podríamos decir que seguíamos en 2003 en lo tocante a la violencia de género, a su consideración como hecho criminógeno específico –un tipo específico de discriminación- sin novedades. Los tipos han evolucionado, se han limado algunos problemas técnicos y se ha fomentado su aplicabilidad, pero se han alejado cada vez más de la realidad que los impulsa. Es obvia la reticencia a asumir su singularidad y otorgarle valor jurídico a la misma. Pero el impulso sigue, a mi juicio, siendo el mismo: la violencia de género en el ámbito de la pareja.

3.3.) La orden de protección y la atención integral de la víctima.

3.3.a).- Justificación de la reforma. Acabamos de ver que las medidas recogidas en el art. 544 bis Lecrim contenían lagunas importantes y que todavía en el año 2002 el resultado era una adopción muy restringida. Es decir, la situación de la denunciante no había variado sustancialmente en relación a su protección. Por lo tanto, de nuevo se hacía necesario afrontar reformas legales para hacer frente a estos nuevos retos. Se introduce entonces el art. 544 ter de la Lecrim que ahora quiere abordar la protección a la víctima (todavía de violencia doméstica) desde una posición más realista y adecuada. Este artículo regula la Orden de Protección y, con la misma,

⁶³ Que queda redactado del siguiente modo: “El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear a o maltratar a otro sin causarle lesión, o amenazara a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza”.

⁶⁴No hay quien no haya criticado la ubicación del precepto entre las lesiones. Así, nos dice TAMARIT SUMALLA (2016) que “...cabe llamar la atención sobre el criterio sistemático adoptado por el legislador, pues podría parecer que las mismas razones que justifican el cambio de ubicación del tipo delictivo del anterior 153 concurren en la nueva figura típica incorporada ahora en este mismo artículo, de modo que hubiera parecido más coherente ofrecer un tratamiento sistemático conjunto de las dos infracciones que tienen una buena parte de elementos comunes y responden a una misma orientación político-criminal (PP. 122-123).”

se da entrada en nuestro Derecho Penal por primera vez a la idea de actuación Integral frente a la violencia de género en relación a las víctimas, que luego será clave en la LOIVG.

No es este el lugar adecuado para un análisis exhaustivo de todos los factores que intervienen en la violencia de género. Existen numerosos artículos y estudios al respecto, en España sobre todo desde los hermanos LORENTE ACOSTA (1999). Se ha estudiado la especificidad de su causa, que se encuentra inmersa en un problema estructural de la sociedad: la discriminación por razón de género⁶⁵; la especificidad del modo de desarrollo de la misma -sobre todo en lo atinente al llamado ciclo de la violencia, que en el ámbito de las relaciones de pareja, además, incluyen la afectividad y los proyectos de vida- y la especificidad de las consecuencias, especialmente agudas -a las consecuencias a largo plazo que el ciclo produce, se añaden las lesiones y consecuencias puntuales de cada hecho, resaltando en este tipo de maltrato las secuelas psíquicas-. Estamos en el ámbito jurídico y me quiero ceñir al mismo pero, al propio tiempo, no se puede ignorar la realidad a la cual se aplica y en la cual el Derecho quiere desplegar sus efectos. Con esto quiero decir que afrontar la protección de la víctima requiere conocer su situación real. El ciclo de la violencia no termina (si no es la propia víctima la que le pone fin), porque es un ciclo perpetuo con picos más intensos y más suaves, es sostenido en el tiempo y cada agresión no es un hecho puntual, sino otro hecho más que pone de manifiesto el riesgo de su continuidad⁶⁶.

La situación en la cual queda la mujer víctima de un hecho de maltrato en el ámbito doméstico sabemos que atañe a su necesidad de protección frente al agresor, pero también de la situación familiar - respuesta civil a la situación tras la denuncia-, laboral -sobre todo si es la mujer la que tiene que huir, pero también por las secuelas propias de este tipo de violencia- o económica -respecto de ella y su círculo familiar- y que tras la denuncia, dado que se existe una relación familiar de agresor y víctima - muchas veces, tras la separación o el divorcio, a través de las relaciones con las y los hijos- se ha venido denunciando la necesidad de una respuesta global, integral, que

⁶⁵ Sólo hay que invitar a estudiar las distintas estadísticas relativas a todos los ámbitos de la realidad (política, cultural, social, familiar, laboral, de organización del tiempo y tiempo libre, de conciliación de la vida profesional, personal y laboral y de corresponsabilidad) para apreciar que las cifras arrojan como dato la discriminación de la mujer en todos ellos. A pesar de la legislación igualitaria, la realidad insiste en la diferencia, porque ésta se adentra en nuestra historia, en nuestros orígenes culturales y el desarrollo de nuestra cultura, porque se transmite por todos los medios de socialización y transmisión de la cultura, como parte de la misma y, por lo tanto, como una cuestión naturalizada, de un modo acrítico (cuentos, relatos, modelos).

⁶⁶ SOTORRA CAMPODARVE (2003) nos dice de la víctima: “....cuyas circunstancias personales por un lado y la profunda afectación que la situación vivida les produce, a través del denominado Síndrome de la Mujer Maltratada, por otro, con una dependencia psicológica y emocional de la pareja a consecuencia de sus relaciones, tendencia a la sumisión, temerosa de posibles represalias, con baja autoestima e incapaz de tomar decisiones sin [...] supervisión, aboca frecuentemente, primero a silencios que impiden la puesta en conocimiento del hecho delictivo en el ámbito judicial, segundo, caso de que arriben al mismo, sentencias absolutorias por falta de pruebas (pág. 384)”.

ayude a la mujer denunciante a salir del círculo de la violencia, a asegurar su persona y la de sus familiares y a rehacer sus vidas.

Por lo tanto, este es un paso más en el camino de protección a la víctima iniciado en 1999 a que nos referíamos anteriormente, que ahora se amplía y hace entrar, como veremos en seguida, en funcionamiento elementos jurídicos y extrajurídicos⁶⁷.

3.3.b).- Las claves de la orden de protección. Pues bien, la orden de protección es un paso más en el desarrollo de un estatuto jurídico para la víctima, en el nacimiento para la ella, por el mero hecho de serlo y sin tener que ejercitar acción penal alguna, de derechos específicos y, al propio tiempo, un elemento más de contenido del deber de protección de la víctima y otras personas que señala el art. 13 de la Lecrim. que esta misma Ley reforma para incluirla entre las “primeras diligencias⁶⁸”. Y su ámbito serán los delitos de violencia doméstica. Seguimos, pues, en la tónica general de las reformas anteriores. Pero aunque esto es así, no me parece trivial que la exposición de motivos de la Ley que lo regula le dé carta de naturaleza expresa a la violencia de género, al mencionarse explícitamente ésta: “La violencia ejercida en el entorno familiar y, en particular, la violencia de género constituye un grave problema de nuestra sociedad que exige una respuesta global y coordinada por parte de todos los poderes públicos”. Ya lo sabemos: el impulso sigue siendo el mismo, la violencia de género, pero la respuesta penal sigue diluyéndola.

Se trata ahora de que cuando se denuncie un hecho no sólo constitutivo de delito, sino también de falta de violencia doméstica⁶⁹—se responde así a una de las más importantes lagunas que vimos contenía el art. 544 bis Lecrim. para la protección de la víctima y que incluso ya en el año 1999 reclamaba la Fiscalía General del Estado⁷⁰— si tal necesidad se deriva de una situación “objetiva” de riesgo percibida, el

⁶⁷ Podemos decir que este nivel protector culmina poco después con la ley 13/2003 de 24 de octubre de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional. Porque desde este momento, al objetivo de prevención general que ya vimos en la página 26, se le añade otro, ya que se puede adoptar la medida con el fin de “evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando ésta sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2. Es evidente aquí también, pues, que el impulso de la reforma es también la violencia de género, y que pretende facilitar la imposición de esta medida cautelar en estos supuestos, porque además, en los mismos no tienen por qué atenderse las limitaciones de gravedad de pena imponible que se señalan con carácter general.

⁶⁸ El art 13 queda ahora redactado del siguiente modo: «Se consideran como primeras diligencias la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, la de recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente, la de detener, en su caso, a los presuntos responsables del delito, y la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo, a sus familiares o a otras personas, pudiendo acordarse a tal efecto las medidas cautelares a las que se refiere el artículo 544 bis o la orden de protección prevista en el artículo 544 ter de esta ley.»

⁶⁹ Circunscrita ahora a los delitos contra la vida, la integridad física y moral, la libertad o seguridad de alguna de las personas ex art. 153 Cp.

⁷⁰ La idea es (DELGADO MARTÍN .2001). que, partiendo de la naturaleza de la violencia de género (la habitualidad, la reiteración, el ciclo de la violencia) y tomando la falta (de acuerdo con las circunstancias

Juez de instrucción puede dictar esta Orden de Protección que se constituye en un Estatuto Integral de protección para la ella⁷¹, título que habilita la puesta en marcha de medidas de protección integrales, de modo que la orden recogerá no sólo las medidas cautelares penales (las contempladas en la Lecrim con carácter general), sino, además, las civiles -que en este momento requieren, para su adopción, solicitud⁷² de parte y siempre que existan hijos/as menores- en un claro intento de vincular la decisión civil a los malos tratos, otorgándole relevancia a la hora de determinar qué ocurre en el seno familiar sobre todo en lo relativo al régimen de custodia, de visita y/o estancia y alimentos; por último, también concita la puesta en marcha de medidas sociales⁷³. Y se establece que la decisión sea urgente - se encarga en primer lugar al propio Juzgado de guardia de modo urgente (sólo excepcionalmente y por imposibilidad se podrá hacer más tarde, hasta en un plazo de 72 horas) la tramitación de la audiencia para su resolución⁷⁴. Incluso se puede adoptar de oficio⁷⁵.

en las que esta se produzca) como una muestra de peligro, sobre todo teniendo en cuenta que ambos, víctima y victimario, pueden vivir en el mismo domicilio o mantener relaciones familiares a través de hijos o hijas, se entienda la agresión constitutiva de falta como un signo de violencia de género y una muestra de riesgo de continuidad en las agresiones. Nos dice, por esto este autor que “...se trata de proteger a la víctima mediante medidas destinadas a ordenar y controlar el alejamiento físico entre el agresor y la agredida, garantizando la seguridad física y psíquica de esta mientras permanece en el hogar familiar, sustituyendo al sistema de protección consistente en ‘esconder’ a la víctima en centros de acogida de mujeres maltratadas, sacando a ésta y a sus hijos del entorno donde desarrollan su vida diaria y campando a sus anchas la persona que indiciariamente es autor de una o varias infracciones penales. Muy al contrario, el agresor debe asumir las responsabilidades derivadas de sus actos (pág. 135)”.

⁷¹ El nº 5 del art. 544 ter resulta del siguiente tenor: La orden de protección confiere a la víctima de los hechos mencionados en el apartado 1 un estatuto integral de protección que comprenderá las medidas cautelares de orden civil y penal contempladas en este artículo y aquellas otras medidas de asistencia y protección social establecidas en el ordenamiento jurídico”.

⁷² De este modo el nº 7 del art. 544 ter establece que Las medidas de naturaleza civil deberán ser solicitadas por la víctima o su representante legal, o bien por el Ministerio Fiscal, cuando existan hijos menores o incapaces.

⁷³ De hecho, en por RD-Ley 5/2002 se regula por primera vez la posibilidad de acceso a la RAI a las víctimas de violencia doméstica, que luego queda muy vinculada, con posterioridad, a la orden de protección

⁷⁴ Se ha señalado (PÉREZ VIEJO; MONTALVO HERÁNDEZ. 2014) que los principios sobre los que pivota esta Orden son:

- Principio de Protección de la víctima y de la familia: se trata de que tanto la víctima como su familia se sientan seguras.
- Principio de aplicación general: tanto si el supuesto de violencia se puede clasificar como delito o como falta [se] podrá aplicar la orden siempre que [... se] considere necesario.
- Principio de urgencia: conseguir que el procedimiento sea ágil y rápido para que haya una verificación judicial de las circunstancias del suceso y las medidas de protección oportunas.
- Principio de accesibilidad: la solicitud debe ser de fácil acceso para la víctima
- Principio de integralidad: en el momento en que se toma la medida...se obtiene una acción de tutela que reúne medidas civiles, penales y de protección social
- Principio de utilidad procesal: debe facilitar la recogida, tratamiento y conservación de pruebas para favorecer el proceso de instrucción criminal y el trabajo de la policía judicial.

⁷⁵ En este sentido dispone el art. 544 ter 2 que “la orden de protección será acordada por el juez de oficio o a instancia de la víctima o persona que tenga con ella alguna de las relaciones indicadas en el apartado anterior, o del Ministerio Fiscal”.

Pero para mi modo de ver, la mayor virtualidad de la orden de protección, es que su adopción implica, necesariamente, la ruptura del círculo de la violencia (CABRERA ESPINOSA. 2011:pp 549 – 550) y un intento de que la mujer víctima de violencia tenga resortes de salida, subsistencia y seguridad. Creo sinceramente que es una de las mejores herramientas puesta a disposición de los órganos jurisdiccionales para atender a la seguridad de la víctima y su entorno, y proveer a su recuperación⁷⁶.

3.3.c).- los límites de la reforma: aplicación sesgada del art. 544.ter de la Lecrim. Sin negar ahora lo acertado del objetivo de la reforma y del importante mecanismo de protección a la víctima que introduce en nuestro ordenamiento jurídico, debemos también señalar –es el objeto de nuestro trabajo- que en este punto las reticencias y obstáculos a la regulación de la violencia de género en el ámbito doméstico han tenido consecuencias: la protección a la víctima se regula también aquí de forma amplia, introduciendo derechos para las víctimas de un conjunto de delitos, aunque el impulso sigue siendo la violencia de género. De nuevo la asunción de la protección se ha llevado a cabo de forma fragmentaria y escalonada en el tiempo (sobre todo con las reformas de 1999 y de 2003), que no termina nunca de abordar el fenómeno de modo reflexivo y global, sino que encuentra obstáculos y reticencias. Un dato: cuando se incluyen las faltas entre los supuestos en los que se pueden adoptar medidas cautelares, es cuando casi todas las faltas de violencia doméstica han pasado a constituir delito, quedando éstas sometidas a unos tipos residuales en el Cp, un desfase que por sí mismo es suficientemente gráfico. Otro dato: aunque deberemos volver necesariamente a este instituto jurídico cuando nos refiramos a la LOIVG, que es del año siguiente (2004) a su aparición en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que podemos adelantar ciertos problemas que todavía en el año 2010 deja patente las conclusiones del Encuentro Celebrado los días 19 y 20 de Noviembre de 2010 para abordar el Tratamiento Judicial de la violencia de Género en el Ámbito de la Pareja y que la asociación de mujeres juristas THEMIS (2010) pone de manifiesto, podríamos señalar:

1º.- para que se puedan solicitar medidas civiles, es necesario, de acuerdo con la literalidad del precepto, que existan hijos/as menores de edad. Entiendo que de nuevo nos vemos inmersos en la apreciación de la mujer desde su papel de madre, reproductivo. Sin embargo, el problema de las medida civiles también atañe a la

⁷⁶ Otro paso más –y este de gran calado- en la consideración penal de la víctima –de violencia de género- en cuanto al nacimiento para ella de derechos por el mero hecho de serlo. En este caso, por ejemplo, además de lo visto, se indica que (art. 544. 9 ter) “la orden de protección implicará el deber de informar permanentemente a la víctima sobre la situación procesal del investigado o encausado así como sobre el alcance y vigencia de las medidas cautelares adoptadas. En particular...de la situación penitenciaria del presunto agresor...” Y, además (párrafo tercero del punto 4 del art. 544 ter) “durante la audiencia, el Juez...adoptará las medidas oportunas para evitar la confrontación entre el presunto agresor y la víctima, sus hijos y los restantes miembros de la familia. A estos efectos dispondrá que su declaración en esta audiencia se realice por separado”

convivencia entre la pareja, que normalmente reside en el mismo domicilio conyugal, entre las que existen relaciones económicas y de dependencia.

2º.- Se denuncia la apreciación de reticencias a admitir por los Juzgados medios de prueba, además de las declaraciones de las víctimas y agresor y documental (como las de testigos, hijos/as etc.) que pueden servir de apreciación de la circunstancia de riesgo.

3º.- Se denuncian las reticencias de los Juzgados a conectar las consecuencias civiles a la violencia de género, aun adoptándose en el mismo acto, por el mismo Juzgado y a través del mismo instrumento jurídico, con el hecho de la violencia de género que se denuncia e investiga. Es decir, un nuevo margen de inoperancia legal por defectuosa aplicación de la norma.

4. Novedades en el art. 57 del C.P. Este mismo año se introducen por la LEY Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal una reforma sustancial en el art. 57, concretamente en su nº 2, que establece que en los supuestos de delitos que prevé este mismo artículo, cuando el sujeto pasivo sea alguno de los que se recogen en el art. 173.2 (violencia doméstica), en todo caso y de modo automático, se aplicará la pena accesoria de, art 48.2 que vulgarmente llamamos de alejamiento. Se insiste desde el poder legislativo en la necesidad de proteger a la víctima a la vista de una práctica judicial no muy adecuada al respecto.

5. ¿Qué es lo que ocurre con el abordaje penal de la violencia de género?
Hasta ahora creo que ha quedado claro que enfrentar el problema de la violencia de género desde el ámbito penal (sustantivo y procesal) no ha sido fácil. Muy al contrario ha encontrado elementos de freno, tanto en el diseño de las normas como en la aplicación de las mismas. No obstante, en una primera aproximación, quisiera hacer referencia a las que creo que son causas generales de esta situación:

* Aunque la violencia de género no es un fenómeno nuevo, sí lo es su abordaje desde el ordenamiento jurídico y mucho más desde el ámbito jurídico penal, lo que luego veremos no sólo no dejará indiferente a nadie cuando se haga de modo singularizado, sino que resultará difícil encontrar un equilibrio de diseño de la respuesta adecuada.

* Porque rompe inercias de valores, es decir, estereotipos y, por lo tanto, se enfrenta a la cultura dominante. Los elementos de reflexión crítica son difíciles y encuentran grandes reticencias. Parece que los valores de quienes están llamados/as a aplicar las normas se encuentran en conflicto con los de quienes deben legislar. Incluso los valores de quien ha de legislar con los de quienes impulsan la toma en consideración en la agenda política de un tema específico (en nuestro caso, la violencia de género). No se puede olvidar que no mucho antes nuestro Derecho se encontraba

en una posición opuesta: regulaba, es decir, daba cobertura legal a la discriminación por razón de género.

* Porque propone retos nuevos que, sin embargo, se quieren enfrentar con las herramientas de siempre, que están creadas más para perpetuar lo que ahora se “persigue” que para su persecución. Esto es a lo que hace referencia la triple afirmación de que el Derecho es sexista (ha sido fundamentalmente sexista), es masculino y tiene género. No podemos olvidar que ha existido una aplicación diferencial del Derecho en perjuicio de las mujeres, lo que creemos ha quedado aclarado a lo largo de las páginas precedentes

* Porque parece que podemos adelantar ya que el Derecho no es una herramienta eficaz, por sí mismo, para la erradicación de esta realidad. Por sí solo, simplemente, es ineficiente. Lo que no quiere decir que no tenga que actuar.

