

GÉNERO Y
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O P A C Í F I C O

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

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

JOSÉ HURTADO POZO

Director

LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI

Coordinadora



BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ

Centro Bibliográfico Nacional

346.34

G

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

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

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

BNP: 2016-1899

GÉNERO Y DERECHO PENAL

Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Autor:

© José Hurtado Pozo, 2017

Director:

© José Hurtado Pozo, 2017

Coordinadora:

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

Copyright 2017

Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:

Luis Ruiz Martínez

Edición a cargo de:

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: prerensa@aempresarial.com

Tiraje: 2000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial: 31501051601382

ISBN: 978-612-4328-58-9

Hecho el Depósito Legal en la

Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2016-16667

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

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

LA TUTELA ESPECÍFICA DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA PENAL: UNA DECISIÓN CONTROVERTIDA*

Patricia Laurenzo Copello

Sumario: **I.** Ventajas y desventajas de las figuras de género específicas. **A.** Los factores positivos. **B.** Los inconvenientes de la regulación específica. **II.** Algunas consideraciones críticas. **III.** Conclusiones.

Desde hace unos años, algunos países están optando por incluir en sus legislaciones penales ciertas figuras delictivas que circunscriben el sujeto pasivo en función del sexo de la víctima. Se trata de nuevos delitos o agravantes de pena destinados a tutelar de forma específica a las mujeres frente a comportamientos que suponen discriminación por razón de género. En términos generales, estos tipos penales recogen hechos violentos de los que son víctimas las mujeres precisamente por ser mujeres¹ —como consecuencia de las distintas formas de opresión propias

* Este trabajo se realizó en el contexto del Proyecto de Investigación DER 2012-34320, *Colectivos en los márgenes: su exclusión por el Derecho en tiempos de crisis*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España.

1 El *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante Convenio de Estambul) expresamente dispone que “por violencia contra las mujeres por razones de género se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecta a las mujeres de manera desproporcionada” (art. 3.d). Esta es la tónica general de las definiciones internacionales sobre violencia de género. Ya en 1993, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* de Naciones Unidas la definía como “toda violencia basada en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer...”.

del patriarcado— que abarcan desde el maltrato físico o psíquico en la pareja hasta el feminicidio, una figura esta última cada vez más presente en las legislaciones latinoamericanas², entre ellas Perú, que en apenas seis años ha aprobado ya dos leyes sobre esta materia³.

En España, esta tendencia político criminal se plasmó en la LO N.º 1/2004 *de protección integral contra la violencia de género* (en adelante Ley Integral), que creó figuras género-específicas para proteger a las mujeres frente a las agresiones violentas provenientes de sus parejas sentimentales. Pero, a diferencia de la corriente latinoamericana, aquí se apostó por reforzar la tutela frente a las formas menos graves de violencia, en el convencimiento de que son el inicio de un ciclo más intenso que puede desembocar en importantes daños físicos o psíquicos para las víctimas. Por eso se crearon agravantes de género en delitos tales como el maltrato de obra que no produce lesiones, las lesiones leves o las amenazas y coacciones también leves⁴ y, en cambio, no se pensó siquiera en un delito

- 2 Al respecto *vid.* Toledo, 2014. Entre los más recientes encontramos el caso de Brasil, que incorporó el delito de feminicidio a través de la Ley N.º 13.104, de 9 de marzo de 2015 (*Lei do Feminicídio*). Sobre el contenido de la ley brasileña véase el reciente estudio de Ramos, 2016, p. 121 y ss.
- 3 La Ley N.º 29819 de 2011 reconoció el llamado “feminicidio íntimo” como una forma del delito de parricidio, pero, en línea con otros países de la región, en el año 2013 se produjo una nueva reforma por la que se incorporó al CP peruano una figura específica de feminicidio —art. 108-B al CP— con un contenido mucho más amplio que la anterior (Ley N.º 30068).
- 4 En el CP español la agravante de género se define en los términos siguientes: “si la víctima fuere o hubiere sido *esposa o mujer* que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”, y aparece asociada a los delitos de lesiones (art. 148.4); lesiones leves y maltrato de obra (art. 153); amenazas leves (art. 171.4) y coacciones leves (art. 172.2). La LO N.º 1/2015, que ha reformado de forma profunda el CP español, ha ampliado el catálogo de delitos relacionados con el género, aunque en esta ocasión sin hacer referencia a “la mujer” como sujeto pasivo específico. Así encontramos el nuevo *delito de acoso* (art. 172 *ter* CP español) en el que se castiga a quien “acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, de modo que altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana”, actos tales como vigilarla, perseguirla o buscar su cercanía física; establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación o hacer uso indebido de sus datos personales. O también el tipo agravado del nuevo *delito de ciberacoso* (art. 197.7 CP español) en el que se sanciona al cónyuge o conviviente (actual o pasado) que “sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe

específico de feminicidio⁵. En cualquier caso, lo cierto es que, tras superar numerosas cuestiones de inconstitucionalidad⁶, las figuras género específicas se han consolidado en el derecho penal español y los tribunales de justicia las vienen aplicando con asiduidad desde hace más de diez años, lo que convierte a España en un campo de pruebas adecuado para evaluar los pro y contra de una opción legislativa que, pese a no estar exenta de polémica, sigue difundándose rápidamente en el derecho comparado.

I. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LAS FIGURAS DE GÉNERO ESPECÍFICAS

A. Los factores positivos

La primera ventaja que suele asociarse a las figuras género específicas es el fuerte poder comunicativo que tiene en la actualidad el derecho penal, con potencia suficiente para configurar y consolidar valores sociales. Un potencial que se ha manifestado con mucha intensidad precisamente en el ámbito de la violencia de género.

En la realidad española esto se comprueba con facilidad si comparamos la situación actual con la que existía en los años previos a la Ley Integral, cuando la respuesta jurídica a las agresiones contra las mujeres se construía en torno al equívoco concepto de violencia doméstica, un concepto que no hizo más que consolidar el estereotipo de las mujeres como sujetos altamente vulnerables, asimiladas a los niños y los ancianos⁷. Así lo entendieron los tribunales de justicia cuando situaron el objeto de protección de estos delitos en la paz familiar⁸, desentendiéndose por completo de la dignidad y libertad de las mujeres.

gravemente la intimidad personal de esa persona”.

5 Sobre la falta de necesidad de crear un delito de feminicidio en el derecho español véase, Laurenzo, 2012, p. 137 y ss.

6 La creación de las agravantes de género dio lugar a una fuerte contestación por parte de amplios sectores de la doctrina y la jurisprudencia española que entendieron vulnerado el principio de igualdad porque el incremento punitivo iba dirigido únicamente a los hombres. La STC 59/2008, de 14 de mayo, rechazó estos argumentos sobre la base de una diferencia cualitativa en las agresiones contra las mujeres debido a que responden “a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Véase al respecto Larrauri, 2009, p. 8 y ss.; también, Acale, 2009, pp. 38-39.

7 Maqueda, 2006, p. 5 y s.

8 Expresamente decía el Tribunal Supremo refiriéndose al delito de violencia do-

Fue la Ley Integral la que en 2004 consiguió cambiar esta dinámica patriarcal al definir de forma explícita e inequívoca la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, creando las figuras género específicas a las que nos hemos referido más arriba. Esta opción político criminal contribuyó a hacer visibles las causas más profundas de la violencia⁹ y provocó un giro sustancial en la actitud de los operadores jurídicos. No han sido pocos los policías, jueces y fiscales que a partir de ese momento tomaron conciencia del contenido profundamente discriminatorio del maltrato de género y hoy están claramente comprometidos con los derechos de las mujeres. E incluso los resistentes, aquéllos que siguen rechazando los planteamientos feministas por su propia compenetración con el patriarcado, parecen resignados, con todo, a abandonar el tradicional discurso de la paz familiar para fundamentar sus decisiones —ciertamente con no pocas deficiencias y equívocos— en las ideas de dominio y opresión propias de la violencia estructural.

