

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS BAJO UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

Juana María Gil Ruiz

Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y Vocal del Observatorio Andaluz de Violencia de Género.

Resumen: El artículo 4 de la Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres) eleva “la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”, consecuencia directa de la implementación del *gender mainstreaming* a nuestro Ordenamiento jurídico. Aquí se aplica la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4. del Código Civil, en tanto que no podemos olvidar la naturaleza compleja de la igualdad jurídica en España en su triple dimensión: como derecho, como principio y como valor. Asimismo, el impacto directo sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, repercute en éstos como un toque de billar preciso, meditado y certero. Este trabajo analiza el modo en que nuestros Tribunales lo abordan (o no), en el marco de episodios de violencia de género en el contexto de pareja.

LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS BAJO UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Juana María Gil Ruiz¹

Universidad de Granada

I. LA LLEGADA DEL GÉNERO AL DERECHO: OTRA FORMA DE HACER Y PENSAR EL FENÓMENO JURÍDICO

La aplicación del concepto de género al Derecho ha marcado la transición de las leyes de igualdad clásicas a las leyes de igualdad modernas. De este modo, desde el Derecho se han ido cubriendo distintas etapas: si la primera se centraba en la igualdad de derechos y en la igualdad de trato ante la ley; la segunda se centró en la acción positiva y en las medidas específicas para las mujeres; para arribar a la tercera que pretende, mediante la “perspectiva de género”, incorporar cambios sustanciales de igualdad efectiva inter-géneros, implicando en esta tarea a los hombres.

En otras palabras, se ha pasado de la lucha por la Igualdad formal (la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos), punto cardinal del Estado Liberal, a la lucha por la igualdad de oportunidades, sin olvidarnos de la lucha por la igualdad de hecho o sustancial, punto cardinal del Estado Social, en una dura y agotadora carrera de aciertos y desaciertos.

Muchos de los avances que se han logrado en el ámbito internacional han sido gracias al esfuerzo denodado –y poco reconocido- de los grupos de mujeres de diferentes países que han puesto en la agenda internacional los derechos de las mujeres como uno de los grandes retos de la democracia moderna y del desarrollo humano. Y este empuje ha hecho, a su vez, que actualmente asistamos en un efecto péndulo, a significativos esfuerzos legislativos a nivel nacional e incluso autonómico que, por primera vez en la historia jurídica, se dirigen no solamente a luchar contra la discriminación (desde el punto de vista individual), sino que apostando por un nuevo Derecho antidiscriminatorio –antisubordiscriminación- (como subordinación estructural grupal), incorporan la idea de desarrollar derechos de las mujeres y apuestan por incluir proyectos de autonomía, libertad e igualdad defendidos por el feminismo en su pluralidad.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antisubordiscriminación*²,

¹ Profesora Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de Granada y Vocal del Observatorio Andaluz de Violencia de Género. jgil@ugr.es

² Al respecto, remito a los trabajos de BARRÈRE, M.A., no sólo para conocer el origen del Derecho antidiscriminatorio, y los errores conceptuales graves existentes al trasladar la tradición jurídico-política norteamericana a los ordenamientos europeos, sino para entender las limitaciones de los modelos

que debe incorporar la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación- de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos-, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Resultado de este esfuerzo legislativo son las (des)conocidas y polémicas Ley Integral (L.O. 1/2004, de 28 de diciembre), Ley de Igualdad (L.O. 3/2007, de 22 de marzo), sin olvidarnos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas.

El atractivo de la transversalidad de género, sin duda, descansa en su potencial transformador a gran escala, esto es, en las múltiples posibilidades de este principio como eje transformador simultáneo y unívoco en todas las áreas de la política. Y ello es así, porque este proceso excede del mero proceso de elaboración de las normas, reatrayendo su aplicación e interpretación, y su planeamiento político, y su óptima implementación, neutraliza los estereotipos de género latentes en los mismos.

Sin embargo, sus virtudes se convierten en debilidades, al haber levantado falsas expectativas de igualdad efectiva y de compromiso coordinado de los poderes públicos que, aún hoy, quedan muy lejos de ser una realidad. Conseguir los objetivos perseguidos por el *gender mainstreaming* requiere cambios catárticos, no conseguibles de manera inmediata, y demanda, tal y como denuncian los organismos internacionales: revisión profunda de la gestión de las políticas, compromiso serio de los tres Poderes del Estado con la igualdad efectiva y formación en género de todo el personal implicado en su puesta en marcha.

Asimismo, el nuevo Derecho antidiscriminatorio y antisubordinación exige romper con una estructura de trabajo primitiva y desfasada –aunque dogmáticamente incorporada, incluso por las Facultades de Derecho- de funcionamiento del fenómeno jurídico, y de los criterios básicos de *igualdad* -tradicional desde Aristóteles en el pensamiento occidental- y de *discriminación* –centrada en un contexto individual, que no estructural y grupal-, que manipula.

Se trata de una ardua tarea que apenas se acaba de acometer desde el Derecho y desde el pensamiento crítico del Derecho, y que centrado en la transversalidad de género parte de dos axiomas:

1. El reconocimiento de la masculinidad del ordenamiento jurídico que obliga a su revisión crítica.
2. La insuficiencia de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria, basados en el sexo, a los fines de la igualdad de género, lo que obliga a una revisión global del Derecho y a la apuesta de un nuevo Derecho antisubdiscriminación.

tradicionales de “igualdad de trato y de oportunidades”, como válidos para redefinir éste, al no partir del axioma de la subordinación estructural-grupal de las mujeres. En ningún caso puede desconocerse de la autora, su monografía *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

En paralelo, preocupa que el haber acuñado la transversalidad, sin haber realizado la catarsis anteriormente citada, ponga en peligro los avances pro igualdad conseguidos con no poco esfuerzo, desmantelando toda la infraestructura institucional –impulsada por la Unión Europea- para apoyar las políticas de género. La apariencia de igualdad implicaría la desaparición de los fondos, instituciones y programas específicos para la promoción de la igualdad de género.

No entender esto, ni conocer la complejidad del *gender mainstreaming*, además de no estar preparados para acometerla con rigor, implica –desde el desconocimiento- perpetuar o incrementar, en su caso, la discriminación contra las mujeres, esta vez desde la estructura jurídico-política formulada, en teoría, para erradicarla. Reparar, pues, en ella y con carácter de urgencia³ –en un contexto de necesaria formación en género de profesionales del Derecho y de la Justicia- es el objetivo de esta reflexión jurídica que, ahora más que nunca, se dibuja fundamental. Y en este sentido repasar determinados conceptos jurídicos resulta clave; a saber: discriminación, violencia de género y finalmente *gender mainstreaming*.

II. LA TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y EL COMPROMISO INSTITUCIONAL POR LOS DERECHOS ESPECÍFICOS DE LAS MUJERES COMO SERES HUMANOS.

Si el reconocimiento expreso de la violencia de género como una forma de discriminación, permite desde el Derecho activar un todo un complejo mecanismo de Derecho antidisdiscriminación (como discriminación estructural grupal), dirigido a minar, a volatilizar las raíces subordinadoras que maniatan el libre desenvolvimiento ciudadano de las mujeres, no es menos cierto que el compromiso internacional con la transversalidad de género supone una vuelta más de tuerca a este esfuerzo epistemológico jurídico por erradicar las violencias de género, se realicen en la esfera privada o en la pública. No en vano, si la inclusión expresa de la violencia contra la mujer entre las formas de discriminación, permite convulsionar la construcción clásica de la discriminación; la apuesta por la transversalidad de género –como corriente principal- compromete en esta tarea a todos los Poderes Públicos y a todas las ramas del Derecho.

En este sentido, hablar hoy de Igualdad con mayúsculas exige conocer y manejar con rigor el concepto de transversalidad, o mejor dicho, la correcta transposición del principio de *gender mainstreaming* a las legislaciones nacionales, por sus importantes repercusiones sociales, jurídicas y políticas en la ciudadanía. Sin duda, el principio de transversalidad de género parte del compromiso de la comunidad

³ El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 solicita al Parlamento español una mejora en la regulación del deber de formación de los órganos jurisdiccionales (no sólo de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino también de instancias superiores) en materia de género e insiste en la efectividad de que esa formación se lleve a cabo lo más urgentemente posible. Asimismo, solicita al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias en justicia, la interposición de medidas en aras a garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de la asistencia letrada a las víctimas de violencia de género; formación del personal que interviene en los juzgados, incluyendo sobre todo la Fiscalía. Con respecto a la Fiscalía General del Estado y a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, se les insta a la mejora de la formación, trato y protección hacia las víctimas de violencia de género (Circular 8/2005 de atención y protección a víctimas de delitos y la 3/2009). Idéntica recomendación se dirige a los Colegios de la abogacía y a las asociaciones de jueces y fiscales.

internacional para lograr la igualdad entre los géneros, así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. Sus precedentes internacionales inmediatos son de sobra conocidos: la Conferencia Mundial de las Mujeres en Nairobi en 1985, la propuesta de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de las Mujeres de Naciones Unidas en 1987, o a nivel europeo, el III Programa de Acción Comunitaria en materia de Igualdad de Oportunidades (1991-1995).

Pero sin duda, es la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, en 1995, la que renueva el compromiso con la igualdad y proclama la transversalidad y el triunfo de lo que podríamos calificar “Feminismo de Estado”. En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes adoptaron y se comprometieron “a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género” e invita a todos los gobiernos y a los demás agentes a “integrar la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) –como corriente principal- en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos”⁴, con el objetivo de analizar sus posibles consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones vinculantes. Posteriormente, este compromiso ha sido reconfirmado en numerosas ocasiones, persiguiendo y analizando los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción.

Ya no hablamos pues, de un principio de igualdad limitado, que parte de una visión sectorial del mismo, esto es, en relación a sí mismo, sino desde una visión más compleja y rica, desde una dimensión universal, que pone el principio en relación con el resto de las normas jurídicas. Para ser más exactos, a partir de ahora el Derecho no se sustentará en una Razón Universal (neutras respecto al sexo-género), sino que responde a una manifestación de Poder (patriarcal, según la lógica de la Teoría Crítica Feminista del Derecho). De este modo, no bastará con equiparar los derechos de mujeres y hombres, ni la solución a tanta desigualdad descansa en leyes de igualdad sectoriales, incapaces de desactivar el componente masculino del Derecho. Se pretende integrar la dimensión de la igualdad en la elaboración y en la aplicación de la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, es decir, apostar por el principio de transversalidad de la dimensión de género.

Europa no ha quedado al margen de este compromiso con la igualdad efectiva inter-géneros pasando a formar parte de una de las prioridades de su agenda política. No en vano, se trata de “un principio firme y creciente, en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el art. 3 del Tratado de Ámsterdam, que ha incluido, como de una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de Políticas Europeas, la promoción de la Igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como **objetivo de la Unión**, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (hasta el punto de condicionar) el conjunto de las Políticas Comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad”⁵.

⁴ La Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, 1996.

⁵ Vid. REY MARTÍNEZ, F., “Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 14, 2º semestre 2004, pp. 500-523.

De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones.

El artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam explicita claramente el objetivo de la Unión Europea: “En todas las actividades contempladas en el presente artículo, *la Comunidad se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”. El reciente Tratado de Lisboa se pronuncia en idénticos términos en su artículo 8: “En todas sus acciones, *la Unión se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”.

En este sentido, “la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó (en 1996) una Comunicación⁶ sobre la transversalidad *mainstreaming* –introduciéndola en el Tratado de Ámsterdam (1997)- como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*⁷ diseñada para proyectarse en el seno de la Comisión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias”⁸.

De este modo, y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, merece destacarse la aprobación de la Decisión del Consejo⁹ 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria (V Programa Marco) sobre la estrategia (COM 2000, 335 final) que debe seguirse en materia de igualdad de mujeres y hombres (2001-2005), sustentándose en los principios derivados de la transversalidad y en la Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010. Este Programa Marco, de enfoque dual, “es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres”, y destaca por conceder un especial protagonismo a la evaluación del impacto de género en todos los ámbitos de intervención (vida económica, social, política, vida civil, roles y estereotipos,...) que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres, “como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa”¹⁰. Ello explica el

⁶ Comunicación “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”, COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996.

⁷ Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género, de la Comisión Europea, 1998.

⁸ Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

⁹ No obstante, el principio de transversalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario se consolida en la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000).

¹⁰ Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombre y mujeres (2001-2005). El texto de la Decisión del Consejo se transcribe literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley

sentido de la transversalidad y exige que “en el diseño y aplicación de todas las políticas hay(a) que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres”¹¹.

Y esto es así, porque de sobra es conocido que el modelo de políticas públicas existente en el mundo, y por supuesto en Europa, no ha sido pensado con la idea de garantizar la equidad de género. Por el contrario, las mujeres acceden en menor medida que los varones a la educación. De hecho, más de dos tercios de las personas analfabetas del planeta son mujeres. Asimismo, las personas son titulares de importantes derechos sociales en función de su posición en el mercado de trabajo, y ello implica -en tanto que la vinculación de las mujeres es menor y sus condiciones de precariedad son mayores que la de los compañeros varones-, una penalización, o mejor dicho, una *discriminación* en el acceso a los derechos sociales derivados del empleo, como las pensiones de jubilación, entre otros.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antisubordiscriminación* que debe incorporar la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación- de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos-, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Sin duda, el artículo 2.k) de la Ley Integral¹², y con mayor amplitud, el artículo 15 de la Ley de Igualdad, han supuesto la consagración expresa del principio de transversalidad, con la asunción lógica de todas sus consecuencias: la universalidad de la Igualdad y la integración de la dimensión de género.