* Porque existe un imperioso empuje que obliga al ámbito legislativo a incluir el tema en la agenda política, pero dadas las circunstancias anteriormente expuestas y los tiempos políticos, la respuesta no ha sido siempre sopesada y reflexionada suficientemente, además de recibir el rechazo de parte de la comunidad política y social -antes más soterrado, ahora más explícito - esto último en relación al granero de votos de cada formación política.

Por lo tanto son respuestas que, aunque proceden de un buen impulso, han resultado lentas, insuficientes, fragmentarias en su diseño y han encontrado elementos de fricción en el ámbito de la aplicación de la norma, un choque de valores entre ese impulso originario de la norma y los de quienes están llamados a aplicarla y hacerla cumplir e incluso a ser objeto de su aplicación.

V.- LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE 28 DE DICIEMBRE DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. NUEVAS PROPUESTAS:

1. Los Estereotipos de Género y su Influencia en la Ley Integral.

Hasta ahora hemos sido “testigos” de una evolución legal sostenida, sobre todo, en la tensión constante que se ha mantenido entre la necesidad de atender penalmente a las conductas de violencia de género -se entiende que las subsumibles en tipos penales- pues había una reclamación explícita al respecto y las consideraciones valorativas de quienes llamados/as a la aplicación del Derecho, de las normas y los tipos penales simplemente estaban produciendo un hecho diferencial en detrimento de la mujer, de lo que han dejado constancia los estudios y las cifras por estos arrojados a que nos hemos referido a lo largo de este trabajo. Sostengo que son principalmente los sesgos de género los que han estado en la base de esta situación y

que éstos han influido tanto en una defectuosa técnica legislativa o, al menos, esta es la tesis que se mantiene en este trabajo, como, y sobre todo -porque aquella era salvable, como diversos documentos oficiales y sentencias que con el tiempo se han ido produciendo han puesto de manifiesto- en la aplicación discriminatoria de la norma, que han hecho decaer, para las mujeres maltratadas, su derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁷, produciéndoles indefensión.

Numerosas reformas acaecidas en períodos sucesivos en el transcurso de un escaso tiempo, que no han terminado de satisfacer con sus resultados las expectativas puestas en las mismas, dejando, por ello, un poso de frustración evidente -aunque han sostenido el debate sobre la violencia de género y la gravedad del fenómeno, sirviendo para transmitir un juicio de valor crítico en relación a esta situación- han puesto de manifiesto que, en el contexto de esta tensión, el abordaje de la violencia de género desde el ámbito penal sufría muchas dificultades, primero porque se trataba de sacar a la luz lo que los estereotipos de género ocultaban y, por otro, porque además se ponía el acento en la víctima, la gran olvidada de nuestro ordenamiento jurídico⁷⁸. Novedad sobre novedad o, lo que es lo mismo, resistencias sumadas a otras resistencias.

El modelo de política criminal parecía no servir para dar respuesta a la situación de las mujeres que acudían a los tribunales y venía forzando constantes ajustes que terminaron por producir una legislación fragmentaria, no siempre coherente y fuertemente eludida en su aplicación. En el seno de esta tensión, trasladada a la dogmática y la crítica jurídica, mientras las reformas han pretendido dar respuesta a necesidades constatables y exigencias explícitas, una de las críticas que se han vertido a las mismas es que han tendido a crear muchos automatismos⁷⁹ (ORTUBAY FUENTES. 2015; SERRANO MASIP. 2016) y que esto ha producido el fenómeno de olvido de los deseos de la víctima tratándola como una persona incapaz de decidir por sí misma sobre su propia vida. En el proceso penal la voluntad de la víctima se desconoce. Críticas que no nacen sólo desde fuera de sectores tradicionales y no feministas, sino que también afecta a algún sector del feminismo que ha llegado al punto de afirmar

⁷⁷ Art. 24 CE: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión

⁷⁸ En este sentido afirmaba BERISTÁIN IPIÑA (2002) que las víctimas han venido siendo “las grandes ausentes del Derecho Penal y del Sistema Penitenciario”, cuando en su opinión “...las víctimas merecen no menos atención que los delincuentes” y, añade, “...que el delito en cuanto conflicto grave entre autor y víctimas corre peligro de entenderse...como excusa para el ejercicio del poder punitivo del Estado, cuando en realidad el delito es una auténtica herida social que debe, ante todo, sanarse, aunque sin olvidar que también existe una mal adicional al delincuente... (pp. 187-196)”

⁷⁹ como que todos los delitos -y antes las faltas- pasaran, en el ámbito de la violencia de género a considerarse públicos, o la imposición de modo obligatorio de la pena de alejamiento (arts. 57 y 48.2 del CP,) para todos los delitos en la órbita de la violencia de doméstica, que implican una prohibición de las relaciones víctima/agresor e, incluso, la prohibición de mediación; también la elevación de las penas -cada reforma ha supuesto una importante elevación de la consideración del injusto penal y las penas imponibles- que han tenido causa en el paso a la consideración de delitos de lo que anteriormente eran menas faltas. O el que no pueda la víctima incumplir la orden de protección.

que la tendencia en lo relativo a la consideración penal de la violencia de género es a crear un derecho represivo, en tanto se impone a la mujer sin tenerla en cuenta, como si no fuera capaz de tomar decisiones por sí misma⁸⁰, y porque se impone incluso en relación a hechos menores –antiguas faltas- no respondiendo con ello, se dice, a una necesidad real, a un daño penalmente atendible y que vuelve a considerar incapaces a las mujeres, exigiendo una excesiva intervención del Estado por vía represiva (MAQUEDA ABREU, 2007). Se nos dice que muchas no desean la condena, sino liberarse de la agresión, o que vuelven con el agresor y que el sistema, por estos automatismos y por no escucharlas se vuelve contra ellas o que el sistema decide por ellas en aspectos muy personales. Pero esto parece que nos lleva a un posible callejón sin salida: sin automatismos no hay aplicación de la norma⁸¹ –se perjudica a la víctima- y con automatismos el Derecho se vuelve contra ella. No obstante creo que podríamos empezar nuestra reflexión haciéndonos una pregunta, que surge de modo evidente del desarrollo de este trabajo: ¿Podemos entender este camino, la estrategia penal que venimos estudiando, si no es sobre la base de lo que venimos denominando la “huida del Derecho” en el ámbito de la violencia de género? Quiero decir que da la impresión de que partiendo de una suerte de desconfianza en el sistema judicial (ACALE SÁNCHEZ. 2009: pág. 44) parece que el objetivo ha sido intentar delimitar la posible respuesta de jueces y juezas, su ámbito de decisión, “obligando” a adoptar las decisiones “olvidadas” tradicionalmente por mor del hecho diferencial mencionado. En otras palabras: este automatismo ha ido más dirigido a evitar la discriminación judicial que a

⁸⁰ Esta crítica se extiende a la LOIVG, en tanto mantiene la tendencia que manifestamos, hasta el punto de que se ha llegado a afirmar (MAQUEDA ABREU (2009) que “si alguna conclusión es posible, a partir de una toma de conciencia de las conflictivas situaciones a que conduce el desconocimiento de la voluntad de la víctima es la de reflexionar acerca de una línea de actuación distinta, desde el Estado, que no potencie la intervención penal ni, por lo tanto, el deber de denunciar de las mujeres. En definitiva, romper con el signo represivo de la Ley Integral –que, por ejemplo, prohíbe siempre la mediación o condiciona sus recursos asistenciales a la denuncia penal- y de las campañas institucionales que lo refuerzan...(pág. 59)”, Vid. En este mismo sentido CASTILLEJO MANZANARES 2014:pp. 49-73.

⁸¹ Un ejemplo: El Código Penal de 1995 incluyó la agravante específica de discriminación por razón de sexo. Pero las resoluciones son escasas y alguna incluso aplica criterios cuando menos dudosos. CRUZ BLANCA, (2009:) nos dice que son “...casi inexistentes [...] las resoluciones dictadas en relación a la específica discriminación por razón de sexo. En particular en la agravante genérica del art. 22.4 CP” y pone el ejemplo de una sentencia dictada por una Audiencia Provincial (año 2006) en un supuesto de delito contra la integridad moral, en el que sustenta la agravante en “...la necesidad de otorgar a la mujer el respeto y la consideración que por serlo es acreedora (pp. 284 -286)”. Tenemos las cifras de mujeres que han sido matadas por sus maridos, las recoge el CGPJ y nos vamos a referir a ello en este estudio, pero ¿dónde está el tipo agravado por discriminación por razón de sexo a pesar de reconocerse que son víctimas de violencia machista? Ítem más: la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo de modificación del Código Penal entre otras reformas, ha introducido algunas en relación a la violencia de género, para adecuar nuestro Código al llamado Convenio de Estambul. Esta Ley ha introducido en el nº 4 de art. 22 Cp, junto a la agravante por razón de sexo, la agravante de género. Pero ¿podrá aplicarse dicha agravante sin la perspectiva de género? Haré yo ahora el augurio: pienso que no. Si se pensó que esta introducción podría dotar de más coherencia a las reformas penales de la LOIVG, creo que su aplicación será en todo caso residual, –eso si no encontramos sentencias que agravan por género las agresiones a hombres-.

imponer a la víctima un modelo represivo⁸². Pienso, pues, que con este tipo de evolución se ha intentado afianzar, con mayor o menor fortuna, la tutela judicial efectiva de las mujeres, impidiendo, en la medida de lo posible, vías de escape – sostenidas en sesgos de género-. Porque en este tipo de críticas, a las que luego volveremos a atender, creo que queda sin resolver la aplicación sesgada del Derecho cuando el arbitrio judicial es mayor. ¿Qué queda sin los automatismos?

En este contexto, pues, nace la LOIVG: en el seno de una pugna no resuelta entre los valores que sostienen las normas desde el legislativo y los de quienes han de aplicarla. Del panorama en el que nace, en relación a la violencia de género destacaría: Primero, que el abordaje de la misma quedaba oculto en otros tipos de violencia, sin recibir un tratamiento adecuado. No era contemplada como una discriminación específica, sino como un modo de violencia doméstica común. Segundo, que el método utilizado para afrontarla había sido fundamentalmente el Derecho Penal⁸³, pero ya hemos dicho ser común a todo el Derecho Penal en España el olvidado sistemático de las víctimas. Tercero, que se había sostenido el diseño sobre una técnica legislativa defectuosa, fragmentaria y no siempre coherente, que mucho tiene que ver con los sesgos de género. Y cuarto, que una aplicación sesgada de las normas estaba produciendo la huida del derecho y la minimización de la consideración penal de esta violencia, con pocas garantías para las mujeres víctimas en cuanto a su protección.

Es cuando desde el ámbito legislativo se decide dar un vuelco a las políticas en relación con la violencia de género y proponerse una respuesta distinta a la actual: **la respuesta integral**, es decir, que atienda a todas las facetas que la violencia de género involucra. Porque si partimos de la base de que la violencia de género es estructural y cultural, una cara de la discriminación de las mujeres en nuestra sociedad y asentada en valores todavía presentes en la misma, sólo puede atenderse al fenómeno, por un lado para la prevención, desde la educación, desde los sistemas de transmisión de modelos (por ejemplo: Los medios de comunicación) y fomentando el traslado a la sociedad de una sensibilidad hacia la igualdad y contra la discriminación por razón de sexo y la violencia que esta genera; por otro para su corrección, promoviendo acciones positivas en todos los ámbitos en los cuales la mujer está subrepresentada o encuentra obstáculos de acceso -empleo, política, cultura, etc., que sirve al mantenimiento de la

⁸²Nada, entiendo, es más represivo que la violencia de género.

⁸³ De ahí la necesidad de un procedimiento judicial para acceder a la tutela y protección por parte de las mujeres maltratadas. Aunque es verdad que desde el Instituto de la Mujer se habían puesto en marcha planes de igualdad y contra la violencia, igual que ocurrió en Andalucía. Pero creo que el acento en el Derecho penal siempre ha sido muy fuerte. En todo caso y por hacer honor a la verdad, la Comunidad Andaluza que en el año 1992 inició la puesta en marcha de los Centros Municipales de Atención a la Mujer en colaboración con los municipios (hoy hay en Andalucía 163 centros) y antes, en 1988, a través de la Ley de Presupuestos de ese año se creó el Instituto Andaluz de la Mujer y diseñó dos planes de igualdad (1990-1992 y 1995-1997) y dos planes para erradicar la violencia de género (1998 – 1999 y 2001-2004)

discriminación de género-, creando y fomentando las instituciones adecuadas para la promoción de la igualdad a la que obliga el nº 2 del art. 14 de la Constitución Española y produciendo los cambios necesarios para la atención y protección de las víctimas, a fin, con todo ello, de erradicar esta lacra y aquello que la sostiene; por último, sancionando las conductas de violencia de acuerdo con el Código Penal. Todo esto se propone en una única ley⁸⁴ y, lo que es más importante, atendiendo al fenómeno de modo singularizado, como un tipo de discriminación específica, lo que implica introducir por primera vez en una norma **la perspectiva de género**, es decir, partir de la base de la discriminación de la mujer por el hecho de serlo, el significado que esa discriminación da a las relaciones jurídicas y, a partir de ahí, legislar contra dicha discriminación.

Hay, pues, una toma de consideración política sobre el carácter de la violencia de género, su trascendencia, lo que supone para las mujeres que la padecen, así como de sus causas y la necesidad de lucha contra la misma. Es por esto que la propia LOIVG en la exposición de motivos nos diga que “la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respecto y capacidad de decisión. Nuestra Constitución incorpora en su artículo 15 “el derecho de todos a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes’....” Abordado con mejor o peor fortuna, lo que en buena medida dependerá del ojo crítico que se pose sobre la Ley, lo cierto es que este es un propósito loable tanto como necesario y que la situación que hemos venido poniendo de relieve exigía una toma de consideración y una apuesta política -al fin y al cabo detrás de toda norma hay un juicio de valor político y ético-, y a este objetivo político responde⁸⁵.

⁸⁴ De hecho regula temas como la obligación por parte del Estado de adoptar medidas de sensibilización, prevención y detección; también medidas en el ámbito educativo para favorecer la coeducación; en el ámbito de la publicidad, para cuidar la transmisión de modelos; el sanitario para la prevención y atención de esta violencia y sus víctimas; los derechos laborales de las trabajadoras (públicas o no) víctimas de esta violencia; el desarrollo institucional de organismos adecuados, el desarrollo de tipos penales nuevos para hacer frente a este tipo de violencia asumiéndola como hecho criminógeno específico y llevando a cabo una reorganización institucional judicial para la especialización de órganos jurisdiccionales (los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer), la especialización de la Fiscalía y en los miembros de la policía a los que se atribuya dicha materia.

⁸⁵ Tampoco sobre esto hay unanimidad, ni siquiera en algún sector feminista: sobre todo en lo tocante al diseño legal (en el ámbito penal) de la violencia de género que resulta de la LOIVG, lo que se corresponde más a un escenario de posicionamientos enfrentados sobre la visión de cómo abordar la discriminación de género –desde las instituciones oficiales, a través de un feminismo ‘normalizado’ o ‘institucionalizado’- o fuera de ellas –partiendo de que desde las instituciones no se mantienen objetivos coincidentes con el feminismo -, se ha llegado a decir (MAQUEDA ABREU. 2009) al criticar el rumbo de la normativa penal al respecto, que éste se fundamenta en diversas circunstancias “...empezando [porque...] no hay que perder de vista que, una vez reconocida públicamente la gravedad de esa

Se habla de una ley feminista, y lo es, pero hay quien utiliza el argumento para descalificarla⁸⁶. La perspectiva de género no puede partir de otro lado y por lo tanto, la LOIVG responde a un interés propio del feminismo: la igualdad, aunque la haya suscitado en su seno posiciones encontradas, más por su adecuación a los objetivos que por el propósito. Y es feminista tanto como la situación de la realidad que hemos descrito es machista (los sesgos de género) y el machismo es ideológico. Porque cuando se nos dice que la Ley es feminista como reproche, se nos quiere decir que es ideológica y enfrentarlo a lo aparentemente natural: lo que existe, que al fin y al cabo es discriminación de género y, por lo tanto, una posición política determinada, ni neutra ni natural –por mucho que los sesgos de género lo ‘naturalicen’-

Esta norma con grandes pretensiones tiene, pues, la virtud de incluir algo sin lo cual se torna difícil luchar contra la situación de discriminación de las mujeres, la perspectiva de género, pero no ha dejado indiferente a nadie y menos aún cuando ha intentado incluir esta perspectiva en el ámbito penal (Título V. “Tutela Judicial”) estableciendo tipos penales diferenciados cuando la víctima es “quien es o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia...⁸⁷”, o lo que es lo mismo: en los que el sujeto activo siempre es el hombre y el sujeto pasivo la mujer, castigando más severamente estas conductas que las típicas de violencia doméstica –que recoge sujetos “neutros”-.

Es por esto que entienda que no ha sido irrelevante que antes de entrar a valorar lo que la LOIVG supone en cuanto a la regulación penal de tipos delictivos contra la violencia de género, hayamos hecho un recorrido por la trayectoria legal previa y los problemas de diseño y aplicabilidad que esta encontró. Porque para hacer

violencia, crecieron los intereses en pugna para visibilizarla y sacarle rentabilidad política. Los diferentes actores sociales encontraron buenas razones para manipular la realidad de su existencia. Osborne se refiere a dos de ellos: de una parte, las instituciones, empeñadas en capitalizar el nuevo interés social hacia el problema y en dar la impresión de realizar política ‘feminista’ desde el poder y, de otra, el propio feminismo, desmovilizado desde finales de los años ochenta, que, se re-configura y se re-moviliza ganando más espacio social con la promoción de la denuncia del maltrato. La violencia contra las mujeres se había convertido en una cuestión política (PÁG. 42)”. No es la primera vez que he escuchado críticas similares, desde ámbitos distintos: una justificación para obtener dinero para las asociaciones feministas –a pesar de que los recortes presupuestarios habidos desde 2008 lo desmientan- y mera “pose” política. Puede que el rumbo no sea el adecuado, más que todo, puede que no se hayan cumplido todas las expectativas, pero no puedo aceptar que la Ley sea una mera pose política vacía de interés y contenido. Al menos no en su impulso y no desde todos los sectores políticos implicados en su redacción. Tampoco creo que se corresponda con la realidad de los distintos espacios sociales para las distintas formaciones políticas, ni con la de que la lucha contra la violencia de género ha polarizado mucho a la sociedad y ha encontrado una feroz oposición y, por lo tanto, la apuesta por la misma no es necesariamente un nido de votos en todos los espacios políticos.

