

La violencia de género en la política criminal española: entre el reconocimiento social y la desconfianza hacia las mujeres¹

Patricia Laurenzo Copello

1. El contexto: encuentros y desencuentros en la percepción de la violencia contra las mujeres

Han pasado veinte años desde que surgieron en España las primeras iniciativas parlamentarias dirigidas a buscar soluciones al problema de la violencia contra las mujeres en la pareja. De esa época data un excelente informe sobre malos tratos, elaborado por la Comisión de Derechos Humanos del Senado, en el que se advertía sobre el componente estructural de este tipo de violencia fuertemente arraigada en una sociedad construida sobre estereotipos sexuales que condenan a las mujeres a la subordinación económica, personal y afectiva de sus parejas masculinas². Un argumento que, pese a responder a los más avanzados estudios y documentos internacionales de la época, se estrelló contra la incomprensión de una sociedad y un entorno jurídico por completo indiferentes al maltrato de género. Como sucedió también con el primer delito específico de violencia doméstica que aprobó el Congreso español en 1989 y que fue concebido para dar protección a “los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo”³. Dejando a un lado sus evidentes defectos de orientación y contenido, lo cierto es que esta figura, pensada para prevenir la violencia contra las mujeres en el entorno doméstico, no encontró

1 Este trabajo se realiza en el contexto del Proyecto de Investigación “Multiculturalidad, género y derecho”, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2009-08297).

2 El Informe citado es de 1989. Al respecto, MEDINA J.J.: *Violencia contra la mujer en la pareja*, Valencia, 2002, pp. 32 y ss.

3 Preámbulo de la Ley Orgánica de 25 de julio de 1989, de reforma del Código penal.

eco alguno en el mundo jurídico, hasta el punto de que la jurisprudencia se las arregló para bloquear su aplicación mediante exigencias formales de imposible cumplimiento⁴.

No fue hasta bien entrada la década de los noventa cuando el problema comenzó a despertar el interés de los medios de comunicación, en buena medida a raíz del atroz asesinato de una mujer en manos de su marido después de que ella contara su historia de malos tratos en un programa de televisión⁵. Este impulso mediático permitió dar repercusión a las denuncias que venían realizando las asociaciones de mujeres desde hacía años y acabó por situar el tema en la agenda política.

La conjunción de esos tres factores –el trabajo de las asociaciones y grupos de mujeres, la atención de los medios de comunicación y la paulatina implicación de las instituciones públicas– ha dado lugar en los últimos años a un cambio muy significativo en la percepción social del maltrato hacia las mujeres, que poco a poco fue abandonando el ámbito estrictamente privado para convertirse en un asunto de trascendencia social para el que se demandan estrategias públicas contundentes y bien estructuradas⁶.

Desde que las instituciones públicas asumieron esa tarea, particularmente decidida cuando ya asomaba el siglo veintiuno, adquirió especial protagonismo el Derecho penal. Ciertamente es que la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LO 1/2004), en una apuesta por “proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres”⁷, abrió el abanico de medidas a otros ámbitos mucho más decisivos que el estrictamente sancionador –como el educativo, el sanitario o el laboral–. Pero en la práctica, el esfuerzo de aplicación y puesta en marcha de la Ley se centró –y sigue centrándose– de modo prioritario en el derecho punitivo. De hecho, no parece exagerado sostener que tanto los

4 Al respecto, MAQUEDA ABREU, “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en *El nuevo derecho penal español. Estudios Penales en memoria del profesor Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 1515 y ss.

5 El hecho se produjo en Granada en 1997: la víctima, llamada Ana Orantes, fue quemada viva por su ex marido, con el que compartía vivienda por orden judicial.

6 La percepción social de la violencia contra las mujeres aumentó de modo considerable en el año 2004, coincidiendo con el debate público que precedió a la aprobación de la Ley Integral contra la violencia de género. Al respecto, véase el *Informe anual* del Observatorio Estatal de Violencia contra la Mujer de 2007, p. 79.

7 Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

poderes públicos como las propias asociaciones de mujeres han depositado toda su confianza en el Derecho penal y lo han convertido en el buque insignia de la lucha contra la violencia de género⁸.

