

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas
Taylor • Liurka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

LA IGUALDAD Y LA VIOLENCIA DE GÉNERO: ELEMENTOS PARA LA REFLEXIÓN EN ESPAÑA Y EUROPA*

Elena Martínez García

Sumario: **I.** Breve justificación del objeto de estas líneas y del estado de la cuestión en España. **II.** El concepto desbordante de la violencia de género. **III.** Propuestas para la transformación de una sociedad de valores de igualdad y de género. **A.** La educación como clave transformadora de una sociedad. **B.** El papel de los medios de comunicación como clave educativa y de formación de opinión. **C.** Formación a los y las profesionales. **D.** Mejoras posibles y pendientes en el ámbito judicial. **1.** Introducción. **2.** El problema de las denuncias retiradas. **3.** Sobre las órdenes de protección y las Unidades de Valoración Integral Forense. **4.** La mediación: Una prohibición necesaria y un reto futuro. **IV.** Europa contra la violencia de género. **A.** Introducción. **B.** En especial, la Orden Europea de Protección. **C.** En qué consiste la Orden Europea de Protección **V.** Conclusión.

I. BREVE JUSTIFICACIÓN DEL OBJETO DE ESTAS LÍNEAS Y DEL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN ESPAÑA

Desde el 2004 España se ha constituido como pionera en la lucha contra la violencia sexista dentro del marco europeo. Tanto España

* Este artículo se desarrolla dentro de la investigación financiada por el Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad MINECO 70568_2015 sobre la “Construcción de Europa a través de la protección de las víctimas de violencia de género” y, en lo que respecta al estudio relativo a la mediación en los casos de violencia de género ha sido financiado por el PROMETEO 2015/081.

como su entorno comunitario se encuentran realizando un esfuerzo por entender y luchar contra el fenómeno de la violencia de género. Ello exige un conocimiento previo profundo de las exigencias constitucionales del principio de igualdad e, igualmente, del modelo social y cultural en el que vivimos. Sin estos elementos no podemos entender el complejo fenómeno de la violencia contra la mujer, de la adecuación o no de las normas creadas por el legislador y de las aristas, complejidades o carencias, que poco a poco ofrecen o evidencian la aplicación de éstas. España ha sido capaz de dar los pasos adecuados para fijar las bases legales y jurisprudenciales para llegar a tal fin, sin embargo, el resto de países de la Unión va dando pasos de diferente entidad y con una perspectiva del valor del género muy diversa y no siempre bien entendida. Por eso mismo, llama la atención de la Unión —como conjunto—, el hecho de que esté haciendo un gran esfuerzo por fijar las directrices que en la materia deben llevarnos a aproximar los distintos ordenamientos nacionales, frente a esta lacra machista violenta, sin perjuicio de las dificultades propias de la construcción europea.

A través de estas líneas se va a reflexionar sobre la situación actual en la que nos encontramos en España tras doce años de aplicación de la LO N.º 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y la Ley N.º 3/2007 de Igualdad entre hombre y mujeres, en concreto, sobre todos aquellos aspectos que, si bien ha sido regulados, no se han desarrollado e implementado: nos referimos a esos aspectos que de forma realista sí podían haber transformado la sociedad, su modelo cultural y las estadísticas de agresiones violentas a la mujer.

Desde la entrada en vigor de la conocida LOVG, los Gobiernos sucesivos han puesto su fuerza en la acción de la Justicia y la función Jurisdiccional como primer frente de lucha contra la violencia sexista. Son muchos los logros obtenidos en el cambio diseñado por el legislador hacia una sociedad libre de violencia contra la mujer, pero doce años después de la puesta en marcha de esta iniciativa legal tan compleja y rica, debemos de reflexionar sobre si ésta era o no la mejor estrategia a seguir, sin que por ello se ponga en duda o desvaloren la necesidad, importancia y adecuación de la LOVG. Simplemente, nuestra tesis se basa en pensar que ahora entramos en una nueva fase y debemos hacer más complejo —y también costoso— el abordaje del problema social y legal.

Durante estos años, nos hemos encontrado con las complejidades propias de un tema que excede de la acción delictiva *inter partes* tradicio-

nal, de las posiciones clásicas de víctima y victimario —y las reacciones propias de los mismos—, con el choque de intereses entre la igualdad y la libertad de la víctima, con la soledad del juez o jueza en la toma de decisiones jurídicas que exceden de los elementos propios del derecho e introduce elementos de la sociología y psicología, para los que no se está preparado.

Todos estos elementos de reflexión deben de ser bienvenidos, porque significa que estamos sentando las bases de un gran cambio en España. Una mirada a nuestros ordenamientos vecinos nos hace ver lo lejos que están todavía en su mayoría de lograr hacerse las preguntas adecuadas para cambiar un modelo social y cultural obsoleto en democracia. Las instituciones europeas, sin embargo, conscientes de la necesidad de cambio, van a ser el motor de este gran proceso de transformación, eso sí lento, porque Europa es un conjunto de *familias lejanas* y solo la acción directa de la Unión a través de su *soft law* produce ese efecto de lluvia fina que acaba calando sin que uno se dé cuenta de ello y, en este sentido metafórico, haciéndonos un poco semejantes.

En resumen, han sido diez años de intenso trabajo desde el Poder Judicial y desde el Ministerio de Sanidad y Ministerio del Interior. También la ciudadanía ha experimentado el cambio impuesto por esta ley en el que se diseña un nuevo modelo de sociedad; todos y todas hemos tenido que admitir la existencia de un modelo de pareja y de tratamiento hacia la mujer que —en definitiva— atenta contra los derechos de estas. Hasta ahora como ciudadanos mirábamos a un lado, nuestras instituciones hacían lo propio y desde el 2004 sabemos que algo está cambiando y queremos que cambie.

El siglo XXI debe de ser el siglo de la igualdad entre el hombre y la mujer; un nuevo pacto social está por llegar, un pacto más justo que se haga con y por las dos partes afectadas de nuestra sociedad, a saber, la mujer y el hombre. No puede haber una economía saludable si el 50 % de esta sociedad se encuentra en franca desventaja. Las formas de violentar a una mujer son muy variadas, como veremos y las próximas reformas deben de ser igualmente valientes para atajar de raíz este problema.

Solo así, reescribiendo las normas que hacen nuestra sociedad y asumiendo este cambio, podremos modificar las estadísticas tan denostadas por todos y todas en relación a las agresiones y muertes de la mujer a manos de sus parejas o exparejas. Y aquí reside, precisamente, una de las grandes *resistencias* al cambio que ofrece nuestra sociedad y nuestro siste-

ma normativo, ambos de corte conservador, y poco proclives al cambio de las estructuras de poder que informan a los mismos, según veremos.

II. EL CONCEPTO DESBORDANTE DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente en España como el reconocimiento de esta realidad¹. Nuestro legislador realizó una conceptualización de este fenómeno acogándose a una pequeña parte de lo que es en la realidad la violencia de género, a saber, las diferentes formas de violencia que existen contra la mujer, según los acuerdos internacionales. El concepto acuñado en 2004 (LOVG) fue indudablemente un gran paso, pero hoy 12 años después podríamos afirmar que se quedó corto y que debe ser ampliado en un futuro, incluyendo tanto la violencia de género dentro de la pareja o expareja como aquellas otras formas de violar los derechos de la mujer. Bien podemos reconocer que, en este sentido, las nuevas legislaciones latinoamericanas en esta materia nos han aventajado.

Podemos afirmar sin ambages que el legislador del 2004 fue valiente frente a las resistencias que ofrecía nuestra sociedad a crear una norma de tal tipo, una norma que reconocía que no estábamos ante una cuestión doméstica ni biológica, sino de género, entendido como el resultado de una construcción social mediante la que se adjudican simbólicamente las expectativas y valores que cada cultura atribuye a los varones y mujeres. Por eso, ese art. 1 de la LOVG², fue tan importante y tan complejo, levantando tantas *ampollas* entre sus aplicadores que, a día de hoy, parece que siguen sin entender algunos de ellos lo que quiso el legislador, a saber, romper con una estructura social de discriminación y abuso contra la mujer en la pareja y familia, por tanto, ese complicado art. se debe de entender en clave cultural y no subjetiva ni biológica, como a menudo se ha hecho. Es decir, *el hombre que pega a su pareja o expareja, además de*

1 Este término se acuña por primera vez con la aprobación de la LOVG en 2004. Hasta entonces, sólo se regulaba la violencia familiar. Sobre la evolución de estos conceptos y medidas aprobadas por esta legislación específica en violencia de género, véase, Gómez, 2007a, *Idem*, 2007b, Martínez, 2012.