Todo ello apunta, pues, a un efecto positivo de las figuras género específicas asociado al poder simbólico del derecho penal contemporáneo.

Por otro lado, son innegables los beneficios de las figuras género específicas de cara a cuantificar la violencia contra las mujeres con un nivel elevado de precisión¹⁰, con el efecto añadido —y sin duda imprescindible en términos de prevención— de hacer visible el problema y su gravedad. En España existe en la actualidad abundante información sobre la victimización de las mujeres por motivos de género gracias a los datos que ofrecen periódicamente instituciones tales como el Observatorio estatal de violencia sobre la mujer¹¹ (creado por la Ley Integral); el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder

méstica que se creó en el CP español antes de la Ley Integral: “Puede afirmarse que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor y libertad presidido por el respeto mutuo y la igualdad” —STS 24/06/2000—. Como si pudiera hablarse de igualdad en un contexto de convivencia en el que una de las partes expresa su dominio sobre la otra a través de la violencia.

- 9 La Ley Integral se creó con una finalidad claramente simbólica: se trataba de poner de manifiesto de modo contundente que la lucha contra la violencia de género era una “prioridad absoluta” del Estado. Así, Osborne, 2009, p. 115.
- 10 En relación a los feminicidios, Toledo, 2014, p. 284.
- 11 Recuperado de <<http://bit.ly/2eDip0R>>.

Judicial¹² y la Fiscalía General del Estado, en cuyas Memorias Anuales se presta especial atención a esta forma de delincuencia¹³. Pero, aunque normalmente se vinculan estos objetivos estadísticos con la existencia de delitos específicos de género, conviene no perder de vista que esa relación no es tan necesaria como se la presenta. De hecho, en España uno de los ámbitos más detallados en cuanto a datos se refiere es el de los homicidios de mujeres por motivos de género pese a que no existe en nuestra legislación un delito de feminicidio. La posibilidad de cuantificarlos reside en que se han elaborado protocolos muy precisos en el ámbito judicial que permiten identificar dentro del conjunto de delitos contra la vida aquéllos que responden al concepto de “violencia de género”, lo cual es independiente de su tipificación expresa. También en Perú el *Registro de feminicidio y tentativa de feminicidio* es previo a la creación de la figura penal específica¹⁴.

Más complicadas se vuelven las cosas cuando nos preguntamos por la eficacia preventiva de las figuras género específicas, un asunto trascendental en cualquier evaluación político criminal ya que ninguna norma penal puede considerarse adecuada en términos de legitimidad si no consigue controlar de un modo significativo las conductas que prohíbe¹⁵ o, lo que es igual, si no consigue tener eficacia preventiva. El problema reside en saber cómo medir esa eficacia.

En el ámbito de la violencia de género es muy frecuente, sobre todo entre los políticos, acudir al número de denuncias y condenas para valorar el éxito de la intervención punitiva. Cuantas más denuncias y más condenas, más claro parece estar que el derecho penal cumple su función preventiva de forma adecuada. Desde este punto de vista, seguramente nadie podría dudar de la eficacia de las figuras género-específicas tal como están funcionando actualmente en el sistema penal español. Piénsese que en el año 2014 se presentaron nada menos que 126.742 denuncias en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (en adelante, JVM) —lo

12 Recuperado de <<http://bit.ly/2eUo3MU>>.

13 Recuperado de <<http://bit.ly/2fDRnY0>>.

14 Concretamente, este Registro se creó en el año 2009 por la Fiscalía de la Nación, y opera dentro del Observatorio de Criminalidad. Al respecto, véase el Informe de la Defensoría del Pueblo de la República del Perú: *Feminicidio íntimo en el Perú: análisis de expedientes judiciales, 2012-2015*), Serie Informes Defensoriales: Informe N.º 173-2015-DP, p. 71.

15 Sobre las teorías de la prevención *vid.* Mir, 2015, p. 88 y ss.

que representa una tasa de 53,29 cada 1.000 mujeres— y, lo que parece más importante en los términos que estamos evaluando, de las 46.313 sentencias relacionadas con delitos calificados como violencia de género¹⁶, una amplia mayoría (el 61,25 %) fueron condenatorias¹⁷. A lo que hay que añadir un número nada despreciable de órdenes de protección acordadas: 18.775¹⁸.

Pero si lo que nos estamos preguntando es por la eficacia real de estas figuras en términos de reducción de delitos —en otras palabras, si hay ahora menos violencia de género que antes—, los datos anteriores dicen muy poco. La única información clara que se extrae de esas cifras es que la violencia contra las mujeres se ha judicializado de forma muy intensa en los últimos años, particularmente desde que se apostó por introducir explícitamente la variable de género en la legislación penal. Pero no hay ninguna razón para pensar que el aumento de las denuncias o de las condenas esté haciendo disminuir realmente el número de agresiones contra mujeres¹⁹. De hecho, es significativo que alrededor del 70 % de los casos que llegan anualmente a los tribunales por motivos de género se califiquen como violencia leve²⁰, mientras que el caso paradigmático de violencia de género, la violencia habitual en la pareja, apenas represente el 10 % del total de los delitos instruidos²¹. Ello significa que el amplísimo aparato normativo creado para prevenir la violencia de género en España

16 El dato que se ofrece corresponde a todos los órganos judiciales que juzgan en primera instancia esta clase de delitos: Juzgados de Violencia sobre la Mujer; Juzgados de lo Penal y Audiencias Provinciales. Hay que tener en cuenta que en este cómputo no solo se recogen los tipos penales que circunscriben expresamente el ámbito de los sujetos pasivos a las mujeres —figuras género-específicas— sino también otros delitos comunes cuando la víctima es la mujer pareja del autor, como los delitos de violencia habitual del art. 173.2 del CP español o contra la integridad moral del art. 173.1 del mismo cuerpo legal.

17 Fuente: *Observatorio contra la violencia doméstica y de género* del Consejo General del Poder Judicial (España).

18 En año 2014 se solicitaron un total de 33.167 órdenes de protección, de las que un 56,6 % fueron adoptadas (18.775) y un 43,4 % denegadas (14.391). Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España.

19 Así, Larrauri, 2007, p. 134 y s.

20 La gran mayoría de los delitos instruidos se refieren a la figura del art. 153 CP, que recoge el caso de agresiones físicas o psíquicas leves y puramente ocasionales en la pareja.

21 Concretamente el 10,5 % en el año 2014, según informa el *Observatorio contra la violencia doméstica y de género* del Consejo General del Poder Judicial.

no ha conseguido llegar a los casos más graves, aquellas situaciones en que las mujeres están expuestas de modo particularmente intenso a sufrir agresiones de sus parejas o exparejas sentimentales.

Muchos pensaron que sancionando de forma contundente las primeras manifestaciones de violencia se conseguiría atajar la escalada ascendente que durante mucho tiempo se consideró consustancial al maltrato de género, evitando así los supuestos más graves²². Pero la experiencia de más de diez años ha demostrado que ni el presupuesto de partida ni sus esperadas consecuencias eran tan lineales como se pronosticaba. La prueba es que, pese a las abundantes condenas por delitos leves relacionados con el género, el número de víctimas mortales se ha mantenido prácticamente igual desde que entraron en juego las figuras género-específicas, sin que se observe una tendencia relevante a la baja²³. Y lo que es aún más preocupante, si analizamos la situación en la que se encontraban estas víctimas en el momento de la agresión mortal, descubrimos que la gran mayoría de ellas habían quedado al margen del derecho penal y estaban totalmente desprotegidas. Así, prácticamente el 70 % de estas mujeres no habían sido detectadas por el sistema penal en ningún momento y más del 90 % carecía de medidas de protección en vigor al producirse la muerte²⁴.