En cuanto a la primera, **la Universalidad** de la Igualdad, hablamos en una doble dimensión, a cual más importante. Por una parte, la universalidad subjetiva, se dirige y *afecta a todos los Poderes Públicos*. El arriba citado artículo 15 de la Ley de Igualdad establece la vinculación transversal de la igualdad “en la actuación de todos los Poderes Públicos” y esta universalidad subjetiva la ratificará su carácter de norma básica, tal y como se recoge en la Disposición adicional 1ª de la Ley.

Por otra parte, la universalidad objetiva, reatraviesa *a todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico*. La universalidad objetiva se contemplará, siguiendo la lectura del artículo 15 de la Ley de Igualdad, no sólo cuando alude a la “adopción y ejecución de sus disposiciones normativas”, sino a “la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y (al) desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. BOE nº 246, de 14 de octubre de 2003, pp. 36770-1.

¹¹ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres (2001-2005).

¹² Artículo 2.k) de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre *Principios rectores de la Ley*: “Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tenga en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género”.

En cuanto a la segunda, **la integración de la dimensión de género**¹³, en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, se modifica el apartado 2 de artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que “el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley (...) se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por (...) un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo”. En este mismo sentido, y en cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un párrafo 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, afirmando que “en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo”. Posteriormente, la Ley de Igualdad de 2007, en su artículo 19, ampliará tal exigencia a “los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros”.

Ahora bien, la transversalidad de género en su doble dimensión –subjetiva y objetiva-, sin duda, está más que presente en la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad: “De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto”. Asimismo, “la complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. (...) De este modo, la Ley nace con la **vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres**”. Y dicha vocación pasa por *integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*; a saber: el artículo 4 de la Ley de Igualdad eleva “la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Aquí se aplica la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4. del Código Civil, en tanto que no podemos olvidar la naturaleza compleja de la igualdad jurídica en España en tanto que derecho, principio y valor.

La consecuencia directa del artículo 4 de la Ley de Igualdad sobre la tarea de interpretación y aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa, sin duda, descansa en la asunción de la transversalidad como finalidad buscada, no sólo por una, sino por todas las normas del ordenamiento jurídico que, deben ser aplicadas, sin distinción alguna, con perspectiva de género. El impacto directo sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1. del Código Civil, repercute como si fuera un toque de billar preciso, meditado y certero. Los criterios “antecedentes...legislativos” (en caso de existir Informes de Evaluación de Impacto de Género); el teleológico (en tanto que el espíritu y la finalidad buscada es la Igualdad efectiva) y el sistemático (en tanto que reatraviesa todo el sistema jurídico), conducen irreductiblemente a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado de la igualdad de los sexos. O dicho de otro modo, “todas y cada una de las normas jurídicas –no sólo las tradicionales

¹³ Véase GIL RUIZ, J.M., *Las nuevas Técnicas Legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas- se convertirán –y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna- en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Y es que no en vano la universalidad objetiva es exigencia de transversalidad”¹⁴.

Ello significa un mandato directo, “un llamamiento a la efectividad de los valores y principios básicos del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico español”¹⁵ y una consigna legal clara dirigida, muy especialmente, a los órganos judiciales quienes deben someterse al Imperio de la Ley (artículo 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ), y especialmente a la Constitución, aplicando las leyes y reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los contrarios a ésta, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales (artículos 5, 6 y 7 de la LOPJ). La igualdad, como valor superior de ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución) posee esa triple función que no debe olvidarse: sirve de fundamento a las normas jurídicas, es una guía y orientación en la aplicación del ordenamiento jurídico, y un parámetro de valoración (o crítica) de lo que una norma no puede en ningún caso ser. De conformidad con esta dimensión del principio de igualdad, toda desigualdad en principio, deviene una violación del sistema de valores que defiende el proyecto de justicia recogido en la Ley de Leyes. Todo ello deberá ser tenido muy en cuenta, cuando analicemos la actuación del Poder Judicial en supuestos de violencia de género ya que la actividad judicial deberá, no sólo examinar lo asépticamente jurídico, sino el resultado de la aplicación sobre la realidad del género para erradicar los estereotipos que –estructuralmente- constriñen la libertad (sexual), la igualdad y la seguridad de las mujeres. Una aplicación “automática y aséptica” del Derecho sin la correcta y obligada transversalidad de género, supondrá otra forma de infligir violencia de género, esta vez de manos del Poder del Estado¹⁶. Se hace pues, precisa “una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional”¹⁷, en tanto que la Constitución, tal y como nos recuerda el TS¹⁸, se alza como norma directriz.

III. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE PAREJA Y LA AGRESIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La Violencia de Género y las víctimas que se cobra anualmente vienen ocupando últimamente un lugar central en el debate social y mediático, y han impulsado en España una avalancha de reformas legislativas para intentar erradicar esta lacra de devastadoras consecuencias personales y sociales.

Desde el año 1989, año en el que por primera vez se recoge el delito de malos tratos habituales en el antiguo Código Penal español, hasta nuestros días, esta lacra

¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F., “El principio de Igualdad entre Mujeres y Hombres en la legislación española”, 2011.

¹⁵ *Ibidem*, 2011, p. 26.

¹⁶ Reparemos que la Constitución sólo califica como Poder al Poder Judicial, en su Título VI, frente al Legislativo y al Ejecutivo.

¹⁷ MARTÍN MAZZUCCIONI, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en SÁNCHEZ TRIGUÉROS y SEMPERE NAVARRO (Ed.), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 94-95.

¹⁸ Ver STTS de 21 de diciembre de 2009, Sala de lo Social.

social ha sido “reformulada” jurídicamente hablando en numerosas ocasiones. La última respuesta legislativa ha sido la controvertida –pese a su aprobación unánime por todas las fuerzas políticas- Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004. Sin embargo, la visibilización de la violencia de género en el contexto familiar y su calificación como delito ha sido muy reciente (1989), constatándose el desinterés del legislador español por abordar episodios de violencia hacia los derechos humanos en el contexto familiar.

Bien es verdad que el antiguo Código Penal español contemplaba las lesiones con carácter general con independencia de los sujetos activos y pasivos, en los artículos 147 a 156 en caso de delito, y en el artículo 617 para el de falta. La determinación de uno u otro dependerá del resultado lesivo, esto es, de si se requiere para su curación más de una primera asistencia médica.

Sin embargo, la existencia de una serie de conductas violentas hacia la mujer era un hecho evidente. Una ojeada por el Código Penal nos revela que, aunque no haya en general distinción de sexo en ninguno de los tipos recogidos –a excepción de aquellos que sí pueden estar relacionadas con el sexo, como es el caso de suposición del parto, el delito de aborto-, existe una presencia -sociológica-mayoritaria de las mujeres como sujeto pasivo de determinados delitos. Entre ellos, merecen destacarse los referidos a agresiones sexuales o a violencias habituales sobre el que sea o haya sido cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad. Por el contrario, no hemos encontrado ningún tipo penal cuya víctima sea el hombre como consecuencia del papel que ocupa en la sociedad.

Fue precisamente la alarma social surgida ante los cuantiosos episodios de agresiones dentro del hogar lo que motivó una reacción institucional a nivel internacional, nacional, autonómico y local. De hecho, y en lo que al ámbito internacional¹⁹ se refiere, desde la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 hasta la revisión realizada en Nueva York en el 2000 de la Plataforma de Beijing de 1995, la ONU ha emprendido importantes campañas de concienciación para erradicar el terrorismo doméstico. Las Conferencias mundiales sobre la mujer de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995), la Declaración de la Asamblea General y la Conferencia mundial sobre los derechos humanos de 1993, la Resolución de la Asamblea General de 1998 respecto de la prevención de la violencia sobre las mujeres y el Protocolo facultativo a la Convención de 1979 adoptado por la Asamblea General en 1999 son un buen ejemplo de ello.

De hecho, en nuestro país, no será sino hasta 1984 cuando se hagan públicas por vez primera las cifras de denuncias por malos tratos en las comisarías de Policía²⁰. Lo alarmante de la situación motivó una reacción institucional no sólo a nivel nacional,

¹⁹ Para una información más completa al respecto, véase FREIXES SANJUÁN, T., “Las normas de prevención de la violencia de género. Reflexiones en torno al marco internacional y europeo”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, Instituto Andaluz de la Mujer, nº 6, 2001, pp. 4-20.

²⁰ En 1984, fueron 16.070 las denuncias por malos tratos recogidas en las comisarías de policía. Según el propio Ministerio del Interior, cada año se presentan en nuestro país una media de 18.000 a 20.000 denuncias por malos tratos físicos y, o psíquicos a mujeres. Esta cifra representa menos del 10% del total de los casos de malos tratos a mujeres que se producen anualmente en España. Según esta última consideración, se estima una cifra negra de 200.000 agresiones silenciadas.

sino también autonómico y local. Dentro de la Comisión de Derechos Humanos en el Senado, se dedicará una Ponencia especial de investigación a la problemática de los malos tratos en España, y que pretende "con presupuestos concretos, (...) erradicar progresiva y definitivamente esta lacra social que es la violencia doméstica, y así paliar sus graves consecuencias tanto en el plano individual, como familiar y social"²¹. Los resultados de esta Comisión no se hicieron esperar. La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, introducirá el artículo 425 en el Código Penal vigente a la sazón, tipificando por primera vez el delito de malos tratos vertidos en el seno de la unidad familiar. Posteriormente, el Código Penal de 1995 lo recogerá en su artículo 153 aunque su contenido sería también modificado por ley orgánica en 1999 y en el 2003. Actualmente, tras estas numerosas y atropelladas reformas²², el nuevo Código Penal lo recoge en su artículo 173.

Sin embargo, el Código Penal volvió a modificarse no sin haberse librado previamente una batalla discursiva durante su trámite parlamentario. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género modificó, entre otros preceptos, el artículo 153, dejando intacto el artículo 173, creando tipos penales específicos agravados y centrandose especialmente su atención cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Pero, pese a las distintas reformas, algunas de las exigencias típicas de estos preceptos siguen planteando importantes dudas interpretativas que requieren de una reflexión crítica. Si es cierto que la reivindicación primigenia de arribar a la igualdad ha supuesto la reformulación y la promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto del género, sin embargo, esta política de exigir un trato igual provoca ciertas dudas, ya sugeridas por la Feminist Jurisprudence. Decir que a la mujer se le tratará como al hombre no supone evidentemente que se le trate igual; acogerse a la neutralidad de la ley eclipsa la auténtica interpretación masculina que rige en ella.

De este modo, el Derecho se percibe como algo construido histórica y concretamente sobre las experiencias, las opiniones y los intereses de los varones. No es masculino por estructura o vocación, sino por elaboración histórica de varones para varones, lo que no significa que las mujeres no aparezcan. Como nos recuerda Pitch "el Derecho se concibe de dos modos, según un modelo masculino y uno femenino, este último originado por las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres o de cómo deberían ser"²³.

²¹ Véase el Informe de la Ponencia creada en el seno de la Comisión de relaciones con el Defensor del Pueblo y de los derechos humanos encargada del estudio de la problemática de la mujer maltratada, basado básicamente en datos estadísticos aportados por el Ministerio del Interior.

²² Si originariamente el delito de "violencia doméstica" se ubicaba en el artículo 153 CP, aunque con reformas de su contenido por parte de la Ley Orgánica 14/1999 de 9 de junio (BOE nº 13, de 10 de junio), cuatro años después, vuelve a modificarse el Código Penal mediante Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, alterando el contenido de los artículos 153 y 173 que posteriormente pasaremos a tratar. La recién aprobada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004, ha vuelto a modificar el Código Penal agravando las penas, así como ha activado nuevas medidas en ámbitos que tienen que ver con la violencia de género tales como la prevención, protección, atención sanitaria, social y laboral, y por supuesto, la coordinación judicial.

²³ Vid. PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 262.

La Feminist Jurisprudence propone dos opciones para combatir la desigualdad estructural que desembocan en la reivindicación de la diferencia, combatiendo la falsa idea de igualdad, y la subordinación asociada a la diferencia. Pero, retomemos a MacKinnon:

*"Hay dos opciones. La primera la llamo el standard masculino: Las mujeres pueden ser iguales a los hombres. En derecho se llama neutralidad. La otra opción la llamo el standard femenino: Puedes ser diferente de los hombres. En derecho se llama protección especial. De cualquiera de las formas son los hombres los que articulan el standard bajo el cual se mide. Puedes ser lo mismo que un hombre, y entonces serás igual, o puedes ser distinta de los hombres, y entonces será mujer"*²⁴.

Toda esta reflexión nos obliga a reparar en los tres períodos señalados por Carol Smart en *La mujer del discurso jurídico*, en torno a la crítica feminista al Derecho. El primero de ellos se sitúa en la afirmación de que "el Derecho es sexista"; el segundo con la frase "el Derecho es masculino", y finalmente, en un tercer estadio se argumenta que el "Derecho tiene género". Si el primero de ellos obligaba a revisar todos los preceptos de Derecho Penal bajo la lupa del principio de igualdad de trato, plasmándose *de factum* no sólo en exigencias de criminalización, sino también en demandas de despenalización; el segundo –el Derecho es masculino- aludía a la constatación de que estas leyes formuladas de forma neutral, sin embargo, se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres.