Sea como fuere, lo cierto es que los más de veinte años transcurridos desde las primeras iniciativas parlamentarias de la década de los ochenta han sido altamente positivos respecto del reconocimiento social y la visualización de la violencia de género. Frente a la indiferencia con la que se recibieron las primeras medidas parlamentarias, hoy parece existir un amplio consenso sobre la necesidad de elaborar estrategias públicas para proteger a las víctimas del maltrato y prevenir este tipo de agresiones.

Pero el acuerdo no llega mucho más allá. En la sociedad española actual hay consenso sobre el *qué* pero no sobre el *por qué*. Es decir, hay acuerdo sobre la existencia misma de violencia en la pareja pero no sobre las causas que la provocan. En este punto las divergencias son de gran calado.

Básicamente, las opiniones se polarizan en dos líneas explicativas contrapuestas.

Por una parte, se encuentran las explicaciones de raíz *psicológico-individual* que apelan a la tipología del hombre violento en la pareja como un sujeto desequilibrado, obsesivo, celoso patológico; un hombre con personalidad perversa y agresiva impregnado de unos valores y pautas de conducta ajenos por completo a los de la mayoría social, a los hombres y mujeres “normales” que conviven en paz en una sociedad igualitaria⁹. Ese desequilibrio y falta de integración social quedarían demostrados, a juicio de quienes así opinan, por el alto índice de conductas suicidas que se detecta en los episodios más graves de violencia contra las mujeres¹⁰. Se reconoce, pues, que este tipo de violencia está vinculada al machis-

8 Como de tantas otras causas con repercusión mediática que favorecen el llamado “populismo punitivo”. Al respecto LANDROVE DÍAZ, *El nuevo derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

9 En esta línea MELÉNDEZ SÁNCHEZ, “El agresor como víctima. A propósito de la tolerancia cero en la violencia de género”, en *Derecho Penal y Criminología como fundamento de la Política Criminal. Estudios en homenaje al Prof. Serrano Gómez*, Madrid, 2006, pp. 1255 y ss.

10 El informe de 2007 del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer reporta que la conducta suicida de los agresores después de matar a sus parejas se encuentra en torno al 31%, un índice elevado en comparación con otros delitos violentos. Vid. STANGELAND, “Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 15, 2005, p. 251; sobre la influencia del factor suicidio también, CARMENA, “Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley Integral de Violencia de Género”, en *Jueces para la Democracia*, nº 53, 2005, p. 36.

mo que imponen algunos hombres en sus relaciones de pareja. Pero esas pautas negativas de comportamiento no se atribuyen a factores culturales socialmente aceptados, sino, más bien, a la actitud y las circunstancias individuales de ciertos hombres concretos que desprecian y vejan a sus compañeras sentimentales. De esta manera, la sociedad se despega de los maltratadores, los estigmatiza y los sitúa fuera de los parámetros sociales de normalidad. Se les concibe como enemigos públicos a los que es preciso castigar y aislar de una sociedad que no se reconoce en ellos ni en los valores que les llevan a actuar de ese modo con las mujeres.

Estos planteamientos resultan insuficientes, sin embargo, para explicar por qué son precisamente las mujeres el blanco abrumadoramente mayoritario de la violencia en la pareja. Si la causa de este tipo de comportamientos reside en factores puramente individuales –desequilibrio psíquico, celos enfermizos, abuso de sustancias, etc.–, ¿cómo se explica que los hombres no sufran agresiones en el ámbito doméstico en la misma medida y con la misma frecuencia que las mujeres? ¿Por qué son ellas las víctimas primordiales de esta clase maltrato?