2 Art. 1 LOVG 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.

una determinada violencia física o moral contra la concreta mujer, atenta contra un nuevo modelo de sociedad diseñado por la Constitución y desarrollado por esta LO, por eso ese concreto golpe es manifestación de desigualdad y sometimiento, es el resultado de una determinada construcción simbólica que aceptaba o admitía o fomentaba sin mayor cuestionamiento o beligerancia esta estructura de poder o sometimiento de la mujer, incompatible con el art. 14 de la Constitución española³. En términos banales la popular frase “*la maté (a la mujer) porque era mía*”, ha encontrado soporte sociológico y cultural en nuestra convivencia, entendiendo, el quehacer judicial dentro de ésta, de ahí que a pesar de que las normas jurídicas ya reconocían igualdad de derechos al hombre y a la mujer, la judicatura (y aledaños) podía permitir que la violación de derechos fundamentales se resolviera en el ámbito privado o familiar.

Sin embargo, a pesar del indudable valor de este art. 1 y de la LOVG, creemos que se diseñó un sistema de protección contra la violencia de género, que solo atiende o lucha contra una pequeña parte de la misma⁴. Cuando insinuamos que el legislador se quedó corto, nos referimos al hecho de que la violencia contra la mujer es también, la ablación, prostitución, la trata de personas, el acoso sexual en el trabajo, las violaciones...e, incluso, —ya fuera del CP— constituyen agresiones mediatas la flexibilización de las normas laborales o la deficiente aplicación de la ley de dependencia, porque las personas que sufren los efectos adversos de estas leyes son la mujeres que, en la estructura social y de poder actualmente existente, con roles diferenciados y jerarquizados, serán ellas con toda seguridad la que resultarán perjudicadas por las malas condiciones laborales y que, a su vez, estas le llevarán a renunciar a esa inserción profesional para poder hacerse cargo de la persona dependiente.

Podrían haber sido muy diferentes las soluciones penales diseñadas⁵ y, probablemente, hubieran hecho menos ruido que la opción del legislador en 2004. Es obvio que nuestro legislador pretendió dar visibilidad

3 “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

4 Art. 3 LOVG 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

5 Lourenzo, 2015, pp. 783-830

a la violencia de género en el seno de la pareja y así poder cuantificar los casos, pero ello rompió el modelo clásico penal, basado en una relación lineal entre sujeto activo y pasivo del delito, sin adicionar otros bienes jurídicos dentro de un tipo penal, tal como viene siendo la vulnerabilidad o desigualdad real de una tipología de víctimas. Estos bienes, llamémosles, *colectivos*, resultan ajenos al derecho penal y ello ha sido la causa de tanto debate en nuestra jurisprudencia y doctrina⁶.

Con tanto ruido, nada hace pensar al ciudadano que esta situación encuentra con anterioridad claro acomodo en el CP al regular el art. 311 *bis* (antiguo 311), cuando se tutela el derecho de los trabajadores frente al empresario que contrata sin papeles o explota laboralmente, al o la inmigrante (o al menor) sin hacerle contrato de trabajo sea nacional o extranjero. En estos dos casos el explotador recibe diferente penalidad, dado que la vulnerabilidad de uno y otro abusado (nacional o extranjero) es enteramente diferente. Nadie se ha quejado sobre dicha posible inconstitucionalidad. Pero el género ha sido caballo de una gran batalla.

Sin embargo, el principio de igualdad en el CP se ha impuesto *a pesar* de las cuestiones de inconstitucionalidad de muchos jueces tras la entrada en vigor de la LOVG. Han hecho falta casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad y casi 50 sentencias para entender que el legislador tuteló dos bienes jurídicos en el tipo de maltrato de obra y violencia habitual, a saber, no solo el bien jurídico integridad física o moral sino también la igualdad, exigibles por la Constitución.

En estos doce años de aplicación de la LOVG la jurisprudencia ha tenido que realizar una ardua labor de concreción casuística de la aplicación de la misma. En este sentido se han planteado problemas sobre el concepto de “dominación” del art. 1 LOVG, sobre la aplicación de la ley a parejas homosexuales y transexuales, la violencia cruzada como forma de exclusión o no de la aplicación de la ley, etc. Nuestra jurisprudencia ha ido superando estas complejidades con holgura y, podemos afirmar, que el grado de comprensión de este fenómeno y sensibilidad ha ido en notable aumento.

6 Para un resumen de la Jurisprudencia existente en la materia, recomendamos acudir a la página web del Observatorio contra la Violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial, donde además de encontrar estas sentencias, se podrá acceder al estudio estadístico realizado por el grupo de expertos y expertas del Consejo.

En nuestra opinión, esta situación es insostenible. Si queremos igualdad entre el hombre y la mujer e independencia de la mujer frente al hombre. De hecho, el Tratado de Ámsterdam ya introdujo la transversalidad o *mainstreaming* del género y la igualdad en la creación de normas jurídicas. Desde entonces, todas las normas de la UE deben contener estos dos contenidos o, lo que es lo mismo, la “evaluación del impacto de género” cada vez que hacen una norma⁷. Además, se introdujo la prohibición de las discriminaciones indirectas (derivadas de las normas aprobadas como discriminaciones no declaradas que pueden ser probadas por cualquier medio, incluso estadísticos)⁸. Se reconoce incluso la inversión de la carga de la prueba para facilitar al discriminado su posición procesal⁹.

En conclusión, antes de plantearse modificar la presente Ley de Violencia de Género, como desde algunas instancias se viene proponiendo, hay que intervenir profundamente en materia de igualdad en otras áreas, hay que afectar al núcleo que sustenta, alimenta y perpetúa esta violencia, la cultura patriarcal sostenida sobre valores masculinos en diferentes áreas, tales como trabajo, conciliación, carrera profesional, participación en órganos de decisión y otras muchas líneas que ahora pasamos a exponer en materia de violencia de género, concretamente. Las bases de esta lucha están ya fijadas en la LOVG, pero no se han desarrollado.

Especial hincapié requiere recordar que gran parte de este cambio en estas áreas, vendrá dado por una implicación de nuestros representantes

7 Si entendiéramos aplicable al CP y las modificaciones allí que progresivamente se han ido introduciendo, tendríamos otro argumento a nuestro favor para observar la tendencia delictual basada en razones de género.

8 Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

9 STJUE, *Nils Draehmpaehl contra Urania*, C-180/1995. En este sentido, el movimiento coordinado que hay en España para argumentar el desagravio en que se encuentra el hombre ante la aplicación de la LOVG, podría intentar dilucidar en qué se discrimina la hombre por existir esta norma con especialidades administrativas, penales y procesales. Estadísticamente es muy baja la violencia ejercida por la mujer sobre el hombre, sin negar su existencia, pero ello la convierte en injustificable e impropia para fundamentar la negativa de una serie de acciones positivas. Estas acciones por su propia naturaleza son transitorias, nacen para morir, tan pronto la sociedad asimile la real situación de desventaja de la mujer que se encuentra en situación de violencia en su ámbito de pareja y no minimice este agravio, que violenta los derechos fundamentales de ésta.

políticos en cambiar las bases de la educación de las futuras generaciones. Si bien este eje aparece diseñado en la LOVG, poco o nada se ha hecho por el mismo durante estos 12 años. El legislador apostó por un cambio desde lo judicial y desde el sistema punitivo, olvidando que cuando entran los jueces ya ha fracasado el sistema y hay siempre una víctima y un delincuente. Podemos afirmar que el efecto preventivo y comunicativo del derecho penal, siendo útil y necesario, no tiene capacidad para solucionar el problema que tenemos y, es más, no nace para tal fin, porque su naturaleza y finalidad es otra. Entendemos la decisión del legislador, dado que simbólicamente es el “gesto” más contundente que se le puede mostrar a una sociedad —el derecho penal—, pero no es el “freno” más eficaz, pues por su propia naturaleza éste es siempre la última ratio, cuando ya no quedan otras estrategias preventivas.