⁸⁶ Algún autor afirma al respecto (REY MARTÍNEZ. 2009) que “...El contexto político especialmente de la anterior legislatura explica algunas de las razones de la imperfección técnica de la norma, que fue elaborada demasiado deprisa, desde presupuestos ideológicos radicales no siempre respetuosos con la igualdad constitucional o con los presupuestos de la pena o sus funciones que en dicho texto se establece...(pág. 32)” Que es lo mismo que decir que un partido mayoritario sin mayoría absoluta se ha visto presionado por el feminismo -ese sector “radical”-

⁸⁷ Nuevo art. 153. 1 Cp, según la redacción dada por la LOIVG.

frente a estos nació y, por lo tanto, influyeron en la redacción de la misma. Es precisamente la puesta en relieve de estos problemas lo que hace que parezca que uno de los principales empujes de la Ley es acabar con el “hecho diferencial” en la aplicación del Derecho Penal en perjuicio de la Mujer -una mala praxis judicial- lo que ha partido del no reconocimiento de la violencia de género como realidad específica. Pretende sacarla del ostracismo legal a que se veía sometida en gran medida. A mi modo de ver el resultado de la Ley no es (y mucho menos su propósito) perpetuar los valores que mantienen la violencia de género (MAQUEDA ABREU. 2007. VILLACAMPA ESTIARTE. 2007) la imagen de vulnerabilidad y sometimiento de la mujer, de necesidad de tutela, sino más bien poner en evidencia -el valor simbólico de la norma en este caso nos parece evidente⁸⁸- la existencia del fenómeno, la discriminación por razón de sexo, la discriminación sexista en detrimento de las mujeres en la aplicación de la ley y en forzar su aplicabilidad, corrigiendo, por ejemplo, por vía del incremento del valor del injusto en los supuestos menos graves, su consideración penal⁸⁹, que ahora se incluye al alza, agravando las penas y elevando a delitos las faltas. Una distorsión sexista en la práctica que ha condicionado la reforma legal y le ha dado unos tintes extraños, también fragmentarios y de técnica legal no siempre correcta⁹⁰. Porque toda la trayectoria legislativa que venimos estudiando ha estado presidida por igual fenómeno y por el mismo intento.

Para aclarar lo dicho: a la pregunta que a quienes trabajamos en el ámbito de la violencia de género se nos hace frecuentemente de que, si era posible la represión (el castigo) de los hechos constitutivos de violencia de género a través de los tipos genéricos, para qué, entonces, tipos específicos, la respuesta, visto lo que hemos visto, es obvia: La pregunta parte de una premisa falsa, porque, dado el hecho diferencial -ya sabemos que el derecho es masculino y tiene género- simplemente o no se aplicaban o se aplicaban con menor contundencia en los supuestos de malos tratos. Buena parte de las quejas contra la Ley por la inclusión de la cuestión el género en los tipos penales, proviene de quienes ante un supuesto de malos tratos, o no aplicaban los tipos genéricos o minimizaban la consideración penal de los mismos en estos casos. Ellos/as, en cierto modo, han “forzado la máquina” con una aplicación inadecuada del Derecho en perjuicio de las mujeres y, por lo tanto, quien ha actuado así, no debería invocar un Derecho que no ha aplicado. Son los sesgos de género los que llevan ahora, al criticar

⁸⁸ Para el estudio de la utilización del valor simbólico en el Derecho Penal puede verse DELGADO MARTÍN. 2001)

⁸⁹ Ya que la calificación tiende siempre a los tipos más benévolos, se incrementa la consideración penal de estos.

⁹⁰ Es quizá esto lo que quiere decir CARMONA RUANO (2003) cuando afirma “....Esta aproximación a la realidad jurídica, más allá del solo análisis de las normas, resulta especialmente indicado cuando, como ocurre en este caso, la interacción entre la norma y su aplicación es especialmente visible, de modo que en muchas de las modificaciones legales puede encontrarse el rastro de la respuesta directa a determinada aplicación –o no aplicación- de las normas anteriores”. (pág. 195)

la Ley, a **contradecir su actuación pasada**. ¿Deberemos creer que ahora sí aplicarían dichos tipos?

Ello sin eludir lo que venimos afirmando reiteradamente en este trabajo: que la violencia de género constituye una realidad criminógena específica. No obstante debemos reconocer que los límites del Derecho Penal y la propia realidad de la violencia de género -sus específicas características, ya abordadas en este estudio- que llama a una actuación e intervención integral, la situación de las mujeres que padecen dicha violencia –es decir, que padecen sus consecuencias- y la obvia necesidad de considerar a la mujer como un sujeto autónomo exigen a la hora de enfrentar desde el Derecho -y desde cualquier otro ámbito- esta realidad, un equilibrio muy difícil de sostener, cuando además, poco se ha podido contar con el sistema judicial al respecto.

2. La violencia de Género como objetivo de la Ley Integral.

Dado que estamos ante una Ley cuyo objetivo declarado es la formulación de “...medidas de protección integral [con la] finalidad [de] prevenir, sancionar y erradicar [...la violencia de género...] y prestar asistencia a sus víctimas⁹¹” incorporando para ello la perspectiva de género -poniendo, pues, el foco en la situación de discriminación de las mujeres- deberíamos de preguntarnos primero por el concepto de violencia de género de la que parte dicha ley, lo que podría clarificar –o no- el resto de la normativa que nos propone.

En este sentido, el art. 1 de la LOIVG, resulta del siguiente tenor: “1.- La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia.

Y, añade en su nº 3: “La violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”

No diré nada nuevo si afirmo la evidencia de que esta definición restringe demasiado los límites de la violencia de género a la que se refiere, ya que la arrincona al ámbito de la pareja, ex pareja o noviazgo, aunque, como sabemos, se trate de una violencia fundamentada en una circunstancia estructural que afecta a las mujeres en todos los ámbitos de la vida y que conlleva violencias más allá de las relaciones mencionadas⁹². Pienso que con esta definición se pone de manifiesto que la inercia que está en el origen del tratamiento de esta realidad en el ámbito legal,

⁹¹ Art. 1.2 LOIVG

⁹² Si no consideramos la discriminación misma como un tipo de violencia.

fundamentalmente desde el año 1989, y que puso el acento en los tipos penales, ha continuado y ha sido de fundamental influencia en esta definición. Dicho en otros términos, la definición “mira” hacia lo ocurrido en este ámbito (el penal) con los tipos relativos a la violencia doméstica. Por esto al reformar la regulación, cambiando de paradigma, sigue, sin embargo, pensando en el ámbito subjetivo de esta violencia en aquellos tipos y anuncia el peso principal que en la misma se va a otorgar al Derecho Penal⁹³, peso constatado y que ha sido pasto de abundante crítica por parte de la doctrina⁹⁴. Un problema porque, aunque la Ley haya tenido la virtud de incorporar la perspectiva de género y promover la integralidad de la respuesta a esta forma específica de discriminación, sin embargo ha limitado su ámbito de acción (ORTUBAY FUENTES. 2016: pág. 14).

Habrà de tenerse en cuenta que la ley se aprobó por unanimidad, aunque los desencuentros mayores se localizaron en el ámbito jurídico-penal⁹⁵, donde precisamente la inclusión de la perspectiva de género del modo que se ha hecho -agravación en tipos en los que el sujeto activo sea hombre y la mujer, sujeto pasivo- encontró muchas resistencias. Esto también está en el fondo de no llegar más lejos – ser más conservadores- al acometer una propuesta que ya por sí misma, por novedosa, por romper tantos esquemas y por enfrentar posiciones tan enconadas, podría dar al traste con una apuesta política de una enorme envergadura. En todo caso, esto la hace nacer con una primera limitación de peso. Para agravar este dato, se añadió al tipo, junto a la víctima de violencia de género strictu sensu a otras personas especialmente vulnerables que convivan con el autor⁹⁶.

⁹³ Porque ya lo tiene en la propia definición del objeto de la Ley. En todo caso conocemos la frecuencia e intensidad de esta violencia.

⁹⁴ Especialmente beligerantes, BOLEA BARDÓN, (2007) y REY MARTÍNEZ (2009). Desde luego es un sentir generalizado de todas (y todos) las autoras que el Derecho Penal, por sí mismo, no es una herramienta suficiente para erradicar la violencia de género (FERNÁNDEZ PANTOJA. 2009: pág. 251). En cualquier caso, el excesivo peso que la Ley otorga (y la realidad de su práctica) al Derecho penal también es puesto de relieve por muchas otras autoras, como TORRES ROSELL. (2016)

⁹⁵ BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN (2006) nos dicen: “...El proyecto inicialmente presentado por el gobierno ante el Parlamento (en primer lugar ante el Congreso de los Diputados) el 1 de julio de 2004 desató desde un principio una interesante polémica entre los diversos agentes jurídicos y sociales, en particular en lo relativo a la protección penal. Encontró las oposiciones más enconadas entre algunos sectores de los jueces y de la doctrina penal, que estimaban con diversos argumentos que el Proyecto del Gobierno chocaba con los principios básicos que deben informar la legislación penal...al incorporar al Código Penal tipos agravados de violencia en la pareja en función de la condición sexual de uno de ellos, pero no del otro. En la tramitación parlamentaria se logró alcanzar una unanimidad política en relación con el conjunto del proyecto tanto en el Congreso de los Diputados (320 votos a favor), como en el senado (334 votos a favor y una abstención). Recordemos también que incluso en el título del Proyecto de Ley Orgánica se ha reflejado la unanimidad política frente a la opinión de la Real Academia Española... Sin embargo no se ha logrado alcanzar la unanimidad en los aspectos político-criminales del Proyecto, ni en el Congreso ni en el Senado. De hecho añade que el resultado en relación a “los arts. 28 bis a 32 del Proyecto que comprenden la tutela penal, fueron aprobados por 190 votos a favor, 130 en contra y una abstención...(pp. 18 – 19)”

⁹⁶ Lo que por cierto no está en la redacción del art. 1 al definir esta violencia. Pero los argumentos de inconstitucionalidad ya anunciados en sede parlamentaria (MORILLAS CUEVA. 2009:pp. 31-32) llevaron

Para finalizar este apartado, he de referirme a una cuestión de importancia en cuanto a la definición de la violencia de género, que luego entiendo debe haber tenido influencia en la declaración de constitucionalidad de los preceptos penales y que se pudo de manifiesto en los trámites de información al anteproyecto de Ley. Es algo a lo que, sin embargo, no he encontrado referencias en los textos doctrinales consultados. Me refiero a que en su formulación original, el anteproyecto, al definir la violencia de género (entonces en el nº 2 del art. 1), establecía que es la que se lleva a cabo (sobre la mujer) “como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”⁹⁷ es decir, que requería una finalidad discriminatoria específica. Esto dio paso a una crítica en el informe del Consejo General del Poder Judicial de 24 de Junio de 2004. Hoy dicha referencia no existe y se define la violencia de género como “manifestación” de la desigualdad y discriminación. Luego esta definición expresamente retiró de su formulación la intencionalidad, quizá ajustándose más a la realidad, pues la violencia de género se sustenta en un contexto de discriminación y es una de sus facetas.

3. Los nuevos tipos penales. La LOIVG dedica su Título IV, que titula “Tutela Penal”, a las reformas básicas relativas a la nueva política criminal contra la violencia de género, en concreto dedica a ello los arts. 33 a 66. Intentaré explicar someramente el contenido de las reformas. Ya hemos visto que en esta Ley la tutela de la violencia de género como discriminación especial y hecho criminógeno específico se lleva a cabo a través de definir los tipos penales de manera que el agresor sea hombre y que la agredida sea su esposa o ex esposa o mujer con la que tenga o haya tenido análoga relación de afectividad aún sin convivencia -siempre añadiendo “...o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor...”-. Esto es a lo que desde ahora voy a llamar ámbito de la violencia de género. Pero esto no sirve para todos los tipos penales, sino para algunos. Veamos.:

a incluir una expresión que apaciguara a quienes no podían entender que el tipo penal diera cobertura sólo a un sujeto activo hombre y un sujeto pasivo mujer. Es decir, que limitara una posible declaración de constitucionalidad de la norma. Lo que implica la negación, creo, de la evidencia, sostenida en la no admisión de la discriminación atendiendo a un Derecho formalmente igualitario pero materialmente discriminatorio.

⁹⁷ Informe al Anteproyecto de Ley orgánica Integral de Medidas contra la Violencia Ejercida Sobre la Mujer de 24 de junio de 2004 (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contr-la-violencia-ejercida-sobre-la-mujer>) A esto se refiere dicho informe en las páginas 29 y siguientes. De hecho plantea ciertas posibles distorsiones a la hora de aplicar la “finalidad” de la acción, ya que su apreciación o no apreciación podría dar lugar a la subsunción de los hechos en diferentes tipos penales, llevando los temas “familiares y domésticos” a distintos órganos jurisdiccionales (los generales o los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, especiales) según la calificación concreta del hecho. En la página 33 de dicho informe se propone como alternativa que se defina la violencia de género como “*todo tipo de violencia basado en el sexo de la víctima...*”

1.- Se incorporan unas agravantes específicas (por realizarse los hechos en el ámbito de la violencia de género) al tipo básico de lesiones (art. 147 del Código Penal) a través de los nº 4 y 5 del art. 418.⁹⁸

2.-Creación de los siguientes tipos agravados:

- un tipo agravado para el maltrato ocasional ex. Art 153CP en el nº 1 por producirse en el ámbito de la violencia de género.

- Un tipo agravado para las amenazas leves (que antes se ubicaban en el art. 153) por llevarse a cabo en el ámbito de la violencia de género -en caso de violencia doméstica es necesario que la amenaza haya sido efectuada con armas u otros instrumentos peligrosos- en el art. 171 Cp

- Se eleva a delito la antigua falta de coacciones leves, cuando se produzca en el ámbito de la violencia de género a través del art. 172. 2Cp (poco a poco van incorporándose más faltas a delitos, es decir, seguimos con la agravación de este tipo de ilícitos penales, continuando con una tónica que ha acompañado a todas las reformas desde 1999)

Todos ellos tienen prevista igual pena, las mismas agravantes y atenuantes específicas⁹⁹

Muchas son las incógnitas y, desde luego, las críticas a este sistema de regulación penal de la violencia de género, que ignora los tipos más graves (homicidio, lesiones graves –para las que no se contempla agravante alguna-) y otras conductas típicas de la violencia de género (detenciones ilegales, por ejemplo) y se ciñe a los tipos menos graves. Esto dota al sistema de cierta incoherencia, en principio en relación a la

⁹⁸ En tal caso (Art. 148.1 CP), esta agravante específica no es de aplicación automática, sino que, de concurrir, las lesiones....podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido...” Es decir, con un margen de discrecionalidad amplio para el Juzgador.

⁹⁹ En todos los casos, se prevé una agravante (ésta opera de modo automático por circunstancias objetivas y supone que la pena se imponga en su mitad superior) para los supuestos de que los hechos se hayan llevado a cabo “en presencia de menores, o utilizando armas [no se prevé para las coacciones en el ámbito de la violencia de género] o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima o se realice quebrantando una pena de las contempladas en el art. 48Cp o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza” Y se prevé como una atenuante -que no opera automáticamente, sino que en este caso se otorga a quien juzgue un amplio ámbito de arbitrio, y puede suponer la imposición de la pena inferior en grado- que podrá aplicar “..el Juez, razonándolo en sentencia en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho” En cualquier caso las penas previstas son las mismas: “seis meses a un año de prisión o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días, y en todo caso privación del permiso del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez lo Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de hasta cinco años”(arts. 153.1, 3 y 4; 171.4 y 6; 172.2 todos ellos del Cp) Como puede verse, la nota común es el amplio abanico de posibilidades, de otorgar mayor o menor gravedad a los hechos que enjuicia y aplicar una pena concreta que estime quien enjuicie proporcional al caso concreto.

definición de violencia de género del art. 1 de la LOIVG, porque, si bien todos ellos ciñen sus acciones a las esposas, ex esposas, parejas, ex parejas, aun sin convivencia (art. 1.1 de la Ley) no deberíamos olvidar que el nº 2 del art. 1 establecía como contenido de la violencia de género a que se refiere la Ley: "... todo acto de violencia física o psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad..."¹⁰⁰ Sin embargo, siguiendo la pauta que he mencionado al inicio del apartado anterior, lo que se ha hecho con carácter general es más bien "extraer" la figura de la violencia de género de los delitos y faltas a que se habían venido refiriendo las modificaciones legales sucedidas desde 1995. Es decir, de los tipos penales de violencia doméstica (esa actitud conservadora a que antes me he referido) de ahí que dijéramos que las y los legisladores tuvieron sus miras puestas en lo que hemos venido definiendo como hecho diferencial, es decir, **queriendo dar carta de naturaleza penal a lo que se expulsaba del sistema por la vía de la aplicación discriminatoria de la norma**. Eso sí, dejando a salvo, incomprensiblemente, al art. 173.2.Cp de maltrato habitual, donde está la conducta típica de violencia de género por excelencia, pero que sigue referida a la violencia doméstica. Y, por otro lado, la dota de una incoherencia interna entre los distintos tipos penales¹⁰¹. En definitiva, como ya afirmáramos, esto hace que tengamos la impresión de que se ha pretendido "doblar el pulso" a los sesgos discriminatorios en la aplicación de la Ley. La reforma, que por su propio objetivo, por incluir la perspectiva de género y establecer tipos penales específicos se convertía en una de las reformas de mayor envergadura de los últimos años –y de referencia en otros países- nace con limitaciones evidentes que, a pesar de su integralidad, la dotan, al menos en el sistema penal, de un fuerte carácter fragmentario.

4. La constitucionalidad de la Ley Integral.¹⁰²

La aceptación de la LOIVG, tanto desde lo jurisdiccional como desde la crítica jurídica no podía ser pacífica, en primer lugar porque al introducir la perspectiva de género, pretende dar directamente en la línea de flotación de los sesgos de género. En segundo lugar, porque al incluir tipos penales que suponen la distinción de sujetos activos hombres y sujetos pasivos mujeres parecía contradecir el principio de igualdad formal consagrado en nuestro ordenamiento jurídico; en tercer y último lugar por sus

¹⁰⁰ Nos recuerdan BOLDOVA PASAMAR Y RUEDA MARTÍN (2006) que "...por lo tanto, el concepto de violencia de género...comprenderá los delitos de homicidio y sus formas (arts. 138 y ss.) aborto (arts. 144 y ss.) lesiones (arts. 147 y ss.) detenciones ilegales y secuestros (arts. 163 y ss.) aborto (arts. 144 y ss.) amenazas (arts. 169 y ss.)... coacciones (arts. 172 y ss.)...delitos contra la integridad moral (art 173) delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (178 y ss.) delitos contra el honor (205 y ss.)...falta de vejaciones injustas de carácter leve (art. 620.2º ...) o cualquier delito cometido con violencia o intimidación. (pág. 1)". Este amplio espectro de posibilidades ha sido eludido.

¹⁰¹ Si la discriminación de género dota de valor más acusado al injusto de los tipos penales regulados, también debería hacerlo a los excluidos, porque, por ejemplo, un homicidio en el contexto de la violencia de género también debe merecer un mayor desvalor.

¹⁰² Son numerosos los estudios al respecto, no obstante, me permito señalar los siguientes: DOMÍNGUEZ RUIZ LIDIA (2010). ORTUBAY FUENTES (2015). BOLEA BARDON,(2007) Y FUENTES SORIANO (2005)

propias incoherencias internas, que dan pábulo a los argumentos contrarios a la Ley. El choque, de hecho, ha sido de profundidad y al día de hoy ha supuesto la interposición de más de 180 cuestiones de inconstitucionalidad contra la Ley por parte de titulares de Juzgados españoles¹⁰³.