A estos interrogantes sólo es posible responder volviendo la mirada hacia el grupo de teorías que busca la explicación para la violencia en la pareja en *razones estructurales*, esto es, en la situación de opresión de las mujeres en la estructura social del patriarcado que las convierte en blanco de discriminación tanto en el ámbito público como en su vida privada. Se trata de posturas que interpretan la violencia de género como una categoría sociológica con entidad propia¹¹, susceptible de ser definida a partir de una serie de caracteres específicos que la distinguen de otras formas de violencia social. Tal es la línea que se impuso en el ámbito internacional desde que en los años noventa las Naciones Unidas reconocieran la raíz histórico-cultural de la violencia contra las mujeres al definirla como “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre”¹². La violencia de género aparece así como el instrumento “de un sistema de dominación por el cual se perpetúa la desigualdad entre mujeres y hombres”¹³, como estrategia de control sobre ellas.

11 Así RUBIO, “Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Sevilla, 2004, p. 43.

12 *Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, de 20 de diciembre de 1993.

13 OSBORNE, *La violencia contra las mujeres. Realidad social y políticas públicas*, Madrid,

Dos datos destacan en esta forma de concebir la violencia de género. Primero, que se trata de un tipo de violencia directamente asociada a la discriminación estructural de un determinado grupo social¹⁴, a la posición de subordinación que ocupan sus integrantes en el contexto comunitario. Y, segundo, que ese grupo social lo constituyen precisamente las mujeres, en tanto destinatarias de una asignación de roles subordinados que las sitúa en un estatus de segunda clase¹⁵. En este contexto adquiere sentido el concepto de género como categoría de análisis ideada por el feminismo para hacer visible que la subordinación social y cultural de las mujeres responde a una construcción del patriarcado que asigna a “lo femenino” lugares de sumisión¹⁶ y, precisamente por ello, expone a las mujeres a ser blanco de violencia como instrumento de dominación. Son las mujeres, por ser mujeres, el centro de esta clase de violencia. Pero no por los rasgos biológicos que las distinguen de los hombres, sino por los roles subordinados que le asigna la sociedad patriarcal. Como dice la Ley Integral de 2004, la violencia de género es una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1, LO 1/2004).

2. El debate constitucional

La diversidad de perspectivas que se acaba de reseñar para explicar la violencia contra las mujeres ha influido de modo decisivo en la práctica jurídica a la hora de valorar los episodios de maltrato en el ámbito doméstico.

Quienes apelan a circunstancias puramente personales del agresor, sin admitir un trasfondo estructural, lógicamente no reconocen relevancia alguna al sexo del autor y de la víctima para valorar un hecho de violencia en la pareja. Una bofetada o una puñalada de un hombre a una mujer o de una mujer a un hombre son hechos idénticos, se dice, y deben tratarse de forma idéntica por el Derecho penal.

Este argumento fue clave en los planteamientos de inconstitucionali-

2005, p. 11, FARALDO CABANA, “Razones para la introducción de la perspectiva de género en el Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Revista Penal*, nº 17, 2006, p. 90.

14 BARRERE, “De la acción positiva a la ‘discriminación positiva’ en el proceso legislativo español”, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, pp. 26-28.

15 EVANS, *Introducción al pensamiento feminista contemporáneo*, Madrid, 1998, p 80.

16 MOLINA PETIT, “Género y poder desde sus metáforas. Apuntes para una topografía del patriarcado”, en *Del sexo al género*, Madrid, 2003, pp. 124-125.

dad que presentaron numerosos jueces¹⁷ contra las agravantes de género recogidas desde el año 2004 en el Código penal español para los delitos de maltrato ocasional (art. 153 CP), amenazas y coacciones leves (arts. 171.4 y 172.2 CP)¹⁸. Se alegó que sancionar más gravemente el maltrato cuando la víctima es la mujer y el autor el hombre supone una lesión flagrante del principio de igualdad, incompatible con la prohibición de discriminación por razón de sexo contenida en el artículo 14 de la Constitución española. Y ello porque ante hechos idénticos –un tirón de orejas o un empujón, por ejemplo– la ley sanciona más gravemente al autor masculino por el dato puramente objetivo de su sexo, sin fundamento alguno que permita afirmar la presencia de un mayor contenido de injusto o de culpabilidad.