Además, si partimos de que los juzgados hasta el 2004 minimizaban esta conducta y la posible denuncia que hacía la mujer o su entorno la devolvían para su resolución al ámbito “familiar”, es verdad, que es la mejor forma de avisar a la ciudadanía e instituciones públicas del cambio en la percepción consistía en: “A partir de ahora, no pertenece al ámbito privado o familiar la violencia que sufre la mujer en la pareja, sino que es algo público” y, consecuencia de ello, pensamos que en la medida que desde lo público se reprochen y castiguen estas conductas, más se aislará al maltratador.

En conclusión, siendo loable y acertada esta postura, insistimos que será ineficaz si no lo acompañamos de un cambio de valores y creencias. Hecha esta introducción, procedo a dar unas pinceladas sobre el momento en el que nos encontramos.

III. PROPUESTAS PARA LA TRANSFORMACIÓN DE UNA SOCIEDAD DE VALORES DE IGUALDAD Y DE GÉNERO

A. La educación como clave transformadora de una sociedad

Las últimas estadísticas son escandalosas en materia de violencia de género en adolescentes existen dos estudios comparativos en la materia. El primero realizado en el 2011 y el segundo en el 2014. La situación —como es imaginable— no ha mejorado nada y la velocidad y la dependencia o adicción, que es intrínseca a las nuevas tecnologías, solo puede empeorar la situación.

Resumen de los datos más significativos de la encuesta presentada por Delegación del Gobierno de 21 de mayo del 2014:

- Si bien hay consenso sobre la existencia de desigualdad en nuestra sociedad, la juventud no sabe localizar lo que es y no es la violencia de género (es decir, tolerancia hacia lo que luego legalmente hablando constituyen amenazas verbales —6.5 %— y el maltrato psicológico —9 %—, sobre el control en el seno de la pareja —31 %—, o la restricción de libertad a la pareja —14 %—). Se aprecia, por tanto, errores de concepto que generan tipos penales y delincuentes.
- Percepciones erróneas sobre los estereotipos de las causas que perpetúan la violencia de género (se entiende que las razones por las que la mujer permanece con una pareja violenta responde en un 89 % por la existencia de hijos, un 67 % por dependencia económica, atribuyendo en un 35 % la responsabilidad de la propia mujer que consiente esa situación).
- Sobre las razones por las que no se denuncia (80 % miedo al agresor, 33 % por existencia de hijos comunes, 28 % por vergüenza en su entorno, 20 % dependencia económica del agresor).

La encuesta realizada por Delegación de Gobierno sobre el tratamiento de la violencia de género en el ámbito del sistema educativo de 21 de mayo del 2014, la LOMCE reconoce como principio del sistema educativo la igualdad y la lucha contra la violencia de género, así como el Real D. N.º 126/2014 —de 28 de febrero— por el que se establece como currículo básico de la educación primaria: habilidades resolución pacífica de conflictos y asignaturas curriculares que ahonden en igualdad entre mujeres y hombres y prevención de la violencia de género y diseño de planes de convivencia entre el alumnado en la materia ¿sólo han tardado 10 años? ¿su implantación en 10 años más?

Existe otra encuesta realizada por la Delegación del Gobierno sobre adolescentes y violencia de género en 2013, en relación con el ciberacoso, que concluye:

- Se ejerce dominación y relaciones desiguales entre las y los jóvenes dentro de las relaciones afectivas, teniendo en cuenta que como internet es el medio de comunicación entre jóvenes, se usa como medio para humillarla y dañar su imagen pública. Como no hay coincidencia física, la capacidad para reiterar la acción se convierte en la estrategia del maltratador. Internet como medio para perpetuar roles de género y ejercer violencia sobre ella.

- La percepción del riesgo de ciberacoso es mínima (intercambio de imágenes, dejación de privacidad en manos de otro, responder a agresiones verbales de otro, citas con desconocidos, colgar fotos de carácter sexual...) y el desconocimiento del riesgo es menor en los hombres que en las mujeres.
- Las mujeres son más vulnerables al daño en la red, es decir, es más rápido el daño y mayor alcance del mismo.
- Esto se alimenta de los patrones sexuales difusos: podríamos afirmar que su educación sexual se basa en el porno, y se deduce que los y las adolescentes en la red dan más importancia a la atracción sexual que a la simpatía y sinceridad
- Ha aumentado la justificación del uso de la violencia para agredir a alguien que te ha quitado lo tuyo (1 de cada 5 chicos)
- Creencias tales como que “los celos son expresión de amor” sigue en su bagaje
- Se constata que solo el 40 % han oído hablar de violencia de género en las aulas

A partir de estos datos, en educación las propuestas deben de discurrir por los siguientes caminos:

- Formación para la ciudadanía de todas las edades y condiciones: Llamar la atención sobre las paradojas y desmotar “el contrato social” vigente y las formas de patriarcado asociadas a él. El patriarcado del siglo XXI usa unos maquillajes distintos y se une al neoliberalismo económico para colarse en nuestras maneras de sentir, actuar y pensar a nivel individual, social e institucional. El paradigma androcéntrico sigue empeñado en gestionar la vida individual y colectiva a través de un sistema que protege las libertades de unos a costa de mantener la sujeción de otras. Sigue creyéndose que se puede dominar, controlar e imponer la superioridad de lo masculino sobre lo femenino.
- Educación afectivo-sexual con perspectiva de género: los y las jóvenes están aprendiendo lo que se les transmite en las revistas, la publicidad, los programas y series de TV., pornografía que circula por las redes sociales, etc. Hay una abdicación de funciones por parte de las políticas educativas y de las familias. Es importante que la ciudadanía se dé cuenta de la idealización que nos han vendido del amor, que los modelos de atracción siguen basándose en esquemas de

dominación-sumisión y que los mandatos de género son desiguales y tienen manifestaciones muy claras en las relaciones de pareja.

- Transformar la arquitectura simbólica que nos rodea y que moldea nuestras representaciones del mundo y de nosotras/os mismas/os. Es necesario transformar todo aquello que transmita mensajes relativos a las funciones y atributos desiguales en identidades personales y en los usos del tiempo.
- Construir una estructura social, cultural que se pivote en otros presupuestos: lo personal es político y el cuidado es un bien público, incluir la amplia variedad de experiencias humanas (también a quienes se hacen cargo y quienes reciben los trabajos de cuidados), asumir de manera madura la vulnerabilidad (propia y ajena) y la necesidad de corresponsabilidad.
- En el ámbito de la educación formal es necesario transformar la filosofía, los contenidos y las metodologías curriculares. Igualdad y resolución pacífica de conflictos.

Hablar de estos asuntos en las aulas no es ideología sino derechos fundamentales e Igualdad.

B. El papel de los medios de comunicación como clave educativa y de formación de opinión

Durante estos años no se ha afrontado de forma seria un pacto por los medios de comunicación en su papel de prevención de la violencia de género. No ha habido una implicación real de los mismos que, en definitiva, son parte del problema:

- Por no determinar el cómo debe darse la información o noticia
- Corregir los efectos nocivos que ciertos mensajes producen en la audiencia, solo ha perpetuado la estructura machista de poder, eso sí con 016
- Por no autorregularse en definitiva

La ley ha reconocido el marco normativo para la autorregulación, pero ha fracasado. No se ha hecho nada y además, durante estos años, la tendencia o agenda política: desaparición de la televisiones públicas —únicas a las que se le podía exigir este cometido— y la desaparición del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

La Ley N.º 3/2010 General de la Comunicación Audiovisual y su modificación posterior por la Ley N.º 6/2012 se establece un modelo de “autorregulación regulada”, que ejercerá la compleja Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Ley N.º 3/2013, de 4 de junio). Se intuye un cambio de ciclo en el sistema regulador que implique los medios públicos y privados de manera activa y proactiva en el cambio que necesitamos en materia de igualdad de género, y dudamos que este nuevo sistema, nos lleve a la implantación de una nueva cultura.

Tenemos derechos frente a los medios de comunicación y las empresas de esta industria y reivindicar una nueva cultura de género requiere un alto compromiso de los medios y la industria de la comunicación y publicidad. Lo reconoce la propia LOVG al permitir acciones colectivas contra los medios que hagan un uso denigrante de la mujer (art. 87.1 *ter* en relación al 11 Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las acciones colectivas).