"Por esta razón, -continúa Smart- comparado con el enfoque anterior, "el Derecho es sexista", este análisis sugiere que cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y éstos son masculinos. Por ello, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad resulta, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos"²⁵.

Sin embargo, no pensemos que esta parcialidad real del Derecho -que no formal- se debe a una aplicación errónea de la ley en lo que al juez e intérprete se refiere; esto es, al supuesto talante machista de éste. Lo que pretendemos demostrar va aún más lejos: la aplicación objetiva del Derecho tiende a reproducir la versión social dominante; y esto es así, aplique el Derecho un hombre o una mujer²⁶. La aplicación dogmática de la ley, y el cumplimiento estricto de todos los requisitos admitidos por la Doctrina, puede llevar a una desprotección legal y real de determinados colectivos, y todo ello - y paradójicamente- por mor del supuesto principio igualitario.

Pero, a diferencia de estas dos etapas en la crítica feminista al Derecho, las aportaciones que revisan la idea de que el "Derecho tiene género" nos ha llevado a preguntarnos más que el modo con que el Derecho supera el género, cómo funciona

24 Palabras de MacKinnon citadas por EISENSTEIN, A., *The female body and the law*, Berkeley, University of California Press, 1988.

25 SMART, C., "La mujer del discurso jurídico", *opus cit.*, p. 173.

26 Al respecto, tengamos en cuenta la polémica sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 31 de enero de 1997, siendo ponente del Tribunal, la Ilma. Sra. Magistrada D^a Ana Ingelmo Fernández, y en la que se estima que una violación practicada dentro del matrimonio genera menos ansiedad, temor y daño psicológico que la agresión sexual perpetrada por un extraño, que no marido. Obsérvese la actualidad del "débito conyugal", débito que parece seguir arraigado en el interior del inconsciente colectivo. Este aspecto será tratado con mayor detenimiento a lo largo de nuestra exposición

el género dentro del Derecho y cómo el Derecho funciona para crear género. "Además, el Derecho es redefinido no como el sistema que puede imponer la neutralidad del género, sino que se define como uno de los sistemas (discursos) que produce no solamente las diferencias de género sino formas específicas de diferencias polarizadas. El Derecho se ve como creando ambos sujetos con género y también (más discutible) subjetividades o identidades a las cuales el individuo deviene atado o asociado"²⁷.

Quizás, todo este triple proceso, que sin duda puede calificarse de complejo, pueda verse con mayor nitidez en el ámbito de la domesticidad, ámbito invisible, privado e íntimo, que ha venido manteniendo su propia legislación despótica, y su jurisdicción extra-jurídica. Constatamos con facilidad la primera de las etapas señaladas, "**el derecho es sexista**", y la consecuente reacción de despenalización y criminalización de conductas. La abolición del delito de adulterio y la incorporación del delito de malos tratos da buena cuenta de ello. A continuación, detectaremos la segunda de las etapas reseñadas, "**el derecho es masculino**". La reticencia a observar la agravante de alevosía en los casos de muerte de la víctima, o el conflicto tradicional entre los conocimientos especiales de la víctima y la presunción de inocencia mostrará la parcialidad de un Derecho que se presenta como universal. Por último, el análisis de criterios como el de "habitualidad" exigido por el legislador penal, tanto en su Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992, como en su redacción actual, así como la exigencia de constancia comprobada de *animus* de dominación del agresor por parte de una incipiente línea jurisprudencial nos permitirá descubrir la tercera fase, que el "**derecho tiene género**", un género que se perpetúa a través de categorías dogmáticas. Ídem se ha detectado²⁸ al observar la tendencia a aplicar atenuantes y eximentes completas e incompletas que justifican de algún modo la violencia, tales como la celotipia, la embriaguez, el trastorno mental transitorio o el desamor o por el contrario, el recelo en reconocer la eximente de legítima defensa en caso de que la agredida se defiende o la tendencia a aplicarle, en su caso, una atenuante por trastorno mental transitorio.

En este sentido, nuestro análisis se centrará en estas dos últimas fases e intentará mostrar el talante masculino de la Ciencia jurídica, y cómo funciona el género dentro del Derecho, incluso generándolo. La reacción bidireccional de la Ciencia jurídica ante el agresor, por un lado, y ante la agredida, -en caso de que ésta se defiende-, dando muerte a su maltratador, también es una buena prueba -aun cuando no podamos desarrollarlo²⁹- de cómo "el Derecho tiene género", un Derecho que se perpetúa a través de categorías dogmáticas

Entendemos por último, tal y como ha sido señalado por colectivos expertos³⁰, que lo único que cambiaría la respuesta del Derecho a la violencia de género, por encima de modificaciones legislativas, es un verdadero cambio de actitud de los operadores jurídicos, -apartándose de la idea de encontrarse ante un problema

27 SMART, C., "La mujer del discurso jurídico", *opus cit.*, p. 177.

28 Al respecto, véase GIL RUIZ, J.M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2007.

29 No obstante, podrá encontrarse cumplida información en la obra anteriormente citada: GIL RUIZ, J.M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, *opus cit.*

30 ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS, *Respuesta penal a la violencia familiar*, Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1999, p. 96.

privado y cuya resolución sólo incumbe a los propios afectados, y considerándolo en cambio como un problema público de devastadoras consecuencias sociales- que exige, para su erradicación, el compromiso, la formación y la consecuente incorporación de la perspectiva de género³¹ en la práctica judicial.

IV. EL DERECHO ES MASCULINO Y SINGULAR.

1. La agravante de alevosía en supuestos de violencia de género.

La alevosía se define como la actitud traicionera o cobarde por parte del agresor, quien ataca a la víctima bien utilizando medios, modos o formas para asegurar el resultado de lesionar o matar, o bien elimina una posible defensa por parte de la víctima. En este sentido, la doctrina jurisprudencial ha distinguido tres modalidades de alevosía: la proditoria³², que incluye a la traición; la súbita o inopinada³³; y por último, otras formas consistentes en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento³⁴. Los criterios utilizados por los Tribunales para apreciar esta agravante no resultan ser uniformes,³⁵ pero lo realmente preocupante reside en la importante tendencia de los Tribunales a no apreciar la alevosía en caso de existencia de malos tratos anteriores por entender que la agredida quizás esté indefensa pero no desprevenida. Como muy bien señala Larrauri "la parcialidad de la formulación respecto del género puede verse adicionalmente en el hecho de que se considera que la mujer quizás sí está indefensa pero no a consecuencia de estar desprevenida (pues ha sido víctima de repentinos ataques), con lo cual su muerte no puede ser calificada de Heimtücke"³⁶, esto es de muerte con la agravante de alevosía.

Un ejemplo de lo anteriormente afirmado lo hallamos en la STTS de 25 de julio de 2000 donde el Alto Tribunal estima parcialmente el recurso planteado por el

³¹ El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 pone el acento en la falta de cumplimiento del deber de formación en género de la judicatura, abogacía –en especial, de la asistencia letrada gratuita- y la fiscalía, añadiendo la propia predisposición de los operadores del Derecho que con prejuicios morales, infunden sospechas relacionadas con la falsedad de la denuncia e incluso, en los casos de mujeres extranjeras en situación irregular, la probable instrumentalización de la denuncia para obtener la autorización de residencia.

³² Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1992, RJ 1992/10465.

³³ Véanse las Sentencias del TS de 22 de febrero de 1991, RJ 1991/1349; de 14 de junio de 1991, RJ 1991/4718; de 18 de octubre de 1991, RJ 1991/7311; de 20 de abril de 1992, RJ 1992/3165; de 8 de marzo de 1993, RJ 1993/1992; y la de 9 de marzo de 1993, RJ 1993/2163, entre otras.

³⁴ Véanse las Sentencias del TS de 28 de mayo de 1992, RJ 1992/4396; de 4 de junio de 1992, RJ 1992/5444; la de 7 de mayo de 1993, RJ 1993/3860; y la de 3 de octubre de 1994, RJ 1994/7604, entre otras.

³⁵ La STTS de 9 de octubre de 2000 es un buen ejemplo jurisprudencial donde se aprecia la agravante de alevosía. Dice así su FJ 2º "Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva y también de la correspondiente al desvalimiento, ya que el hecho de clavar el cuchillo por la espalda, mientras la víctima se encuentra desprevenida, es incuestionablemente objeto de tal calificación jurídica que, en el caso, cualifica los hechos de asesinato". Con respecto a la jurisprudencia menor, destaquemos la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Algeciras (Cádiz), siendo ponente el Sr. Pérez Pérez, en que se condena al agresor a un delito de lesiones con la agravante de alevosía –agresión cometida con un cuchillo de cocina y por la espalda- por entender: "En suma, teniendo en cuenta estos criterios, resulta incardinable la acción del acusado en la agravante de alevosía, en la segunda de las modalidades analizadas por la STS. de 24-1-92, la súbita o inopinada, al haberse efectuado el ataque por sorpresa y por la espalda, evitando así toda posible defensa de la agredida. Ello determina la aplicación de la agravante y de la consiguiente regla penológica del art. 66.3º del Código". De cualquier modo, no entendemos por qué no se condenó al agresor a un delito de asesinato frustrado.

³⁶ LARRAURI, E., "Violencia doméstica y legítima defensa -un caso de aplicación masculina del Derecho-, en LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, E.U.B., Barcelona, 1995, p. 17.

acusado y le condena como autor de un delito de homicidio –que no de asesinato- con las agravantes de parentesco y abuso de superioridad, por entender que no hay elementos suficientes para apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía. Los argumentos esgrimidos, varios: defectos procedimentales ³⁷ y evidencia de no encontrarnos “ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo”. Merece la pena la transcripción de parte de la sentencia citada:

“Se dice, como antecedentes del desenlace mortal, que el acusado había tenido previamente varias discusiones violentas con su esposa, maltratándola incluso en pena calle. Es cierto que el día de los hechos esperó a que su esposa quedase sola en casa de sus padres, pero también se dice, a continuación, que consiguió que le abriese nuevamente la puerta iniciándose una previa y breve discusión. Este suceso debió advertir a la víctima sobre las intenciones agresivas de su irascible marido. A continuación se nos dice, de forma inconexa que sorprendió a la víctima, para afirmar después que le empujó por el pasillo hasta caerse ambos, continuando hasta el cuarto de baño a donde la siguió asestándole varias puñaladas en espalda, cara y ambas extremidades.

El relato fáctico, es como ya se ha dicho impreciso e incluso contradictorio, por lo que no encontramos base para apreciar una agresión súbita o traicionera.

6. *Es evidente que **no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida** y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. **Existen antecedentes fácticos que nos demuestran que el comportamiento violento era casi una constante** en los últimos encuentros. Si nos atenemos a los **esquemas clásicos** que configuran la alevosía por la concurrencia de la traición, el aseguramiento o la cobardía, tenemos que llegar a la conclusión de que, en los supuestos fácticos que nos relata la sentencia recurrida no están nítidamente perfilados ninguno de estos elementos componentes*³⁸.

Asimismo se puede apreciar el modo en que actúa el “currículum vitae de agresiones” o historial de malos tratos del acusado beneficiando al recurrente y perjudicando a la víctima. De este modo, el argumento del TS continúa: “Tampoco es posible construirla, sobre la base de la existencia de una relación de confianza entre agresor y víctima de tal manera que ésta no hubiera podido intuir un comportamiento agresivo de su marido, ya que, como se ha dicho, concurren circunstancias suficientes para descartar esta posibilidad, al constar que **últimamente el acusado observaba una actitud agresiva cada vez que se encontraba con su esposa**”³⁹.

³⁷ El TS, en esta ocasión, se acoge a argumentos excesivamente formalistas y procedimentalistas – errores e imprecisiones en el acta del jurado; no estimación del Juez instructor de la devolución de este acta al jurado para su corrección...- creando –entiendo- una enorme situación de indefensión, impotencia e injusticia alrededor de la figura de la víctima (ver STTS de 25 de julio de 2000, FD 2º. 1. 2. 3. y 4.). En este sentido, y por entender que existen contradicciones entre los hechos probados, el veredicto y la fundamentación del fallo, se rebaja el delito de asesinato al de homicidio.

³⁸ Sentencia del TS de 25 de julio de 2000, siendo Magistrado Ponente, el Ilmo. Sr. Martín Pallín. Fundamentos Jurídicos nº 5 y 6.

³⁹ *Ibidem*, Fundamento Jurídico nº 6.