Esta postura fue rechazada por el Tribunal Constitucional en una serie de pronunciamientos que arrancaron con la Sentencia 59/2008 de 14 de mayo y cuyo principal argumento consistió en negar aquella pretendida identidad de hechos en la que se apoyan los críticos para afirmar la discriminación en contra del varón. En opinión del alto tribunal “las agresiones del varón hacia la mujer que es o que fue su pareja afectiva tienen una gravedad mayor que cualesquiera otras en el mismo ámbito relacional porque corresponden a un arraigado tipo de violencia” que hunde sus raíces en una “estructura desigualitaria que la considera como inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier otra persona merece”. Por eso, sigue el Tribunal, las agresiones de los hombres contra las mujeres en el ámbito de la pareja implican una serie de daños añadidos para la víctima que trascienden a la mera afectación de la integridad física o psíquica propia de un episodio de maltrato ocurrido en cualquier otro contexto o con actores diferentes. Daños que alcanzan, “por un lado, a su *seguridad*, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su *libertad*, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja le añade un efecto intimidatorio a la con-

17 Entre las primeras, véase el Auto del Juzgado de lo Penal nº 4 de Murcia, de 29 de julio de 2005.

18 Concretamente, en los tres delitos mencionados –y también en el delito de lesiones– se agrava la pena “cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él (el autor) por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”. Sobre esta reforma, véase, con mayor detalle, LAURENZO COPELLO, “La violencia de género en la Ley Integral”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº 07-08 (2005), <http://criminnet.ugres/recpc>.

ducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su *dignidad*, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”¹⁹.

En suma, el Tribunal Constitucional se apoya en la raíz estructural de la violencia de género para justificar el tratamiento más severo que el legislador concede a las agresiones de los hombres hacia sus parejas femeninas. A partir del reconocimiento de la vigencia de pautas culturales históricamente arraigadas que sitúan a las mujeres en posición de inferioridad respecto de los hombres, el tribunal intenta ofrecer una visión diferenciada de este tipo de agresiones que las dota de gravedad y que rompe su aparente identidad con otras conductas violentas en el contexto familiar (incluido un posible maltrato de la mujer hacia su compañero sentimental masculino). Al introducir la perspectiva de género, el Tribunal Constitucional ofrece una valoración jurídica distinta para hechos aparentemente iguales y pone al descubierto una serie de daños añadidos para la víctima mujer que adquieren sentido precisamente por su pertenencia a un grupo socialmente discriminado²⁰.

Pero esta buena línea argumental no ha logrado acallar las críticas. Al contrario, se ha extendido la idea de que el alto tribunal se quedó a medias, ya que no acabó de despejar las dudas sobre los supuestos concretos en los que es legítimo aplicar este tipo de agravantes. Para muchos, el defecto estaría en que la Sentencia que comentamos –y las que le han seguido– no explica por qué *todas* las agresiones de un hombre hacia su pareja femenina han de considerarse manifestaciones de dominio y control propias del comportamiento machista. Una duda que se incrementa al observar que la Sentencia describe los actos de violencia de género como supuestos en los que el autor “dota ... consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto”²¹. Esa referencia a los aspectos subjetivos de la conducta –la voluntad consciente del autor de tratar a su pareja como un ser inferior– deja abierta la posibilidad de que existan casos en los que el agresor no actúe con

19 Todas las citas corresponden a la STC 59/2008, de 14 de mayo, F.J. 9. Subrayados añadidos.

20 Como señala LARRAURI: “incorporar la variable de género implica analizar cómo ésta produce alteraciones precisamente en normas e instituciones que están redactadas de forma neutral, y supone admitir la posibilidad de que los resultados para los géneros no son idénticos”, “Igualdad y violencia de género”, en *Indret* 1/2009, p. 10. <www.indret.com>.

21 STC 59/2008, de 14 de mayo, F.J. 9 A).

esa intencionalidad concreta, casos en los que, en consecuencia, faltaría el fundamento al que apela el TC para justificar la mayor sanción. Por eso muchos opinan –comenzado por los propios magistrados del TC que emitieron votos particulares– que el Tribunal debió plantear una sentencia interpretativa en la que se definiera con claridad cuándo y bajo qué condiciones un comportamiento agresivo de un hombre hacia su pareja femenina debe entenderse presidido por esa pauta cultural de desigualdad entre los sexos que concede especial lesividad al hecho²².