El equilibrio entre la información a la ciudadanía de lo ocurrido que, a su vez, genere visibilidad sobre este fenómeno violento de poder contra la mujer y, por su lado, el espectáculo morboso que se suele generar en caso de dar mal la noticia, es un hilo muy fino. Solo con un acuerdo previo entre los medios que revele la forma menos perniciosa de dar la noticia, podremos advertir el compromiso de dichas empresas y, en consecuencia, se podrá hacer efectiva la exclusión de la compañía que no lo cumpla.

C. Formación a los y las profesionales

Hasta ahora en España el grueso de la formación en violencia de género se ha centrado en la judicatura, abogacía, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Se ha hecho un esfuerzo considerable para lograr la sensibilidad de los operadores del ámbito jurídico, aunque siempre puede ser mejorable y más profunda la misma, especialmente, ahora que ya tenemos mucho más conocimiento y experiencia sobre esta realidad.

Un ámbito de mejora, entre otros, lo ofrece la formación de los y las profesionales sanitarios (médicos/as y enfermeros/as). Son unos actores privilegiados en este proceso de detección preventiva de la violencia de género (médico de familia, ginecólogo y pediatra, las urgencias...). Existe un estudio de la Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, que establece en un 96 % las mujeres maltratadas visitan la consulta de Medicina primaria, y muchas de ellas, visitan muy asiduamente los Servicios de Urgencias.

Se ha firmado un protocolo común estatal en la materia¹⁰, pero dudamos que se esté aplicando, ante la falta de formación existente, ante el número de partes de lesiones que salen de los hospitales como forma de denuncia del 262 LECrim (11,52 %). Debiera incluirse en la propia formación universitaria y/o como curso de especialización curricular. Es un problema de salud pública, que sin formación de estos/as profesionales puede llevar a su cronificación y medicalización, victimizando de nuevo. No olvidemos que la OMS advierte que más de un tercio de las mujeres del mundo (62 millones) sufre violencia física o sexual a manos del hombre lo que supone tener proporciones de pandemia.

Afirma Luis Aguilera, presidente de Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria, que cada día se producen un millón de consultas en los centros de salud. “El 60 por ciento de esas consultas son de mujeres y un porcentaje significativo de ellas, unas 60.000, pueden estar sufriendo maltrato pero no expresan este problema delante del médico”. La realidad es que la mayoría del personal sanitario desconoce los síntomas y los motivos por los cuales una mujer maltratada no relata su maltrato, desconocen qué hay que hacer con cada una de ellas, y lo que es peor, no saben qué hacer en cada momento.

Desde la ONU en 1996, hasta el Convenio de Estambul, normativa Internacional y nacional, reconocen la necesidad de la sensibilización y la formación de este personal, pero además la sociedad lo demanda y las mujeres maltratadas lo necesitan.

D. Mejoras posibles y pendientes en el ámbito judicial

1. Introducción

Desde justicia, desde mi punto de vista, se ha intentado abordar sin los medios suficientes la problemática de la violencia de género y, en la actualidad, sufrimos las consecuencias negativas de esto. Este problema inicial parece haberse convertido en una tendencia en correspondencia con el retroceso pendular al que nos venimos refiriendo, aprovechando el colapso generalizado del sistema sufrido por la crisis.

El gran acierto de la ley fue dar una protección inmediata a la mujer que denuncia estas circunstancias en las que se encuentra, gracias a la orden de protección, que es verdaderamente lo que necesita la mujer

10 Recuperado de <<http://bit.ly/2fDUYk>>.

en ese momento. Pero, a partir de ese momento, la ausencia de servicios sociales que trabajen con la víctima con tiempo y medios está haciendo tambalearse el sistema.

No se puede cambiar la vida de una mujer en 24 horas por el juez. Es necesario tiempo para averiguar de qué tipo de violencia estamos hablando, de qué tipo de víctima y maltratador. Sin servicios sociales y Unidades de valoración Integral Forense este trabajo no se puede hacer. En este sentido, los datos revelan que la falta de medios y la aplicación del procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos son un problema. La judicatura y Fiscalía acaba prefiriendo una condena por el último golpe concreto que se denuncia sin averiguar lo que hay detrás, porque si pasan los meses el retraso en la justicia llevaría casi con toda seguridad una absolución. Solo la existencia de un trabajo constante por empoderar a la víctima y un control sobre el maltratador podría arrojar un resultado diferente¹¹

- Los medios son limitados y los Juzgados aplicadores de la norma ha decidido modular dichos recursos limitados y si “no hay alto riesgo para la víctima” —en el sentido de temer por su vida—, los juzgados son reacios a adoptar órdenes de protección (denegación del 40 %); aquí surge la duda de cómo interpretar el riesgo, con la volatilidad que éste está demostrando tener así como su imprevisibilidad.
- El maltrato psíquico es difícil de probar con los medios que se tienen en la actualidad y pocos casos son considerados violencia de género;
- La retirada de las denuncias se ha convertido en algo habitual y ello provoca frustración en la propia actividad de jueces y fiscales, afectando a su propia actitud ante el problema.
- La crisis ha llevado al turno especializado de defensa letrada a gente con poca formación y sensibilidad, por lo que se ven situaciones tristes en los juzgados, dado que el trato es insensible y se escatima el interés y tiempo en búsqueda de pruebas.

2. El problema de las “denuncias retiradas”

La retirada de la denuncia no se puede dar en los delitos de violencia de género, por ser estrictamente de naturaleza pública. Lo que se produce

11 Véanse las estadísticas del Observatorio de Violencia doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial. Recuperado de <<http://bit.ly/10ctHT2>>.

es un archivo de la causa por fiscalía ante la falta de mantenimiento en la declaración de la víctima contra la pareja o ex pareja. Ello puede hacerse dentro del ámbito del art. 416 de la LECrim sobre el derecho de dispensa a declarar en contra de los familiares¹².

Debiera estudiarse por qué una mujer retira esa denuncia que trae como consecuencia que el Ministerio Fiscal no siga adelante con la acción penal, dado que sin pruebas no habrá una condena. A título de ejemplo, en Francia o Alemania solo se sigue adelante con estos procesos si la víctima trabaja con Fiscalía activamente en lograr averiguar lo que ha ocurrido y permitir probarlo, todo gracias, como digo, a un trabajo importante de los servicios sociales con ella.

Según la Memoria de la Fiscalía de Sala de Violencia sobre la Mujer 2014, durante este año, se incrementó un 36 % el número de mujeres que se acogió a su derecho a no declarar contra su cónyuge. A este nivel de retiradas de denuncia hay que sumarle la cantidad de mujeres que no denuncia, es decir la inmensa mayoría de casos con resultado muerte. En el fondo, esto ocurre porque hay un desconocimiento del problema de este tipo de víctimas. Esta necesita protección inmediata, trabajo de empoderamiento y autoestima, oportunidades de emprender una nueva vida (servicios sociales) y que todo el control (policial) recaiga sobre quien produce el riesgo. En la práctica hay una sobreprotección de la mujer que le llega a incomodar en su día a día y, por tanto, a fomentar que sea nuevamente víctima, contrariamente a lo que exige la Directiva de Víctimas 2012/29/UE y el Proyecto de Ley regulador del estatuto de la víctima.

Cerrar los ojos a esta realidad es abandonar a la víctima en manos del maltratador y que todo acabe en un quebrantamiento de medidas y/o nuevas acciones delictivas. En tal sentido sí debiera reformarse el art. 416 LECrim, en el sentido de que la víctima-testigo no podrá acogerse a la dispensa de la obligación de declarar. Aun así, soy consciente de que no se soluciona el problema, pues la víctima que tenga la determinación de no colaborar con la justicia para no perjudicar a su pareja o expareja denunciado así lo llevará a cabo; de esta forma, o bien se habilita al juzgador a tener en consideración las declaraciones de la víctima vertidas en fase de instrucción, siempre que haya sido apercibida de que no tiene el derecho al 416 LECrim y lo que denuncie pueda ser probado a través de otros medios probatorios, que avalen su testifical o, en segundo lugar, se

12 Art. 416; Montesinos, 2012, pp. 391- 412.

trabaje desde el minuto uno con la víctima desde los servicios sociales para que colabore con la justicia y vierta su declaración. Esta última opción parece la más eficiente.

3. Sobre las órdenes de protección y la unidades de valoración forense

La orden de protección en España es un instrumento cautelar de protección de víctimas que nace dentro del ámbito familiar relativo a la violencia doméstica y solo posteriormente, se amplía a la violencia de género¹³. Su mayor peculiaridad es su carácter de estatuto integral de protección, en cuanto título judicial de contenidos penales y civiles, que general derechos administrativos (art. 87 *ter* LOPJ).