Idem sucede en la Jurisprudencia menor. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª) en Sentencia nº 47/2011, de 21 de noviembre (ARP 2011/1371) afirma dicha tesis, al unísono –sorprendentemente- con lo también defendido por el Ministerio Fiscal que:

“la Sala encuentra serias dificultades para apreciar en el presente caso tal circunstancia cualificatoria del asesinato, pues **la víctima estaba ya prevenida** sobre un posible ataque por parte de su pareja, ya que según ella misma ha reconocido, **vio el cuchillo debajo de la cama**, el mango del mismo, oculta la hoja con una camisa, por lo que la acción del sujeto pasivo no fue del todo sorpresiva, ni se eliminó totalmente la posibilidad de defensa de la víctima. En este sentido se posiciona el Ministerio Fiscal, cuya tesis se comparte por el Tribunal. Es decir, el ataque, por muy virulento que haya sido, no puede calificarse como alevoso por cuanto **el sujeto pasivo no estaba inadvertido del peligro, pues al descubrir el cuchillo debajo de la cama pudo prever racionalmente un posible ataque de su pareja, al que previamente había visto “raro”, le había dado un beso “frío” (según se expresó la víctima en el acto del juicio). Por tanto, el ataque pudo ser inopinado pero no imprevisto**. Paralelamente a ello, el procesado no realizó ningún acto tendente a eliminar la defensa de la víctima o el aseguramiento del hecho. Simplemente acometió de forma violenta y desordenada, pero ello no caracteriza el ataque alevoso”

Como podemos observar, la tónica jurisprudencial no ha cambiado en absoluto tras la aprobación y puesta en marcha de la Ley Integral, pese a que forma parte del moderno Derecho Antidiscriminatorio, en la forma y manera explicada epígrafes atrás. No en vano, no hallamos diferencias con pronunciamientos judiciales de hace treinta años.

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992 que no aplica la agravante de alevosía pese a que el agresor mata a su esposa golpeándola por la espalda con un martillo de forma sorpresiva mientras ve la televisión, es un buen ejemplo de ello. Merece la pena leer parte de la enrevesada argumentación del Tribunal que llegó incluso a ir en contra de lo declarado por el imputado en su primera declaración:

“(…) no concurre esta circunstancia porque, si bien la ausencia de signos de defensa en el cuerpo de la víctima, y de desorden en la habitación, unidos a lo señalado por el propio procesado en su declaración ante el juzgado, donde dice, “Ella estaba viendo la televisión y no le vio cuando él entraba en el salón, no se pudo defender…”, podrían hacer pensar que el ataque que se produjo de forma súbita por la espalda, un estudio pormenorizado de los distintos datos que existen, llevan cuando menos a la duda sobre que la agresión se produjera en la forma anteriormente descrita, porque la ausencia de signos de defensa no bastan por sí solos para justificar esta circunstancia y la manifestación del imputado constituye una apreciación subjetiva y personal, que en modo alguno puede ser aceptada, al corresponder exclusivamente a los órganos judiciales esta valoración en atención a las circunstancias de cada caso, y en especial en el presente, por la situación que ocupaba la víctima al ser agredida, que era la de sentada en el borde del ángulo que formaba el sofá, compuesto por diversas piezas y colocado en forma de L, según se desprende sin ningún género de duda del lugar donde quedaron manchas de sangre, y no en el extremo más próximo a la puerta por la que accede su marido, con las piernas extendidas sobre la sección más corta del

sofá, posición en la que se hallaba cuando sus hijos se marcharon del domicilio, y viendo la televisión, que estaba emplazada en el centro del mueble ubicado enfrente de la sección más larga del sofá, es decir, **que miraba al frente con una ligerísima inclinación al lado izquierdo, como se deduce de las fotografías de la habitación (folios 31 y siguientes), con lo que su ángulo de visión hacia la derecha, dado al que se encontraba la puerta era bastante amplio, quedando en el mejor de los casos una pequeñísima zona muerta**, desde la cual difícilmente podría ser golpeada por el acusado, quien casi tendría que haberse echado sobre el sofá para alcanzarla o cuando menos, apoyarse en él inclinándose sobre el mismo, lo que hubiera provocado el desplazamiento del módulo, que se hallaba perfectamente colocado cuando A. encontró a su madre, por lo que es más lógico pensar que bien el ataque se produjo de frente, como indica el procesado en el juicio, o al menos desde la derecha, y no por detrás, **lo que permitía la posibilidad de defensa de la víctima**, la cual no se encontraba mermada por la ingesta previa de bebidas alcohólicas, como se desprende del hallazgo de 1.5 gramos de alcohol por cada 1.000 cm³, de sangre, análisis efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología (folio 97), según indican los peritos médicos en el acto del juicio, máxime si se tiene en cuenta la inmediatez de la agresión con la fuerte discusión verbal precedente, y que en casos anteriores había degenerado en agresiones físicas”.

La dinámica jurisprudencial, como veremos, no parece haber cambiado sustancialmente en los últimos años, pese a tanto esfuerzo legislativo pro-igualdad. En esta misma línea se pronuncia la Sentencia nº 590/2005, del 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Girona, ARP 2006/56, donde el Tribunal realiza una prognosis de lo que, según entiende, podría haber pasado en el acontecimiento del ilícito, lo que le lleva incluso a interpretar en sentido negativo las pruebas periciales vertidas en el juicio, desdiciendo incluso lo testificado por el agresor.

“El día 4-5-03, sobre las 23 horas y 30 minutos, en el domicilio sito en la calle (...), el acusado Miguel Ángel con la intención de causar la muerte a Eva, le asestó diversas puñaladas en varias zonas de su cuerpo con un cuchillo, lo que efectivamente produjo la muerte de ésta (...). **Para conseguir su propósito el acusado Miguel Ángel se aprovechó deliberadamente de la ventaja que le proporcionaba tener en su poder un cuchillo, debilitando así las posibilidades de defensa de Eva.** (...) Efectivamente, el hecho principal objeto de la acusación en este procedimiento, la muerte de una persona a manos de otra, no ha presentado especiales dificultades probatorias dado que ha sido **el propio acusado quien, con importantes matices relativos a las circunstancias concretas del hecho, ha reconocido tanto la causación de la muerte de Eva como su participación en el hecho.** Por un lado, la etiología violenta de la muerte es evidente, La fallecida presentaba numerosas cuchilladas profundas en diversas partes de su cuerpo, siendo las principales las propinadas en el tórax y en el abdomen, de suerte tal una de ellas llegó a traspasar un sector pulmonar insertándose en el corazón y otra penetró por la zona mamaria izquierda insertándose hasta por dos veces también en el corazón. (...)

Sin embargo, no podemos detenernos aquí dado que la calificación más grave de las acusaciones pretendía que el hecho no era constitutivo de un simple homicidio sino que entendían que se trataba de un delito de asesinato al concurrir la alevosía,

circunstancia agravante genérica que en este concreto caso transforma el delito de homicidio en delito de asesinato. El Tribunal del Jurado ha considerado que tal alevosía, que las partes fundamentaban en la existencia de un ataque repentino e inesperado, ejercido con gran violencia, con la fallecida tumbada en la cama, no ha quedado acreditada. En efecto, *los hechos acaecidos no han podido ser revisados en su configuración esencial sino a través de la declaración del acusado, dado que, por un lado no existían testigos presenciales de los hechos y, por otro, no se identificaban datos objetivos de gran relevancia que apoyasen las tesis acusadoras. (...) Así las cosas, en el presente supuesto, no queda en absoluto acreditado que el ataque homicida se produjera mientras la fallecida se encontraba descansando en la cama desprevenida, pues dicha tesis parte del hecho de que grandes manchas de sangre fueron halladas en el colchón que el acusado intentó hacer desaparecer, pues tales signos, no indican sino que en aquel lugar hubo un importante desprendimiento de sangre, pero el mismo pudo ser perfectamente posterior al inicio del ataque, es decir, por ejemplo, porque Eva, tras las puñaladas, cayera allí desvanecida o muerta ya. De igual manera tampoco se deduce la situación en la cama porque existan gotas de sangre en ambos lados de la cama, pues tales salpicaduras pudieron perfectamente producirse al sacar con violencia, manchado y goteando, el cuchillo que introdujo en varias ocasiones. Otro dato trascendental es la presencia en los manos y brazo de la fallecida de signos de defensa, es decir, que trató de interponer esas partes de su cuerpo en la trayectoria del cuchillo, lo que implica la existencia de una cierta prevención, que, fatalmente, no pudo evitar su muerte.* En definitiva, así como el Tribunal del Jurado ha considerado que la declaración del acusado no es completamente veraz, pues muchas de sus afirmaciones y de sus olvidos no obedecen sino a deseos exculpatorios, de ese silencio no puede deducirse necesariamente la tesis contraria por las acusaciones”.

La conclusión de dichas argumentaciones, como veremos, implica hacer recaer sobre la propia víctima la obligación de permanecer alerta en todo momento para evitar cualquier resultado luctuoso y además, responsabilizarla de su acaecimiento. Sorprende el resto de la argumentación judicial en torno a

“las dos hipótesis igual de lógicas –al decir del Tribunal- posibles y probables, pero con resultados opuestos en cuanto a la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía”. (...) En el primero de los supuestos, más probable que el segundo, pues resulta más lógico que cuando se produce las heridas contusas en la cabeza y cara, el acusado todavía no tuviera el cuchillo, pues de lo contrario, ya lo habría utilizado, acuchillando a la víctima y no golpeándola en la cabeza, aparece con claridad que no hubo ninguna de las modalidades de alevosía, pues ni hubo traición, ni ataque súbito e inesperado, ni desvalimiento de la víctima, pues en relación a las agresiones que le producen las heridas en la cabeza no se produce de forma súbita e inesperada, ni a traición, sino con enfrentamiento entre víctima y agresor, aunque existiera superioridad física del agresor. Y, por lo que se refiere a los actos agresivos con el cuchillo, al haber transcurrido un tiempo, muy probablemente escaso, entre el momento en que se producen los golpes en la cabeza, estando en el pasillo, y cuando el agresor regresa de la cocina con el cuchillo, la víctima tuvo un margen de tiempo para refugiarse en el cuarto de baño o en el dormitorio o, incluso, para huir hacia la puerta de acceso a la

vivienda, pero también proveerse de algún objeto para defenderse en caso de que el agresor regresara (...).”

La decisión última del Tribunal hacia esta segunda opción no requiere mayor comentario. Baste su lectura para entender que la ciencia jurídica, sin revisión ni contraste con la perspectiva de género, ejerce un plus de violencia en las mujeres agredidas, demandado en éstas comportamientos heroicos sin precedentes. Concluye el Tribunal:

“En definitiva, con esta hipótesis, que consideramos la más probable de acuerdo con el informe de los médicos forenses, ni se eliminó totalmente la defensa de la víctima, ni hubo aprovechamiento de la situación de indefensión, pues tuvo la posibilidad de defenderse, bien refugiándose tras la puerta de alguna de las habitaciones, bien escapando hacia la puerta de salida de la vivienda, y también cuando ya no podía escapar, se defendió con las manos intentando apartar el cuchillo cuando el acusado le lanzaba las cuchilladas y llegando a agarrar con la mano la hoja del cuchillo” (Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), nº 1/2010, de 15 de abril. ARP. 2010/636).

En esta misma línea se pronuncia la jurisprudencia de estos últimos años, no habiéndose modificado la dinámica anteriormente señalada, pese a los avances legislativos al respecto. En este sentido, cronológicamente *in crescendo*, veáanse ST Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992; STTS de 25 de julio de 2000; ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1ª) nº 458/2005, de 17 de Octubre, JUR 2005/257752, ST de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3ª) nº 590/2005, de 10 de junio, ARP 2006/56; ST de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1ª), nº 10/2010, de 15 de abril, ARP 2010/636; ST de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1ª), nº 47/2011, de 21 de noviembre, (ARP 2011/1371) así como la sentencia nº 474/2011, de 23 de mayo, RJ 2011/5736.

2. Los conocimientos especiales de la víctima versus el principio de presunción de inocencia del agresor.

Otro aspecto reseñable reside en el conflicto que tradicionalmente se produce entre la supuesta violación del principio de presunción de inocencia⁴⁰ –principio

⁴⁰ No obstante, llama la atención la alegación de vulneración del principio de presunción de inocencia en supuestos como los acaecidos en el día de autos de la STTS de 9 de octubre de 2000, en que la defensa argumenta que “no se tiene certeza que el acusado hubiera podido actuar con alevosía, además de no haberse acreditado el aseguramiento del golpe y las contradicciones anteriormente relatadas”. Al respecto, el Ministerio Fiscal expone que “los hechos están acreditados por la admisión del acusado, que declaró haber apuñalado a su esposa por la espalda, aún cuando en el plenario rectifique y manifieste no recordar la agresión; contamos también con el testimonio de sus hijos y los informes periciales médicos, junto al acta de inspección ocular”. Los hechos probados recogidos en la Sentencia no requieren mayor comentario: “el acusado, como consecuencia de un episodio de discusiones con su esposa, que determinaron que abandonase su domicilio conyugal, volvió a él, en la tarde del día 15 de noviembre de 1997, franqueándole la puerta un hijo suyo, quedándose en la vivienda, una vez que su hijo se marchó. Poco más tarde, llega su hija Raquel, y tras discutir con ella, la golpea en la cara, por lo que se refugia en la habitación; en estas circunstancias, Raquel escuchó como su padre rebuscaba algo en una caja de herramientas y después en la cocina, más concretamente en el cajón donde se encontraban las cuberterías. Poco después, entró en el domicilio antes dicho su esposa, Ana María, que residía

tradicionalmente alegado por la defensa del agresor-, la sola denuncia explicitada por la agredida denunciando la situación de violencia física y psíquica a la que se encuentra sometida y el dato criminológico de los expertos y expertas médicas que viene a corroborar que el maltratador dirige los golpes hacia cabeza (rotura de tímpano), espalda y pecho⁴¹, con el fin de que el pelo y la ropa cubra las lesiones acaecidas en estas zonas. Las consecuencias psíquicas aún son más difíciles de percibir. Las deficiencias en la investigación de oficio, según el último Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012, se incrementan cuando la violencia no es física, ni reciente, ni documentada con un parte de lesiones (violencia sin marcas), lo que queda en impunidad absoluta pese al enorme impacto en la integridad psicológica de las mujeres. Si a ello le sumamos el dato de que las mujeres maltratadas –reacias a dirigirse al profesional médico-sanitario y a presentar denuncias por miedo, vergüenza o resignación- cada vez que acuden a éste lo hacen progresivamente con episodios más graves de violencia, habrá que plantearse de manera crítica si la respuesta jurídica previene y protege a las víctimas de agresiones futuras o si por el contrario, el exceso de formalismo y de requisitos casuístico-matemáticos abandonan a mujeres y menores a la suerte de agresor.