En otros términos, se afirma que si el fundamento de las agravantes de género se hace residir en el mayor desvalor de la conducta del varón que de modo consciente actúa conforme a una pauta cultural de desprecio o menosprecio hacia las mujeres, entonces, a *contrario sensu*, no debería admitirse la aplicación de tal incremento punitivo cuando la agresión se produce fuera de ese contexto objetivo-subjetivo de dominación. Y, por muy paradójico que parezca, ésta es la lectura que ha hecho el Tribunal Supremo de la jurisprudencia constitucional, hasta el punto de sostener –citando al tribunal de garantías– que si la razón de la mayor severidad punitiva con el varón reside en que sus agresiones hacia la mujer son “el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”, entonces “queda claro... que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja... debe considerarse necesaria y automáticamente como... violencia de género..., sino sólo 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...”²³. Y eso no se da, sigue el TS, “... cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista (sic), es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales”. Todo ello, concluye el Tribunal Supremo, “avala la necesidad de que el acusado pueda

22 Así, LARRAURI, *Igualdad y violencia de género*, cit., p. 15. También GARCÍA ARÁN, “Injusto individual e injusto social en la violencia machista”, en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Libro homenaje al Profesor Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 658. Esta autora rechaza, con razón, que la Sentencia que comentamos pueda considerarse interpretativa, como sostienen incluso algunos de los votos particulares.

23 Esta cita y las que siguen corresponden a la STS nº 1177/2009, de 24 de noviembre.

defenderse de la imputación, proponiendo prueba... a fin de acreditar las circunstancias concurrentes al realizar la conducta típica, así como el ‘animus’ que impulsaba la acción...”, de modo tal que si consigue acreditar que el ataque físico no se produjo “en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del varón”, no deberá aplicarse el delito de violencia doméstica agravado por el sexo de la víctima (art. 153, apartado primero del Código penal) sino sólo una falta genérica de malos tratos sancionada con pena mucho menor (art. 617 CP²⁴)²⁵.

De esta manera, el Tribunal Supremo viene a consolidar una dudosa línea jurisprudencial que pretende imponer un concepto de violencia de género puramente subjetivo, centrado en el ánimo de dominar o sojuzgar a la mujer en el caso concreto. Un criterio que, además de conducir a la más absoluta arbitrariedad en la interpretación de la ley penal²⁶, desconoce el

24 El art. 617.2 del Código penal español sanciona con pena de localización permanente de dos a seis días o multa de diez a treinta días al “que golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”; frente a la pena de prisión de seis meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad que se contempla para “el que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito ... o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión”, entre otros casos, cuando la ofendida fuera la mujer pareja, actual o pasada, del agresor.

25 El tribunal no repara en las importantes contradicciones punitivas que pueden derivarse de esta interpretación en el caso de existir agresiones mutuas, ya que la propuesta interpretativa que comentamos podría acabar en una sanción al varón por simple falta de malos tratos, mientras que la mujer –en caso de ser denunciada por su pareja masculina– debería ser condenada por el delito de violencia doméstica del artículo 153.2. Se llega así a la paradoja de que, con este tipo de interpretaciones, una legislación pensada para tutelar más a las mujeres se vuelve contra ellas y las deja expuestas a soportar sanciones más graves que el hombre en caso de una rencilla con acometimiento recíproco. Véase al respecto, PRIETO DEL PINO, “La incidencia de la Ley Integral en el derecho penal sustantivo español”, en APONTE/ FEMENÍAS, *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Universidad de La Plata, Buenos Aires, 2008, pp. 222 y ss.