Los argumentos fundamentales esgrimidos contra la Ley son, primero que al incluir estos tipos penales se está haciendo uso del Derecho Penal para llevar a cabo acciones positivas, que son incompatibles con el mismo; segundo, que al elevar las penas tanto y sólo para el caso de que el sujeto activo sea hombre –y el pasivo, mujer- se conculca el principio de proporcionalidad penal¹⁰⁴; tercero que tipos penales que recogen que el sujeto activo sólo puede ser hombre y el sujeto pasivo sólo puede ser mujer atentan contra el principio de igualdad; cuarto que al imponer al hombre una pena mayor que cuando la agresora es la mujer, se rompe el principio de culpabilidad (Derecho Penal del Autor, frente al Derecho Penal del Hecho). Digamos desde ya que el Tribunal Constitucional ha resuelto, en todos los casos, la constitucionalidad de la Ley¹⁰⁵.

La incongruencia o falta de coherencia en la reforma se ha intentado utilizar como un elemento de inconstitucionalidad alegando la conculcación del principio de proporcionalidad extrínseca -entre distintos delitos de un mismo tipo relacionados, por ejemplo: todos los tipos relativos a las lesiones-, que el Tribunal Constitucional ha remitido a una mera falta de coherencia sin relevancia constitucional, a veces justificada en la baja consideración penal de los supuestos menos graves en momentos anteriores del Código Penal (desproporcionalidad a la baja). Se trata de valorar la incidencia de los principios de igualdad y culpabilidad en relación a la pena, es decir, a la consideración penal de la conducta.

También se alegó una conculcación de la proporcionalidad intrínseca, más valorativa -más de juicio de valor- y relativa a la consideración de si las conductas agravadas en los tipos de violencia de género respecto de la doméstica revisten la suficiente gravedad como para ser castigadas de modo más grave penalmente. Dos respuestas: 1º.-la amplitud que se da al juzgador a la hora de aplicar estas penas u otras alternativas previstas –por ejemplo, la de trabajos en beneficio de la comunidad- y deja gran capacidad de concreción al Juzgador al darle posibilidades de adecuación a las circunstancias del agresor y de los hechos por la vía de atenuaciones específicas. Es decir, permite al Juzgador ajustar la pena a la realidad concreta de los hechos que

¹⁰³ Hecho insólito en la historia de nuestro Derecho.

¹⁰⁴ Sugiere REY MARTÍENZ, FERNANDO (2009) que debería volverse atrás y “...acudir a los delitos antidiscriminación y en aquellos acasos en que la acción atentara contra la igualdad, elevada a bien jurídico digno de protección penal independientemente o conjuntamente con otros bienes jurídicos (pág. 34) ”.

¹⁰⁵ Como digo, son numerosos los recursos y las sentencias, por lo que lo que a continuación se dice se corresponde con un resumen de las tesis del Tribunal Constitucional, que se ha visto obligado a repetir los argumentos en todas las ocasiones. Casi todas ellas parte de una de las primeras de las recaídas, la STC 59/2998 de 14 de mayo («BOE» núm. 135, de 4 de junio de 2008, pp. 14 a 35).

enjuicia 2º.- La equiparación de los delitos de violencia de género entre sí y en relación a los existentes en el ámbito de la violencia doméstica revela que la diferencia en la pena imponible es nada significativa, ya que la única variación ostensible es la que se produce en el tramo mínimo de la pena de prisión, que en el de violencia de género parte de los seis meses y en los de violencia doméstica de tres.¹⁰⁶

Habremos de decir que en este ámbito nos hallamos siempre en el límite de lo jurídico y lo propiamente valorativo. Por ejemplo, cuando ACALE SÁNCHEZ (2009) manifiesta que es desproporcionado que un mismo hecho (como puede ser unas lesiones: un bofetón, un arañazo) se valore distinto según los sujetos -hombre contra mujer, en violencia de género- en la base está haciendo un juicio de valor sobre qué es la violencia de género y qué gravedad tienen los actos constitutivos de la misma. El Tribunal Constitucional nos está diciendo que es razonable que quien legisle entienda la mayor gravedad de la violencia de género y que la misma tenga una consideración penal específica y más grave, porque son más graves y así son considerados socialmente. Esto no implica que no reconozca que no toda situación de violencia de género sea igual de grave. Por supuesto es un juicio de valor, tanto como el contrario. Y ese juicio de valor se le atribuye a quien legisla, a quien le corresponde definir la política criminal (ajustándose a Derecho, claro). El TC nos está diciendo que es razonable entender que la violencia de género - la cometida por un hombre sobre la mujer- es más grave que otras violencias en el seno de lo que venimos llamando violencia doméstica, porque está considerando que es un hecho criminógeno específico, es decir, una violencia distinta, con unas causas, un modus operandi y unas consecuencias propias que hacen que la conducta sea más grave por más lesiva. De ahí que el TC niegue que se está llevando a cabo una acción positiva: si se produce un acto de discriminación del hombre sobre la mujer por razones de discriminación de género, esta conducta atenta contra derechos constitucionales básicos, es intolerable y se prevé su sanción específica. No se discrimina en positivo¹⁰⁷, simplemente se sanciona un modo de discriminación específico¹⁰⁸. Es, pues, un juicio de valor razonable que

¹⁰⁶ Ciertamente que al elevarse a categoría de delito las coacciones, en este caso sí supone un incremento importante, pero en todo caso equiparado e igualado a los demás delitos del ámbito de la violencia de género.

¹⁰⁷ Como por ejemplo se argumentaba en el Informe al Anteproyecto de Ley del Consejo General del Poder Judicial, de fecha 24 de junio de 2004, ya citado anteriormente. También citado como argumento a contrario en el voto particular a dicho informe de 24 de junio de 2004

¹⁰⁸ Es verdad que la LOIVG se refiere a las acciones positivas y puede ella misma ser entendida como una acción positiva. Pero todas sus medidas no lo son: cada medida debe cumplir sus funciones en el ámbito a que se refiere -laboral, social, económico...- Por eso la Ley debe ser vista como un puzle en el que cada pieza cumple su función y se complementa con la de las demás. La función penal no es la acción positiva, sino [como nos dice CRUZ BLANCA. 2009] que la función del Derecho Penal es "...la protección de bienes jurídicos, esto es, de los intereses y valores más importantes para una sociedad concreta. La elección de cuáles deben ser aquellos y la forma de protegerlos es una cuestión valorativa estrechamente vinculada al contexto sociocultural de cada momento... Pág. 276" Por lo tanto, se trata de sancionar las conductas más graves contra los bienes jurídicos esenciales. No hay acción positiva posible, según entiendo.

hace razonable la norma que el mismo sostiene. Razonable, se nos dice, y adecuado al fin que persigue. Esto quiere decir que estos preceptos no discriminan al hombre. Porque (ORTUBAY FUENTES. 2015) “en nuestra cultura las manifestaciones violentas no tienen el mismo significado si las realiza un hombre sobre una mujer (pág.16)” Entiendo que la discriminación de la mujer (de las mujeres) es previa al hecho delictivo mismo, es incluso el **contexto cultural** normalizado de relaciones hombre/mujer –la estructura social es en sí discriminatoria para la mujer- es la estructura relacional en la que se produce el delito. La violencia de género es posible porque las mujeres no encuentran la misma respuesta cultural, social y/o personal ante la violencia del varón, ni esta violencia tiene las mismas implicaciones morales, éticas, familiares, sociales que otras pues está sometida a los criterios que producen la discriminación en sí misma¹⁰⁹. Los estereotipos de género a los que pretende ceñirse este trabajo ponen en evidencia que esto es así. Si, por utilizar uno de los posibles ejemplos “corre el rumor” de las “denuncias falsas” y este rumor es absorbido con naturalidad como una verdad no sólo posible sino incuestionable por nuestra sociedad, esto implica que el concepto sobre la capacidad de veracidad y de la fiabilidad de la mujer es inferior a la del hombre, que concebimos que su carácter la hace merecedora de menos credibilidad: automáticamente esto supondrá un reproche social a quien denuncia, merma su derecho a denunciar y puede colocarla en una posición más precaria en el proceso, pues determinará una labor de investigación policial y/o judicial menos intensa. Esto ocurre también en relación a los hijos e hijas, pues los criterios de apreciación de los deberes y relaciones padres/madres- hijos/as varían y determinan constantemente una distinta posición de mujeres y hombres en los procesos en los que se dilucidan cuestiones paterno-filiales. Y la violencia que se produce en este contexto tiene esta significación específica. Es decir, cuando un hombre maltrata a una mujer no es el mismo hecho que cuando una mujer actúa a la inversa, porque, como nos dice LARRAURI PIOJAN (2009)¹¹⁰ no hay hechos iguales cuando sus “propiedades relevantes difieren”.

¹⁰⁹ Discriminación que ha alcanzado, incluso, al ámbito jurisdiccional, donde ha quedado acreditada una aplicación no igualitaria de la norma.

¹¹⁰ Esta autora sostiene que “en un reciente escrito procuré expresar la diferencia que a mi juicio existe en la agresión del hombre hacia la mujer. Manifesté que en mi opinión no son comportamientos idénticos aquellos cuyas ‘propiedades relevantes’, como expondré a continuación, no lo son...Hay supuestos de ‘comportamientos idénticos’ que tienen consecuencias distintas, así por ejemplo el hecho de que una mujer sea seguida por un grupo de hombres en la noche, o que un hombre sea seguido por un grupo de mujeres, es un comportamiento idéntico con significados y consecuencias diversas; del mismo modo que no es lo mismo tocar el pecho a un hombre que a una mujer...Creo que la discusión general implícita es que tomar en consideración el género conlleva reflexionar acerca de cómo éste transforma todo el sistema penal. Es curioso que en general se acepte que el nivel de ingresos altera el significado de ‘idénticos comportamientos’ y que sepamos cómo 500 euros de multa no significan una ‘multa idéntica’. Y que, sin embargo, se encuentren tantas reticencias frente a la idea de que el género modifica el significado de un comportamiento...A mi juicio, incorporar la variable género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma

Y en buena parte de la crítica lo que se hace, además, es valorar los hechos de modo aislado, no en el contexto discriminatorio y en el propio ciclo de la violencia, como hitos en un camino largo de violencia y discriminación. Pero debo afirmar: no son un mismo hecho con distintas penas según los sujetos, sino hechos con distinta significación y con distintas consecuencias. La perspectiva de género elimina una concepción formalista de la igualdad: simplemente no somos socialmente iguales, no nos dejan serlo las condiciones culturales actuales. Por mucho que el Derecho haga proclamaciones de igualdad y asuma formalmente el principio, seguimos siendo compelidos a la diferencia. Por eso he insistido en que la regulación de la LOIVG no afianza dicha diferencia, sino que la constata y sanciona –lo que, además, tiene efectos simbólicos evidentes, traslada valores de importancia a la sociedad- Pretende coadyuvar a su eliminación, no perpetuarla. Simplemente hemos pasado tres etapas: de un Derecho Discriminatorio a un Derecho que alcanza la igualdad formal y, de este, a un Derecho que pretende la realización de la libertad material (FARALDO CABANA.2006: pág. 73) ¹¹¹

En cuanto al principio de culpabilidad, es interesante resaltar las consideraciones de la STC 59/2008 de 14 de mayo a la que ya nos hemos referido, cuando afirma que “...en los casos cuestionados... el legislador [ha] apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una **pauta cultural** generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una **violencia mucho mayor** que la que su acto objetivamente expresa, [esto] no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquella en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción...” Esto es lo que no ven quienes singularizan cada acto denunciado como un hecho aislado: Pero no son aislados, están insertos en una realidad y en ella se incluye la culpabilidad del actor. El actor, al ejercer su voluntad de violencia no se abstrae del contexto discriminatorio (el contexto socio—cultural) en el cual la ejerce, sino que es consciente del mismo y de ello se sirve; la discriminación es parte de la violencia que ejerce, uno de sus elementos constitutivos. Además contienen un plus de peligrosidad si lo incardinamos dentro del ciclo de la violencia, a la que ya nos hemos referido en páginas anteriores -existen en el código penal otros delitos cuya acción viene

neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son ‘idénticos’.” (pp. 10 -11)

¹¹¹ Quien afirma que la LOIVG nos sitúa al final de un proceso que va, desde un Derecho –sexista- que daba cobertura a la discriminación y, por lo tanto, recogía tipos en función del sexo para determinar la distinta posición de hombre y mujer en la sociedad, superada por la etapa de la igualdad formal, que desterraba esas diferencias discriminatorias en la Ley, hasta llegar a la última etapa, en la que se reconoce la desigualdad real y se pretende eliminar los obstáculos a dicha desigualdad que la mera formalidad de la Ley no sólo no hace desaparecer, sino que se sostienen en ella (pág. 73).

constituida por la puesta en peligro de bienes jurídicos¹¹², como los de conducción temeraria. No hay sospecha, sino un plus del injusto y de una peligrosidad constatable-

Pero no debemos olvidar que la práctica judicial ha venido produciendo una intolerable discriminación hacia la mujer -y no sólo en el ámbito penal, también en el civil al desconectar al violencia de género de las resoluciones en el ámbito de las relaciones familiares- que ha sufrido un trato desigual y por lo tanto, que ha visto conculcado sistemáticamente su derecho a la tutela judicial efectiva. Hay errores de técnica jurídica, sí, pero también necesidad de forzar el Derecho para procurar su práctica. Hay evidentes ajustes que realizar en el ámbito jurisdiccional, para evitar que los sesgos de género impidan la efectividad de los derechos de las mujeres, como ha venido ocurriendo hasta ahora. Y si no desaparecen estos, no habrá reforma posible que haga efectivos los derechos de las mujeres en igualdad de condiciones con los hombres.

5. ¿Se puede afirmar todavía que el Derecho es masculino y tiene género?

5.1).Las cifras y la realidad: Ante todo esto se hace necesario hacer una primera valoración de la aplicación de esta norma, de cuya entrada en vigor han transcurrido más de diez años y que ya arroja bastantes resultados. Si nos ceñimos a los números, la conclusión final puede parecer ambigua y quizá desmoralizadora. Es verdad que el debate de la violencia de género está en la sociedad -con sus ciclos también, muy unidos a hechos de asesinatos concretos, como ocurrió con el caso de Ana Orantes¹¹³ o con casos muy mediáticos como los de Juana Rivas¹¹⁴-. Quizá en relación a esto encontremos el hecho del fuerte incremento de las denuncias que se ha producido de modo constante en todos estos años a los que se ha venido refiriendo este trabajo. Porque empezamos con los datos de la década de los ochenta, poco fiables y con tipos penales muy diferentes. De esas cifras a las producidas a partir del 2000 no existe equiparación posible: en el año 2002 fueron formuladas 47.165 denuncias; 67.171, en 2004; 80.751 en 2006¹¹⁵. Y esta progresión continúa (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 2015): en 2007 la cifra de denuncias fue de 126.293; en 2010 de 134.105; en 2015 de 123.000 y en 2016 alcanzaron las 142.893. No parece que haya habido un efecto disuasorio al respecto. La verdad es que en el ámbito

¹¹² No de hecho consumado, sino de riesgo.

¹¹³ Para un seguimiento del caso en El Mundo: https://www.google.es/search?rlz=1C2WLXB_enES582ES582&source=hp&q=ana+orantes&oq=ana+orantes&gs_l=psy-ab.3..35i39k1j0l3.1115.5864.0.6407.25.18.5.0.0.0.287.2330.0j7j5.12.0....0...1.1.64.psy-ab..10.15.1987.0..0i131k1j0i10k1j0i19k1j0i67k1.qN55exL9aqw

¹¹⁴ Para un seguimiento del caso en el diario El País: https://elpais.com/tag/caso_juana_rivas/a

¹¹⁵ La fuente de estos datos: Observatorio Estatal de Violencia Sobre la Mujer (Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales y Sanidad): Informe Anual del año 2007. <http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaENCIFRAS/observatorio/informesAnuales/home.htm>

judicial la violencia de género cada vez se hace más evidente. Ello sin descartar las que no llegan a aflorar¹¹⁶.

Parece, sin embargo, que subsisten problemas de envergadura -no son nuevos, sino una continuación de lo que ya conocemos-. Por un lado el gran número de sobreseimientos, que se añaden a las absoluciones: De acuerdo con el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015) los delitos de violencia doméstica son el tipo de delitos que recibe menos condenas, porque “el porcentaje de condenas por violencia de género es ligeramente inferior al de violencia doméstica y muy inferior al del resto de los delitos (pág. 23)”. Tomando como ejemplo el año 2015, en violencia de género las condenas suponen un 51’8%, en violencia doméstica un 59’0% y en el resto suponen un 80’9%. ¿Una persistencia del hecho diferencial? Eso parece y es alarmante porque, de acuerdo con la misma institución, la gran mayoría de denuncias no llega a juicio -y esto se suma a lo anterior-, sino que sufren un gran número de sobreseimientos provisionales (dejando ahora de lado, por sus especiales características los sobreseimientos libres) de tal forma que por las 192.804 sentencias habidas en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer durante el período que comprende los años 2005¹¹⁷ –segundo semestre- y 2015 –primer semestre- de las que el 22’78% fueron absolutorias, se dictaron 414.083 sobreseimientos provisionales -un 68’2% en relación las sentencias¹¹⁸.

¹¹⁶ Nos dice PERAMATO MARTÍN (2016) que “...de acuerdo con la macroencuesta del año 2015, podemos concluir que, de toda la violencia en el ámbito de la pareja o ex pareja, llega a conocimiento del Juez sólo el **28’5%**. Lo que quiere decir, si descontamos el 6’4% de las encuestadas que no contestan, que **el 65%** de la Violencia de Género permanece oculta y ello debido no sólo al silencio de la propia víctima, sino también de los familiares, vecinos, amigos que conocen esa situación y callan y a la falta de denuncia por los profesionales socio-sanitarios... (pág. 3)”. Se está refiriendo a la macroencuesta llevada a cabo por la delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, publicada en la Colección Violencia de Género, cuaderno nº 22. Las entrevistas se realizaron a una muestra representativa de 10.171 mujeres.

¹¹⁷ Este trabajo elude los datos de las sentencias de los juzgados de instrucción. Sin embargo otros autores han podido indagar en ello, en particular quiero hacer mención a CEREZO DOMÍNGUEZ (2007: Pp. 314-316). Esta autora hace referencia a un trabajo, que nace del grupo de expertos en su momento constituido en el seno del Observatorio contra la violencia doméstica (CGPJ), a fin de hacer seguimiento de las sentencias dictadas en este ámbito por Juzgados y Tribunales. En 2003 inició sus trabajos sobre sentencias en toda España de los años 2000, 2001 y 2002 y concluye que la mayoría de estas sentencias absolutorias se estaban produciendo en los Juzgados de Instrucción, absoluciones que alcanzaban **el 72’3%** (se referían a las antiguas faltas). Y algo más importante, en todos los órganos jurisdiccionales, ya sean Juzgados de Instrucción, Audiencias Provinciales o Juzgados de lo penal -entonces no existían los Juzgados de violencia contra la mujer- la mayoría de las absoluciones tenían causa en, bien falta de acusación, bien falta de pruebas.

¹¹⁸ Y 45.288 sobreseimientos libres. De acuerdo con el informe del Observatorio de Violencia de Doméstica y de Género del primer trimestre de 2017, el peso de los sobreseimientos provisionales en este período ha sido del 40’5% y las sentencias condenatorias un 12’20%. Disponible en : <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Primer-trimestre-de-2017>

No se refiere al dato sobre la influencia concreta de la retirada de la denuncia por parte de la víctima¹¹⁹ en lo relativo al sobreseimiento, pero en cualquier caso el peso debe ser importante: Esta misma institución, en el mismo informe, nos dice que en los procedimientos con sentencias absolutorias, las debidas a retirada de la denuncia desde 2007 a 2015, ambos inclusive, ha sido de una media de 13'9%, esto en cuanto a sentencias absolutorias es importante.