En este sentido, estamos de acuerdo con la STTS de 24 de junio de 2000⁴² en su FJ nº 2 cuando nos recuerda que “Existe al respecto una consolidada doctrina de esta Sala –SSTS de 26 de mayo de 1993, 1 de junio de 1994, 14 de julio de 1995, 17 de abril, 13 de mayo de 1996, nº 111/99 de 30 de enero, nº 486/99 de 26 de marzo y nº 711/99 de 9 de julio, entre otras- según la cual, la declaración de la víctima es, por sí sola, capaz de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia siempre que en dicha declaración no aparezcan sospechas de parcialidad o intereses ajenos a la mera expresión de la verdad de lo ocurrido, y en tal sentido como aspectos –que no requisitos- a tener en cuenta para contrastar la veracidad de tal declaración se ha referido esta Sala a la ausencia de incredulidad absoluta, a la verosimilitud del relato y a la persistencia de la imputación. Como ya recordaba la sentencia de esta Sala de 24 de noviembre de 1987, nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad entre la víctima y el inculpado. En otro caso, se provocaría la más absoluta de las impunidades”. En esta línea también

temporalmente en una casa de acogida para mujeres maltratadas, aunque frecuentaba el piso para proveer al cuidado de sus dos hijos, y tras discutir con el acusado, éste la llamó para que acudiese a la habitación matrimonial, que se encontraba enfrente de la ocupada por Raquel, escuchando ésta instantes después la voz de su madre que decía “Raquel que me mata”, saliendo de su habitación justo en el momento en que su padre salía de la habitación conyugal, y después su madre, con un cuchillo de unos veinte por tres centímetros de hoja clavado en la espalda voluntariamente por aquél con ánimo de causarle la muerte, diciendo la madre “quítamelo..... quítamelo...”, lo que así hizo, desplomándose la madre en el suelo y saliendo la hija al rellano en petición de auxilio.

⁴¹ El estudio realizado por Muellerman en 1996 sobre nueve mil mujeres que acudieron al Servicio de Urgencias de diez hospitales demostró que las mujeres maltratadas suelen presentar las lesiones en la cabeza y en el tronco, frente a las mujeres que acudieron a urgencias sin haber sufrido agresión por parte de sus parejas, cuyas lesiones se focalizaban en la columna vertebral y extremidades inferiores. Asimismo, y según un estudio de STARK, E., FLITCRAFT, A. Y FRAZIER, W, *Medicine and patriarchal violence: The social construction of a “private” event*, International Journal of Health Service, 1979, 9, pp. 461-493, las mujeres maltratadas tenían una probabilidad 13 veces más alta de tener lesiones en pechos, tórax o abdomen que las víctimas de otros accidentes.

⁴² En esta línea, merecen la pena mencionarse algunos pronunciamientos de la “jurisprudencia menor”, a saber: Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 10 de enero de 2003; de Madrid de 28 de febrero de 2003; de Valladolid de 11 de marzo de 2003 y de la Audiencia Provincial de Alicante de 20 de marzo de 2003.

se pronuncia el Juzgado de lo Penal nº 1 de Cartagena en Sentencia 26/2013 de 18 de febrero, al recordar que la exigencia de verosimilitud “habrá de ponderarse adecuadamente en delitos que no dejan huellas o vestigios materiales de su perpetración (art. 330 LECrim); puesto que el hecho de que en ocasiones el dato corroborante no pueda ser contrastado no desvirtúa el testimonio si la imposibilidad de la comprobación se justifica en virtud de las circunstancias concurrentes en el hecho”.

El problema se plantea cuando las mujeres son especialmente visibilizadas, tienen que probar y comprobar su testimonio (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), en sentencia de 5 de noviembre de 2007) y se ven obligadas a impulsar el proceso a partir de evidencias (en tanto que no disponen de otros testimonios que lo corroboren) promoviendo actuaciones, a fin de que las investigaciones avancen y los procedimientos no sean sobreesidos por falta de pruebas. Si a ello le sumamos⁴³ la falta de diligencia en la investigación de oficio, la insuficiente y, en ocasiones, ineficaz labor de la Fiscalía y el rechazo de los jueces de los asuntos por insuficiencia probatoria, el resultado no puede ser menos halagüeño para las mujeres que al final se animan a denunciar. El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 apunta además a la predisposición de los operadores jurídicos en general, cargados de prejuicios sexistas, a las sospechas infundadas relacionadas con la falsedad de la denuncia e incluso, en los casos de mujeres extranjeras en situación irregular, la tendencia a valorar como más que posible la instrumentalización de la denuncia para obtener autorización de residencia y otros beneficios económicos y sociales.

Al presentarse el caso de esta manera, los tres parámetros o líneas de acción tomadas por los tribunales solo serán entendidos a efectos de admitir la prueba, debiendo pasar un segundo “filtro” en el que se valorará la calidad de dicha declaración con las demás pruebas aportadas al proceso. Como indica la STTS 230/2010, de 19 de marzo (RJ 2010, 1474) el contenido de una testifical que supere el triple filtro indicado (credibilidad, verosimilitud y persistencia), no debe ser tenido como válidamente inculpatario. Esta es la línea seguida por las sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 2ª) nº 113/2012, de 9 de febrero, ARP 2012/444 que afirma que “(a)dquiere pues similar importancia explicar por qué se cree a un testigo como dar cuenta del porqué no se cree al testigo que afirma hechos contrarios” o la ST de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) nº 860/ 2010, de 16 de noviembre (ARP 2011/1094, entre otras que además, basándose en anterior sentencia del TS de 19 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 9316) recoge un apunte, a mi parecer peligroso por prejuicioso y sexista; a saber:

“A nadie se le escapa, dice la STS 19.12.2003 (RJ 2003, 9316), que cuando se comete un delito en el que aparecen enemistados autor y víctima, en estas infracciones que ordinariamente se cometen en la clandestinidad, puede ocurrir que **las manifestaciones de esta última (la víctima) tengan que resultar verosímiles por las concretas circunstancias del caso. Es decir, la concurrencia de alguna circunstancia de resentimiento, venganza, enemistad o cualquier otro motivo ético y moralmente inadmisibles es solamente una llamada de atención para**

⁴³ Ver Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012.

realizar un filtro numeroso de sus declaraciones, no pudiéndose descartar aquellas que, aún teniendo esas características, tienen solidez, firmeza y veracidad objetiva. Lo que importa es la razonabilidad en la convicción del Tribunal sobre la cual ha de argumentarse expresamente en la sentencia condenatoria. El examen de tales tres elementos es solo un método de trabajo que esta Sala viene mostrando como una posibilidad arraigada de las dificultades que con mucha frecuencia, se encuentran los Tribunales en estos casos. STS 1-12-2004 (RJ 2005, 466)”⁴⁴.

En relación a las versiones contradictorias o insuficientes de la víctima, -propias del bloqueo postraumático, y de la necesidad de seguimiento experto médico-psicológico-, a efectos de no tenerlas en cuenta siquiera para la determinación de la existencia de indicios de delito o falta a efectos del art- 54 ter LECrim. se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en Auto de 5/2005, de 19 de enero, RJA marginal 2005/246848:

“La apelante indica en su solicitud en sede policial que ha recibido amenazas de muerte de su marido, con el que está en trámites de separación, sin embargo en su declaración ante el Juzgado de Instrucción no es capaz de concretar ninguna de esas amenazas, ni describe ningún hecho susceptible de constituir algún delito contra la vida, la integridad física o moral, la libertad sexual o la libertad y seguridad. Tan sólo se refiere a una situación ocurrida dos años antes (unas amenazas con un arma) de forma vaga. Al no aparecer indicios de ninguno de estos delitos, tampoco es posible apreciar la existencia de una situación objetiva de riesgo para la víctima”.

Creemos fundamental admitir los **conocimientos especiales de la víctima** y abogamos por entender la **amenaza como una agresión en sí misma**. De otro modo, podríamos llegar a situaciones de indefensión jurídica o cómicas –lamentablemente- como la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Roquetas de Mar, de 26 de septiembre de 2000 en la que se absolvía al inculpado de una falta de amenazas “pues las versiones ofrecidas por los implicados son opuestas” y porque “la denuncia fue instrumento para conseguir la asistencia” del Instituto Andaluz de la Mujer⁴⁵, o como la Sentencia de 13 de abril de 2000, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Loja⁴⁶, absolutoria al excluir la declaración de la víctima por “falta de concurrencia al acto del juicio del único testigo de los hechos” y “a un somero análisis” de las relaciones previas entre acusado y víctima.

Toda esta situación se agrava aún más al contrastarla con algunos datos sociológicos: la víctima no siempre acude a juicio (43%), ni cuando lo hace ratifica su denuncia (45%), un 11% asiste y perdona al agresor y el 1% restante reconoce

⁴⁴ ST de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª) nº 860/ 2010, de 16 de noviembre (ARP 2011/1094).

⁴⁵ Dice así la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 3 de Roquetas de Mar, de 26 de septiembre de 2000, siendo Juez el Sr. Fernández Ayuso: “No ha quedado acreditada la comisión de la falta de amenazas que se imputa al denunciado, pues las versiones ofrecidas por los implicados son opuestas, unido a que la testifical practicada a instancia de la parte denunciante no aclara la posible responsabilidad del imputado, sino que viene a despejarla, pues manifiesta que fue a hablar con la letrada del Instituto de la Mujer aconsejándosele que era precisa denuncia de los hechos a fin de poder prestar asistencia y ayuda, hecho éste que unido a la estrecha relación entre la testigo y la denunciante, revela que la denuncia fue instrumento para conseguir la citada asistencia”.

⁴⁶ Sentencia de 13 de abril de 2000, del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Loja, siendo Jueza la Sra. Moreno Verdejo.

agresiones mutuas⁴⁷. Algún dato reciente⁴⁸ resulta especialmente preocupante: en relación con 2007, el número de renunciaciones ha aumentado un 29%, especialmente a partir de 2009⁴⁹; así como ha caído el número de denuncias en estos últimos años con respecto a la dinámica conseguida desde la aprobación de la Ley Integral. En 2011 se archivaron más del 45% de las denuncias por violencia de género, a nivel estatal y autonómico, y la tendencia es in *crescendo*. Asimismo se ha disparado el número de sobreseimientos judiciales y ha descendido notablemente la concesión de órdenes de protección. La mayoría de las sentencias absolutorias se dictan por falta de pruebas. No obstante, la violencia oculta, esto es la no denunciada pero detectada a través de estudios estadísticos, representa un 73% del total de los abusos.

La conclusión suele ser que el testimonio incriminatorio de la víctima, vaya o no acompañado de otras pruebas, sólo supone la condena del agresor en algo menos de la mitad de las ocasiones; con lo cual la “palabra de uno contra la del otro” o la contradenuncia⁵⁰, implica la absolución del agresor en tal porcentaje⁵¹ en el primer caso, o la negociación entre partes, en el segundo; así como la zona del cuerpo golpeada (el agresor golpea donde no deja marcas), o la dificultad probatoria del daño moral y psicológico implica igualmente la absolución o la sola condena del inculcado – con la anterior regulación⁵² – por falta que no por delito; o la inaplicación del 173.2 como violencia habitual, al verse compelidas las más a ceñirse al hecho puntual. Esta misma línea jurisprudencial sigue manteniéndose en la actualidad, exigiéndose que sea la propia víctima quien pruebe la veracidad de su relato (Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 1ª), en sentencia de 5 de noviembre de 2007).

Frente a ésta, afortunadamente la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección segunda, de 18 de enero de 2002, se pronuncia en la línea por nosotros defendida, y se condena al inculcado como responsable de un delito de malos tratos psíquicos habituales, otro de amenazas y tres faltas de injurias leves “fundamentalmente por la propia testifical de la víctima”, ex esposa del acusado, “que reúne los presupuestos exigidos jurisprudencialmente para otorgarle credibilidad y validez en orden a constituir prueba de cargo suficiente para desvirtuar el principio de

⁴⁷ ASOCIACIÓN DE MUJERES JURISTAS THEMIS, *Respuesta penal a la violencia familiar, opus cit.*, pp. 30-31.

⁴⁸ Ver *Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012*.