26 Ya que la amplitud de los tipos penales se hará depender de valoraciones puramente subjetivas del juzgador sobre el posible contenido sexista de una agresión. Véase como ejemplo la STS nº 58/2008, en la que el alto tribunal debió corregir a la Audiencia Provincial de Barcelona que había calificado como simples peleas en situación de igualdad y fuera de una situación de dominio dos sucesos de agresiones mutuas motivados, el primero, porque el hombre pretendía prohibir a su pareja salir a la calle con unos determinados pantalones por considerarlos inapropiados y, el segundo, por la negativa de ella a mantener relaciones sexuales con su compañero. “La situación de dominio exigible en tales situaciones –dijo el TS– está ... íntimamente relacionada con los motivos que ocasionan el conflicto, la discusión o la agresión”. Y en este caso ambos sucesos “son expresiones de superioridad machista, como manifestación de una situación de desigualdad, en tanto suponen la imposición de la vestimenta o el mantenimiento forzoso de relaciones sexuales.

componente estructural de esta clase de violencia, su directa relación con la atribución social de roles subordinados a las mujeres, que las sitúa en una posición de partida desequilibrada e injusta respecto de los hombres y las expone a un riesgo cierto y mucho más elevado de sufrir agresiones.

Ciertamente, no parece que fuera esa concepción subjetivista la que pretendió transmitir el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos sobre las agravantes de género. Al contrario, la apelación a la arraigada estructura desigualitaria que sitúa los roles femeninos en posiciones de subordinación apunta con claridad a la consideración de la violencia de género como una forma de discriminación social²⁷, como un instrumento para mantener a las mujeres en el escalón secundario que ocupan en la sociedad patriarcal²⁸. Sin embargo, en mi opinión, la debilidad de estas sentencias reside en que el tribunal no llevó su planteamiento de partida hasta sus últimas consecuencias. De haberlo hecho, hubiera encontrado un fundamento sólido para explicar la especial atención que el legislador presta a este tipo de violencia fuera del ámbito de la lógica comparativa individual en la que se mueven los críticos. Pero para ello era necesario que sus argumentaciones se hubieran mantenido en el marco del Derecho antidiscriminatorio, porque es ahí donde adquiere sentido y especificidad la violencia de género.

La explicación es la siguiente: el derecho antidiscriminatorio se basa en la idea de que el mandato de no discriminación es mucho más que una simple concreción del principio de igualdad formal. Se trata, por el contrario, de una corrección de aquel principio basada en la constatación de que el juego de las relaciones de poder sitúa a ciertos colectivos en una posición social subordinada respecto de otros, o mejor, respecto de quienes ostentan el poder. Esa posición de partida conduce, a su vez, a la opresión de los miembros de los colectivos subordinados, lo que se traduce en especiales dificultades para el acceso y disfrute de los derechos humanos, incluido el derecho a una vida libre de violencia. De esta

En suma, se pretende imponer una situación de sumisión, en contra de las convicciones de nuestra sociedad...". Pero, como se ve en la decisión de la Audiencia, no todos los jueces piensan lo mismo...

27 En la línea internacional marcada, entre otras, por la Recomendación General nº 19 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de 1992 y la Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, de la Asamblea General de Naciones Unidas.

28 BARRERE, "De la acción positiva a la discriminación positiva en el proceso legislativo español", en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, p. 31.

manera, el concepto de discriminación rompe su tradicional unión con la desigualdad de trato para concretarse más bien en una “desigualdad de estatus”²⁹, desligándose así también de la lógica comparativa individual para afianzarse en la propia estructura social.

Desde esta perspectiva, un acto discriminador no es, pues, un acto que perjudique a alguien en comparación con otro sujeto concreto, sino más bien un comportamiento que atenta de forma directa contra la libertad de la víctima –en tanto representa un obstáculo para el pleno goce de los derechos humanos– y, sobre todo, contra su dignidad, porque se funda en la minusvaloración de la persona por su pertenencia a un grupo socialmente subordinado, destinado a la sumisión. El acto discriminador supone, pues, como sostiene Alda Facio³⁰, un trato de inferioridad, exclusión o estigmatización de la persona, asociado –digámoslo ahora con palabras del Tribunal Constitucional español– a “determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad humana”³¹.