Añadamos otro dato significativo, que creo que nos servirá para afianzar las conclusiones sobre todo lo anterior (CONSEJO GENERAL DE PODER JUDICIAL. 2015: PÁG 23): durante los diez años de aplicación de la LOIVG el peso del delito de violencia habitual (el 173.2CP) es aún residual, suponiendo las condenas por este delito el 10,9%, frente al 57'1% que lo fueron por el art. 153 Cp (violencia no habitual). Y en el primer trimestre de 2017, el peso es del 12'1% frente al 55'2%.

Para finalizar, si la LOIVG y todo lo que la misma conlleva (sus medidas integrales) ha tenido efecto en lo relativo al incremento en el número de denuncias - que desde su entrada en vigor casi se ha más que duplicado-, no parece que lo haya tenido en lo relativo al número de mujeres asesinadas. Tampoco en esto, desgraciadamente, ha habido unas consecuencias disuasorias. Las cifras en este caso se mantienen altas¹²⁰, sin variaciones significativas. Haciendo una media de los datos reflejados en el portal estadístico de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género¹²¹, entre los años 2004 y 2016, se obtiene un promedio de 63 mujeres víctimas mortales al año. Y no observamos diferencias significativas en la media desde el año 2000. Es decir, en 16 años el promedio es muy similar –antes y después de la Ley-

5.2). Sesgos de género y huida del Derecho El incremento de las denuncias año tras año parece hacer referencia a una mayor concienciación sobre la violencia de género, una menor permisividad hacia este fenómeno y, quizá, una mejora en el conocimiento de esta realidad por parte de las víctimas y de la sociedad en general. Esto equivale a decir que la LOIVG ha servido para la visualización de un fenómeno que hasta ahora se había mantenido oculto. Luego los efectos simbólicos no parecen no haber tenido consecuencias. Las mujeres víctimas de violencia de género acuden cada vez más a los Juzgados y Tribunales demandando una respuesta.

¹¹⁹ A este respecto, por ejemplo, nos dice PELAYO LAVÍN, (2009). Que “la memoria general de la Fiscalía General del Estado de 2006 pone de manifiesto que durante el año anterior, fueron retiradas 86 denuncias acogiendo a las mujeres a la dispensa del art. 416, lo que supone un 33'7% de los supuestos. Elevándose estas cifras en el siguiente año, ya que la memoria de 2007 señala que el porcentaje aumenta hasta un 39'60%... (pág. 508)”

¹²⁰ De acuerdo con el Informe del observatorio estatal de violencia sobre la mujer del año 2007, desde el año 2000, la cifra de mujeres víctimas de sus parejas fueron 63 en el año 2000, 54 en 2002, 71 en 2003 y 74 en 2004, 58 en 2005 y 68 en 2006. Si vamos al portal estadístico de Violencia de Género de la Delegación del gobierno para la Violencia de género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, vemos que la progresión ha continuado siendo muy parecida: 2008, 76 mujeres víctimas; 2009, 56; 2010, 73; 2013, 52, 2016, 44.

¹²¹ Acceso: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es/>

Pero ¿qué respuesta obtienen? Parece lógico pensar que el fenómeno de la huida del Derecho sigue estando presente en nuestro caso. Los dos datos más significativos son el nº de sobreseimientos -al que se añaden las absoluciones- y el que el art. 173. 2Cp sea un delito residual para la justicia. Ya avisaba la oposición del CGPJ en su informe al anteproyecto, lo predecían las más de 180 cuestiones de inconstitucionalidad formuladas a la Ley y lo anunciaba la doctrina: la aplicación de la LOIVG no iba a evitar fuertes obstáculos. El primero, la incompreensión con que fue recibida y, el segundo, eventuales movimientos de “escapada”, que ya estaban asentados en la actuación jurisdiccional. Se nos volvía a decir (MAQUEDA ABREU.2009; ACALE SÁNCHEZ .2009) que lo más probable era que se siguiera con la tendencia a minimizar los hechos -ahora más aún, que los tipos penales castigan más- y que el delito de malos tratos habituales quedaría, por este efecto, relegado a un tipo residual. En efecto, el art. 153.1Cp (maltrato ocasional) tiene aparejada menor pena de prisión y el órgano judicial tiene la oportunidad de imponer, alternativamente, la de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días, mientras en el maltrato habitual (173.2Cp) la pena es superior y no existe esa alternativa (también la pena de “retirada de armas” -del derecho a su porte y tenencia- es menor en el primer caso)¹²². ¿Minimización de la violencia de género? Creo que sí. La violencia habitual es minimizada hasta el punto de hacerla desaparecer de la actividad investigadora y de las resoluciones¹²³. Paradójicamente éstas se refieren a un tipo que agrava la LOIVG (el 153. 2, aunque sigue siendo menos grave que la violencia habitual) y rechaza el que esta ley ha dejado como estaba antes de la misma. Es evidente que si seguimos la pauta jurisdiccional, en España la violencia de género, en su sentido genuino, es una cuestión residual, que no coincide ni con los datos de encuestas ni con las propias denuncias. En mi opinión, a la dificultad de prueba se añade una insuficiente diligencia probatoria. No otra circunstancia puede llevar a “negar” en lo jurisdiccional, lo que en la realidad es un hecho evidente y constatado. Mientras el legislador hace una consideración valorativa -desde la perspectiva político criminal- de la violencia de género, la práctica judicial simplemente le está dando otra¹²⁴. Y no es ajeno a ello - a estas vías de escape- los mecanismos que se han puesto a disposición de la justicia desde el ámbito del Derecho Procesal, que dan cobertura a la falta de actividad probatoria. Primero porque el art. 796.2.a) Lecrim incluye entre los delitos que pueden ser enjuiciados por el

¹²² En ambos casos existe la atenuante ya comentada que opera por apreciación judicial y que puede conllevar pena inferior en grado.

¹²³ Porque evitar la investigación o no llevarla lo suficientemente adelante, es minimizar el problema antes de conocerlo. **No parece que hayan necesitado un incremento de penas: la expulsión del Derecho ha sido constante, con todos los tipos penales y en todos los tiempos, incluso antes de la reforma de 1989.**

¹²⁴ Dice LURENZO COPELLO (2008) que “...el problema residía en una defectuosa práctica judicial que, al identificar de modo casi automático la primera denuncia con el primer acto de violencia, acabó por calificar como simples faltas muchas situaciones graves de violencia habitual que permanecían ocultas, tras un aparente episodio aislado de maltrato. Lo que hacía falta, entonces, no era un incremento punitivo, sino una actuación decidida sobre los operadores jurídicos para modificar esta inercia jurisprudencial” (pp.45 y 46)

procedimiento “para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos”, los “...delitos de lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual, cometidos contra las personas a que se refiere el art. 173.2...” lo que reconduce el conocimiento para el enjuiciamiento de los hechos típicos de violencia de género¹²⁵, aunque otra vez a través de la doméstica, al llamado Juicio Rápido, cuya virtualidad es la rapidez (es un procedimiento sumario) a costa de la actividad probatoria, que queda reducida a su mínima expresión. Lo que en principio fue pensado para agilizar procedimientos que se eternizaban en momentos en los cuales no existían muchas posibilidades de adoptar medidas cautelares para las víctimas, y de prueba fácil, que no es el caso, puede haberse vuelto en contra de las mismas. Máxime porque además el procedimiento admite dos tipos de conformidad: Uno, en el propio juzgado de instrucción – esta modalidad fue introducida por la Ley 38/2002 de 24 de octubre- de acuerdo con la cual, el acusado puede conformarse con la acusación en el propio Juzgado de Guardia, siempre que el delito por el que se acusa no supere los tres años de prisión y la acusación¹²⁶, cuando pida pena de privación de libertad, no supere, rebajada en un tercio, los dos años de prisión. Esta apreciación del tercio tiene que ver con el “premio” que se obtiene por conformarse, es decir, si se conforma el acusado, la pena se le rebaja en un tercio¹²⁷, pena que para poder ser objeto de conformidad ya ha solido rebajarse. Esta vía supone que en el mismo día –o en las 24 horas siguientes- en el que la denuncia llega al Juzgado éste dicte sentencia¹²⁸. Insisto: a costa de la actividad probatoria¹²⁹ -se trata de un procedimiento sumarísimo, al que se reconduce la violencia de género y la doméstica con asiduidad-. El otro tipo es la Conformidad en el Juicio Oral, que también es frecuente¹³⁰ y como sabemos quienes hemos practicado el Derecho, se hace también “a la baja”, aunque estas sí llevarán una mayor carga probatoria¹³¹.

Por otra parte parece que, dado el alto grado de sobreseimientos, la huida hacia otros tipos penales como las amenazas o las coacciones no se ha producido. Son tipos penales poco aplicados. También en esto se sigue, pues, la pauta anterior,

¹²⁵ Téngase en cuenta que además se requiere, de acuerdo con el art. 795 Lecrim que el delito esté “...castigado con pena que no exceda de cinco años o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía.”

¹²⁶ Esto pone en evidencia una actitud no muy activa al respecto de la prueba por parte de Fiscalía.

¹²⁷ Y ello aunque suponga imponer una pena equivalente a un delito inferior (por ejemplo, de un delito leve –antigua falta-). Ver art.801. 3º y 4º Lecrim.

¹²⁸ Mi experiencia personal, es que esta vía es muy utilizada por los Juzgados de Instrucción.

¹²⁹ Y para quienes estamos de acuerdo con la necesidad de tomar en consideración a la víctima y la necesidad de satisfacción de la misma, lo peor: el procedimiento se lleva a cabo de manera que se cita a imputado, a la víctima y al Mº Fiscal, entran en sala quien representa a la Fiscalía y el imputado y sale este con sentencia sin que la víctima haya entrado en la misma. Casi un “delivery sistem”, si se me permite la expresión.

¹³⁰ Arts. 652.1, 655, 688 a 700 y 784.3 y 787.1, todos ellos de la Lecrim

¹³¹ De acuerdo con el informe del CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015: pág.24), de las 192.804 sentencias condenatorias de los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer, 107.264 han correspondido a conformidad de acusado, lo que supone cerca del **56% de las sentencias**.

cuando eran consideradas faltas, cuyas resoluciones absolutorias llegaron a suponer algo más de un 72% en los Juzgados de Instrucción como vimos en páginas precedentes. Tenían razón los “augures”: si las faltas ya eran consideradas excesivas, más aún cuando su consideración penal las eleva a delitos –parece que no hemos sido capaces de acabar con la idea de privacidad desjudicializada de ciertas relaciones, ni con la inercia de la aplicación del principio de intervención mínima, que nos persigue desde el inicio de este trabajo-. No es esta la realidad y este tipo de actuación tiene consecuencias, no sólo en cuanto a los datos estadísticos, sino porque las absoluciones dejan sin respuesta a las víctimas y porque evidentemente las repercusiones de una violencia habitual y de una violencia ocasional no son las mismas, ni las medidas cautelares ni las civiles deberían ser iguales, ya que el grado del injusto del delito normalmente aplicado es menor. Y esto es más desconcertante si tenemos en cuenta que la LOIVG crea los Juzgados de Violencia contra la Mujer con los que pretendía la especialización para la mejor actuación judicial en estos tipos de procedimientos¹³². Era lógico pensar que la introducción de la perspectiva de género no podía llevarse a cabo en nuestro sistema sino a través de la especialización. Pero ¿ha dado sus frutos? Me plantea serias dudas, no sólo por cuanto antecede: Hemos de considerar que estos Juzgados asumen, al mismo tiempo, los asuntos civiles (del ámbito de Derecho de familia) que estén relacionados con la violencia de género junto a los penales y que, como digo, se pretendía con ello que la consideración de la violencia de género no pasara desapercibida a la hora de determinar medidas civiles¹³³. Tengamos en cuenta que, además, todo esto ha supuesto la especialización de Fiscalías en las capitales de provincia –no en el resto de los partidos judiciales-. Pero si acudimos a las resoluciones civiles: de acuerdo con el CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2015: pág. 17), la realidad es que en estas resoluciones la suspensión del régimen de visitas sólo se produce en **el 3’4%** de los casos, de la patria potestad en **el 0’3%** y de la guarda y custodia en **el 7’1%**. Más aún: a pesar de la prohibición expresa de mediación (art. 44 LOIVG) de acuerdo con dicho informe, se han consensuado durante estos diez años en los Juzgados de Violencia Sobre la Mujer **el 62’2%** de los divorcios y **el 67%** de las separaciones, lo que aleja a la gran mayoría de las decisiones de la situación de violencia de género. Esto acarrea problemas con los/as menores y la violencia de género y ha determinado la sustanciación de asuntos que han finalizado con su

¹³² En la Exposición de Motivos de la LOIVG, se nos dice al respecto: “En cuanto a las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares, se han adoptado las siguientes [medidas]: conforme a la tradición jurídica española, se ha optado por una fórmula de especialización dentro del orden penal de los Jueces de Instrucción, creando los Juzgados de Violencia Sobre la mujer....”

¹³³ Estos Juzgados sólo existen en capitales de provincia y algunos partidos judiciales de gran población. Para el resto se ha procedido a una seudo especialización a través de la atribución, vía normas de reparto, por las que sólo a ciertos juzgados de instrucción (para conocer sólo de ellos o no, depende del partido judicial y el volumen de trabajo del mismo) se atribuye en exclusiva el conocimiento de los asuntos –penales y civiles- derivados de violencia de género, pero sin especialización Vid. Art. 87 ter de la LOPJ

muerte¹³⁴. La Ley 8/2015 de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ha introducido modificaciones (a través de su disposición final tercera) a la LOIVG, para que las y los menores hijos de mujer maltratada sean considerados/as víctimas –directas- de violencia de género y, al mismo tiempo para obligar (“deberá”, reza el precepto) al Juzgado de Violencia Sobre la Mujer a resolver necesariamente, lo haya o no solicitado la parte, sobre la situación de la patria potestad, régimen de custodia y visitas y estancia¹³⁵ y sobre medidas cautelares¹³⁶. Es decir, se insiste, como vemos, en los automatismos sustentados en mala praxis judicial.

Pero aparte de este problema, gran parte de la doctrina apunta a otro también significativo: la necesidad de procedimiento penal para la integralidad de la respuesta. El excesivo peso que el Derecho Penal y su aplicación tiene en la norma hace que buena parte de los medios que se ponen a disposición de la víctima requieran, dicen denuncia (TORRES ROSELL. 2016; ORTUBAI FUENTES. 2015). Pero estamos ante delitos públicos y lo que quieren decir es que todo intento de acceso de la mujer a la protección se convierte en proceso penal, porque si ella no denuncia, la policía elevará un atestado que equivale a denuncia, y los y las profesionales están obligadas a ponerlo en conocimiento de Juzgados, Fiscalía y en su caso policía, para la incoación de un proceso penal. Esto es lo que se debe entender cuando hablemos de necesidad de denuncia. De hecho la Orden de protección –también la sentencia condenatoria- se convierte en eje de la mayoría de estas medidas –las civiles y penales conjuntas, por ejemplo- Es cierto que la LOIVG señala especificidades para los supuestos de violencia de género, que no necesariamente quedan vinculados a la orden de protección en el ámbito civil, pero sí a la denuncia: los arts. 64- 69 señalaban en un principio la posibilidad de adoptar –ya sabemos que desde 2015 el órgano ha de resolver necesariamente sobre muchos de ellos, “en las actuaciones y procedimientos relacionados con la violencia de género¹³⁷” la salida obligatoria del inculpado del domicilio –ya no hace falta que haya hijos/as comunes-, prohibición de aproximación a la persona protegida y de comunicación con ella, así como suspender la patria

¹³⁴ La CEDAW emitió una comunicación –la nº 47/2012, correspondiente al dictamen emitido en su 58º período de sesiones - sobre el asunto de Ángela González Carreño, cuya hija falleció en régimen de visitas con el maltratador, a pesar de todas las ocasiones en las que anunció que ello era probable y que solicitara una medida de visitas vigilada. El comité nos dice que España aplicó la Ley a través de sesgos de género que pusieron en duda a la víctima y llevaron a resoluciones equivocadas (http://www3.law.cornell.edu/AvonResources/CEDAW_C_Gonz%C3%A1lez_Carre%C3%B1o_v_Spain.pdf)

¹³⁵ Es decir, modifica los arts. 1. 2, 61.2; 65 y 66.

¹³⁶ Al mismo tiempo introduce elementos valorativos para determinar el interés superior del menor (a cuyos efectos interpretativos será criterio “la conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno adecuado y libre de violencia” (art. 2) e introduce entre los derechos del menor (art. 9) “el derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad,...”

¹³⁷ Art. 64 LOIVG

potestad o custodia y, en su caso, el régimen de visitas¹³⁸. Igualmente para los derechos que hace nacer con objeto de la protección laboral y prestaciones de la Seguridad Social de la mujer víctima de violencia de género¹³⁹, que se ponen en marcha fundamentalmente con la orden de protección -y con la sentencia condenatoria-; y para asistencia social (p. ej. RAI) Esto se pone en relación con los automatismos de la normativa penal de violencia de género a los que ya hemos hecho referencia con anterioridad y que la LOIVG refuerza. Piénsese que entre las modificaciones que introduce en el ámbito penal no sólo no cambia los anteriores, sino que los afianza con las reformas de los arts. 83.1 y 6, 84.3 y 88.1 todos ellos del Cp.¹⁴⁰, que suponen que para el caso de violencia de género, en el supuesto de suspensión de las penas (también para el caso de sustitución de penas, entonces aún vigente), estas queden **siempre** condicionadas para el inculpado, a la prohibición de acudir a determinados lugares, prohibición de aproximación a la víctima u otros, así como la obligación de participar en programas de educación sexual o similares¹⁴¹. Y que en caso de incumplimiento, la revocación de la suspensión será automática¹⁴².

Ante esto tenemos, no sólo el dato de los sobreseimientos tan elevados, sino, además, los de las mujeres que no denuncian o que, una vez formulada denuncia, o desisten, no persistiendo en la denuncia o se acogen a la dispensa del art. 416 Lecrim. Como hemos visto, buena parte de la doctrina achaca este problema sobre todo a dichos automatismos. No obstante la última encuesta llevada a cabo por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, que ha publicado en el año 2015¹⁴³ sobre los motivos que llevan a las mujeres a inhibirse en los procesos arroja resultados variados y muchos de ellos atinentes más a la información sobre los derechos de las víctimas y al funcionamiento del sistema judicial y a la falta de apoyos de salida, que a dichos automatismos e incluso el peso del Derecho Penal. Entre los motivos nos dicen que está: El miedo al maltratador y sus reacciones y, por lo tanto, a las represalias; el temor

¹³⁸ Medidas que, en este caso, "...podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en el sentencia el mantenimiento de tales medidas... (art. 69.LOIVG)"

¹³⁹ La LOIVG dedica al capítulo II del Título II a los que denomina "*derechos laborales y prestaciones de la seguridad social*" –arts. 21-23 y 24-26 para las funcionarias públicas en el último caso.