⁴⁹ En el año 2008, de un total de 142.125 denuncias, renunciaron al proceso 16.100 mujeres. En 2009, de un total de 135.540 denuncias, 16.762 mujeres renunciaron al proceso. Para más información, véase http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Violencia_Genero_Ficheros_DENUNCIAS Y RENUNCIAS.pdf

⁵⁰ A las dificultades probatorias de una agresión que acontece en la intimidad del hogar, debe sumarse la creciente tendencia por parte del agresor de presentar contradenuncia como estrategia procesal para intentar alcanzar una negociación que propicie la no comparecencia de la mujer en el juicio. Hablamos de una revictimización de la mujer pues no sólo será agredida sino también denunciada por su pareja o expareja. Según el Informe sobre víctimas mortales de la violencia de género y de la violencia doméstica en el ámbito de la pareja o expareja del CGPJ en 2011, tres de las mujeres asesinadas en 2010 habían sido denunciadas por sus asesinos.

⁵¹ Sentencias como la de la Audiencia Provincial de Gerona de 31 de enero de 2003, o la de la Audiencia Provincial de La Coruña de 25 de marzo de 2003, son buen ejemplo de rechazo de credibilidad de las declaraciones de la víctima y de carecer de la corroboración necesaria.

⁵² Sirva como ejemplo la Sentencia de 17 de julio de 2000, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Málaga, que aun admitiendo los conocimientos especiales de la víctima, condenaba por falta que “existe al haberse causado lesiones para cuya sanidad sólo ha sido precisa primera asistencia médica con la intencionalidad lesiva que la zona del cuerpo afectada por los actos (cabeza, cuello, manos) evidencian”. Sentencia de 17 de julio de 2000, del Juzgado de lo Penal nº 8 de Málaga, siendo Juez, el Sr. Macho Macho

presunción de inocencia”. Las frases proferidas por el acusado hacia su esposa en varias ocasiones tales como “zorra, puta”, “te tengo que rociar con gasolina”, “te tengo que quitar la vida”, así como los distintos episodios sistemáticos de violencia física y psíquica durante el matrimonio y tras la separación –episodios, algunos, denunciados y condenados- crearon “una atmósfera irrespirable y un clima sistemático de maltrato”. Asimismo, y según informes periciales, la víctima “padece el Síndrome de la Mujer Maltratada, consistente en sensación de angustia, miedo, trastornos del sueño, entre otros, apuntando como único origen de los mismos los malos tratos físicos y psíquicos provocados por el marido”⁵³.

La importancia de un buen informe pericial médico destaca por disipar y ayudar a entender al operador último del Derecho cualquier duda al respecto de las formas en que se manifiesta y vive la violencia de género (con bloqueos y aparentes contradicciones que afectan a la verosimilitud del testimonio), además de ayudar a la víctima a desentrañar los matices de la violencia normalizada por ella, fortaleciendo su capacidad de resiliencia y por ende su confianza en el procedimiento judicial. Este es el caso de la reciente Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Cartagena, nº 26/2013 de 18 de febrero⁵⁴, o la Sentencia del TS nº 1139/2009, de 30 de octubre, RJ 2010/991, Sala de lo Penal (Sección 1ª):

“En el caso de la Sentencia recurrida, que condena al acusado como autor de lesiones por imprudencia grave, la Sala *no sólo contó con la declaración de la víctima sino con los informes periciales médicos* sobre la grave lesión en un ojo sufrido por ésta, objetivamente corroborante de su testimonio, que a su vez ni contiene contradicciones ni evidencia motivaciones espurias. En efecto expresar una vez la creencia de que su marido en el forcejeo sí tenía intención de hacerle daño, y decir en otra que dentro de la pelea la lesión fue un accidente *no es una contradicción* de testimonio sino una modificación de su personal opinión o creencia acerca del propósito del acusado, que puede resultar de la reflexión y reconsideración sobre su intención, lo cual no es contradictorio respecto a la material narración de lo materialmente sucedido. Tampoco es una contradicción que afecte al testimonio sobre lo sustancial del hecho referir que después del incidente su marido no la amenazó ni la molestó pero también reconocer que le tiene miedo porque a las dos semanas entró en la casa borracho pidiéndole la ropa. Menos aún que de tales expresiones o afirmaciones resulte evidenciado ninguna animadversión o motivación espuria que derivada de circunstancias anteriores al hecho denunciado hagan dudosa la veracidad de su declaración”.

Asimismo, si importante son los informes médicos que pueden acompañar, ayudar y/o corroborar el testimonio de la víctima, -o incluso suplir, con su testimonio, la dispensa legal de no declarar de la víctima contra su pareja o expareja otorgada por el art. 416 de la LECrim- no son menos decisivos los informes aportados por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado u otros testimonios periféricos que podrían dotar

⁵³ Sentencia de 18 de enero de 2002, de la Excm. Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª, siendo Ponente el Ilmo. Sr. José Requena Paredes.

⁵⁴ Hablamos de dos informes médicos donde valoran las lesiones de la víctima incompatibles con un frenazo de coche –tal y como alegaba el agresor-, al no existir latigazo cervical; y destaca un hematoma en la pantorrilla derecha, al intentar la víctima salir del coche donde el agresor la golpeaba.

de entidad el supuesto perseguido. En esta línea nos encontramos la ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª), nº 1011/2011, de 30 de noviembre, JUR 2012/22712, destacada precisamente por todo lo contrario.

“En el presente supuesto no se ha practicado en le plenario una prueba de cargo enervatoria de la presunción de inocencia del acusado, que permita sostener un fallo condenatorio. De esta forma, la denunciante y presunta víctima se acogió en el plenario a la facultad que a no declara contra su pareja le otorga el art. 416 de la LECrim (LEG 182, 16), el acusado de otra parte, afirmó no recordar lo que dijo al hallarse embriagado y *el Guardia Civil nº J-35913-F no recordaba las expresiones que el acusado profirió afirmando que estaba bebido, y profirió unas frases amenazantes y solo a las preguntas del Ministerio Fiscal que le preguntó si dichas frases pudieran ser atentatorias contra su vida, contestó que creía que sí y que las dijo en un estado de exaltación y del juez a quo sobre si lo consignado en el atestado es lo que oyó, manifestó que sí.* Con sólo esta declaración del Guardia Civil, que no recordaba con exactitud lo manifestado por el acusado, y que solo resulta inculpativa, por la pregunta que directamente formuló el juzgador a quo, sobre si no podía precisar qué tipo de amenazas efectuó, y si la expresión que refería en el atestado era la que escuchó aunque no la recordase ahora, *fue contestada por el Guardia Civil, con “sí, sí efectivamente”*, resulta para este Tribunal insuficiente para avalar la tesis inculpativa mantenida por la acusación. Procede pues absolver al procesado del delito de amenazas por el que venía siendo acusado y era objeto de acusación”.

Ídem sucede en Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) nº 832/2012, de 26 de julio, JUR 2012/332223, donde se percibe claramente el terror de la víctima ante dos agresiones diferentes en tiempo que sin duda afectan a las “contradicciones” de su declaración, y a su dispar reacción en torno a su primera e inmediata denuncia y a la tardanza de ésta en la segunda agresión. Sólo un correcto conocimiento de las características y manifestaciones de la violencia de género en el contexto de pareja permitiría visibilizar las normales reacciones de pavor y miedo, propias del síndrome psiquiátrico de la mujer maltratada, y no calificarlas de contradicciones invalidantes de la verosimilitud de su testimonio. En este asunto, además, aun cuando las agresiones se realizaron en lugar público –y no en la intimidad del hogar- lamentablemente el testimonio periférico brilla por su ausencia, lo que abandona a la mujer a su suerte, no permitiendo atribuir a sus declaraciones el valor probatorio de cargo que sí se le otorgaba en la sentencia de instancia. Y es que, “aun cuando afirme que iba acompañada, o que fue al Hospital porque sus amigos la convencieron, no aporta datos de sus amigos, ni se ha recibido declaración de ninguno de ellos, con lo que no existe ninguna otra prueba de cargo que sus solas declaraciones”.

“Pero, en este caso, ni nos encontramos ante declaraciones persistentes, ni podemos estimarlas suficientemente corroboradas desde el punto de vista objetivo.

Como sostiene el recurrente en su escrito, cuando Dª María Cristina denuncia por primera vez, los hechos acaecidos en el interior del Bar Antiquarium –por cierto, inmediatamente después de que ocurran- en la Comisaría de Policía de Alcobendas, lo que refiere es que ha entrado en dicho establecimiento y ha visto en él al acusado,

con unos amigos, y que, aunque tenía una prohibición de aproximarse a ella, dado que conoce al dueño del bar, hizo caso omiso, y, a los pocos minutos, él se acercó a ella y le dijo que era una fresca, y que tuviera cuidadito con él, y que si quería, lo arreglaban en la calle. Sin embargo, cuando solo cinco días después comparece ante el Juzgado de Instrucción, modifica su versión de los hechos, para decir que es ella la que, al ver que Patricio estaba dentro del bar, se dirigió a él para decirle que se fuera o que llamaría a la policía, momento en que él empezó a insultarla y a amenazarla con que la iba a volver a pegar, justificando su cambio de versión en que *ella está muerta de miedo, y “algunas veces no se acuerda”*. Y dice que él se va cuando ella hizo el gesto de llamar por teléfono a la policía. Y en el acto del juicio oral, vuelve a cambiar su versión de los hechos, pues declara que ella entró en el Pub con un grupo de amigos, y él, al verla se puso a insultarla y a amenazarla, y se lo dijo al del Bar, que no le hizo caso. *Respecto de los segundos hechos, que ella no denunció sino hasta las 23.21 horas*, esto es, casi 45 horas después de su acaecimiento, cuando acudió a la Comisaría de Policía, de nuevo, lo que refiere es que iba a dormir a la casa de una amiga, y que, cuando se encontraba en la CALLE000, donde ella vivía, él la abordó por detrás y le propinó *dos puñetazos* en la cara. Y en el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, también respecto de esta agresión cambia su relato para asegurar *que le da un solo puñetazo*, que la lesiona el pómulo y el labio, y reitera “todo lo hizo con el mismo golpe”. Y en el juicio oral, mantiene que le dio un solo puñetazo, pero asegura que donde se dirigía no era a casa de una amiga, sino a su casa. Y cuando el Letrado de la defensa le pone de manifiesto tal contradicción, sin alterarse, de ningún modo, refiere que no hay ninguna contradicción, ya que ella se encontraba viviendo entonces en casa de una amiga, con lo que vuelve a incurrir en una contradicción más, puesto que, cuando en el Juzgado de Instrucción se le pregunta por la tardanza en ir a recibir asistencia médica y, más aún, a denunciar, lo justifica en que, tras la agresión ella se fue a su casa. En el acto del juicio oral refiere que ella tarda tanto tiempo en ir a recibir asistencia médica –a las 22.17 horas del día 6, esto es, más de 19 horas después del momento en que dice que acaecieron los hechos- y en acudir a la Comisaría de Policía a denunciar –a las 23.21 horas del día 7 de febrero- porque *estaba aterrada y no se atrevía a salir de casa. Pero resulta difícil admitir como plausible tal explicación cuando, por un hecho de menor gravedad, acaecido ni siquiera dos horas antes, cuando ha coincidido con él en un bar, y, según su relato, se ha dirigido a ella, llamándola fresca y diciéndola que tuviera cuidadito con él, antes de marcharse del bar, en cuanto ella le advierte de que llamará a la Policía, acude, inmediatamente, a interponer la denuncia*. Por otro lado, la corroboración objetiva, de carácter periférico que podrían suponer las lesiones, que, desde luego pueden resultar incompatibles con la dinámica de causación que ella refiere –uno o dos puñetazo- resulta notablemente disminuida por la circunstancia del importante lapso temporal que transcurre entre el momento de su supuesto acaecimiento, y aquel en el que tiene lugar su constatación en el Hospital Infanta Sofía”.

No obstante la desconfianza apriorística del testimonio de la víctima queda constatada incluso en sentencias donde entiende causa de contradicción, razones ridículas por su irrelevancia. Este es el caso de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 27ª) nº 63/2012, de 28 de junio, ARP 2012/760, donde una

supuesta contradicción entre el testimonio de la víctima y su hermana, inhabilita ambos testimonios. En este sentido, la víctima refiere que el acusado le dijo “te voy a matar”, mientras que su hermana señala que éste profirió “os voy a matar a todos”. Entendemos que se ha tomado de manera muy estricta y estrecha, la necesaria coincidencia que deben tener ambas declaraciones, habida cuenta que el decir “os voy a matar a todos” incluye también a la víctima, no habiendo una diferencia sustancial, además de haber absoluta coincidencia en el relato de las demás agresiones recogidas en el relato fáctico materia de imputación (“que la iba a hundir, que la iba a dejar sin nada, y que la iba a dejar hasta sin el perro”).