Los contenidos penales gozan de las exigencias propias de las medidas cautelares penales, limitándose a la prohibición de contacto, permanencia y aproximación a un número de metros de distancia del maltratador con la persona maltratada o la prisión provisional sin posibilidad de ser eludida bajo fianza (art. 503 CP). Las medidas de alejamiento, prohibición de aproximación o contacto deben de expresar el tiempo de vigencia (hasta sentencia firme y/o ejecución), metros de distancia (...). Para los delitos de violencia de género la pena accesoria de prohibición de acercamiento y comunicación son de obligatoria imposición (art. 48.2 y 57 CP).

Por su lado, las medidas civiles integradoras de una orden de protección son el régimen de visitas, guardia, custodia y patria potestad, la pensión de alimentos, atribución y uso de la vivienda familiar, entre otras¹⁴.

13 Para un mayor conocimiento de este instrumento, véase, Martínez / Villacampa, 2008, Martínez, 2007 y Martínez, 2005.

14 2. art. 87.2 *ter*: “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer podrán conocer en el orden civil, en todo caso de conformidad con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de los siguientes asuntos: a) Los de filiación, maternidad y paternidad. b) Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio. c) Los que versen sobre relaciones paterno filiales. d) Los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar. e) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores. f) Los que versen sobre la necesidad de asentimiento en la adopción g) Los que tengan por objeto la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores”.

La Ley de Violencia de Género y la aplicación de las órdenes de protección han sacado a la luz numerosos problemas de aplicación de las mismas, que exigen otras reformas penales, civiles y administrativas, compatibles con legislación menor así como mayor coordinación.

En materia de órdenes de protección, se ha manifestado que, en relación a los hijos e hijas, situaciones que no se resuelven con la aplicación del Protocolo Básico de Intervención Contra el Maltrato Infantil en el Ámbito Familiar, actualizado en los casos de violencia de género en el seno familiar de junio 2014.

A título de ejemplo, se ha evidenciado que es necesario resolver los problemas de escolarización inmediata por cambio de domicilio por activarse una orden de protección que lleva a la salida del domicilio de la mujer en riesgo (art. 5 LOVG)¹⁵. Igualmente, hay problemas para acudir a un Punto de Encuentro Familiar, establecido para los casos en los que el progenitor no puede acercarse a la madre de su hijo, conforme estipula la LOVG, porque, solo ante un riesgo importante los jueces establecen ese sistema de visitas; en la práctica esto supone no pocos inconvenientes, además de incrementar la situación de mayor riesgo tanto para la mujer como para sus hijos/as. Además, cuando la persona no tiene arraigo por ser extranjero se agrava esta situación más si cabe. Lo mismo ocurre cuando se necesita atención psicológica para el menor (art. 19 LOVG), pues se ve obstaculizada y limitada dado que para ello se requiere que el progenitor no se oponga a la misma.

En nuestra opinión, ante una condena por violencia de género hay que estudiar profundamente por los especialistas si es recomendable limitar una custodia compartida o suspender puntualmente la patria potestad o derecho de visitas (art. 65 y 66 LOVG). Comparto la afirmación que viene dándose en el entorno de profesionales relativa a que no puede ser un buen padre quien ha golpeado a la madre y difícilmente no usará esta relación con los hijos como forma de poder frente a la madre. Solo si se tratara de una violencia puntual y leve podría entenderse de otra forma y

15 Hoy por hoy no es posible, por ejemplo, en la Comunidad valenciana, porque se exige la autorización paterna en caso de cambio de escolarización. Resolución de 28 de marzo de 2014, del director general de Centros y Personal Docente por la que se dictan instrucciones en relación con la escolarización del alumnado cuyos padres no conviven por motivos de separación, divorcio o situación análoga y una Circular del Director General de Centros y Personal Docente 23 de septiembre 2014, que excepciona su aplicación en los casos de violencia de género.

comprender razonablemente que no ha lugar a restricciones. Es más, los hijos deberían ser considerados víctimas directas *reales* del maltrato a la madre. Ello le haría incompatible con la custodia compartida y, además, permitiría que tanto desde el ámbito judicial como desde otras instancias administrativas se adopten medidas dirigidas a su protección y atención, en detrimento de un progenitor maltratador condenado en sentencia.

En la actualidad, se aprecia mucha prudencia en la judicatura para adoptar estas decisiones. Ello se debe, por un lado, a que no toda la violencia es igual, claro está, y muy probablemente a una evidente falta de formación y respaldo legal que habilite esta toma de decisiones a los jueces y las juezas. Se constata, sin embargo, que en las situaciones de violencia clara e intensa sí se protege a los hijos, restringiendo derechos del padre y del propio hijo (visitas). Pero en la violencia de género contamos normalmente con un factor de riesgo impredecible y con la falta de información del juez respecto de la verdadera situación de la madre, por eso, no siempre violencia leve significa que no va a pasar nada. La LOVG reguló las Unidades de Valoración Forense para pronunciarse caso por caso, dado que se diseñaron a tal fin. En la ciudad de Valencia existe una Unidad para todos los casos de la provincia de Valencia. Estas decisiones judiciales debieran estar siempre respaldadas por esta Unidades.

La Directiva de Víctimas N.º 2012/29/UE, de 25 de octubre, desarrollada por la Ley N.º 4/2015, de 27 de abril, del *Estatuto de la Víctima* del delito, obliga a que se revisen los protocolos de actuación, de acuerdo a los criterios de calidad que establece la Directiva y la ley en cuestión, así como los derechos de las víctimas (mujeres e hijos) que a menudo quedan en papel mojado en el Estado español por la falta de recursos existente¹⁶. Sin entrar en ello, nos referimos a la calidad de la defensa letrada de oficio, el sistema de valoración del riesgo a veces ineficaz y de sus secuelas, la deficiente aplicación de los protocolos de detección precoz, etc.

Por último, añadir en relación a la víctima, que ni todas las víctimas son iguales ni todas sufren el mismo riesgo. Y en función de esto el/la juez puede modular las medidas cautelares, los recursos y derechos y, en cuanto ella siempre es la que sufre el problema, la sanidad y servicios sociales están a su disposición. Es una obligación para el Estado el lograr

16 Gómez, 2015, pp. 100-129. Guía Práctica del Estatuto de la Víctima en los Juzgados de Valencia. Recuperado de <<http://bit.ly/2eLxEXF>>.

que salga de esa situación, no solo darle un paraguas de protección sino habilitar los medios para que ella pueda alcanzar una vida autónoma.

La Constitución recoge el derecho a ser reinserado y, en ese sentido patrocinamos que se les imparta un plan realista de cursos de formación y diseños de plazas adecuadas para realizar los trabajos en beneficio de la comunidad acorde a la tipología de maltratador, características psicopatológicas, adicciones, etc., donde se trabaje su sistema de creencias y la asunción de responsabilidad en sus comportamientos. Todo ello no solo para los casos en los que se suspende la pena sino para todos. El maltratador es un delincuente que agrede a su víctima y al modelo social igualitario: si no entiende este mensaje no cesará en su actuación.

Invertir en esta tipología de delincuentes es contribuir en igualdad y ganar adeptos a nuestra causa, dado que el problema lo tienen ellos en un mundo que ya no les pertenece.

4. La mediación en violencia de género. Una prohibición necesaria y un reto futuro

Se debe partir del hecho jurídico de la prohibición legal de mediar conflictos en los casos de violencia de género (art. 87 *ter* 5 LOPJ introducido por la LOVG), prohibición necesaria en el momento y contexto de su gestación. La razón de la presente prohibición se puede encontrar en los trabajos parlamentarios de la ley por una iniciativa de CIU¹⁷ y en el contexto que se genera, pues se trata de en un momento donde por parte de la judicatura se minimizaba el problema de la desigualdad en la pareja, incluso la ejercida como manifestación más grave a través de actos violentos. En el 2004 todavía se vivía en muchos juzgados y comisarías de la policía el conocido “váyase a casa y resuelva estos conflictos en el ámbito privado”. La desconfianza hacia la magistratura de alguna forma estaba en el aire en esta materia y el legislador consideró que la transformación social en hábitos y valores debía cerrarse con y desde el sistema judicial. Tal vez éste ha sido el mayor valor atribuible a la Ley N.º 1/2004, a saber, que puso en primera línea de fuego en el ámbito público el tema de la desigualdad entre el hombre y la mujer en las relaciones de afectividad.