Por tanto, sin pretender sacar resultados concluyentes de estos datos, parece claro que el modelo político criminal de la actual legislación española, con una fuerte carga de figuras género-específicas, no garantiza por sí solo la contención de la violencia que sufren las mujeres en su vida de

22 En este sentido dice, por ejemplo, Montalbán: “las amenazas y coacciones ‘leves’ son de mayor gravedad en cuanto que suelen ser el principio de una secuencia y de una violencia superior que puede acabar con la vida de la mujer”. Montalbán, 2006, p. 53 y s.

23 El número de homicidios por violencia de género fluctúa en España en torno a 60 mujeres por año. En 2005 se registraron 57 casos; el pico más alto desde que se mide este tipo de crímenes se alcanzó en 2008 con 76 víctimas; en 2011 fueron 63 y 2014 nos arroja la cifra de 53 mujeres asesinadas por sus parejas o exparejas (fuente: *Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades* del Gobierno de España).

24 Si tomamos como referencia los datos del año 2014, solo el 31,5 % de las víctimas mortales había presentado denuncia en alguna ocasión contra su agresor y apenas el 7,4 % tenía una orden de protección en vigor en el momento del homicidio (Fuente: *Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad).

pareja (la única que podemos evaluar en términos de experiencia judicial por tratarse de la única forma de violencia de género regulada de forma específica en el derecho penal español).

B. Los inconvenientes de la regulación específica

Uno de los motivos fundamentales que llevó a un amplio sector del activismo feminista a apostar por el derecho penal fue su fuerte poder para dar visibilidad al maltrato y crear conciencia social sobre la gravedad de sus consecuencias²⁵ y, como vimos anteriormente, no le faltaba razón. Por lo que se refiere a la experiencia española, sin duda hay un antes y un después de la Ley Integral.

Pero las consecuencias del derecho penal simbólico no siempre son controlables, sobre todo si lo que se persigue es un cambio radical de ciertos valores y pautas de convivencia profundamente arraigados en la cultura mayoritaria. Uno de los problemas principales se encuentra en la propia lógica argumentativa del derecho penal, casi imposible de compatibilizar con grandes reivindicaciones revolucionarias. Por eso no es de extrañar que cuando se acude al ordenamiento punitivo se acaben por sacrificar las reivindicaciones más profundas en aras de ajustarse a los postulados de un sistema legal conservador por naturaleza. Buena muestra de ello es el cambio de perspectiva que se produjo en el discurso feminista cuando se optó por confiar en el sistema punitivo para cristalizar una de las principales demandas del movimiento de mujeres: el derecho a una vida libre de violencia²⁶. Sea o no de manera consciente, lo cierto es que el reivindicativo discurso de la opresión femenina fue sustituido por el lastimero discurso de la victimización²⁷; de personas oprimidas por un sistema social radicalmente injusto, las mujeres pasaron a ser víctimas

25 Uno de los argumentos que se esgrimieron durante el debate parlamentario español en favor del uso del Derecho penal en la Ley Integral fue precisamente la “función pedagógica” atribuida a las normas punitivas. Véase Montalbán, 2006, p. 48, nota n.º 19.

26 El moderno feminismo no se conforma con dar un lugar a las mujeres en el catálogo clásico de derechos humanos sino que aspira a una redefinición total del modelo en el que tengan cabida nuevos derechos pensados desde el proyecto básico de autonomía de las mujeres, tales como los derechos sexuales y reproductivos y el derecho a una vida libre de violencia. Véase al respecto, Bodelón, 2009, pp. 105-107.

27 Sobre el paso del discurso de la opresión al de la victimización, Pitch, 2003, p. 244.

desvalidas de hombres perversos. Así las acogió el derecho penal y esta es la imagen de ellas que transmite a la sociedad.

A la teoría feminista se debe el gran mérito de definir la violencia de género en términos estructurales, como una manifestación de la opresión de las mujeres vinculada a la forma no equitativa en que se han construido las relaciones entre los sexos; un problema de discriminación derivado de la posición subordinada y dependiente que el patriarcado reserva a las mujeres, limitándolas en sus posibilidades de autonomía. Sin embargo, en cuanto entra en juego el derecho penal el problema se redefine²⁸, porque su forma de funcionamiento así lo requiere. El derecho penal funciona con responsabilidades individuales y no colectivas; lo determinante no son las causas más o menos complejas que pueden dar lugar a los comportamientos lesivos de bienes jurídicos sino únicamente la posibilidad de imputar la concreta agresión de un bien jurídico a un sujeto culpable, a un sujeto con capacidad de raciocinio para hacerse responsable de sus actos. Por eso, cuando se traduce en términos jurídico-penales, la violencia de género abandona su indispensable referente estructural y se convierte, en palabras de Tamar Pitch, en una mera “confrontación concreta entre la malvada intencionalidad del ofensor y la víctima inocente y pasiva”²⁹. En otras palabras, al pasar por el tamiz del derecho penal, la violencia de género pierde el componente colectivo y se observa solo como un conjunto de conflictos individuales, donde los agresores asumen el papel de sujetos perversos y las mujeres el de víctimas desvalidas necesitadas de la especial tutela de un Estado protector. Roles redefinidos en términos individuales que para nada reflejan el componente de género propio de la argumentación sociológica. En el campo jurídico ya no se trata de una estructura opresora que se manifiesta en comportamientos autoritarios y violentos, sino de individuos con mentalidad machista que se expresan de forma violenta y por eso pegan a sus mujeres. Ese efecto reduccionista resta especificidad a la violencia de género y la relega a uno más de los muchos conflictos interpersonales que el derecho penal está llamado a controlar³⁰.

Este cambio de perspectiva tiene al menos dos consecuencias muy destacadas que repercuten en la forma de transmitir a la sociedad el significado de la violencia de género. Por un lado, gana protagonismo el

28 Larrauri, 2007, p. 75.

29 Pitch, 2009, p. 121.

30 Bien dice Larrauri que “el sistema penal tiende a transformar un problema social de desigualdad en un problema de control del delito”, Larrauri, 2007, p. 75.

discurso del maltratador —u homicida— como sujeto desequilibrado, desviado, y, por tanto, ajeno a las pautas sociales imperantes en la sociedad, un discurso que permite a la comunidad tomar distancia del agresor sin asumir su parte de responsabilidad en el problema³¹. Por otro lado, se impone la visión de una mujer desvalida, presa de la dependencia emocional y de sus propias debilidades “femeninas”³². Dos imágenes —la del agresor y la de la víctima— totalmente funcionales al patriarcado en tanto mantienen el estigma del sujeto femenino débil e indefenso y no ponen en cuestión la estructura política y cultural generadora de la violencia. Por eso el feminismo crítico ha llegado a calificar el recurso al derecho penal como una auténtica “traición” a las demandas feministas³³, que sucumbe ante los imperativos de un ordenamiento jurídico claramente alineado con los postulados del patriarcado y el liberalismo.

Pero más allá de las repercusiones simbólicas, también desde el punto de vista práctico se aprecian importantes inconvenientes en las figuras género-específicas. Desde que se optara en España por canalizar íntegramente la prevención de la violencia de género a través del sistema penal, son muchas las voces que alertan sobre el grave riesgo de pérdida de autonomía que ello supone para las mujeres³⁴, con el consiguiente perjuicio para los postulados básicos del feminismo liberador. Como bien dice Maqueda Abreu, el discurso de la victimización es un poderoso instrumento del Estado para controlar a las mujeres³⁵, porque la posición de fragilidad en que las sitúa permite marcarles desde fuera las pautas de lo que deben hacer; se las disciplina mediante indicaciones sobre lo que está bien y lo que está mal, lo que es aceptable y lo que es reprochable en las relaciones de pareja. Las mujeres aparecen una vez más domesticadas, no ya por su padre o su marido, como antaño³⁶, sino

31 Más ampliamente Laurenzo, 2008, p. 350 y s.

32 Véase Pitch, 2003, p. 248

33 Pitch, 2009, p. 120.

34 Con razón advierte Pitch, 2009, p. 125, que cuando el feminismo se convierte en “productor de normas” corre el riesgo de limitar la libertad y subjetividad de las mujeres.