“En el caso que nos ocupa, la declaración inculpativa de la denunciante, si bien ha sido persistente durante todo el procedimiento, ha carecido, contrariamente a lo expuesto por el juzgador “a quo”, de la corroboración periférica del testimonio de su hermana Reyes. Al no ser éste coincidente con el de la perjudicada respecto de la determinación de las frases intimidatorias que se atribuyen al acusado y constituirían el tipo penal por el que se le condena en la resolución recurrida. Así: tanto el acusado como la víctima han coincidido en que la denunciante había cambiado la cerradura del domicilio común impidiendo así la entrada a la vivienda del acusado. Coincieron el recurrente y Reyes en referir un altercado entre ambos que no fue objeto de acusación en el que se habrían proferido mutuos insultos. *Sin embargo, aunque Reyes sostiene que el acusado le dijo “os voy a matar a todos”, estas manifestaciones no coinciden con las frases intimidatorias de que relató haber sido objeto la víctima al referir que desde fuera de la casa el acusado se dirigió a ella diciéndole “te voy a matar”. Estas manifestaciones no concuerdan con lo referido por Reyes al decir la testigo (precisamente coincidiendo con el acusado) que éste no podía ver desde fuera de la casa a su pareja porque “hay fraileros y no se ve”. Ante tales amenazas y no coincidiendo siquiera la víctima y su hermana en si las amenazas de muerte que se atribuyen al acusado se dirigían a todos o únicamente a Esther, no puede estimarse acreditado que el recurrente las pronunciase. Sí coincidieron las hermanas en relatar que el acusado dijo a Esther que la iba a hundir, que la iba a dejar sin nada, y que la iba a dejar hasta sin el perro, pero estas expresiones (no recogidas, de otra parte, en el relato de los Hechos Probados) no constituirían el tipo penal del artículo 171.4 del Código Penal (RCL 195, 3170 y RCL 1996, 777) por el que se condena la apelante (...).”*

V. EL DERECHO TIENE GÉNERO

1 La habitualidad: concepto y evolución de la doctrina jurisprudencial

La exigencia de habitualidad sigue siendo un ejemplo de cómo el Derecho tiene género, tanto en las reflexiones que la Ciencia jurídica ha realizado en torno a ella, como a la aplicación que se ha venido realizando de esta exigencia típica del 173.2 (antiguo art. 153.2) del CP. La primera cuestión que se nos plantea es determinar qué se entiende por habitualidad. El legislador penal -quien en el anterior Código Penal de 1989 aludía a ella pero sin definirla-, especifica en el punto 3 del art. 173 –insistiendo en lo dispuesto en el antiguo párrafo 2º del art. 153- que: “Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo 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". Curiosamente, y pese a ser uno de los aspectos más criticados por nosotros y que reclamaban una reforma penal urgente –si no su eliminación, aspecto que debía haber sido tratado en la última reforma del Código Penal de 29 de septiembre de 2003- el legislador no cesa en su empeño de mantenerlo como requisito constitutivo del tipo.

La habitualidad que aparece en el tipo como constitutiva de la acción punible ha generado históricamente diversidad de opiniones respecto a su interpretación. No obstante, sí intentó concretar su contenido y de manera taxativa en el art. 161 del Proyecto de L.O de C.P de 1992". A los efectos de este artículo, existe habitualidad cuando el culpable hubiere sido condenado por tres o más delitos o faltas de lesiones contra las personas a que se refiere el apartado anterior, en los cinco años precedentes a la comisión de la nueva infracción penal"⁵⁵.

Esto es, para poder ser castigado con la pena de prisión de 6 meses a 3 años, sin perjuicio de las penas que le pudiera corresponder por el resultado que en cada caso se causare, se requería que el que ejerce la violencia hubiera sido ya condenado, no por uno, sino por tres o más delitos o faltas de lesiones, y en el plazo prescriptivo de cinco años, inmediatamente anteriores al momento de la comisión del ilícito penal.

En otras palabras, habría que esperar a que el cónyuge agresor propine varias palizas sobre el otro, o sobre los hijos sometidos a tutela o guarda; y que estas palizas hubieran sido denunciadas, enjuiciadas y condenadas por el juez en cuestión, en un número igual o superior a tres y en un período de tiempo inferior a cinco años. Esta exigencia muestra nuevamente -y conectando con los delitos referidos al inicio de nuestra exposición- cómo la violencia conyugal sigue jugando dentro del ámbito familiar como un parámetro normal⁵⁶. Violencia de hombre hacia mujer, que debe controlar a un ser débil y rebelde, así como a sus hijos, que de vez en cuando claman en silencio "un toque" de fuerza física y psíquica. Sólo dicho razonamiento justificaría las duras exigencias de violencia exigidas por el legislador. Y si no, ¿por qué se requiere la condena de tres o más delitos o faltas de lesiones en el plazo prescriptivo de cinco años? ¿Cuántas palizas debe el agresor propinarle a la agredida -en este caso, mujer; en otros casos, hijos⁵⁷- para que se denuncien algunas -que, desde luego, no todas- se enjuicien y prosperen, culminando en condena? ¿Acaso el legislador no conoce la famosa lentitud de la justicia? ¿Habrá que esperar a que la mate en una de sus múltiples palizas; o la mutile o la incapacite para siempre?

⁵⁵ Art. 161, párrafo 21 del Proyecto de Ley Orgánica del CP. de 1992.

⁵⁶ De este modo se expresa la Sentencia del Juzgado de Instrucción nº 16 de Barcelona, de 5 de febrero de 1991: "(...) encontrándose en el interior del domicilio, hizo acto de presencia el marido, quien al tener conocimiento de la intención de la esposa, se opuso a ello, suscitándose una discusión entre ellos, en el transcurso de la cual él cogió a la esposa por los brazos y la zarandó (...). En esas circunstancias la acción del marido se considera de lo que se podría llamar usual en la conducta de un ciudadano medio, y por tanto, exenta de responsabilidad criminal y procede absolver de las faltas que le imputan el Ministerio Fiscal y la Acusación particular"

⁵⁷ Un estudio clásico sobre abusos y malos tratos infantiles es CANTON DUARTE, J. y CORTES ARBOLEDA, M.R., *Malos tratos y abuso sexual infantil*, Siglo XXI de España Editores, Colección Psicología, Madrid, 1997.

Afortunadamente, la redacción del Proyecto de L.O. de C.P. de 1992 no prosperó, debiendo ser el juez quien determine actualmente si existe o no habitualidad en el caso concreto de que se trate. La Jurisprudencia del TS, en algunas de sus sentencias, ha definido la habitualidad como la "condición del inculpado resultante de la persistencia o repetición de hechos de la misma índole o idéntica finalidad delictiva"⁵⁸. Algunos afirman que "ha de ser habitual lo que se interpreta como maltrato en más de tres ocasiones"⁵⁹; y que, desde luego no sirve el concepto del art. 94⁶⁰. Otros, por el contrario, introducen ligeros matices en su argumentación, lo que induce a cierta sospecha: "El segundo elemento del tipo lo constituye la habitualidad, que aquí figura como concepto valorativo no afectado por la definición normativa contenida en el art. 94, cuyos efectos se limitan a lo previsto respecto a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad, pese a que su contenido se corresponde con el criterio jurisprudencial dominante a propósito de los delitos "de hábito". Es por ello que, aun no siendo lo establecido en el art. 94 directamente aplicable, por expresa indicación legal, a este tipo de delito, representa *el mejor criterio posible* para garantizar una aplicación del mismo respetuosa con la garantía de la seguridad jurídica"⁶¹.

Cierto es que todas estas precauciones para garantizar el principio de seguridad jurídica en la determinación del criterio de habitualidad, nos resultan un tanto sorprendentes teniendo en cuenta que las mujeres que deciden denunciar a sus compañeros agresores por delitos de malos tratos, llevan padeciendo violencias durante un período de 10 años. El propio médico forense del Juzgado de Zaragoza, D. Juan Antonio Cobo Plana, ya recogía en su célebre informe⁶² datos que podríamos calificar de escalofriantes. Sobre 250 casos de malos tratos que ha conocido en el desempeño de su cargo, la característica más frecuente en las mujeres que han sufrido agresiones habituales es su enorme tolerancia al maltrato. Y esto es así, puesto que el promedio de años de sufrimiento de violencia doméstica habitual oscilaba, ya por entonces, entre 10 años a 20 años.

Insistir en la aplicación dogmática del criterio de habitualidad significa ignorar la especificidad de este delito en el cual, la víctima, se ve obligada a convivir con el agresor y en donde, los bienes jurídicos amenazados y efectivamente lesionados, superan la integridad física. Nos referimos a la libertad o a la seguridad. En palabras

⁵⁸ Véanse, entre otras, las sentencias del TS 7/2/61 y 24/3/77.

⁵⁹ GONZALEZ RUS, J.J., "Las lesiones", COBO DEL ROSAL, M. (dir.), *Curso de Derecho Penal español*, Parte especial, volumen I, Marcial Pons, Madrid, 1996, lección 4, p. 170.

⁶⁰ Artículo 94 del C.P., "A los efectos previstos en las Secciones 10 y 20 de este Capítulo se consideran reos habituales los que hubieren cometido tres o más delitos de los comprendidos en un mismo Capítulo, en un plazo superior a cinco años, y que hayan sido condenados por ellos".

⁶¹ TAMARIT SUMALLA, J.M., "Las lesiones", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 725. El subrayado es mío. Véase también TAMARIT SUMALLA, J.M., "Artículo 153", en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Editorial Aranzadi, Pamplona, 2001. No obstante, es frecuente que la jurisprudencia exija, al menos, la acreditación de tres agresiones cercanas entre sí. Véanse, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 3 de febrero de 2000, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 20 de marzo de 2002 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de julio de 2003.

⁶² COBO PLANA, J.A., *Estudio médico forense de la violencia contra la mujer*. Tesis doctoral. Facultad de Medicina de la Universidad de Zaragoza, 1990. Asimismo, véase CASTELLANO ARROYO, M., COBO PLANA, J.A., SÁNCHEZ BLANQUE, A., "Le profil des traits de personnalité des femmes victimes de violences", en *Livre de Actes X^a Journées Méditerranéennes de Médecine Légale*, 1992, Montpellier, 1992, pp. 331-335.

del Tribunal Supremo de EE.UU., esto significaría condenar a la mujer maltratada a una muerte a plazos⁶³. Y ello se confirma al toparnos con sentencias como la de 28 de marzo de 2000 de la Audiencia Provincial de Huelva cuya interpretación del criterio de habitualidad del antiguo art. 153 CP en su regulación anterior a junio de 1999, motiva la absolución del denunciado como responsable del delito de malos tratos habituales⁶⁴. Textualmente: “*El término habitualidad es equívoco e induce a confusión. Así se ha discutido si para esta habitualidad servía la condena anterior y parte de la doctrina*”⁶⁵ lo rechaza a fin de evitar la doble incriminación, es decir, atentado al principio “*non bis in idem*”.

*En efecto, si se atiende a las faltas anteriores se suele decir que se vulneraría el principio que prohíbe la repetición de condenar por el mismo hecho, por tanto sólo podrán actuar las violencias físicas no denunciadas, que de repetirse, podrán dar lugar a un delito, “si es que no hubieran prescrito en el caso enjuiciado”*⁶⁶.

Afortunadamente, en el año 2000, dos sentencias del TS, contribuyen a despejar cualquier duda al respecto y a apostar por un criterio de habitualidad, no centrado propiamente en el número de actos de violencia y en la proximidad temporal de los mismos, cuanto en el clima de violencia contrastado que sufren la agredida y, en consecuencia, las personas vulnerables a su cargo. Nos referimos a las Sentencias del TS de 24 de junio de 2000⁶⁷ y a la de 7 de julio de 2000⁶⁸, en donde el Alto Tribunal pone el acento en la actitud del agresor y en el ambiente de violencia en que viven los miembros de la familia, de tal modo que los actos de agresión no hacen sino exteriorizar dicha violencia. “*En este caso, -y siguiendo el texto de la STTS de 7 de julio de 2000-, la sola lectura del relato histórico de la Sentencia pone de relieve que no estamos ante dos individuales acciones de agresión o violencia física surgidas aisladamente a lo largo del tiempo, sino ante dos agresiones que se manifiestan como la exteriorización singularizada de un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite su consideración como ‘habitual’*”. Según esta argumentación, dos actos de maltrato físico podrían ser suficientes para apreciar “habitualidad” en la violencia doméstica, ya que “*la más moderna línea interpretativa*

⁶³ BOYLE, C., “The Battered wife syndrome and selfdefence: Lavalley v.R.”, en *Women, Law and Social Change*, Ed. por T. Brettel, 1993, p. 102.

⁶⁴ En este mismo sentido se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona, de 5 de junio de 1998.

⁶⁵ En este sentido DOLZ LAGO entiende que el art. 153 “supone una violación patente del *principio non bis in idem*, al admitir que se tenga en cuenta en la valoración de la habitualidad hechos ya enjuiciados, incluso, tal vez, con sentencia absolutoria, hechos ya prescritos, o meras sospechas”. Vid. DOLZ LAGO, M.J., “Violencia doméstica habitual: mitos y realidades”, LL, 2000-3, pp. 1785. Al respecto, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS propone modificar el art. 153 y explicitar que no se tendrá en cuenta los actos violentos que ya hubieren sido objeto de condena anteriormente para apreciar la habitualidad. Vid. MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.B., HAMDORF, K., “El elemento de habitualidad en el delito de malos tratos del Código Penal sueco”, CPC, nº 71, 2000, p. 430.