¹⁴⁰ Modificaciones que se introducen a través de los arts. 33 a 35 de la LOIVG

¹⁴¹ Desde la reforma de la Ley 1/2015 de 30 de marzo, desaparece la sustitución de la pena en una forma de suspensión y la obligación es a participar en programas de igualdad de trato y no discriminación.

¹⁴² Con carácter general el incumplimiento no tiene obligatoriamente que llevar a la revocación de la suspensión, sino que se pueden sustituir las conductas impuestas por otras o prorrogar el plazo de suspensión (vid. Art. 84Cp)

¹⁴³ Puede leerse un resumen de la misma en http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/laDelegacionInforma/pdfs/DGVG_informa_Inhibicion_Denunciar_Victimas_VG_.pdf . La macroencuesta completa se puede encontrar en: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/coleccion/pdf/Libro_22_Macroencuesta2015.pdf

a no ser protegidas, es decir, desconfían que el sistema les dé protección; miedo al proceso; miedo a perder a sus hijos/as; algunas ven que la denuncia complica las cosas; miedo a no ser creídas –son conscientes de los mitos y prejuicios contra ellas-. También víctimas que manifiestan que no desean el proceso, porque lo único que quieren es salir de la situación y vivir libres de violencia; incluso hay quien no quiere ver condenado al agresor, perjudicándolo de esa manera. Otras causas son: miedo a no poder salir por ellas mismas adelante; no encontrar empleo; a no tener medios económicos; a ser tratadas con prejuicios; vergüenza de contar hasta dónde han soportado o “tolerado”. Por lo tanto, entiendo que los automatismos no son la única fuente de inhibición¹⁴⁴, sino sólo una parte de las causas y no la principal. Parece que lo que las mujeres nos están diciendo es más que no confían en el proceso, que se sienten atendidas con prejuicios, que tienen problemas previos a la toma de decisión -miedos que tienen mucho que ver con las consecuencias del ciclo de la violencia y con el tipo de relación en el que la violencia se produce- y falta de apoyo social durante el proceso, y hay también quienes entienden que su objetivo no es el del proceso: no quieren ver al maltratador condenado. Por lo tanto, la respuesta a todas estas situaciones debe ser variada y no unidireccional, es decir, no poniendo el acento en acabar con unos automatismos sin los cuales, creo, al día de hoy la huida del Derecho sería una estampida.

5.3).Viejos sesgos, nuevos argumentos. Desalentador, sobre todo si volvemos la vista al inicio de este trabajo y a las conclusiones sobre la situación de la aplicación del Derecho Penal en el ámbito de los malos tratos a mujeres en etapas anteriores – desde antes de 1989, incluso-: la tendencia a la minimización y la huida del Derecho parece sostenerse en el tiempo. También la desconexión de la violencia de género y las medidas civiles. Es verdad que ahora no podemos afirmar que los tipos penales no recojan la violencia de género como un hecho criminógeno específico, y es evidente que han aumentado los asuntos y, por lo tanto, el número de sentencias, así como las condiciones de protección de la víctima, pero la tendencia general a no inmiscuir el Derecho en el ámbito privado de la pareja -o viceversa- subsiste incólume.

Lo que sí se aprecia es que esta resistencia se actualiza y busca nuevos argumentos, ante la poderosa perspectiva de género que ha entrado en el sistema y que demuestran una consideración de la mujer propia del patriarcado. Dada la mayor protección a las mujeres y la consideración de la discriminación que ello implica, el estatus quo se defiende con contraargumentos poderosos. Muy poderosos, porque coinciden con los estereotipos y obtienen una respuesta inmediata. LARRAURI PIOJAN (2008: págs. 12-26) ha estudiado cinco de ellos: 1- La mujer que se mueve por

¹⁴⁴ Para ser más precisos, la mayor fuente de inhibición es la no percepción de la violencia de género como un problema grave, según un 44'6% de las encuestadas, situándose en segundo lugar el miedo a las represalias (22'6%) y, en tercer lugar, la vergüenza o apuro (13'5%). La causa “para que su pareja no la dejara”, está en octavo lugar (9'2%) -vid. pág.183 de dicho informe-.

pasiones: dada la inhibición del procedimiento, no manteniendo la denuncia o acogiéndose al art 416lecrim -ella habla de “la mujer irracional”- 2- la denuncia con el fin de cobrar la RAI u obtener otros beneficios -habla en este caso de “la mujer instrumental”- 3.- Las denuncias falsas¹⁴⁵ –en este caso es “la mujer mentirosa”- 4.- la mujer que provoca el maltrato –estamos ante “la mujer punitiva”- y, por último, 5.- la “mujer vengativa” –porque el hombre recibe más sanción que si fuera ella la agresora- Todos estos argumentos tienen contraargumentos para neutralizarlos¹⁴⁶ pero ¿son suficientes? Piénsese que han calado en la sociedad y en la práctica judicial (LARRAURI PIOJAN.2008: pág. 13)¹⁴⁷ porque entiendo que se corresponden al estereotipo tradicional de mujer y dejan a la víctima siempre bajo sospecha, lo que no puede sino influir poderosamente en el procedimiento y en la actitud de las y los operadores jurídicos en general. Seguimos con la vieja idea: el Derecho tiene género –y es masculino-.

5.4).La tendencia actual del Derecho Penal: el Convenio de Estambul y El Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género. Por un lado la tendencia del Derecho penal, tras la LOIVG, ha seguido siendo expansiva, sobre todo a causa de la entrada en vigor para España el día 1 de agosto de 2014 del llamado Convenio de Estambul¹⁴⁸, que sobre una definición más amplia que la del art. 1 de la LOIVG sobre la

¹⁴⁵ ORTUBAY FUENTES (2015) afirma que esta incompreensión de las mujeres en el proceso produce “el aumento de la desconfianza frente a las mujeres que denuncian violencia [lo que] está llevando a un correlativo incremento de la denegación de órdenes de protección en los Juzgados de Instrucción y en los especializados (pg 23). Lo que sí observamos (CGPJ. 2015) es que casi no se deciden órdenes de protección no solicitadas por las partes y que su concesión ha decrecido, desde el 77% 70% en el período del informe. De hecho en el primer semestre de 2015 según el Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género, han descendido al 68%.

¹⁴⁶ Una mirada a la situación de la mujer maltratada y el tipo de relaciones reguladas (de pareja y afectivas) dan una pista más “racional” de la situación en cuanto al primer tópico; una referencia a las estadísticas acaba con el segundo: de acuerdo con la publicación del GGPJ (2015: pág. 17) sobre los diez años de aplicación de la LOIVG vemos que las medidas civiles no son profusas en estos procedimientos: entre el segundo semestre de 2005 y el primero de 2015 las medidas relativas atribución de vivienda se acordaron en un 21% de los casos, y las de alimentos en el 23’9%; en cuanto a solicitudes de RAI, y de acuerdo con el informe del Observatorio Estatal de Violencia de Género del año 2016, se otorgaron 33.566. Si las ponemos en relación con el nº total de denuncias (129.193) la ratio es del 26%. La obligatoriedad de la denuncia para poner en marcha las medidas de seguridad y las cifras del propio CGPJ acaban con el tercero: el último informe del Observatorio Contra la Violencia Doméstica y de Género –CGPJ- del año 2016, habla de una incidencia del 0’4%, según datos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género. Sólo una mentalidad sexista puede sustentar el cuarto sobre prejuicios claros; y también la obligatoriedad de la denuncia para acabar con el maltrato acaba con el quinto-, así como simplemente pensar en que es el maltratador el que crea la situación injusta.

¹⁴⁷ Nos dice esta autora: “...el sistema etiqueta negativamente a las mujeres víctimas: impaciente con ellas, incapaz de entender sus reticencias, enojado porque se le perturba en su correcto funcionamiento, el sistema acaba produciendo unos discursos negativos acerca de las mujeres que acuden a él...Ello es visible, por ejemplo, en cómo se culpabiliza a la falta de declaración de la mujer como si la falta de pruebas [fuera] culpa suya que no viene a declarar, no de un atestado insuficiente, o de un fiscal ausente, o de un juicio rápido...”

¹⁴⁸ Instrumento de ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia de género, firmado el 11 de mayo de 2011. BOE Nº 137, viernes 6 de junio de 2004, que entró en vigor el 1 de agosto de 2014.

violencia de género¹⁴⁹, establece en su artículo 5 que es obligación de las partes tomar “... las medidas **legislativas** y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, **castigar** y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales...”, obliga a los Estados parte a tipificar como delitos de este ámbito los siguientes: acoso, violencia física, violencia sexual –“*incluida la violación*”-, matrimonios forzosos, mutilación genital femenina, aborto y esterilización forzosos, acoso sexual y la asistencia, tentativa o complicidad de los mismos (arts.. 34 a 39 del Convenio) Sobre esta base ya se introdujeron reformas en el Código Penal español a través de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo. Como delitos que afectan mayoritariamente a mujeres (TORRES ROSELL. 2016) se introdujeron dos delitos nuevos: el delito relativo a los matrimonios forzados¹⁵⁰ y stalking, hostigamiento o acecho¹⁵¹ -que contiene un tipo agravado en el ámbito de la violencia doméstica- y modificaciones en otros tipos delictivos en la órbita de la violencia de género¹⁵²: Al derogarse el Libro III del CP (“De las Faltas y sus Penas”), las injurias y calumnias (173.4)y las amenazas leves (171 6, 2º párrafo Cp) , todos ellos en el ámbito de la violencia doméstica, pasan a ser considerados delitos leves¹⁵³. Se incluye el delito de ciberacoso ex art. 197-7 CP. , con un tipo agravado en el ámbito de la violencia de género. Además añade la posibilidad de dictar pena de libertad vigilada en los delitos de violencia habitual y maltrato ocasional. El efecto expansivo del convenio es innegable. Por la definición misma y por las obligaciones que impone en este ámbito.

Por otro lado, con el objetivo de evitar los vaivenes en la aplicación de las normas, y promover la puesta en marcha de los compromisos y la implantación de las medidas adecuadas para erradicar la violencia de género, se ha estimado oportuno algo que –reclamado por las asociaciones feministas de base- ha pasado a la agenda política: un pacto de Estado que incluya iguales compromisos, las mismas consideraciones e idénticos principios para todas las fuerzas políticas e instituciones y colectivos implicados. La idea es que las medidas integrales se pongan en marcha y se desarrollen y que la apuesta por ello sea definitiva y no sufra de acuerdo con los

¹⁴⁹ De acuerdo con el art. 3 a) “Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;... c) Por «género» se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente contruidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; d) Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. No entraré ahora a criticar un concepto muy criticable.

¹⁵⁰ En una técnica legislativa extraña, los incluye como una modalidad agravada de coacciones (art 172-bis) y como un subtipo de la trata de seres humanos “para celebrar matrimonio forzado”

¹⁵¹ (nuevo art. 172.ter CP) Es muy típico en la violencia de género que el agresor, siga, persiga y hostigue a su víctima.

¹⁵² Introduce modificaciones en los delitos de prostitución y contra la libertad sexual, por ejemplo.

¹⁵³ Además se eleva la edad de consentimiento de relaciones sexuales a los 16 años,

resultados electorales a través de un compromiso común. Este pacto se ha trabajado en la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género, en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los diputados, cuyo informe y compromisos (desde ahora me referiré a él como Pacto de Estado) se ha publicado el 3 de agosto de 2017¹⁵⁴. En dicha subcomisión han intervenido 66 expertos y expertas, por sí o en representación de colectivos feministas, órganos sociales e instituciones públicas y privadas. La publicación de los compromisos adquiridos nos da una pista fiable de cuál es o puede a ser en el futuro próximo la tendencia en materia de violencia de género. Desde luego la posición del pacto es que ha fallado la integralidad por no haberse cumplido las LOIVG¹⁵⁵ y, por lo tanto, que han de ponerse en marcha todos cuantos mecanismos son necesarios para erradicar la violencia de género, en todos los ámbitos, con un especial interés en el diseño de un pacto de Estado sobre educación¹⁵⁶ que también defina un sistema consensuado y que ponga definitivamente en marcha las medidas educativas adecuadas. Por lo tanto el pacto afecta a todos los ámbitos y hace un análisis crítico y pormenorizado de todos ellos (sobre todo los de las y los expertos lo han sido) y su evolución en la puesta en marcha de medidas y sus fracasos. Ciñéndonos al objeto de nuestro trabajo, que centra su mirada en el ámbito jurídico penal y su evolución, la tendencia, desde luego, es expansiva, por usar un término común a la crítica jurídica. Las propuestas adoptadas por unanimidad más relevantes en lo que ahora nos ocupa son:

1.- Que el concepto legal de la LOIVG de violencia de género se amplíe adoptando el del Convenio de Estambul antes referido (alguna de las ponentes ha propuesto generalizar la protección reforzada¹⁵⁷ a los delitos que contempla el Convenio de

¹⁵⁴ Acceso: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/D/BOCG-12-D-199.PDF

¹⁵⁵ En su comparecencia en la subcomisión para un Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 3 de Agosto de 2017), la Vicepresidenta de la Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, manifestó la existencia de “...Déficits en la lucha contra la violencia de género. Denunció que las políticas contra la violencia de género de los últimos años han sido insuficientes, lo cual va vinculado a los recortes presupuestarios relativos a la lucha contra la violencia de género (entre 2010 y 2014 la reducción fue de más de un 30%), y la igualdad entre mujeres y hombres (reducción en casi un 40% durante los mismos años), tal como denuncia el Informe Sombra de la CEDAW. Sobre este tema, hizo el balance siguiente: — Recortes presupuestarios (en la Legislatura 2012-2016, el recorte en igualdad de género fue del 37,5% y en violencia de género de casi un 17%). — Necesidad de superar los déficits que hoy en día existen en el ámbito educativo, para dar cumplimiento al artículo 14 del Convenio de Estambul. — Problema derivado de la supresión de las competencias municipales en materia de igualdad provocado por la Ley 27/2013, la cual suprimió el artículo 28 de la LRL. Ello ha afectado a la red de asistencia integral en todo el territorio español, impuesta por el artículo 19 de la LO 1/2004.

¹⁵⁶ “De hecho la propuesta 1.1.2 es del siguiente tenor: “Encomendar a la Subcomisión para la elaboración de una gran Pacto Social y Político por la Educación articular las medidas acordadas para hacer efectivo el cumplimiento del art. 4 de la Ley 1/2004”. Recordemos que este artículo regula los “principios y valores del sistema educativo”.

¹⁵⁷ Ya sabemos: tipos en los que el sujeto activo sea hombre y el pasivo, mujer.

Estambul¹⁵⁸ y ampliar la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer a estos delitos¹⁵⁹)

2.- Sobre esta idea, se propone, extender la perspectiva de género en la normativa relativa a violencia sexual (acuerdo 84), que la declaración de que los delitos relacionados en el Convenio de Estambul son también violencia contra las mujeres (acuerdo 86.3)-lo que parece llamar a una nueva tipificación reforzada-; generalizar la aplicación de la agravante de género del art. 22.4 recomendando su aplicación (acuerdos 90 y 92), perfeccionar la tipificación de los delitos en el ámbito digital (acuerdo 91) incluso ampliar los supuestos de stalking (acuerdo 93) o elevar la consideración de los delitos leves de injurias y calumnias entiendo que a delitos menos graves, cuando se comentan en el ámbito de la violencia de género y a través de las redes sociales (acuerdo 94) protección reforzada por violencia de género en los delitos de acoso sexual (acuerdo 95); extender la aplicación de la libertad vigilada a todos los delitos en el ámbito de la violencia de género (acuerdo 98) o incluir en el art. 544 ter Lecrim (orden de protección) criterios determinantes de la situación objetiva de riesgo para su implantación –tendencia a un mayor automatismo, en este caso- (acuerdo 101) En fin, todos ellos son ejemplos de que la tendencia es más bien a continuar con la tónica anunciada.

Parece de mucho interés que también se adopten otros acuerdos, que influyen en nuestra órbita, pero que se interesan en dar respuesta a cuestiones ya suscitadas en este trabajo y que tienen mucho que ver con el tratamiento de la víctima:

1. En lo relativo a necesidad o no de denuncia: se pretende introducir un sistema de acreditación extrajudicial para víctimas de violencia de género, para que la acreditación de esta situación no quede supeditada a la denuncia (acuerdo 62), ampliando las entidades capacitadas para ello¹⁶⁰. A esto se añade en el acuerdo 64 la propuesta de creación de Unidades de Apoyo en el ámbito local que actuarán sin necesidad de denuncia en la detección y seguimiento individualizado para atajar el problema y proveer las ayudas necesarias.

2. También de “establecer un sistema de acompañamiento y de ayuda a la toma de decisiones, con el fin de evitar la desprotección de la mujer y garantizar el derecho a la asistencia social integral que el art. 19 de la LO 1/2004 reconoce”(acuerdo 64).

¹⁵⁸ Comparecencia de D^a Ángeles Carmona Vergara, Presidenta del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial (pág. 17)

¹⁵⁹ D.^a Marisa Soletto Ávila, Directora de la Fundación Mujeres (pág. 41)

¹⁶⁰ Se nos dice que “se procede a realizar reformas que permitan ampliar los organismos habilitados para la acreditación de la condición de víctima, dejando de condicionar esta acreditación a la orden de protección [el acuerdo 62 nos habla de no supeditarla a la denuncia]...Esta medida atiende a la necesidad de extender a un mayor número de mujeres víctimas de violencia de género el derecho a acceder a servicios sociales de atención multidisciplinaria, de emergencia, de acogida y de recuperación integral”. Con esto se pretende el acceso inmediato a los derechos y servicios reconocidos en la LOIVG

3. O, en el acuerdo 67, el reforzamiento de la atención psicológica, la mejora del sistema de valoración del riesgo, acompañamiento a la interposición de la denuncia tanto como a la interposición de la demanda en el ámbito de familia (separación, divorcio, relaciones paterno-filiales),

4- Mejorar los equipos multidisciplinares de apoyo a los órganos jurisdiccionales que aporten los informes necesarios a Jueces y Juezas sin dilaciones (acuerdo 109)

5.- De la adecuación de los Juzgados para evitar la victimización secundaria - dependencias separadas, videoconferencias...- (acuerdo 107)

6. La implantación definitiva de las Unidades de Valoración Forense integral, que asistirán a las y los jueces (acuerdo 110)

VIII-CONCLUSIONES

I.-Aunque la violencia de género en el ámbito doméstico ha sido el germen de una profusa actividad legislativa en el campo penal, lo cierto es que desde el año 1989 y hasta el año 2004 las sucesivas normas han diluido este tipo de violencia en un cada vez más amplio núcleo de relaciones -de la violencia intrafamiliar a la doméstica, rebasando los límites de la familia- que han terminado por desdibujarla y han ignorado sus propiedades específicas. Esto ha desenfocado la regulación, cuyo bien jurídico protegido no se ha ceñido a las características propias de este tipo de violencia.

II.-De hecho, todos los datos estadísticos que han impulsado las reformas han venido demostrando que en el ámbito doméstico y en las relaciones de pareja la mujer es la víctima sistemática y el hombre el agresor. Pero las causas, el modus operandi y las consecuencias en ella son distintas a los otros miembros de la familia, ya que ella no es ni legal (formalmente) ni por naturaleza más vulnerable, como menores y ancianos/as. Su vulnerabilidad la produce la discriminación de género.