35 Maqueda, 2014, p. 106.

36 No es que en la actualidad esté totalmente superado este tipo de dominación, pero hace años ya que la teoría feminista ha desvelado las trampas del pensamiento ilustrado y su representación de la autoridad paterna y marital como elementos consustanciales al “mundo doméstico”. Véase Bodelón, 2003, p. 185 y ss.

ahora por el Estado³⁷ y algunas organizaciones de mujeres (las aceptadas por el poder establecido) que se erigen en defensores legítimos —y únicos— de sus derechos.

La idea de que toda mujer que ha pasado por una situación de violencia de género sufre graves deterioros psíquicos es el argumento fundamental para justificar que otros tomen las riendas de sus vidas y las dirijan hacia la salida “correcta”, una salida que se sitúa de forma casi exclusiva en la denuncia³⁸ y la consiguiente sanción penal del maltratador. Cualquier otro camino se considera equivocado. Por eso, cuando una mujer se rebela y actúa de manera antinormativa, de una u otra forma recibe un correctivo por parte del sistema. En ocasiones ese correctivo se traduce en sanciones —formales o informales—. Relata Larrauri, por ejemplo, que en algunos Estados de los Estados Unidos de América la retirada de una denuncia por malos tratos puede dar lugar a la pérdida de la guarda y custodia de los hijos por incumplimiento de sus deberes familiares³⁹. Otras veces los poderes públicos prefieren asumir un papel protector y, en lugar de sancionar a las díscolas, profundizan en su victimización apelando a su incapacidad emocional para enfocar de forma “adecuada” el problema, lo que les habilita para sustituir la voluntad de la mujer (ya descalificada por incapaz⁴⁰) por una decisión institucional⁴¹.

37 Maqueda, 2008, p. 396, se refiere en este sentido al Estado como nuevo gestor de la moral social.

38 Larrauri, 2007, p. 60. Afortunadamente, en los últimos años algunos acuerdos internacionales firmados por España relativizan la tendencia a supeditar rígidamente toda la protección de las víctimas de violencia de género a la previa denuncia en sede penal. Así, el ya citado *Convenio de Estambul* expresamente dispone en su art. 18.4 que “la prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar (sic) contra cualquier autor de delito”. Entre esos servicios se hace referencia al asesoramiento jurídico y psicológico, la asistencia financiera, el alojamiento, educación y asistencia en la búsqueda del empleo (art. 20).

39 Larrauri, 2007, p. 79.

40 En un estudio reciente sobre los problemas prácticos para el control de la violencia de género en el Estado español, se insiste en que “la violencia de género tiene consecuencias negativas sobre la salud psíquica de las mujeres afectadas”, llegándose a la conclusión de que “este deterioro psicológico que muchas mujeres sufren las inhabilita para tomar decisiones y buscar salidas a su situación” -*Estudio sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género*, Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Gobierno de España, presentado en julio de 2015.

41 Con razón sostiene Medina que “existe cierta paradoja en combatir el control al

La experiencia española demuestra que ese modelo de tutela estatal de las mujeres frecuentemente se vuelve contra ellas, imponiéndoles comportamientos ajenos a su voluntad⁴². Veamos algunos ejemplos.

No es infrecuente que en parejas donde ha existido violencia y pesa sobre el agresor una orden de alejamiento se produzcan reconciliaciones que llevan a reanudar la comunicación íntima e incluso la convivencia. Obviamente una reconciliación presupone el consentimiento de la mujer para cuya seguridad se estableció judicialmente el alejamiento —sea como medida cautelar o como pena— y precisamente por eso surge un dilema difícil de resolver para el derecho penal: ¿se debe conceder relevancia a la voluntad de la mujer y por tanto no sancionar al procesado o condenado que incumplió la orden judicial o, por el contrario, hay que penar al infractor por el delito de quebrantamiento de condena y forzar así la separación de la pareja?

Cuando el problema empezó a plantearse en España, no faltaron voces en el ámbito judicial que apelaron a la necesidad de respetar la voluntad de las mujeres partiendo de su condición de sujetos capaces de gobernar sus propias vidas aun en situaciones complicadas⁴³. Sin embargo, la deriva que tomó el legislador español fue precisamente la contraria, hasta el punto de modificar la ley en el año 2003 para hacer obligatoria la imposición de la pena de alejamiento en todos los delitos de violencia de género⁴⁴, desentendiéndose por completo de la opinión de la mujer y de las circunstancias del caso. Detrás de esta medida se encontraba la desconfianza hacia un estamento judicial poco implicado por entonces con el problema del maltrato; pero también la aceptación implícita de un estereotipo muy habitual en las políticas de género: la idea de que toda mujer que ha vivido algún episodio de violencia, cualquiera sea su

que están sometidas estas mujeres por parte de sus maridos por medio de su sometimiento y control al discurso superior del sistema de justicia penal”. Medina, 2002, p. 422 y s.

42 Así también Maqueda, 2006, p. 13.

43 Así, por ejemplo, La Audiencia Provincial de Sevilla, en la Sentencia n.º 430/2004, de 15 de julio, sostuvo que es “absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección de la víctima —pues esta es la verdadera finalidad político-criminal de la pena accesoria...— en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando esta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios actos”.

44 Véanse los arts. 57.2 y 48 del CP español.

entidad, sufre alienación emocional y está incapacitada para adoptar decisiones “correctas” por sí misma. Precisamente por eso el sistema penal se considera legitimado para decidir por ella y marcarle el camino, el único reconocido como racionalmente válido: la separación forzosa del agresor y la consecuente penalización de este por quebrantamiento de condena si se acerca a ella, aunque sea con su pleno y libre consentimiento.

Vaya por delante que tanto la pena como la medida cautelar de alejamiento son instrumentos fundamentales para asegurar la protección de las víctimas de violencia de género y que ciertamente existen casos graves —no pocos— en los que las mujeres consienten la reanudación de la convivencia presionadas por el acoso y la coacción del maltratador. Pero ni todos los supuestos en los que ha existido algún episodio de violencia en la pareja tienen esa gravedad ni tampoco puede aceptarse como premisa indiscutible que siempre y en todo caso la mejor salida para la mujer sea la separación. En un ordenamiento jurídico respetuoso con la dignidad de las mujeres y su capacidad de agencia, el criterio guía debería ser siempre que la mejor salida es la que ella misma decida⁴⁵, aunque no responda a la normatividad establecida. Con frecuencia, las mujeres acuden al sistema penal como vía para conseguir el cese de la violencia pero no buscan la ruptura de su relación sentimental y menos aún la sanción del agresor. Seguramente muchas de ellas estarán equivocadas, pero el derecho penal no es la instancia más adecuada para ayudarlas a descubrirlo. Por eso, salvando los casos extremos en los que el maltratador mantiene a la víctima bajo una situación de dominio absoluto y coacción psicológica manifiesta⁴⁶, el sistema penal debería tener en cuenta la opinión de las mujeres

45 Lo que no excluye la intervención de terceros que la ayuden a esclarecer su situación y a valorar las alternativas para superarla. Pero esto no es incompatible con el respeto de su capacidad de agencia y tampoco debería serlo con la resistencia de algunas mujeres a denunciar a su pareja violenta. Por fin parece que algo comienza a moverse en los poderes públicos españoles en este sentido, al menos por lo que al diagnóstico del problema se refiere. Así, es alentador que en el reciente *Estudio sobre la inhibición a denunciar de las víctimas de violencia de género* impulsado desde la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad del Gobierno de España (2015) se reconozca la necesidad de “respetar los ritmos de cada mujer y sus decisiones”, así como de fortalecerlas con “ayuda médica y psicológica, la formación o la incorporación al mercado laboral”.