Hoy en España ya no hay marcha a atrás ni minimización de este tipo de conductas. Pero consideramos que es el momento de dar un paso más y centrarse en preguntas tales como: ¿por qué se reincide? ¿por qué

17 BOCG n.ºs. 2-4, de 24 de septiembre 2004. Enmienda 431.

ellas consienten en los quebrantamientos? ¿cómo empoderar a la mujer para que decida en qué condiciones quiere continuar con su vida afectiva, integrando el principio de igualdad en ella? Nuevamente en este ámbito de esfuerzo legislativo y avance por la igualdad real y efectiva encontramos la propuesta de admisión de la mediación.

El legislador en aras de proteger y tutelar el principio de igualdad ha tomado la decisión de proteger a la mujer decidiendo por ella, como si se encontrara en una situación de tal vulnerabilidad que le impidiera por ella misma decidir lo que quiere. Este es el sistema hoy vigente en España, ha tenido pleno sentido y ha supuesto un punto y aparte respecto de la situación anterior. Otra posibilidad, hubiera sido, proteger a la mujer, una vez que ella tiene la firme voluntad de ser ayudada y protegida. Ejemplo de lo que decimos se encuentra en el sistema francés donde a la mujer se le dan todos los medios para que salga de esa situación pero la acción de la justicia se entabla bajo la dirección y colaboración de ella, sin posibilidad de retractarse, salvo imputación real de un delito de falso testimonio.

Con ello, lo que queremos expresar es que nos movemos siempre en una disyuntiva: ¿protección del orden público hasta sus últimas consecuencias o respeto por la voluntad de la víctima que no quiere ser protegida? ¿Debe el estado proteger por encima de su voluntad hasta el punto de convertirla a ella en posible infractora del sistema público de prevención?¹⁸. Es un tema difícil al que, hoy por hoy, no he logrado contestar. Pero tras escuchar a muchas mujeres maltratadas sí creo que —y con ello no resuelvo la disyuntiva planteada—:

- A. Hay mujeres que a todas luces no tienen el principio de igualdad nada interiorizado, que se mueven por el miedo y el sometimiento, que minimizan su riesgo y no se protegen debidamente.
- B. Hay mujeres que a todas luces sí tienen el principio de igualdad interiorizado, por eso denuncian tan pronto sufren la agresión por grave o leve que sea, que no minimizan la gravedad, ni justifican la conducta y que son conscientes de su determinación por vivir en pareja en condiciones de igualdad, libertad y responsabilidad.

18 Resulta paradójico el hecho de que atente contra su “dignidad humana” su vuelta con su agresor pero atenta contra su “dignidad humana” partir de su incapacidad de obrar y decidir libremente. Esta contradicción en la que nos movemos requiere en un futuro de cierta revisión para desglosar en qué casos la intervención del Estado debe primar y restringir derechos de la víctima y en qué casos no.

En ambos casos, hay un gran tanto por ciento de mujeres que quieren continuar la relación de afectividad denunciada, pero es verdad que, habiéndose roto en ambos supuestos el equilibrio exigido entre hombre y mujer en la relación de pareja por la Constitución, la situación de ambas es enteramente distinta. Y es aquí, en este margen donde creemos que la mediación puede tener un sentido a la hora de resolver el conflicto real, a parte del jurídico. Por tanto, lo que hace mediable un conflicto no es la gravedad del hecho sino la situación de poder sobre la decisión negociada hipotética que puede darse. Hablamos de determinación, empoderamiento y ejercicio de libertad e igualdad. La mediación penal puede ser en estos casos una forma de evitar “victimizaciones reiteradas de esa mujer”, al ser una forma activa de participar en el proceso, trasladando al proceso sus inquietudes y necesidades, lo que ayuda a prevenir nuevos riesgos, facilitando su diagnóstico, evita nuevos episodios y se eligen medidas más adecuadas. Por su lado, permitir participar en dicha solución del conflicto violento y de género al agresor nos parece parte de uno de los postulados constitucionales destinados precisamente a su rehabilitación y reinserción social.

La pregunta que surge al hilo es doble:

- a. ¿Hace más fuerte a la víctima decidir libremente negociar e imponer condiciones para restablecer su vida (prevención especial) y el orden público (prevención general) en una causa *subiudice* (condición ineludible en mi opinión)?
- b. ¿Hace más fuerte al maltratador negociar? Consideramos que no porque se ve sometido a un proceso donde su víctima le está imponiendo condiciones si no quiere verse sometido a un proceso penal o reactivada una pena. Esto se debe de traducir en terapia conductual y aprendizaje de normas de igualdad

Si concluimos en ambos casos que la víctima sale reforzada, debemos plantearnos *ad futurem* esta negación o prohibición y estudiar en profundidad los presupuestos para poder admitir tal mediación dentro del proceso por violencia de género¹⁹. Los elementos para el debate serán los que resumo a continuación.

- 1) En primer lugar, la consideración de la víctima de violencia de género como persona capaz de comprender el hecho delictivo y

19 Beltrán Montoliu, 2014, pp. 23-52, Planchadell, 2015, pp. 199-228 y Martínez, 2011. Recuperado de <<http://bit.ly/2fCNF2D>>.

de condenarlo como tal. No cabe justificación alguna de la acción penal acometida contra ella; de darse, nos encontraríamos fuera del ámbito de lo mediable, porque mediación no es reconciliación.

- 2) En segundo lugar, el reconocimiento del victimario de los hechos delictivos acometidos contra la víctima y el porqué de su realización, con asunción explícita de la existencia de un abuso de poder y desequilibrio dentro de la relación de afectividad presente o pasada.
- 3) La creación de un espacio de comunicación reposado que genere la reflexión de lo ocurrido y el significado dañino que ello tiene en sus vidas. Espacio que será creado por un mediador formado en esta tipo de comunicación vertebrada y equidistante, que asegure las condiciones de equilibrio y respeto en dicha comunicación, con poder para romper el diálogo cuando se quiebren estas condiciones. El mediador debe de estar especializado en los conflictos de género (conocer las trampas de la relación de afectividad desigualitaria) además de ser un conocedor del instrumento de mediación.
- 4) La posibilidad de construir por víctima y victimario una reparación adecuada al daño producido a la víctima y a la sociedad, que en nuestra opinión siempre debería ir acompañada de un sometimiento obligatorio a terapia conductiva en el caso del maltratador y, en su caso, si así se estimara y aceptara, también por la víctima (empoderamiento a través de la asunción del principio de igualdad y, en su caso, su integración en contexto social que le haga independiente respecto de su pareja). Igualmente, consideramos necesaria la reparación material del daño porque de otra forma puede usarse esta herramienta como forma de elusión de su responsabilidad civil derivada de delito. La mediación no puede suponer un beneficio para el infractor en detrimento de la víctima real y simbólica ni como medio para desvirtuar responsabilidades civiles²⁰.
- 5) La asistencia letrada de las partes es básica para determinar el grado de viabilidad del acuerdo obtenido por sus clientes, para supervisar la conducta que sostenemos como premisa básica en la mediación

20 En caso de mediar renuncia a la acción civil por la víctima debiera pasar a un fondo de ayuda a mujer maltratada como responsabilidad civil simbólica derivada de delito consumado, frustrado, tentativa, en los casos en los que haya mediación. Igualmente, aquel que no pueda pagar debe de hacer trabajo en beneficio de la comunidad.

y asegurar las garantías del proceso y esta mediación *intraprocesal* tanto de la víctima como del procesado.