III.-Esta característica de la regulación se debe, en gran medida, a sesgos de género que han impedido apreciar a la mujer desde el Derecho como ser autónomo al margen de su papel tradicional en la familia y a la incapacidad de apreciar la violencia de género como hecho criminógeno específico -sus causas: la discriminación por razón de género, no vulnerabilidades naturales-. Aunque tras la Constitución Española se hicieron desaparecer los tipos delictivos sexuados y se generaron tipos neutros, recogiendo la antorcha constitucional de la igualdad, sin embargo estos sesgos demostraban que la desigualdad era un hecho de la realidad que esas normas no corregían -se amparaban en ellas para mantenerla-.

IV.- Los Sesgos de género subsistentes en el sistema judicial y en quienes operan en el mismo han venido produciendo un hecho diferencial –discriminatorio- en la aplicación

de la norma respecto de las mujeres víctimas de malos tratos, lo que venimos denominando la tendencia a la huida del Derecho: los casos tienden a sobreseerse, a la absolución o a calificarse del modo más benévolo, con un sistema que favorece la no asunción de la diligencia debida en la práctica de las pruebas. Sobreseimientos y absoluciones han venido siendo la tónica general. Así como la ignorancia de esta violencia al adoptar medidas en el ámbito del Derecho de Familia. En definitiva, han supuesto que el derecho a la tutela judicial efectiva ex art. 24 de la Constitución Española decayera para las mujeres víctimas de malos tratos. El problema no ha sido una deficiente técnica legislativa, sino una aplicación sesgada de la norma.

V.- Uno de los problemas es que, aun no siendo un hecho nuevo, sin embargo el abordaje desde el Derecho Penal en términos históricos sí lo es. Quizá esto ha equivalido a introducir un hecho nuevo en una herramienta antigua, no bien preparada para asumir el fenómeno, ya que durante siglos ha sido un elemento para su perpetuación.

VI.- Su otra consecuencia inmediata: durante aproximadamente sus primeros 10 años de vigencia, el delito de violencia habitual -que recoge la característica genuina de la violencia de género: la habitualidad-, no se aplicó y, cuando ha empezado a aplicarse, ha quedado reducido a un tipo residual: desde el punto de vista jurisdiccional, la violencia de género ha quedado, en tal caso, reducida a una circunstancia de menor peso, lo que no se corresponde con su influencia real en la vida de las mujeres en nuestra sociedad.

VII.- Se ha sostenido en este trabajo, sobre los análisis feministas del Derecho, que estos sesgos han determinado, por un lado, la asunción de instituciones y conceptos formalmente neutros pero profundamente patriarcales, por eso que hayamos afirmado que el Derecho es masculino. Además, en la aplicación del Derecho, estos sesgos conducen a la atribución de criterios distintos y discriminatorios en el abordaje de los asuntos respecto a hombres y mujeres, que determinan una aplicación desigual del Derecho, por lo que también hemos afirmado que el Derecho tiene género. La familia patriarcal, por un lado, y la apreciación de la mujer (las mujeres) en relación a su papel tradicional en la misma y no como sujeto autónomo de derechos, son los sesgos básicos de todo ello. Esta circunstancia se ha mantenido constante durante todo el período al que nos referimos, aunque la LOIVG, al introducir la perspectiva de género en el diseño legal, pretende imponer un Derecho no masculino.

VIII.- Entre los argumentos sostenidos en los sesgos en la aplicación del Derecho, se ha dado un sentido exacerbado al principio de intervención mínima, basado en la intimidad familiar -lo que favorece la no intervención jurisdiccional- y, con base en el mismo principio, una interpretación extensiva de la dispensa del art. 416 de la Lecrim, no previsto en principio para cuando el familiar es víctima del delito, lo que ha supuesto en muchos casos la neutralización de la caracterización, a partir de la

reforma legal introducida por la L14/99, de las figuras delictivas del ámbito de la violencia doméstica como delitos y faltas públicos y una vía de entrada de una suerte de perdón del ofendido, que ha favorecido el sentido de las presiones que la víctima recibe de su entorno y del sistema para no denunciar, así como las absoluciones, haciendo recaer la “culpa” de la falta de pruebas en ellas y no en la falta de la diligencia probatoria.

IX.- Entiendo que las sucesivas reformas legales han tenido como objetivo fundamental intentar corregir los desequilibrios producidos en la aplicación de las figuras delictivas, a causa de la mala praxis sustentada en los sesgos de género descritos. Esta es la razón principal de que se hayan referido a los tipos penales más leves. Da la impresión de que se ha ido incrementando la consideración penal de aquellas figuras delictivas a las que la práctica judicial reconducía las causas. También es motivo de que las reformas hayan ido dirigidas a delimitar la capacidad de arbitrio del/a Juez/a creando automatismos como la imposición obligatoria de la pena cautelar de alejamiento en estos delitos, el incremento de las penas, la elevación al carácter público de todos los delitos y faltas, lo que obliga a iniciar de oficio las causas en todos los supuestos. Pero pienso que estos automatismos, si bien han dado una rigidez formal al procedimiento en el ámbito de la violencia de género, van dirigidos a asegurar la tutela judicial efectiva de las mujeres por parte de los tribunales. En la situación actual los automatismos son un cierto –sólo un cierto- freno a los sesgos que venimos comentando.

X.- En el ámbito penal han sido primero en el tiempo los tipos penales y, luego, las normas de atención a la víctima, lo que siendo tradicional en nuestro Derecho (su olvido) ha perjudicado enormemente la posición de la mujer víctima de violencia machista en el procedimiento, creando un gran riesgo para la misma, al no atender sus necesidades.

XI.- La entrada, en 1999, de la primera normativa relativa a la protección de la víctima ha supuesto el inicio de un camino que luego dio lugar a la protección integral de la orden de protección que ha sido una herramienta vital para los supuestos de violencia de género y la primera institución que introdujo la actuación integral para atender todos los aspectos relacionados con la mujer víctima con violencia de género y puede suponer un instrumento poderoso para interrumpir rápidamente el ciclo de la violencia.

XII.- La LOIVG ha sido una de las normas de mayor importancia introducida en nuestro ordenamiento jurídico, cuyas principales virtualidades han sido, por un lado, incorporar la perspectiva de género, incluyéndola en la regulación penal, y la idea de la necesidad de una actuación integral contra este fenómeno y en la atención a la víctima. Esto marca un cambio en la herramienta jurídica con relación a la violencia de

género, un nuevo paradigma que crea un nuevo instrumento que supere el llamado Derecho masculino, para un hecho nuevo en lo jurídico.

XIII.- La inclusión de la perspectiva de género implica conocer la discriminación real que la mujer sufre en la sociedad y apreciar qué efectos diversos produce en ella, el distinto significado de los hechos de hombres y mujeres en dicho contexto y en consecuencia, los efectos jurídicos de esta diferencia.

XIV.- El Tribunal Constitucional ha avalado que los delitos diseñados con perspectiva de género por la LOIVG no conculcan ningún derecho fundamental de nuestro Ordenamiento Jurídico, ni principio rector alguno del Derecho Penal. Una mirada con perspectiva de género pone de relieve que son hechos que se insertan en un contexto de discriminación, que conllevan una desvalor mayor, unas consecuencias más graves, y que ese contexto es parte constitutiva de los hechos. La violencia de género no existiría sin la discriminación de la mujer. Tampoco estos tipos delictivos son acción positiva: simplemente se limitan a sancionar una discriminación específica.

XV.- De acuerdo con el Tribunal Constitucional, los tipos delictivos de la LOIVG son razonables y adecuados al fin de sancionar la violencia discriminatoria a la que se refieren.

XVI.- La LOIVG supone la culminación de una evolución en nuestro Derecho, que de un Derecho discriminatorio, pasó a ser, tras la entrada en vigor de la Constitución Española, un Derecho que asumía la igualdad formal. La última etapa lo sitúa en un Derecho antidiscriminatorio: que asume la necesidad de igualdad material. Por eso, en el primer caso, incluía la distinción de tipos entre hombres y mujeres para sostener la discriminación de género. En el segundo incluye tipos neutros, no sexuados y la tercera etapa vuelve a la distinción entre sexos, pero no para afianzar la diferencia, sino para sancionar la existente y neutralizarla.

XVII.- La integralidad de la LOIVG implica el despliegue de una actividad multisectorial a fin de acabar con las causas de la violencia -la discriminación-, erradicarla y sancionar los hechos delictivos. Por esto que regula medidas en todos los ámbitos.

XVIII.- No obstante incluir la perspectiva de género, la definición de violencia que contiene ha quedado restringida al ámbito de pareja o ex pareja. Entiendo que las causas de ello están en: 1º.- ha seguido la órbita de los tipos penales anteriores a la Ley, una inercia que recalca en lo doméstico. 2º.- las fuertes diferencias en el seno parlamentario en cuanto a la inclusión de la perspectiva de género en el ámbito penal, donde se discutió su posible inconstitucionalidad y sufrió fuertes reacciones, lo que pudo sugerir no ir más allá de estos tipos penales.

XIX.- Parece que también esta definición, extraída de tipos penales anteriores a la misma, anuncia el importante peso que en la ley se le otorga al ámbito penal. De

hecho casi todas las medidas de atención y apoyo a las víctimas requieren un procedimiento penal en curso (denuncia). En este sentido la LOIVG ha seguido la senda de los automatismos.

XX.- En este tipo de regulación tiene mucho que ver, de nuevo, la intención de corregir el hecho diferencial en la aplicación del Derecho Penal en el ámbito de la violencia de género en momentos anteriores, por eso que se refiera a la cualificación desde los tipos de violencia doméstica o a los delitos menores. El peso de la mala praxis sigue siendo vital en la reforma.

XXI.- Esto ha producido una importante fragmentación y cierta incoherencia interna en la norma, que no contempla otros delitos típicos de violencia de género en los que también, cuando se producen en su ámbito, deberían tener mayor reproche penal.

XXII.- En la aplicación de la norma, tras diez años desde su promulgación, aunque han aumentado considerablemente las denuncias, los procedimientos y las resoluciones en términos absolutos, en términos relativos la tendencia en la aplicación de la norma sigue siendo la huida del derecho: gran número de causas se sobresean lo que, sumado a las absoluciones, implica que la mayor parte de los asuntos son expulsados del Derecho. El resto se tienden a calificar del modo más benévolo, de forma que el delito de violencia habitual sigue siendo residual.

XXIII.- Esto se debe a los sesgos de género, que hoy encuentran nuevos argumentos para fundamentar el tratamiento desigual, entre los que hemos considerado los siguientes: denuncias falsas, denuncias instrumentales, denuncias pasionales e irracionales, denuncias por venganza, denuncias por hechos que provoca la propia víctima. La tendencia es a culpabilizar y dirigir el reproche a la víctima, neutralizando la perspectiva de género. Las consecuencias: una posición de la víctima más precaria en el proceso, puesta en sospecha constantemente en el mismo. El resultado final: el hecho diferencial; la huida del Derecho.

XXIV.- La incorporación de la perspectiva de género en la norma no ha ido acompañada con carácter general, de su incorporación en la práctica jurídica, ni siquiera en el ámbito de los nuevos órganos especializados que la LOIVG incorpora, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, cuya tendencia a la huida del Derecho no se ha corregido y que siguen sin alcanzar un óptimo grado de conexión entre las resoluciones propias del Derecho de Familia y la violencia de género en ella existente. La tendencia de la afirmación que hiciéramos al decir que el Derecho tiene género, se mantiene. Además la incorporación de estos nuevos órganos no es total en todos los partidos judiciales.

XXV.- Se aprecia que la puesta en marcha de la LOIVG ha sufrido recortes presupuestarios, fundamentalmente desde el año 2010, que han impedido la puesta

en marcha de las medidas extrajudiciales de apoyo a las víctimas, lo que está produciendo gran parte de los abandonos del procedimiento por parte de las mismas.

XXVI.- Tras la entrada en vigor del llamado Convenio de Estambul, que introduce una definición muy amplia de violencia de género que supera la del art. 1.1 de la LOIVG, la tendencia en nuestro Derecho penal ha seguido siendo expansiva, para incorporar, en el año 2015, nuevos tipos penales en la órbita de esa definición y elevar nuevos tipos de faltas a delito –sobre todo al derogarse el libro III del CP de las faltas-.

XXVII.- Este mismo año, 2017, se ha publicado el informe y las propuestas de actuación de la Subcomisión para un Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, que marca las tendencias de un futuro próximo en las políticas contra esta lacra, y que, en el ámbito penal pueden resumirse en, primero, la tendencia expansiva del Derecho Penal, con la propuesta de que la LOIVG asuma una definición de la violencia de género coherente con la del Convenio de Estambul; segundo y en coherencia con lo anterior, se propone una extensión de la consideración de delitos del ámbito de la violencia de género a los delitos que dicho convenio contempla y una apuesta en ellos por la protección reforzada; tercero, tendencia a mayor automatismo.

XXVIII.- En lo relativo a las medidas extrajudiciales necesarias para la atención a la víctima, este gran Pacto de Estado propone, por un lado, un impulso de las medidas de atención, acompañamiento y apoyo a la mujer desde antes de la interposición de la demanda, con inclusión de medidas que se pondrán en marcha sin necesidad de denuncia, a través de un nuevo sistema de acreditación de la condición de víctima y, por otro lado, la creación y mejora de los equipos multidisciplinares de apoyo a la labor judicial y de mejora de la determinación del riesgo. En último lugar, se contempla la creación de un sistema de acreditación de la condición de víctima, sin denuncia previa, que habilite la atención y puesta en marcha de medidas de apoyo a las mujeres que sufren esta lacra aun sin intervención judicial.

IX.- PROPUESTAS DE ACTUACIÓN.-

Es difícil resolver el conflicto que se nos ha puesto en cuestión sobre los automatismos y la atención a la víctima. ¿Hasta dónde debe llegar el Derecho Penal? ¿Hasta dónde estos delitos deben tener consideración pública o privada? Dados los antecedentes expuestos en este trabajo, entiendo que estas deben ser las líneas de actuación en el futuro:

1.-Desde luego lo primero y principal es **introducir la perspectiva de género en la práctica judicial y respecto a todas las personas que operan en el sistema jurídico**. Mientras los sesgos de género subsistan la perspectiva de género quedará anulada

frenando los esfuerzos por incorporarla al ámbito jurídico. Hablo de una especialización adecuada de todas y todos ellos, sin lo cual nada de lo que se haga llegará a buen puerto. Y el refugio en un Derecho formalmente igualitario le está siendo rentable al patriarcado. Se ha puesto más el acento en los cambios legislativos que en la aplicación del Derecho y el resultado es que ganan, por goleada, los sesgos.

2.-Entiendo que **no se debe dar marcha atrás** (rebajando penas, eliminando automatismos) al menos no en atención la afirmación de que los mitos son causa de un mala redacción de las normas, que hacen que la mujer actúe de una manera y esto refuerza los argumentos sesgados contra ella, como si los mitos nacieran de esos automatismos y determinaciones punitivas. Desde mi punto de vista eso daría la razón a quienes los sostienen. Los automatismos no son los culpables de los mitos, ni la situación de las mujeres: un Derecho masculino y con género es el culpable. Estos son parte de las distorsiones en la aplicación del sistema.

3.- **Tampoco me parece acertada la propuesta de eliminar los tipos penales de violencia de género actuales** por otros que no hagan distinción entre hombre y mujer, creando tipos antidiscriminación genéricos -esto es: que incorporen términos "neutros"-. Hemos superado la inconstitucionalidad propuesta: la norma es constitucional y hemos constatado el diverso significado social y jurídico de los hechos del hombre y de la mujer. Además la alternativa es inviable, ya sabemos el resultado: los sesgos de género expulsarían a la mujer de la aplicación de los tipos y desaparecería la consideración de la violencia de género para el Derecho.

4. **Poner en marcha todas las medidas integrales con la misma intensidad.** Porque el Derecho por sí mismo no es suficiente. No, al menos, para erradicar la discriminación y la violencia que la sustenta. Parece que no puede sostenerse el sistema si a un cambio de partido en el gobierno le sigue un drástico reajuste presupuestario y el incumplimiento de una Ley que, ya lo dijimos en páginas anteriores, es un puzzle que requiere la puesta en marcha de mecanismos de carácter integral. Pero es precisamente ahí donde la Ley no ha sido totalmente efectiva –o su aplicación-. Es decir, falla la integralidad. El incumplimiento ha sido un estruendo en el ámbito educativo, cuando en la legislatura pasada no sólo se hizo desaparecer una asignatura como la de educación para la ciudadanía (plenamente constitucional), sino que con la promulgación de la LOMCE se cambia el panorama y de facto se abandona el cumplimiento de las medidas educativas que contiene la LOIVG. Sin cambio de sociedad no habrá igualdad y la violencia subsistirá. Pero ciñéndonos a lo que ahora nos interesa, de la macroencuesta de 2015, que ya hemos referido en este trabajo, podemos llegar a una conclusión importante: lo que hace que muchas mujeres recelen del sistema judicial, más que los automatismos o la gravedad de las penas, que en la práctica no son graves casi nunca, es el funcionamiento del sistema judicial en sí mismo: ninguneadas, desinformadas, con miedo al maltratador y pensando que el

sistema judicial no las va a proteger y con presiones de diverso tipo –económicas, sociales-. Luego falla todo lo que debe intervenir al mismo tiempo que el sistema judicial. Es difícil entender muchos de los problemas sin acudir a esos fallos. En parte esto nos devuelve a la cuestión de la formación en género porque la desinformación es un elemento poco comprensible, toda vez que con la LOIVG se puso en marcha en nuestro país un turno de oficio especializado para mujeres víctimas de violencia de género (arts. 17 y 20 LOIVG) que implica el derecho automático a la asistencia letrada gratuita, inmediata al formular la denuncia, lo que de facto debería equivaler a una personación automática en el procedimiento y a una adecuada información desde el inicio.

5.-Implantar definitivamente y poner en marcha los equipos multidisciplinarios de apoyo al sistema judicial, (acabamos de ver que a ello hace referencia el Pacto de Estado) dada la complejidad de este tipo de violencia y todo lo que implica, a través de informes que aclaren a quien Juzga y a las partes intervinientes la verdadera naturaleza de los hechos, su intensidad y gravedad, así como el riesgo de la víctima y situación del agresor. Así se podrá ajustar mejor la respuesta penal al significado del hecho. El nuevo Estatuto de la Víctima del delito, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 4/2015 de 27 de abril, regula la obligación (art. 23) durante la tramitación de todo el proceso, en todas sus fases y desde la denuncia, de hacer una evaluación individual de las víctimas, especialmente en los delitos de violencia doméstica y de género, que incluya la valoración de la naturaleza del delito, las circunstancias del mismo y de la víctima, obligando a cuantas personas intervienen en el proceso (art. 19 del Estatuto) a proteger a la víctima, su seguridad, su vida, su intimidad, su dignidad y evitar la victimización secundaria. Lo que equivale a decir que es necesario que la valoración no sea la actual valoración de riesgo (meramente policial), sino a través de equipo multidisciplinar adecuado. Pero desde mi punto de vista sería más conforme a la realidad que se llevara a cabo desde antes de la denuncia –ahora más, que vemos se introduce un sistema de acreditación previo a la misma-, donde se haga una valoración previa a la actuación de los servicios de atención y apoyo.