46 En cuyo caso no habrá un consentimiento válido y por tanto entraríamos en un contexto diferente al que se analiza aquí. Cuando la reanudación de la convivencia se produce por imposición del maltratador, en realidad hay un supuesto más de

y ajustar su respuesta punitiva a las circunstancias y necesidades de cada caso⁴⁷. Las soluciones rígidas que ignoran completamente la voluntad de las implicadas suponen siempre un desprecio de su dignidad y se vuelven contra ellas al restringir injustificadamente su libertad.

Otro punto de fricción entre la política oficial abiertamente punitivista y el derecho de autodeterminación de las mujeres lo encontramos en el uso que muchas de ellas hacen de la dispensa de declarar en juicio contra su cónyuge o conviviente, prevista en el art. 416.1 de la LECr⁴⁸. El problema surge porque en los delitos que se producen en la intimidad del hogar generalmente la única prueba de cargo es la declaración de la propia víctima, de modo tal que si ella se niega a declarar es muy posible que el proceso acabe en sobreseimiento o absolución por falta de pruebas⁴⁹. Así, en España, durante el año 2014, el 46 % de las retiradas de acusación por la fiscalía en juicios de violencia de género se debió a la falta de prueba al acogerse la víctima a la dispensa de declarar contra su marido⁵⁰ y, en el mismo año, se registraron 15.721 casos de renuncia de las mujeres al proceso en los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, lo que representa una ratio de 12,40 %⁵¹.

Más allá de la frustración que esto produce en los operadores jurídicos, muchos consideran que la principal perjudicada es la propia mujer, ya que “los presuntos delitos de su agresor quedan impunes”⁵². Una vez más, el discurso único de la sanción penal. Y, como trasfondo, la posición paternalista que sitúa a las mujeres a las puertas de la inimputabilidad. Muy claro es en este sentido el *Informe de expertos y expertas*

violencia de género que debe ser sancionado con contundencia para garantizar la seguridad de la víctima.

47 Así, Faraldo, 2010, p. 202 y ss.

48 Este precepto dispone que están dispensados de la obligación de declarar contra el procesado, entre otros, “su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”. Véase también art. 707 LECrim.

49 Si la mujer se niega a declarar en fase de instrucción generalmente faltarán indicios suficientes de criminalidad y se acordará el sobreseimiento provisional; cuando la negativa se produce en el acto del juicio oral y no hay otras pruebas concluyentes, el final suele ser la absolución.

50 Fuente: Memoria de la Fiscalía General del Estado 2015.

51 Fuente: *Observatorio contra la violencia doméstica y de género* del Consejo General del Poder Judicial. Esa cifra refleja la posición de la víctima en los distintos momentos de la tramitación del proceso.

52 Pelayo, 2009, p. 508.

del Consejo General del Poder Judicial español de 2011 cuando sostiene que en el ámbito de la violencia de género la dispensa de declarar es un “instrumento de dominación al servicio del violento” porque en este tipo de relaciones “imperla dominante el agresor frente a una víctima especialmente vulnerable”⁵³. Por eso, desde muy diversos sectores del ámbito judicial y de asociaciones de mujeres se propone despojar a estas víctimas del derecho a no declarar para obligarlas así a inculpar a su agresor.

Se impone así, una vez más, el discurso victimista que considera a las mujeres incapaces de tomar decisiones razonables en situaciones problemáticas, una imagen construida a partir de la experiencia de los casos más graves de violencia de género, pero que poco tiene que ver con muchas mujeres que llegan a los tribunales arrastradas por un sistema penal hipertrofiado que criminaliza hasta el más nimio episodio de agresividad en la pareja. Si se tiene en cuenta que el primer —y único— consejo que recibe una mujer que acaba de pasar por un episodio de violencia, aunque sea leve y circunstancial, es que denuncie sin demora, no puede extrañar que muchas de ellas posteriormente se retracten y opten por otras alternativas menos perjudiciales para su entorno y, por qué no, para su pareja. Algunas perdonarán, otras gestionarán el conflicto de pareja por vías alternativas —ayuda psicológica, mediación⁵⁴— y otras seguirán su camino al margen del maltratador pero también del derecho penal. Ciertamente es legítimo —y necesario— proteger a las mujeres que entran al sistema penal cuando su situación es ya muy peligrosa por encontrarse inmersas en un contexto violento y amenazante que coarta su libertad de actuación, pero esto no puede hacerse a costa de anular la libertad de decisión de todas las mujeres que en algún momento pasan por episodios de violencia de género. La obligación de los poderes públicos es poner los medios necesarios para apoyar a las víctimas que están atravesando situaciones coactivas graves para evitar que sucumban a los

53 Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial acerca de los problemas técnicos detectados en la aplicación de la LO N.º 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género y en la de la normativa procesal, sustantiva u orgánica relacionada, y sugerencias de reforma legislativa que los abordan, Consejo General del Poder Judicial (España), enero de 2011, p. 28.

54 En los casos menos graves de violencia de género la mediación puede ser una vía para empoderar a las mujeres al hacerlas partícipes de la solución de su problema. Véase Esquinas, 2008, p. 124.

dictados del maltratador; pero sin avasallar por ello la decisión de las que optan libremente por abandonar el sistema penal.

Los dos ejemplos que acabamos de analizar ponen de manifiesto hasta qué punto el sistema penal, a través del discurso de la victimización, profundiza en el estigma de las mujeres como sujetos incapaces de agencia. Y lo hace en un doble sentido. Por un lado, arrebatándoles la posibilidad de tomar decisiones diferentes a las normativamente impuestas (que en el caso de la violencia de género es la separación del agresor y el aseguramiento de su condena). Pero también, en sentido inverso, quitándoles capacidad para responder por sus propios actos cuando se apartan de los dictados del derecho. Así, en el caso de la mujer que consiente o incluso toma la iniciativa en una reconciliación sabiendo que pesa sobre su pareja una orden de alejamiento, las reglas generales del derecho penal indican que debería responder por inducción o cooperación necesaria en el delito de quebrantamiento de condena. Sin embargo, en la práctica no es así porque la Fiscalía, fiel seguidora del paternalismo institucional, se abstiene de acusar a estas mujeres en todos los procesos por quebrantamiento donde ha existido consentimiento⁵⁵. Se evita de este modo la absurda consecuencia de penalizar precisamente a quien el alejamiento pretende proteger, pero sin poner en duda la razonabilidad de una política criminal empeñada en tutelar a las mujeres incluso cuando ellas no lo quieren.

Y algo parecido se está gestando ante la posibilidad de que el ordenamiento procesal acabe arrebatando a las víctimas de violencia de género el derecho a no declarar contra su cónyuge o conviviente. Los promotores de la reforma del art. 416 de la LECrimson conscientes de que este nuevo giro autoritario podría desembocar una vez más en la criminalización de las mujeres, sea por obstrucción a la justicia, desobediencia grave o falso testimonio⁵⁶, por lo que se ven obligados a proponer a cambio, por muy

55 En el año 2005 los *Fiscales Delegados de violencia sobre la mujer*, bajo la dirección de la *Fiscal de Sala Delegada contra la violencia sobre la mujer*, decidieron que “cuando el quebrantamiento se haya producido con el consentimiento de la víctima, no se procederá por el Fiscal a interesar la deducción de testimonio contra ésta por el delito del artículo 468 ni como autora por inducción ni por cooperación necesaria, al entender que tal conducta no es subsumible en los apartados a) y b) del artículo 28.2 CP”. Citado en la *Memoria de la Fiscalía General del Estado*, Vol. I, Madrid, 2008, p. 502.