⁶⁶ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 28 de marzo de 2000. Hemos de indicar que, pese a absolverlo como autor de un delito de malos tratos habituales, se condenó al acusado a tres años de prisión como autor de un delito de lesiones del art. 150 CP., a cuatro fines de semana de arresto como responsable de una falta de maltrato del art. 617.2 CP, a la pena de veinte días de multa con una cuota diaria de 200 pts. como autor de una falta de amenazas del art. 602.2 CP, prohibición de acercamiento durante cinco años, y en concepto de indemnización de daños y perjuicios el abono a la Sra. M. de 500.000 pts., pago de las costas incluidas las de la acusación particular. Esta Sentencia ha sido recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

⁶⁷ Sentencia del TS de 24 de junio de 2000.

⁶⁸ Sentencia del TS de 7 de julio de 2000.

prescindiendo del automatismo numérico anterior, ha entendido con mayor acierto que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente. En esta permanencia radica el mayor desvalor que la que resultaría de la mera agregación de las desvalorizaciones propias de cada acción individual".

Posteriormente, la línea jurisprudencial seguida confirma este paso importante en lo que a la interpretación de la habitualidad se refiere, revisando un criterio o categoría dogmática a todas luces discriminatoria. Este es el caso de la STS de 13 de abril de 2006⁶⁹ (nº 409/2006) o la de 23 de mayo de 2006⁷⁰. Recientemente, tal y como se manifiesta el Alto Tribunal en STTS de 18 de julio de 2011:

"La habitualidad no debe interpretarse en un sentido jurídico de multirreincidencia en falta de malos tratos –lo que podría constituir un problema de "non bis in idem"- parece más acertado optar por un criterio naturalístico entendiendo por habitualidad la repetición de actos de idéntico contenido, pero no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la falta en delito, sino la relación entre autor y víctima más la frecuencia que ello ocurre, esto es la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo".

No podemos olvidar que la violencia padecida por las mujeres no sólo les afecta a ellas, sino a los miembros que conforman el núcleo familiar. "Al respecto hay que tener en cuenta lo que esa norma penal nos dice al final de su párrafo segundo, con lo que se pretende dar la máxima amplitud a este tercer elemento del tipo delictivo, cuando nos dice que tal habitualidad puede expresarse *"con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en ese artículo (...)*".

Asimismo, la jurisprudencia calificada de "menor", también ha aportado contribuciones interesantes en lo que al criterio de habitualidad se refiere. Destaquemos una importante sentencia, por pionera, –Sentencia de 26 de noviembre de 1999 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla- donde no sólo se realiza un análisis exhaustivo de la violencia contra las mujeres y sus causas, sino que aporta un claro posicionamiento antiformalista respecto del concepto de habitualidad del antiguo art. 153 CP⁷¹ (también válido para el actual art. 173.2 CP). Dice así: "El bien jurídico protegido es la dignidad de la persona humana en el seno de la familia, y concretamente su derecho a no ser sometida a trato inhumano o degradante alguno... El concepto de habitual al que alude el precepto no ha de entenderse en un sentido

⁶⁹ "(n)o se trata, por ello, de una falta de lesiones elevada a delito por la repetición, ya que no puede especularse en torno a si son tres o más de tres las ocasiones en las que se ha producido la violencia. *La habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico formal* por lo que será una conducta habitual la del que actúa repetidamente en la misma dirección con o sin condenas previas ya que éstas actuarían como prueba de la habitualidad".

⁷⁰ "(l)a reiteración de conductas de violencia física y psíquica por parte de un miembro de la familia, unido por los vínculos que se describen en el precepto (...) vienen a crear, por su repetición, una atmósfera de vulneración de los deberes especiales de respeto entre las personas unidas por tales vínculos y por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar". Argumento también recogido en Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 7 de octubre de 2005.

⁷¹ En este mismo sentido, y más recientemente, se ha pronunciado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de enero de 2001.

jurídico formal... sino en un sentido naturalístico, como un dato fáctico, ayuno de requisitos formales, o al menos desde una perspectiva criminológica-social... No siendo estrictamente la pluralidad la que convierte la falta en delito, sino la relación entre el autor y la víctima más la frecuencia con que ello ocurre, esto es la permanencia en el trato violento... Lo importante es que el Juez llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente”⁷².

Del mismo modo, la Sentencia de 1 de julio de 2002 del Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada entiende –apoyándose en las Sentencias del TS de 24 de junio de 2000 y de 7 de julio de 2000- que hubo habitualidad en los hechos enjuiciados, “hechos que revelan, sin género alguno de dudas, un dilatado clima de convivencia enrarecida, clima generado por continuos episodios de violencia a lo largo de los años por parte del acusado y que el mismo ha decidido mantener con posterioridad al cese de la convivencia conyugal”⁷³.

En este sentido, ya el Informe del CGPJ, de 7 de febrero de 2001 proponía prescindir de la exigencia de habitualidad y castigar aquellas agresiones acaecidas en el hogar que “alcancen la entidad suficiente para provocar la lesión o puesta en grave riesgo de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de infracciones”.

Probablemente la **valoración conjunta** de la actitud del agresor, y del ambiente de violencia en que viven los distintos miembros de la familia –y que sufren individualmente actos violencia física y psíquica-, “nos lleve a considerar la existencia de una infracción que se alimenta de hechos no atípicos sino punibles como falta y por ello se trata en realidad de una especial figura de falta que por ser continuada asciende a la condición de delito”⁷⁴. Como afirma Antonio del Moral –palabras recogidas por la Sentencia nº 144/01 del Juzgado de lo Penal nº 11 de Sevilla, de 3 de abril de 2001-: *“La reiteración de actividades de violencia, hasta crear una atmósfera irrespirable o un clima de sistemático maltrato, se castiga no por lo que comporta de ataque a la incolumidad física, sino por lo que tiene de violación de deberes especiales de respeto al cónyuge y a los hijos y familiares; por lo que supone de afectación del sentimiento de seguridad; por la nefasta incidencia en el desarrollo de los menores*

⁷² Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla, de 26 de noviembre de 1999. En este mismo sentido, merece la pena destacar la posición de Sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 31 de julio de 2003 quien “para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, (entiende que) es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo lo importante que el Tribunal llegue a la convicción de que la víctima viven en un estado de agresión permanente”.

⁷³ Vid. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 3 de Granada, de 1 de julio de 2002. Posteriormente, la condena por un delito de lesiones por violencia habitual familiar fue revocada, ratificando únicamente la condena por falta de lesiones, según Sentencia nº 643/2002, de la Audiencia Provincial de Granada, Sección 2ª, de 11 de noviembre de 2002. No se hace mención alguna a la habitualidad. Las razones de esta estimación parcial de la condena: el cambio de testimonio de la hija –probablemente por presiones psicológicas del padre-agresor-, y la no declaración de la agredida en este nuevo proceso.

⁷⁴ Dice así la Sentencia de 30 de septiembre de 1999 del Juzgado de lo Penal de nº 7 de Sevilla confirmada posteriormente en apelación, por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Sevilla el 6 de abril de 2000: “Dicho precepto (art. 153 CP) obedece, al igual que el anterior 425 del CP., a la deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupos familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo, se tipifican como delitos de malos tratos ejercidos sobre el cónyuge o pareja de hecho cuando, a pesar de no integrar individualmente considerados más que una sucesión de faltas, se producen de modo habitual encontrándonos ante una infracción que se alimenta de hechos no atípicos sino punibles como falta, y por ello se trata en realidad de una especial figura de falta que por ser continuada asciende a la condición de delito”.

que están formándose y creciendo en ese ambiente familiar: Se trata de valores constitucionales que giran en torno a la necesidad de protección a la familia”⁷⁵.

2. La exigencia judicial del ánimo subjetivo de dominación.

Últimamente se viene discutiendo por la doctrina judicial la necesidad de un ánimo subjetivo constatado de dominación⁷⁶ para poder aplicar el art. 153.1 CP. La lectura del mismo, en ningún caso alude a este *animus* o intención dominadora, sin embargo existe ya jurisprudencia que lo exige como es el caso de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 3ª). Este requisito inventado –que no legal- obliga a blindar los fallos judiciales de los Tribunales menores con el objetivo de no ser recurridos por este particular ante la Audiencia Provincial, lo que viene a casi extrapolar –de manera encubierta- las dificultades ya señaladas al analizar el criterio de “la habitualidad” exigida por el art. 173.2. CP.

Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº1 de Cartagena, nº 26/2013, de 18 de febrero, que consciente de este requerimiento *extralegem*, se pronuncia de este modo:

“Finalmente se ha discutido la existencia de un ánimo subjetivo de dominación. Esta juzgadora en numerosas sentencias ha defendido que no es necesario la concurrencia de tal ánimo subjetivo de dominación, sin embargo es cierto que existe jurisprudencia que así lo exige, entre otras la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Murcia. Pues bien, en este caso entiende esta juzgadora que concurre dicho ánimo puesto que la conducta del acusado en la noche del 29-6-12 responde a una manifestación de dominación y sometimiento y es que ha quedado acreditado que el acusado acudió al bar “Q caña” porque sabía que estaba el chico con el que había comenzado a salir la denunciante, de modo que el acusado quiso que ella bajara del coche para ver su reacción quien se negó a bajar, lo que corroboró en el acusado que era cierto que la denunciante tenía algo con ese chico, razón por la que no aceptando esa relación, le golpeó en la cara y después por diversas partes del cuerpo. Resulta evidente que la actitud del acusado responde a una clara manifestación de sometimiento, dominación y desigualdad derivada del hecho de no aceptar que Carlota hubiera comenzado otra relación. Pero es que además tanto la denunciante como varios testigos declaran que el acusado controlaba a Carlota. Así por ejemplo, la denunciante manifiesta que el acusado la tenía controlada, y que se avergonzaba de ella porque no tenía estudios y porque tenía un hijo; la encargada de la tienda donde Carlota trabajaba manifiesta que la “tenía súper controlada y era muy posesivo” “que le decía “hazte una coleta, mira qué pelo llevas, y que ella se cambiaba de ropa para verle. Y sus hermanas afirman

⁷⁵ Sentencia nº 144/01 del Juzgado de lo Penal nº 11 de Sevilla, de 3 de abril de 2001. En este mismo sentido se ha pronunciado la STTS de 7 de septiembre de 2000.

⁷⁶ En tanto que el artículo 1.1 de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género concreta que el objeto de la Ley es “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”.

que era muy controlador. Pues bien, tales declaraciones vienen corroboradas por varios emails, obrantes en los folios 331 y 349. En el folio 331, el acusado le dice a Carota “en mi casa a las 14:15 pero con falda larga”, en otro le dice “o sea bebiste y con minifalda”, en otro emails ella le dice “estoy bastante preocupada porque no sé si voy demasiado horterera o te gusta mi estilismo”, y en el folio 349 le dice “ya me he dejado las patillas, tú córtate el pelo”.

Existen otras dificultades halladas en el tratamiento judicial de los malos tratos habituales, que no podemos abordar en este momento⁷⁷, pero que sí deben ser cuanto menos mencionadas. Nos referimos a la preocupante inclinación a aplicar circunstancias atenuantes y eximentes de la responsabilidad criminal del agresor como el consumo de alcohol, la celotipia, el desamor e incluso la confesión a las autoridades. Justificaciones sociales que persiguen el control de la mujer en atención a la *fragilitas sexus*, pero que también ponen de manifiesto la verdadera debilidad y dependencia de quien ejerce ese control. “Es por eso que son una buena excusa para el hombre, una explicación suficiente para la mujer, una adecuada justificación para la sociedad y una atenuante o eximente lícita para la Justicia”⁷⁸. Sin embargo, el rechazo del alegato de legítima defensa para episodios de autoprotección femenina, y la tendencia a aplicar “el trastorno mental transitorio” como único escape de las “mujeres agredidas que se defienden” de las garras del Derecho Penal perpetra otra violencia del Derecho. Las mujeres tienen que aceptar su trastorno y admitir su patología individual. Sin duda, el Derecho y la Ciencia jurídica son masculinas y adjudican género.

Sirva este análisis teórico-práctico para reflexionar si ciertamente, los derechos constitucionales como la vida, la integridad, la libertad, la seguridad, y la dignidad de las mujeres en tanto que ciudadanas se encuentran realmente tutelados por nuestro Ordenamiento Jurídico y garantizados por los Poderes Públicos; o si por el contrario, se encuentran abandonados o, mejor dicho, aforados a otra jurisdicción, la doméstica extra-jurídica, representada por el varón, cabeza de familia quien cuida de que se observe su legislación autónoma. Romper con el silencio, apelar a la intervención estatal, reclamar una mayor sensibilidad de la Justicia, y gritar que el terrorismo doméstico no es más que un extremo de la violencia estructural de género, serviría para evitar que la privatización de la violencia volviera a planear sobre la ciudadanía. No olvidemos que la violencia de género⁷⁹ explícitamente rechazada e implícitamente tolerada sigue siendo un mecanismo válido para mantener a las mujeres en una posición de subordinación, erigiendo la diferencia entre hombres y mujeres en eterna desigualdad.

⁷⁷ Al respecto, consúltese GIL RUZ, J.M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁷⁸ LORENTE ACOSTA, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, opus cit., p. 73.

⁷⁹ DURAN FEBRER, M., “¿La jurisdicción civil es una alternativa para combatir la violencia doméstica?”, *Artículo 14. Una perspectiva de género*, opus cit., p.14.