6.- Mayor diligencia probatoria, con una actuación más activa del Ministerio Fiscal: lo anterior tiene otra implicación: un procedimiento distinto y, desde luego, acabar con la posibilidad de conformidades en los Juzgados de guardia. La mayor diligencia probatoria es necesaria para este tipo de delitos, que se suelen resolver en la intimidad.

7- Hay que profundizar más en la especialización en género de todos los servicios e instituciones que intervienen en la atención de la mujer maltratada: una especialización que alcance a todo el territorio y partidos judiciales a todos los

servicios de atención social, asistencial y de salud. Sólo así se comprenderá la situación y se asegurará la atención adecuada.

8.-Habrá que poner en marcha todos los elementos que ya existen para hacer más amable a la víctima el proceso, muchos de los cuales no siempre se aplican. Entre los que señalaba la orden de protección y la LOIVG -esta introducía el derecho a la asistencia social integral, a la información plena, al asesoramiento adecuado-, se añaden ahora los del ya mencionado Estatuto de la Víctima del Delito: derechos como el derecho a la información, a la copia –certificada- de la denuncia, al acompañamiento por persona que designe la víctima, a ser tratada con la dignidad debida, a la privacidad de sus datos, y a preservar la intimidad, a no confrontarse con el agresor en el juicio, a ser notificada de resoluciones vitales para su seguridad (situación procesal, del agresor, medidas cautelares o modificación de las mismas y situación penitenciaria), derecho a la protección, al tratamiento integral, profesionalizado, individualizado, el derecho a una justicia gratuita con Letrado/a que le informe desde antes de formular la denuncia, a que se pongan en marcha las medidas de apoyo médicas, psicológicas o materiales etc. -sin entrar a valorar un sistema de participación en la fase de ejecución que entiendo altamente criticable-.

9. Atención y acompañamiento continuado, desde antes de la denuncia y durante todo el proceso por equipo profesional y con formación en género, para hacer frente a la situación de la víctima y sus requerimientos durante el mismo, para que se sienta apoyada, escuchada y puedan atender a sus necesidades. Parece que las Unidades de Apoyo a las que se refiere el Pacto de Estado pudieran tener dicha finalidad.

10.- ¿Necesidad de denuncia? Es verdad que la interposición de la denuncia no siempre es lo que desean las víctimas. En los centros de la mujer sabemos que algunas mujeres se sienten “traicionadas” si formulamos la denuncia cuando ellas no quieren y que, en tal caso, no volverán a acudir a pedir ayuda. Es un debate abierto y que debe mantenerse para llegar a las oportunas conclusiones. Por mi parte entiendo, primero, que no todas las medidas de protección y apoyo deben hacerse depender de la interposición de la denuncia. Antes ya podrían ponerse en marcha las necesarias: En muchos casos las mujeres necesitan empoderarse y asumir todos los cambios que se van a producir y cuál va a ser su nueva situación, para poder estar en condiciones de tomar decisiones que van a ser fundamentales para su vida. En segundo lugar, sería necesaria la valoración previa, desde antes de la denuncia incluso, a fin de determinar la gravedad de los hechos, el riesgo real y las necesidades concretas de la víctima y la necesidad perentoria o no de la denuncia. En tercer lugar, protocolizar la actuación de las y los profesionales que atienden a estas víctimas y, en relación con ello, llevar a cabo los cambios oportunos en cuanto a la obligación de las y los mismos de denunciar todo lo que conozcan por razón de su oficio a la Policía, al Juzgado o a la Fiscalía en determinadas circunstancias. En cualquier caso, en casos graves y de riesgo

evidente la denuncia es la herramienta más potente para su seguridad, por los efectos cautelares para el agresor: son medidas que sólo el Derecho Penal puede poner en marcha. El límite es difuso y la respuesta es difícil. Vemos que el Pacto de Estado propone un sistema de acreditación previa que, sin suponer denuncia, dé paso a una actuación previa con la víctima. Me parece oportuno.

11.-Dotar a la LOIVG de mayor coherencia, a fin de dejar sentado el concepto de violencia de género y la regulación congruente, una vez salvado el escollo del Tribunal Constitucional. Queda para el debate si en los delitos menos graves (pero los menos graves de verdad, no los calificados así por mala praxis) en todo caso sería necesaria la denuncia, en cuyo caso se habrían de arbitrar medios de atención claros y precisos y fórmulas civiles para que, al menos, el Derecho Civil tuviera en cuenta estas circunstancias o si basta como hasta ahora –en mi opinión por ahora sí- con tipos que atribuyen al Juzgador un amplio abanico punitivo para adaptarse al caso concreto. Ya sabemos qué es lo principal, introducir en nuestro ámbito, el jurídico, la perspectiva de género. Sin ella, cualquier cambio legislativo en este sentido será en perjuicio de las mujeres. Primero el cambio de perspectiva, luego el cambio en el Derecho.

Pero nada de esto será posible si no se pone en marcha todo el entramado que regula la Ley Integral. Hoy se quiere volver a modificar y antes de eso yo me preguntaría ¿se ha llevado toda ella a la práctica? Porque sólo el conjunto será realmente efectivo.

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ M. "Ejecución de Penas y Tratamiento Posdelictual del Maltratador. *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales.* (HOYOS SANCHO DE. M.-Sevilla. Lex Nova. 2009 pp. 65-106

ACALE SÁNCHEZ M. "Análisis del Código Penal en Materia de Violencia de Género Contra las Mujeres desde una Perspectiva Transversal". *REDUR*, nº 7. Diciembre 2009. pp. 37-73

ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTA THEMIS. *Respuesta Penal a la Violencia Familiar.* Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid. Madrid. 2001

ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS. "Evaluación del Tratamiento Judicial de la violencia de Género en el Ámbito de la Pareja. Conclusiones Finales. *Revista Jurídica de Igualdad de Género.* Nº 8 THEMIS, segundo semestre 2008. pp.64 -73 . Disponible en : <https://www.mujeresjuristasthemis.org/revista-themis>

BERISTAIN IPIÑA A. "El papel de la(s) Víctima(s) en la Ejecución penal. / Congreso de Derecho Penitenciario; X Jornadas penitenciarias de Andalucía 9-12 de marzo de 2000, TOMO II. Cámara Oficial de Comercio e Industria de la Provincia de Jaén, 2002 pp. 187-196

BODELÓN GONZÁLEZ, E. "Cuestionamiento de la Eficacia del Derecho Penal en Relación a la Protección de los Intereses de las Mujeres". *Jornadas sobre el Análisis del Código Penal Desde la Perspectiva de Género*. EMAKUME, 1998 Disponible en: http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/pub_jornadas/es_emakunde/adjuntos/jornada.13.analisis.codigo.penal.perspectiva.genero.cas.pdf3

BOLDOVA PASAMAR, M.L; RUEDA MARTÍN, M.A. "La violencia Habitual en el Ámbito Familiar, Afectiva y Similar en el Código Penal Español". *El Tratamiento de la Violencia Doméstica en la Administración de Justicia*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2003. pp. 275-314.

BOLDOVA PASAMAR, M.L; RUEDA MARTÍN, M.A "Consideraciones Político-Criminales en Torno a los Delitos de Violencia de Género". *La Reforma Penal en torno a la Violencia Doméstica y del Género*. (BOLDOVA PASAMAR. M.L. Y RUEDA MARTÍN M. A – Coords.- Atelier. Barcelona 2006. pp. 13-35.

BOLEA BARDON, C. "En los Límites del Derecho Penal Frente a la Violencia de Doméstica y de Género". *RECPC09-02* (2007) pp. 1 -26. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-02.pdf>. ISSN 166-0194

CALVO GARÍCA M. *El Tratamiento de la Violencia Doméstica en la Administración de Justicia*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003 pp.275 – 313.

CANTERA ESPINOSA, L. M. y BLANCH RIVAS J- M.. "Percepción Social de la Violencia en la Pareja desde los Estereotipos de Género". *Psychosocial Intervention*. vol.19 no.2 Madrid jul. 2010. Disponible en http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592010000200003

CARMONA RUANO M. "El Tratamiento Judicial de la Violencia en el Ámbito Doméstico". *Políticas de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres en la Junta de Andalucía*. Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer. 2003

CARRECEDO BULLIDO, R. *La Violencia contra las Mujeres. Ámbito Judicial*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla 1999.

CASTILLEJO MANZANARES, R. "Problemas que Presenta el Tratamiento Letal y Jurisprudencial de la Violencia de Género". *Justicia Restaurativa y Violencia de Género; Más Allá de la Ley Orgánica 1/2004* (CATILLEJO MANZANARES, R –Dir.- SANDE MAYO,

M.J. –Coord.-) Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela 2014. Pp. 49 – 70.

CEREZO DOMÍNGUEZ. A.I. “La Violencia en la Pareja: Prevalencia y Evolución”. *La Reforma Penal en Torno a la Violencia Doméstica y de Género* (BOLDOVA PASAMAR, M.A.; RUEDA MARTÍN, M.A. –Coords.-) Atelier. Barcelona 2007. pp 307 -324.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. “Diez Años de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género en los Órganos Judiciales” *Datos Justicia. Boletín Informativo Estadística*. Nº 43. Noviembre 2015. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Datos-de-Justicia/Datos-de-Justicia>)

CRUZ BLANCA, M.J “El Derecho Penal y la discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal.” *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica* (MORILLAS CUEVA, L. –Coord. -) Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid 2002 (pp. 19 -51)

CRUZ BLANCA, M.J. “De un Derecho Penal Discriminatorio por Razón de Sexo, al Derecho Penal de Género”. *la Ley Integral: Un Estudio Multidisciplinar*. (JIMÉNEZ DÍAZ, M.J –coord-) Dickinson. Madrid 2009 pp.265 – 295 ISBN 978-84-9849-392-4.

DELGADO MARTÍN, J. *La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: Problemas penales y procesales; la jurisdicción civil*. Colex. Madrid 2001

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. “Una Reforma Penal para Abandonar. *Boletín Informativo de Jueces para la Democracia*, 51. Secretariado de Jueces para la Democracia. Julio 2009. M.21.194-1990

DOMÍNGUEZ RUIZ, L. “Tutela Procesal de la Violencia de Género: Cuestiones Controvertidas y Soluciones Recientes”. *Diario la Ley* nº 7327, 25 de Enero de 2010

DURÁN FERRER, M. “¿La Jurisdicción Civil es una Alternativa para combatir la Violencia Doméstica?” *Revista Artículo 14. Una perspectiva de Género*. Nº 7. Septiembre 2001.

FARALDO CABANA, P, “Razones para la Introducción de la Perspectiva de Género en el Derecho Penal a Través de la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de Diciembre Sobre Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género. *Revista Penal* nº 17, 2006. Pp 72-94

FERNÁNDEZ PANTOJA P. “Los sujetos de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito doméstico”. *Estudios Penales sobre Violencia Doméstica*. (MORILLAS CUEVA, L. –Coord-) Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 2002 , pp-81 -152.

FERNÁNDEZ PANTOJA P. “El sistema de Tutela Ante la Violencia de Género: Aspectos jurídicos y Políticos”. *La Ley Integral: Un Estudio Multidisciplinar* (JIMÉNEZ DÍAZ, M.J – coord.-) Dickinson S.L., Madrid, 2009 pp. 243- 263.

FREIRE SAN JOSÉ C. La orden de protección. *Revista Jurídica de Igualdad de Género*. Nº 0. THEMIS Diciembre de 2005

FUENTES SORIANO, O. “La Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género”. *Revista La ley* nº 6362, 18 de Noviembre. La Ley 2005

FUENTES SORIANO, O. “La Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia de Género”. *Revista La ley* nº 6362, 18 de Noviembre. La Ley 2005

GIL RUIZ, J. M. “Análisis Teórico, Legislativo y Jurisprudencial de la Violencia de Género en el Nuevo Marco Penal. *Análisis Jurídico de la violencia contra las Mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos* (RUBIO CASTRO, A. –Coord.-) Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla 2004. pp 121-166.

GONZÁLEZ GABALDÓN, B. “Los estereotipos como factor de socialización en el género[en línea] 1999, (marzo) : [Fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017] Disponible en:<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15801212>> ISSN 1134-3478

LAURENZO COPELLO, P. “La Violencia de Género en la Ley Integral. Valoración Político-Criminal. *RECPC*. 07-08-2005 –<http://www.criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>)

LAURENZO COPELLO, P. “Violencia de Género y Derecho Penal de Excepción: Entre el Discurso de la Resistencia y el Victimismo Punitivo”. *Algunas Cuestiones Prácticas y Teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2008. pp. 31 – 74.

LARRAURI PIOJAN, E. “Cinco Tópicos sobre las Mujeres Víctimas de Violencia...A los Tres Años de Aprobación de la LOVG”. *Algunas Cuestiones Prácticas y Teóricas de la Ley Orgánica 1/2004*. Consejo General del Poder Judicial 2007. pp. 9-30.

LARRAURI PIOJÁN, E. “Igualdad y Violencia de Género. Comentario a la STC 59/2008. *InDret, Revista Para el Análisis del Derecho*, Barcelona, 2009.

LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J. A. “Agresión a la Mujer: Maltrato, Violación y Acoso. Comares. 1998.

MAGRO SERVET, V. “11 Años desde la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de Diciembre de Medidas de Protección Integral Contra la Violencia que se Ejerce Sobre las Mujeres” *Revista La Ley*. Nº 508. 2016

MAQUEDA ABREU M.L. “1989 – 2003: Veinte Años de ‘Desencuentros’ entre la Ley Penal y la Realidad de la Violencia en la Pareja”. *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales* (HOYOS SANCHO DE, M.-dir.- Lex Nova. Valladolid 2009

MAQUEDA ABREU, M.L. “¿Es la Estrategia Penal una Solución a la Violencia Contra las Mujeres? Algunas Respuestas desde un Discurso Feminista Crítico”. *Indret. Revista Para el Análisis del Derecho*. Nº 4, 2007

MAQUEDA ABREU, M. L. “La Violencia Contra las Mujeres. Una Revisión Crítica de la Reforma Penal de 2004. *Mujer, Violencia y Derecho*. Instituto Andaluz de la Mujer y Universidad de Cádiz (CERVILLA GARZÓN, D. y FUENTES DELGADO F. -Coords-. Cádiz 2006. pp. 123-137.

MONTALBÁN HUERTAS, I. “La interpretación de las Leyes como factor de eficacia” *Análisis Jurídico de la Violencia Contra las Mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos* (RUBIO CASTRO, A. –Coord.-) Instituto Andaluz de la Mujer, 2006 Pp 167 – 196

MORILLAS CUEVA, L. “Violencia de Género Versus Violencia Doméstica. Una Reflexión a Propósito de la Ley Integral. *Ley Integral: Un Estudio Multidisciplinar* (JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. –Coord.) Dickinson. Madrid 2009 Pp 19-36

MUÑOZ SÁNCHEZ J. “Delito de Violencia Doméstica Habitual. Artículo 173.2 del CP”. *La Reforma Penal en Torno a la Violencia Doméstica y de Género* (BOLDOVA PASAMAR, M.A.; RUEDA MARTÍN M.A. – Coords.-) ATELIER, Barcelona 2007

ORTUBAY FUENTES, M “Diez Años de la ‘Ley Integral Contra la Violencia de Género’. Luces y sombras”. *Revista Pensamiento Penal*. 10 abril 2015. Disponible en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/04/doctrina40872.pdf>

OSUNAR RODRÍGUEZ, M. [et. al] *El Silencio de las Víctimas: Un análisis Jurídico y Social*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla 2011.

PERAMATO MARTÍN, T. Estado Actual de la Lucha Contra la Violencia Sobre la Mujer en España. “*Violencia de Género: Escenarios y Desafíos. (XX Jornadas Internacionales de Investigación Interdisciplinar)* Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. Madrid 2015

PERAMATO MARTÍN, T. “La Ruptura del Silencio Cómplice. Especial Referencia a la Obligación de denuncia de los Profesionales y a la Dispensa del Art. 416 de la Lecrim”. *VI Congreso sobre Violencia Doméstica y de Género, Madrid, 3 y 4 de Noviembre de 2016* disponible en: (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Premios-y-Congresos/VI-Congreso-sobre-Violencia-Domestica-y-de-Genero--Madrid--3-y-4-noviembre-de-2016>)

PELAYO LAVÍN, M. “¿Es necesaria Una Reforma del Artículo 416 de la Locr. Para Luchar Contra la Violencia de Género?”. *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales* (Hoyos Sancho de, M –dir-) Lex Nova, Valladolid, 2009.

PÉREZ VIEJO, J.; PÉREZ MONTALVO, I. *Violencia de Género, Prevención, Detección y Atención*. Grupo 5. Madrid, 2014

REY MARTÍNEZ, F. “La Ley Contra la Violencia de Género y la Igualdad Constitucional” *Tutela Jurisdiccional Frente a la Violencia de Género. Aspectos Procesales, Civiles, Penales y Laborales*. (HOYOS SANCHO DE, M –Dir.-) Lex Nova, 2009. pp. 31 -38

SERRANO MASIP, M. “Víctimas de violencia de Género y derechos de Participación en el Proceso Penal” *La Protección de la Víctima de violencia de Género. Un Estudio Multidisciplinar tras diez años de la Aprobación de la Ley Orgánica 1/2004* (MORENO BUSTILLO A.; RODRÍGUEZ ORGAZ. C. – Coords.-) Thomson Reuters/Aranzadi, 2016 pp.329-377

SANDE MAYO, M.J. “Problemas que Presenta el Tratamiento Legal y Jurisprudencial de la Violencia de Género”. *Justicia Restaurativa y Violencia de Género: Más Allá de la Ley Orgánica 1/2004*. (CATILLEJO MANZANARES, R. –Coord.-) Universidad de Santiago de Compostela. Santiago de Compostela 2014. pp.40

SOTORRA CAMPODARVE, C. “Protección en el ámbito penal”. *La Violencia de Género, Perspectiva Multidisciplinar y Práctica Forense* (RIVAS VALLEJO, M. P.; BARRIOS BAUBOR, G. –Dirs.-) Thomson/Aranzadi. Madrid, 2007 pp.381- 427.

TORRENT SUMALLA, J.M. “Las Lesiones”. *Comentario a la Parte Especial del Derecho Penal* (QUINTERO OLIVARES –Dir.- y MORALES PRATS –Coord-) Thomson Reuters/Aranzadi, 2016. pp. 91-142.

TORRES ROSELL, N. “Violencia de Género y Derecho penal: De la LO 1/2004 a la Reforma Penal de 2015”. *La Protección de la Víctima de Violencia de Género. Un Estudio Multidisciplinar tras Diez Años de Aprobación de la Ley Orgánica 1/2004* (ROMERO BURILLO, A.M. –Dir.- RODRÍGUEZ ORGAZ, C –Coord.-) ThomsonReuters/Aranzadi. Navarra, 2016.

VALCÁRCEL BERNALDO, A. *Feminismo en el Mundo Global*. Ediciones Cátedra. Madrid, 2009.

VARELA MENÉNDEZ, N *El Feminismo para Principiantes*. Ediciones B.S.A. Barcelona, 2013.

VILLACAMPA ESTIARTE C. "El Maltrato Singular Cualificado por Razón de Género. Debate Acerca de su constitucionalidad. *RECPC* 09-12-2007 Disponible en: <http://criminet.ugr.es/recnc/09/recpc09.12.pdf>.