56 Si la mujer citada a declarar decide no acudir al juicio, podría incurrir en un delito de obstrucción a la justicia (art. 463 CP) y si persiste en su actitud, habría lugar a un delito de desobediencia grave (art. 556 CP). Si, en cambio, se presenta en el

paradójico que resulte, una eximente específica de pena dirigida a asegurar la impunidad de las víctimas que incurran en falso testimonio para no incriminar a su agresor⁵⁷. Como bien se ha apuntado en la doctrina, una eximente de este tipo supone reconocer de antemano el fracaso de la tan requerida reforma del art. 416.1 LECr, ya que se da por hecho que cuando una mujer está decidida a no incriminar a su agresor lo conseguirá de un modo u otro —si la obligan a declarar, mentirá en el juicio— por lo que poco se gana de cara a obtener pruebas de cargo para asegurar una condena⁵⁸. Pero además de este fracaso anunciado, desde el punto de vista del derecho penal sustantivo queda por saber cómo se podría fundamentar una exención de pena de esas características. Y la respuesta no es nada alentadora: otra vez nos remiten a la “gran inestabilidad emocional” que atraviesan las víctimas de violencia de género y su consecuente incapacidad para actuar de manera racional⁵⁹. Incapacidad que, por cierto, solo se predica de las mujeres que actúan de forma antinormativa: son inimputables cuando su comportamiento obstruye de algún modo la condena del agresor pero no así cuando denuncian y declaran en su contra.

En suma, el discurso de la victimización que pretende proteger a las mujeres incluso frente sí mismas no hace más que reforzar la deriva autoritaria de un sistema penal que a través de medidas paternalistas les quita capacidad de agencia, perjudicando así, de modo particularmente sutil, los objetivos liberadores del mejor feminismo.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS

A la vista de los instrumentos internacionales que imponen a los Estados el deber de implementar un sistema adecuado y eficaz para con-

acto del juicio oral pero miente en la declaración para proteger a su pareja, estaríamos ante un delito de falso testimonio del art. 458.1 CP. Todos los preceptos citados corresponden al CP español.

57 Concretamente, en el ya citado *Informe del grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial* (p. 24) se propone crear una eximente de pena en el delito de falso testimonio para los casos en que la víctima del delito declare como testigo faltando a la verdad para proteger a su agresor.

58 Así, Castillejo / Serrano, 2013, p. 577.

59 Se acude a la inimputabilidad o al miedo insuperable. De esta última opinión, haciendo referencia expresa a la inestabilidad emocional, Pelayo, 2009, p. 509.

trolar las graves consecuencias de la violencia de género⁶⁰, nadie debería dudar de la legitimidad de la intervención penal para prevenir y sancionar este tipo de conductas. Así se infiere de la propia definición internacional de violencia de género, que alude al “daño o sufrimiento físico, sexual y psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad”⁶¹, comportamientos todos ellos que atentan contra bienes jurídicos básicos de la personalidad. De forma unánime la doctrina penal concede legitimidad al uso de la pena cuando se trata de proteger los derechos fundamentales sobre los que se asienta cualquier Estado democrático. Por eso es indiscutible que el derecho penal debe actuar con contundencia cuando una mujer es víctima de agresiones por parte de su pareja (o en cualquier otro contexto de violencia de género) que impliquen un menoscabo significativo de bienes tan esenciales como la vida, la salud física o psíquica o la libertad en sus diversas manifestaciones: sexual, ambulatoria, etc.

Pero nada de esto conduce todavía a la necesidad de crear delitos específicos con sujeto pasivo femenino. Antes de plantear siquiera esta alternativa es necesario preguntarse por qué no basta con el derecho penal común para contrarrestar la violencia de género. Y lo cierto es que la respuesta no tiene que ver con la falta de tipos delictivos, ya que no hay sistema jurídico que no contemple delitos tales como el asesinato, homicidio, lesiones, violación, detención ilegal o malos tratos, por citar solo algunos. Eso demuestra que el problema de fondo está en otro lado: no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal; el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema desde el que se pretende erradicarla, lo que con frecuencia se manifiesta en la

60 La *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará, 1994)* fue pionera en la línea de imponer de forma vinculante a los Estados Partes el deber de adoptar medidas contra la violencia de género, incluyendo normas de naturaleza penal (véase art. 7 de la Convención). En Europa, en cambio, ha habido que esperar hasta el *Convenio de Estambul* de 2011 para tener un instrumento vinculante para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. Al respecto, Lloria, 2015, p. 89.

61 *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, ONU, Resolución de la Asamblea General 48/104 de 20 de diciembre de 1993. En línea similar se expresa el art. 1 de la Convención de Belém do Pará, si bien aquí se incluye de forma explícita la muerte como uno de los daños posibles.

minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos o incluso en su justificación, con la consecuente sensación de impunidad para los autores y de desprotección para las mujeres. En la reciente experiencia española esto se manifestó en la fuerte resistencia que mostraron en un principio muchos jueces a aplicar el delito de violencia doméstica habitual apelando a la privacidad de los conflictos familiares⁶². Y en Latinoamérica es de sobra conocida la sanción que recibió el Estado mexicano por la desidia y el trato discriminatorio que mostraron sus funcionarios en el esclarecimiento de los terribles asesinatos de mujeres en ciudad Juárez⁶³, muchos de ellos todavía impunes.

Por eso, antes de pensar en más tipos penales, parece necesario tomar las medidas adecuadas para garantizar la aplicación estricta de los ya existentes, lo que solo se puede conseguir creando conciencia entre los operadores jurídicos de la magnitud y gravedad de la violencia de género. En España se ha adelantado mucho en este aspecto gracias a la especialización de los órganos judiciales —Fiscalía y Juzgados de Violencia sobre la Mujer— y también a los grandes esfuerzos que se hicieron en los primeros años de vigencia de la Ley Integral para “asegurar una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género”, dirigida a jueces y magistrados, fiscales, secretarios judiciales, fuerzas y cuerpos de seguridad y médicos forenses, tal como dispone la Ley Integral (art. 47). Igualmente importante es que se cuente con medios adecuados para la rápida detección del riesgo y para proteger desde el primer momento a las mujeres que se encuentran en situación de peligro⁶⁴.

62 Vid. Laurenzo, 2005, p. 7. Esa falta de implicación de los jueces llevó a que el primer delito de violencia habitual, creado en España a finales de los años ochenta del siglo pasado, apenas se aplicara en la práctica.

63 Sentencia de la Corte IDH de 16 de noviembre de 2009, caso *González y otras vs. México (Campo Algodonero)*. La Corte entendió que el Estado mexicano había faltado a los deberes de debida diligencia en la prevención, investigación y sanción de los actos de violencia de género recogidos en la Convención de Belém do Pará. Una reseña completa de este caso puede verse en Faúndez Ledesma, 2013, p. 297 y ss.

64 El *Convenio de Estambul* impone a los Estados europeos el deber de adoptar “las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio” (art. 49.2), incluidas las medidas que garanticen la rápida valoración del riesgo y la protección inmediata a las víctimas (arts. 50 y ss.).

Estas intervenciones de naturaleza procesal y formativa pueden contribuir de manera decisiva a contrarrestar los estereotipos que tradicionalmente han obstaculizado la aplicación estricta del derecho penal en materia de violencia de género, favoreciendo así una mayor protección de las mujeres. Con todo, ello no impide que se pueda pensar, además, en las figuras género-específicas como instrumento adicional para conseguir una mejor protección frente a la violencia machista.