- 6) En la órbita judicial consideramos que el órgano jurisdiccional tiene el deber de averiguar todo lo ocurrido en el tiempo y solo si se asumen los citados presupuestos se podrá incoar procedimiento de mediación. Todo ello en colaboración estrecha del Fiscal y asistido de la Unidad de Valoración Forense para la toma de estas decisiones²¹. En este sentido, consideramos que el enjuiciamiento rápido de delitos deviene inadecuado para la averiguación de este tipo de crímenes.
- 7) No parece conveniente en los casos de reincidencia. Llegado a este punto, resulta necesario hacerse la siguiente pregunta: ¿existe un riesgo de equivocarse y mediar la punta del iceberg? Sí, al igual que en las conformidades existe riesgo de equivocarse. Pero es verdad que el filtro de la mediación pasará por la decisión del juez, asistida del fiscal, la Unidad de Valoración y la visión del mediador y la asistencia letrada.
- 8) La mediación en fase de ejecución podría ser una forma de compaginar los intereses de la víctima con la resocialización de en condenado.
- 9) Como punto de partida consideramos admisible la mediación *ad probandum* en fase de ejecución judicial en los delitos por violencia de género, dadas las incógnitas y desconfianzas existentes todavía. Sin lugar a dudas, ya se ha aplicado el derecho penal y la mediación servirá como forma de canalizar una pena oyendo a la víctima —que debe de seguir cumpliendo los mismos requisitos anteriores— y al condenado, al que se le abre la alternativa entre cumplir de forma efectiva los pactos e imposiciones derivados de la mediación o cumplir en sus propios términos la sentencia dictada por el Juez. Igualmente, a esta parte condenada le serán de aplicación los presupuestos o requisitos aludidos con anterioridad. El incumplimiento de lo convenido en la mediación reactivará la condena pendiente a una concreta pena privativa²² y, en caso de incumplimiento de la

21 Solo un equipo multidisciplinar de expertos puede valorar el grado de fiabilidad de los condicionantes emocionales de la víctima que afirma querer negociar en las condiciones citadas.

22 En caso de suspensión de la pena de prisión su incumplimiento conllevaría la revocación de dicha suspensión y la reactivación de la condena originaria y, de tratarse de un supuesto de sustitución del art. 83 CP el incumplimiento reactivaría de nuevo la pena sustituida.

pena de trabajos en beneficio de la comunidad como pena directa, se trataría de un delito de quebrantamiento de condena del art. 468 CP.

IV. EUROPA CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

A. Introducción

Desde Europa se está haciendo un gran esfuerzo en la medida que este complejo sistema de integración de países puede hacerlo. Pensemos que la propia estructura de la Unión Europea impide imprimir un ritmo ágil de cambio y aproximación entre ordenamientos, con el fin de crear un concepto aproximado, por ejemplo, de lo que se entiende legalmente por violencia de género o cuáles son sus formas de prevención y erradicación. Sin embargo, consideramos que el derecho europeo es como una lluvia fina, que va calando lentamente e indefectiblemente nos hace progresivamente iguales. Es un camino a largo plazo, pero las Directivas y Reglamentos de la UE van cumpliendo su función homogeneizadora entre los 28 Estados.

De hecho, no existe *hard law* para luchar contra la violencia de género, sino que para desarrollar estos conceptos se suele recurrir a una combinación entre los derechos a “la integridad física y psíquica” o “la prohibición de tortura o trato inhumano o degradante”, así como a la “prohibición de discriminación en el trabajo” con la igualdad entre el hombre y la mujer de la Carta de derechos fundamentales (art. 23). Solo el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea fija el *objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer. Ante esta situación, podemos afirmar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho un esfuerzo y se ha comprometido con la igualdad y lo ha construido como derecho fundamental, haciendo “pedagogía constitucional” entre los Estados en todas y cada una de sus resoluciones. Además, hay condenas ya a Estados por parte de este Tribunal, entre otras razones, por la pasividad de los jueces y policía tras la retirada de la denuncia²³.

Afortunadamente, en los últimos tiempos, comprobamos acciones conjuntas que apuntan en este sentido indicado. Se han creado instrumentos jurídicos específicos, que alcanzan a proteger a la mujer víctima, si bien ninguno se refiere exclusivamente a la violencia de género, en todos ellos aparece recogida y entendemos que es un gran paso, en un plano de

23 Asunto Opuz de 9 de junio 2009, Asunto Bevacqua 12 junio 2008 y Asunto Hajduova 13 de noviembre 2010.

intervención directa sobre los Estados, más allá de las acciones y programas de investigación y prevención del marco DAPHNE²⁴. Nos referimos a:

- La Directiva sobre la Orden Europea de Protección Penal de Víctimas N.º 2011/99/UE, de 13 de diciembre de 2011 derecho de la ciudadanía a la libre circulación, también de las víctimas. En vigor gracias a la aprobación de la Ley de Reconocimiento mutuo de decisiones penales en la UE²⁵
- Directiva de Víctimas N.º 2012/29/UE, de 25 de octubre por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, también conocido como el Estatuto de la Víctima Penal y por la que se sustituye la Decisión Marco N.º 2001/220/JAI del Consejo; ahora mismo todavía en proyecto de Ley en el Congreso.
- el Reglamento UE N.º 606/2013, de Medidas Civiles de Protección de las Víctimas, norma de aplicación directa sin necesidad de transposición.

Fuera de la Unión Europea encontramos en el marco del Consejo de Europa el Convenio de Estambul, de 11 de mayo 2011, en vigor desde este verano, que constituye un elevado estándar de lucha contra la violencia de género, como instrumento regional vinculante jurídicamente en Europa. Hasta ahora firmado por Austria, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Islandia, Luxemburgo, Montenegro, Portugal, Eslovaquia, España, Suecia y Turquía, por lo que se comprometen a cambiar su legislación en la materia, de acuerdo con los estándares allí dispuestos²⁶.

24 El programa Daphne I, II y III son programa específicos destinado a prevenir y a combatir la violencia de la que son objeto los niños, los jóvenes y las mujeres y a proteger las víctimas y a los grupos de riesgo con el fin de contribuir a un alto nivel de protección contra la violencia y reforzar la protección de la salud física y moral. Todos los tipos de violencia están cubiertos por el programa: abuso sexual, violencia familiar, explotación comercial, brutalidad en medio escolar, mutilación genital, trata de los seres humanos y violencia de naturaleza discriminatoria hacia los minusválidos, las minorías, los emigrantes u otras personas vulnerables.

25 Ley N.º 23/2014 por la que se transpone esta citada Directiva.

26 Los objetivos del convenio son: a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres; c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica; d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia

A ello debemos de añadir la Macro Encuesta de la Agencia Europea de Derechos Fundamentales de marzo 2014, que ha puesto de manifiesto los datos a los que aludíamos con anterioridad. Ya tenemos, pues, todos los ingredientes para empezar a trabajar.

B. En especial, la Orden Europea de Protección

Es una realidad diaria en nuestros juzgados comprobar la gran cantidad de mujeres extranjeras —un gran porcentaje de origen europeo— que en España —y muy particularmente en destinos turísticos— hacen uso de la orden de protección tras la denuncia de un acto de violencia de género y la incoación del proceso correspondiente. Estas mujeres cuando vuelvan a su lugar de origen no tendrán nada, ninguna protección que no sea la derivada de una nueva denuncia y proceso en su país.

En este marco se incardina el nuevo instrumento de cooperación judicial penal, la denominada Orden Europea de Protección, aprobada por la Directiva N.º 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 y el Reglamento de la UE N.º 606/2013, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento de medidas de protección civil²⁷. Estos instrumentos regulan la protección de la víctima —también en la que nos concierne, es decir, la mujer víctima de violencia de género— que, gozando de un régimen de protección en su país de origen, decide viajar a otro país de la Unión con una *extensión* de la protección que posee en su país de origen. Ello supone un gran avance, no exento

contra la mujer y la violencia doméstica; e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

27 Esta creación es fruto del desarrollo del Programa de Estocolmo donde establece las líneas de actuación para el desarrollo de estos contenidos dentro del espacio de libertad, seguridad y justicia teniendo. En cumplimiento de dicha obligación, y a iniciativa de Bélgica, Bulgaria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Italia, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia, se aprobó la Directiva N.º 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, sobre la Orden Europea de Protección. Hoy, en el momento de escribir estas líneas, podemos afirmar que hemos cumplido el plazo establecido para transponer la norma (11 de enero de 2015), gracias a la reciente aprobación de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (BOE 21 de noviembre).

de dificultades en su ejecución, dada la gran diferencia entre nuestros ordenamientos vecinos y de sensibilidades por este problema²⁸.

Al crear esta norma, intuimos que el legislador ha pretendido dos cosas. Con carácter inmediato proteger a las víctimas, claro está, en su derecho a su seguridad y a su libertad de ambulatoria; por otro lado, de forma mediata pretende que esta relación de *vasos comunicantes entre los Estados* acabe impregnando de las mismas características a todos los ordenamientos de los 28 Estados miembro. Esto tiene especial importancia en materia de violencia de género. Pensemos, a modo de ejemplo, en la mujer nacional o extranjera que haya sido protegida adecuadamente en España y llegue a otro Estado con bajos niveles de protección (...). Con toda seguridad que estos estándares de calidad acabarán repercutiendo en la modificación interna de las legislaciones, en cuantas ciudadanas de la Unión con iguales derechos en situaciones de vulnerabilidad.