En favor de esta idea se ha alegado que los tipos comunes resultan insuficientes para dar visibilidad a las causas más profundas de la violencia de género y por eso poco pueden contribuir a cambiar los valores y pautas de comportamiento que la generan. Pero, como ya vimos, esta apelación al poder simbólico del derecho penal es difícil de compatibilizar con los postulados básicos del feminismo liberador. Está de sobra demostrado que el derecho penal no es una herramienta idónea para cambiar de raíz las estructuras sociales, único escenario en el que se puede imaginar una vida libre de violencia. El debate que tuvo lugar en España con motivo de la creación de las figuras género-específicas dejó muy claro que una vez que se acude al derecho penal hay que someterse a sus reglas, lo que supone, entre otras cosas, renunciar al contenido reivindicativo del discurso de género⁶⁵. Quedó demostrado, por ejemplo, que resulta de todo punto imposible introducir en el razonamiento jurídico-penal la idea de responsabilidad colectiva propia del concepto sociológico de violencia de género sin recibir de inmediato duros reproches por el supuesto intento de resucitar el siempre temido “derecho penal de autor”⁶⁶. Bien es verdad que esta crítica tiene fácil respuesta, porque la idea de responsabilidad colectiva que desarrolla el feminismo en este contexto no hace referencia a “los hombres” como suma de individuos caracterizados por la pertenencia al sexo masculino, sino a la sociedad en su conjunto, construida sobre valores androcéntricos que colocan a las mujeres en posiciones más vulnerables a la violencia, una idea que no afecta en nada los presupuestos penales de atribución de responsabilidad personal en función de la culpabilidad del autor⁶⁷. Pero aun así, está claro que ese factor estructural tan necesario

65 Así Toledo, 2014, p. 284.

66 Por todos, Boldova / Rueda, 2004.

67 Porque la idea de responsabilidad colectiva se mueve en un plano de razonamiento distinto de aquél en el que se realiza el juicio de culpabilidad propio del derecho penal. Lo que se quiere decir con aquella referencia es que la violencia de género es algo más que un estallido puntual de violencia entre dos personas. Es el fruto de unas pautas de comportamiento profundamente arraigadas en la sociedad y

para dotar de especificidad a la violencia de género se resiente cuando pasa por el tamiz de los principios penales y, por eso, aquella vulnerabilidad de las mujeres que en el discurso de género aparece asociada a factores de discriminación producidos desde el propio sistema, en el lenguaje penal se convierte en pura “fragilidad femenina”.

De este modo, el efecto positivo inmediato que puede esperarse de las figuras género específicas —en términos de concienciación social— se ve claramente contrarrestado por el reforzamiento de burdos estereotipos de género nada compatibles con el fin último de deconstruir la estructura patriarcal y los valores que la sustentan, empezando por la eterna imagen de debilidad del sujeto femenino.

Pero las dificultades no acaban aquí. Dejando a un lado el plano simbólico, las figuras género-específicas plantean también un problema importante de construcción típica que hasta ahora ninguna legislación ha conseguido resolver de manera convincente. Me refiero a cómo definir en la ley penal los comportamientos constitutivos de violencia de género en términos que resulten aceptables para cumplir con las estrictas exigencias del principio de legalidad⁶⁸. El problema reside en que el concepto sobre el que se ha basado toda la explicación de la violencia de género se mueve en un plano teórico distinto al que es propio de la ley penal, un plano en el que los fenómenos se describen por las causas que les dan origen y sus repercusiones en la vida social y no por las formas concretas que adquieren en los comportamientos de sujetos individuales. Así, todo el mundo entiende a qué se refiere la Ley Integral española cuando en su art.

compartidas, de un modo u otro, por todos. De ahí la responsabilidad colectiva por la posición de vulnerabilidad en la que esas pautas de comportamiento social colocan a las mujeres. Esto demuestra que la violencia de género tiene un fuerte componente discriminatorio derivado de la exclusión o subordinación del sujeto femenino en la estructura social, de donde se sigue que los ataques a su vida, salud o libertad en un contexto de violencia de género suponen algo más que la lesión de esos bienes jurídicos: atacan también, y de forma muy significativa, a su dignidad como personas (en este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional español en la ya citada Sentencia N.º 59/2008, 14.05.2008). Como se ve, se trata de un razonamiento totalmente independiente de los requisitos que prevé el derecho penal para imputar un hecho a un sujeto culpable, que en nada deberían cambiar cuando se juzga un caso de violencia de género. Cosa distinta es que resulte complicado circunscribir el concepto mismo de violencia de género siguiendo las exigencias del derecho penal. Pero de eso hablaremos luego.

68 Llama la atención sobre este problema, Toledo, 2014, p. 197 y ss.

1 define la violencia de género como “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” o cuando la Convención de Belém do Pará, también en su art. 1, habla de “cualquier acto o conducta, *basada en el género*, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a una mujer”. Eso basta para comprender el componente estructural y sexista de este tipo de violencia y para entender también por qué sus víctimas son precisamente las mujeres. Pero a la ley penal le hace falta algo más: es preciso describir de forma clara los elementos objetivos y subjetivos que circunscriben la conducta típica, de modo tal que se pueda saber de antemano qué comportamientos están abarcados por la norma prohibitiva y cuáles no. Y ahí está una de las mayores debilidades de las figuras género-específicas, ya que con demasiada frecuencia se limitan a trasladar sin más los componentes del concepto sociológico de violencia de género al plano de la ley penal —o a su interpretación— sin reparar en que los niveles argumentativos son totalmente distintos y tienen exigencias diversas.

En el derecho latinoamericano esta deficiencia se detecta con claridad en las nuevas figuras de feminicidio, que tienden a definir la conducta típica acudiendo a criterios tales como matar a una mujer “por el hecho de ser mujer” o “por su condición de mujer”⁶⁹ o por motivos “misóginos”⁷⁰.

Las figuras género-específicas del CP español, en cambio, no hacen referencia alguna a los factores de género desencadenantes de la violencia y se limitan a circunscribir el ámbito típico en función del sujeto pasivo —una mujer— y del contexto en el que se produce el maltrato: una relación de pareja (actual o pasada). Sin embargo, han sido los jueces quienes han recurrido al concepto sociológico para delimitar el alcance de aquellos delitos partiendo de la premisa, ampliamente mayoritaria en la jurisprudencia, de que no todo acto de maltrato producido en la pareja puede considerarse violencia de género. Así, trasponiendo sin más el art. 1 de la Ley Integral al ámbito penal, el Tribunal Supremo español ha determinado que una acción de violencia física en el seno de la pareja debe considerarse violencia de género “solo y exclusivamente... cuando el hecho sea manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder *del hombre sobre la mujer*”⁷¹. No por casuali-

69 El art. 108-B del CP peruano se refieren a “matar a una mujer *por su condición de tal...*”

70 Toledo, 2014, p. 280.

71 STS N.º 1177/2009, la cursiva es mía.

dad el tribunal cambia el plural utilizado en la Ley Integral —relaciones de poder *de los hombres sobre las mujeres*, dice el art. 1— por el singular que hace referencia a un solo hombre y a una sola mujer. Por muy sutil que parezca, ahí se descubre la confusión de niveles argumentativos que contamina todo el razonamiento: de forma imperceptible se pasa del nivel estructural al de los conflictos interindividuales; del contexto social que genera la violencia a un acto aislado de violencia contra una mujer concreta. El art. 1 de la Ley Integral hace referencia a las causas estructurales de la violencia de género; lo que está diciendo es que las mujeres (como grupo, como colectivo) están discriminadas en la sociedad patriarcal debido al inequitativo reparto de poder entre los sexos (*relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres*) y que esa posición subordinada en que las coloca el sistema —no un hombre concreto— las convierte en blanco de actos de violencia, sea para sojuzgarlas o como simple manifestación de la superioridad masculina. Ciertamente que este concepto puede y debe servir de guía para construir los tipos penales de violencia de género. El problema es cómo hacerlo.

Está claro que el concepto de violencia de género hace referencia a relaciones de poder, pero es absurdo deducir de ahí que cada golpe, cada insulto, cada amenaza, deben realizarse con el específico “ánimo de dominar” a la mujer en la situación concreta. Con independencia de las enormes dificultades de prueba que suscita este elemento subjetivo, lo importante es que se trata de una exigencia que nos conduce por el camino equivocado, ya que lo determinante no son los “motivos” que llevan al autor a ejercer la violencia en ese momento concreto⁷² sino el hecho en sí de utilizarla como forma de relacionarse con su pareja, desarrollando una pauta de conducta que tiene que ver con las relaciones de dominio y subordinación entre los sexos propias del patriarcado. Es aquí donde está

72 En España es muy frecuente que los tribunales acudan a los motivos que provocaron la agresión para decidir si hay o no violencia de género. “La situación de dominio exigible en tales situaciones —dice el Tribunal Supremo—, está, sin duda, íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión” (STS N.º 58/2008, de 25 de enero). Pero la jurisprudencia dista mucho de ser uniforme en este punto. El propio Tribunal Supremo se ha expresado en ocasiones de manera distinta, considerando que bastan las exigencias recogidas de forma explícita en la ley penal —la relación de pareja y el acto de violencia— para definir qué es y qué no es violencia de género a efectos penales, de modo tal que “es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo” (STS N.º 807/2010, de 30 de septiembre)

el factor diferencial de la violencia de género. El problema es que, en mi opinión, esta idea solo se puede traducir en términos de tipicidad penal cuando la violencia se produce en un contexto indiscutible de dominio-subordinación, como sucede en la violencia habitual. En buena medida a eso apunta el Tribunal Supremo español cuando exige que la violencia se produzca “en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre”⁷³. Sin embargo, cuando los tribunales han pretendido aplicar este criterio para calificar episodios aislados de violencia —un acto aislado de violencia física o unas amenazas leves descontextualizadas— han acabado en la más absoluta arbitrariedad, haciendo depender el componente de género de sus caprichosas ideas sobre qué es y qué no es un contexto de dominación⁷⁴. Ello no quiere decir que no exista violencia de género en los actos singulares de malos tratos, amenazas, coacciones o vejaciones injustas —la jurisprudencia está plagada de ejemplos—, lo que significa es que, en estas situaciones, resulta muy difícil traducir el componente discriminatorio en términos aceptables desde el punto de vista del principio de legalidad. Solo incorporando al tipo penal la exigencia de un contexto objetivo de dominación expresado en hechos externos parece posible alcanzar ese fin.

En el caso del feminicidio, algunas legislaciones latinoamericanas han intentado superar los problemas de indeterminación típica por la vía de enumerar en la propia ley los supuestos que se consideran muertes por motivos de género. En la ley de México Distrito Federal, por ejemplo, se describen casos en que “la víctima presente signos de violencia

73 STS N.º 1177/2009.

74 Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Murcia (Sentencia de 23.09.2011) no consideró que hubiera violencia de género en unas amenazas dirigidas por un hombre a su expareja femenina, por “no constar actuaciones (ya verbales, ya gestuales, o de otra índole) que proyecten razones de desigualdad o de menosprecio a la dignidad de la mujer o de la imposición de la voluntad del varón sobre la mujer”. Se trataba de un hombre con antecedentes por violencia de género que, tras arrebatar el teléfono celular por la fuerza a la mujer y amenazarla de muerte si avisaba a la policía, acabó tirándola contra el cristal de una cafetería y propinándole varios puñetazos. O también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 19.06.2013 (N.º 715/2013), que rechazó la calificación de violencia de género por ausencia del ánimo de dominación en el caso de un hombre que forcejeó con su excónyuge, dándole diversos empujones y tirones de pelo debido a una discusión sobre el régimen de visitas de su hija. La Sala entendió que estos hechos no respondían a una relación de poder del hombre sobre la mujer sino a una simple “trifulca” por la custodia de la hija común.

sexual”, o cuando se le hayan “infligido lesiones infamantes, degradantes o mutilaciones”, o cuando “la víctima sea expuesta, depositada o arrojada en un lugar público”, entre otras situaciones⁷⁵. Sin duda todos ellos supuestos indiscutibles de violencia de género, pero también, con toda seguridad, muy lejos de ser los únicos⁷⁶. Tratar de abarcar mediante la enumeración típica el amplísimo campo de la violencia de género es una tarea imposible —como sucede siempre con las técnicas casuísticas— y por eso no parece un camino transitable para resolver el problema que aquí nos planteamos⁷⁷.

III. CONCLUSIONES

De todo lo dicho hasta aquí se pueden extraer tres conclusiones: 1. Las figuras género específicas poseen un fuerte poder simbólico del que cabe esperar un razonable aumento de la conciencia ciudadana respecto a la frecuencia y gravedad de la violencia contra las mujeres. 2. Sin embargo, el recurso al derecho penal implica necesariamente renunciar al componente reivindicativo del concepto de violencia de género para cambiarlo por el discurso de la victimización de las mujeres y el consecuente reforzamiento de la imagen de fragilidad y debilidad del sujeto femenino. 3. Es extremadamente difícil encontrar los elementos adecuados para captar la esencia de la violencia de género en términos aceptables para el principio de legalidad penal.

A la vista de estos resultados, y aun admitiendo que los inconvenientes son muy fuertes, sería apresurado descartar sin más la conveniencia de acudir en algunos casos a los delitos con sujeto pasivo mujer. Parece, más bien, que hay que ajustar la respuesta a las circunstancias concretas de cada región, atendiendo sobre todo a la naturaleza y entidad de las agresiones

75 Véase el texto íntegro en Toledo, 2014, p. 262. La misma autora explica que el texto legal del Distrito Federal sirvió de modelo a las leyes de muchos otros Estados de México.

76 La legislación peruana sigue un camino a mi modo de ver más adecuado, ya que no define situaciones concretas sino contextos objetivos que ponen de manifiesto el abuso de poder (art. 108-B CP peruano).

77 Lo que no resta valor ni legitimidad al modelo implantado en México, ya que está claro que esa enumeración respondía a una realidad criminológica alarmante que requería una respuesta contundente por parte del Estado. Pero precisamente ese localismo impide tomarlo como modelo para la configuración típica de la violencia de género en contextos sociales y culturales diferentes.

de género que se producen en un determinado lugar, los niveles más o menos elevados de impunidad y los instrumentos con los que cuenta el sistema penal para contener y prevenir este tipo de violencia.

Tomando en cuenta todas esas variables, entiendo que los tipos género-específicos son poco aconsejables en países, como España, donde ya existe una importante implicación social con las víctimas de la violencia de género; donde se han alcanzado cuotas aceptables de concienciación de los operadores jurídicos (policía, fiscales, abogados, jueces); y, a consecuencia de todo ello, donde los hechos de violencia de género reciben generalmente la debida sanción penal. Es cierto que nada de ello ha conseguido detener las agresiones de género —sobre todo el asesinato de mujeres—, pero tampoco lo va a conseguir el derecho penal sexuado. La única forma de contener de raíz este problema es encauzando de forma adecuada las reivindicaciones feministas en favor de cambios estructurales que liberen definitivamente a las mujeres de los roles subordinados a los que las condena el sistema patriarcal. Eso se puede conseguir desde la protesta y la contestación social y también, por qué no, a través de intervenciones de los poderes públicos que favorezcan la autogestión de las mujeres y su posicionamiento autónomo en el entramado social.

En cambio, es posible que los tipos género-específicos (como el feminicidio tan frecuente en las legislaciones latinoamericanas) sí tengan sentido en aquellos países donde todavía hay elevados niveles de impunidad de la violencia contra las mujeres provocados por la pervivencia de estructuras que permiten la connivencia del Estado —incluido el estamento judicial y policial— con el patriarcado más arcaico. En este tipo de contextos socioculturales, identificar al sujeto pasivo de ciertos delitos por su sexo —por ser mujer— puede jugar un papel simbólico importante que refuerce el mensaje de desaprobación de la violencia de género⁷⁸, al tiempo que permita atacar la desidia e inactividad deliberada de los operadores jurídicos mediante el estricto control y registro de los casos que son denunciados⁷⁹.

78 Porque es cierto, como señalaron las feministas radicales en los años ochenta del siglo pasado, que la ausencia de Derecho (sea por falta de regulación legal o por falta de aplicación del Derecho existente) también tiene un potente efecto simbólico ya que “crea un clima cultural en el cual determinados comportamientos incluyendo la violencia en contra de las mujeres resultan tolerados”, Edwards, 1991, p. 85.

79 Así, con razón, Toledo, 2014, p. 282.