El siglo XXI va a ser el momento de crear Europa a través de la víctimas y es previsible, tras la Macro Encuesta de la FRA, que sea también la Europa de la igualdad y del género, dado que en la medida que protejamos ambos elementos, contribuiremos a proteger a esas víctimas y a trabajar por evitar dicha condición.

C. En qué consiste la Orden Europea de Protección

Las medidas concretas de protección de estas víctimas se desarrollan en ambos dos instrumentos, civil y penal, partiendo de una realidad incontestable como es el hecho de que no ha habido una armonización previa. Pero el objeto de esta normativa es idéntico: que no entren en determinados lugares, que se prohíban las comunicaciones de cualquier tipo y que se acerque el sujeto a la víctima. Son normas complementarias pero mutuamente excluyentes²⁹, lo que supone que podrá ser emitida por un órgano penal para un país donde se aplicará por un juez civil,

28 Prueba de lo que decimos es la estrambótica doble regulación —civil y penal— generada para proteger a las víctimas. Son numerosos los países donde la protección de una mujer maltratada la lleva a cabo los tribunales civiles de familia. Es significativa la falta de interés “público” en estos temas de violencia de género y su comprensión como temas de “familia. En España se ha superado esta disyuntiva y corresponde al código penal proteger los derechos fundamentales de la mujer y al código civil la familia.

29 Hoyos, 2015, pp.63-105, Román / Oliveras, 2014, p. 89 y ss.

incluso por un órgano administrativo, pero no se pueden emitir o ejecutar simultáneamente por ambas vías, civil y penal.

Siguiendo la Directiva de Víctimas y de la OEP se hace previsible la necesidad de establecer mecanismos de coordinación de la adopción de una OEP. Pensemos que, gracias a la experiencia española, sabemos lo importante que resulta garantizar la correcta comunicación entre la víctima, los juzgados, los servicios sociales y la policía. Para ello, las Oficinas de las víctimas han desarrollado un importante papel como punto de coordinación de medidas u órdenes de protección. En este sentido, la entrada en vigor del Convenio de Estambul y de la Directiva de Víctimas van a suponer la entrada en vigor de estándares de protección similar en la UE en esta materia. Igualmente, podemos afirmar que la especialización de todos estos sujetos ha sido clave.

En relación a dicha coordinación, nuestra experiencia pone de manifiesto la importancia que tendrán las bases de datos, así como se ha demostrado con VIOGEN y el Registro de Medidas cautelares y de violencia doméstica en España. De hecho, se ha constituido un Grupo de Trabajo de Cooperación Policial en Bruselas aprobó el Manual de la Unión Europea de Buenas Prácticas Policiales para combatir la violencia contra la mujer que se aprobó el 23 de abril del 2010³⁰ y, a decir verdad, recoge una gran parte de las experiencia españolas en la materia.

Por otro lado, es importante resaltar que en España las víctimas de violencia de género tienen reconocido el derecho a la justicia gratuita, al igual que la traducción de determinados documentos. La duda surge al pensar cómo serán estas cuestiones en otros países de la UE. Pensemos, además, la situación de una víctima en un país extranjero, con las dificultades añadidas derivadas del delito sufrido, que indiscutiblemente afectan a su vida familiar y laboral. Todo ello en un marco de un país extranjero lo que convierte a estas víctimas en especialmente vulnerables. En este sentido, las embajadas y oficinas consulares pueden aportar una ayuda a sus nacionales.

También este nuevo marco legal trae nuevas incógnitas y dificultades a las personas causantes del peligro. Pensemos en el derecho fundamental a ser oído que tiene un imputando antes de emitir la orden europea de protección; así lo recoge la propia Directiva, no sin hacer hincapié en las limitaciones informacionales que debe de tener este derecho (país,

30 Zurita, 2013, p. 120.

ciudad, dirección, datos de contacto de la persona protegida, etc), a menos que ello sea absolutamente necesario para la ejecución de la medida adoptada. Son muchas las cuestiones que surgen al hilo de la aplicación de este complejo y transnacional instrumento que, en el caso español, el Consejo General del Poder Judicial ha explicado bien en su Guía sobre la aplicación de la Orden Europea de Protección³¹, como complemento a la transposición de la Directiva, plasmada en la Ley de Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales penales³².

Se ha creado un *certificado* donde se documenta la orden europea de protección emitida. Deberá estar redactado en la lengua oficial del Estado miembro al que se dirige. Los certificados son disponibles en todos los idiomas oficiales de la Unión Europea.

Por su lado, España también va a ser estado de ejecución de una orden europea de protección. Dada nuestra tradición en este sistema de protección y nuestro entramado de recursos, entendemos que la aplicación correcta de la orden europea de protección está garantizada³³.

V. CONCLUSIÓN

Hoy parece que asistimos a un movimiento pendular que se generó en el 2004 y que dio fuerza y determinación a sus aplicadores en su función y que ahora se encuentra, de alguna manera, en franco retroceso. En dicho movimiento ahora prima cierta incomprensión hacia este conflicto y se piensa que se está beneficiando injustificadamente a la mujer; se está generando, en conclusión, una resistencia en paralelo con la crisis institucional existente. En este momento, se pone de manifiesto que falta

31 De 21 de noviembre de 2014. Sobre las dudas que ofrece este instrumentos véase Rodríguez, 2014, pp. 25-62 y de este mismo autor, “La orden europea de protección”, *Diario La Ley*, n.º 7854, 2012.

32 Europea regula a lo largo de su articulado la competencia de aquellas autoridades judiciales encargadas de emitir, reconocer y ejecutar las resoluciones judiciales que son objeto de la misma. Por este motivo, se ha publicado la LO N.º 6/2014, de 29 de octubre, complementaria de la Ley de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, por la que se modifica la LO N.º 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al objeto de incluir entre las competencias de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden penal la de emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea.

33 Martínez, 2015.

mucha pedagogía a la ciudadanía que ayude a superar esta situación. No se han explicado las cosas bien y estamos sufriendo las consecuencias, se está distorsionando el sentido de la ley y aprovechando esta situación para relajar la aplicación de la Ley N.º 1/2004.

Las cosas cambiarán cuando todos y cada uno de nosotros y nosotras adoptemos el compromiso por la igualdad y esto exige una formación previa para entender esta compleja materia y conflicto; hace falta, por tanto que nuestros sucesivos gobiernos hagan una apuesta real por la educación y la formación y, de lo que estamos segura es que cuando una persona logra percibir la realidad a través de la igualdad ya no quiere volver a la situación anterior.

Alcanzar la igualdad no es solo un problema de las mujeres, como tampoco la violencia de género es algo que afecte en exclusiva a las mujeres. Hasta que no entendamos que es un problema de todos, y que a todos nos afecta, y que la igualdad es deseable y predicable de todas las personas, no conseguiremos atajar la raíz del problema. En muchos casos, todavía queda la idea equivocada que la igualdad consiste en que las mujeres optemos al ideal del estándar masculino que ellos ya han alcanzado. Incluso en muchos casos se percibe que los hombres se sienten amenazados por la invasión de un terreno que creían suyo. Craso error, una sociedad que vive en igualdad es una sociedad mejor para hombres y mujeres, que reconozca la igualdad y respete las diferencias sin que, en modo alguno, pretenda la subrogación de la mujer en roles asumidos como teóricamente masculinos, algo que hay que evitar a toda costa.

La juventud, niños, niñas y adolescentes de hoy son los que tienen en su mano la llave para el cambio de mañana. Pero es nuestra responsabilidad dotarles de los instrumentos para que esa llave abra la puerta de un verdadero cambio. Y eso solo se puede lograr actuando conjuntamente en todos los ámbitos, familiar, centros de enseñanza, instituciones y todos los operadores implicados, sin olvidar que la irrupción de las TIC puede suponer una poderosa herramienta para la transformación, pero también puede implicar graves peligros, por lo que es esencial educar en la responsabilidad en su manejo y en los contenidos que conlleva. La sociedad futura estará habitada por nativos digitales y deben saber manejarse en el mundo que les corresponde.