En este contexto, adquiere pleno sentido la violencia de género como una forma de discriminación de las mujeres. Porque la indiscutible posición subordinada que la sociedad patriarcal atribuye a lo femenino –como género, como colectivo– hace que la violencia contra ellas sea un reflejo de esa sumisión, al tiempo que un instrumento para mantenerla³². Esto es lo que dota de especificidad –y gravedad– a la violencia contra las mujeres frente a otras formas de violencia doméstica, incluidas las agresiones –sin duda posibles– de una mujer a su pareja masculina. A las circunstancias individuales presentes en cualquier acto violento –consumo de sustancias, estrés, agresividad, etc.–, se añade en este caso ese componente estructural que hace del acto agresivo el reflejo y resultado de un modelo de compor-

29 Esta argumentación es de BARRERE, “Género, discriminación y violencia contra las mujeres”, en Laurenzo/Maqueda/Rubio, *Género, Violencia y Derecho*, Valencia, 2008, p. 34.

30 FACIO, “La igualdad substantiva. Un paradigma emergente en la Ciencia jurídica”, conferencia pronunciada en la II Conferencia Internacional Mujer, Género y Derecho, La Habana, mayo de 2008.

31 STC 200/2001. Su precedente es la STC 128/1987.

32 Se habla del carácter “circular” de este tipo de violencia, porque se “deriva de la desigualdad entre varones y mujeres... y, al mismo tiempo, es un poderoso instrumento para mantener a las mujeres en situación de inferioridad”, FERNÁNDEZ, Encarnación, “El principio constitucional de no discriminación basado en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40-2006, p. 154.

tamiento social asociado al desprecio de “lo femenino” (o de “lo indígena” o de “lo foráneo”, por poner otros ejemplos) y su sumisión al varón. Y eso es, precisamente, lo que incrementa la gravedad de este tipo de agresiones, ya que no se está atentando sólo contra la integridad física o psíquica de la persona, sino también, y de modo muy significativo, contra su dignidad y libertad. Dentro de este marco se explican las palabras del Tribunal Constitucional cuando califica la violencia contra la mujer en la pareja como una conducta “negadora de su igual condición de persona” y como reafirmación del “menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”³³.

Aquí está, en mi opinión, la clave para explicar la tutela adicional que el Derecho penal concede a las mujeres ante un posible acto de violencia por parte de sus parejas sentimentales. La violencia contra las mujeres, como forma de discriminación, aparece como un atentado a la dignidad y como un obstáculo para el pleno goce de los derechos humanos, circunstancias que no se dan en otros actos de violencia en apariencia idénticos (como las agresiones de una mujer a su pareja masculina³⁴ o entre hermanos, por ejemplo). Por eso las agravantes de género no suponen lesión alguna del principio de igualdad respecto de los hombres, ya que no se trata, como bien dice el TC, de castigar más a los hombres que a las mujeres frente a hechos idénticos, sino de captar a través de la norma penal una serie de hechos singulares que sólo adquieren especificidad en relación con un determinado colectivo –las mujeres– y la adquieren precisamente porque al tratarse de un colectivo socialmente oprimido, aparece aquí el riesgo cierto y estadísticamente constatado de la posible aparición del maltrato en una relación de pareja, una circunstancia que representa un obstáculo añadido para el pleno goce de los derechos humanos, en particular, el derecho a una vida sin violencia.

El fundamento de las agravantes de género no se mueve, pues, en el ámbito de la lógica comparativa individual sino en el terreno estructural, en la base misma de un sistema que establece categorías de personas en

33 STC 59/2008, F.J.9.

34 También este tipo de violencia existe, aunque desde determinados ámbitos oficiales y ciertos grupos de mujeres se intente esconder, como si el reconocimiento de este dato perjudicara la causa feminista. Como bien dice Osborne, las cifras son aquí inequívocas y ponen al descubierto que los casos de violencia contra las mujeres es incomparablemente mayor que los casos inversos. Y ello por la sencilla razón de que “la violencia de mujer a hombre no viene amparada por una ideología que apoya la dominación y el control a los hombres por parte de las mujeres”. OSBORNE, “De la violencia (de género) a las cifras de la violencia: una cuestión política”, en *EMPIRIA*, nº 15, 2008, p. 118.

función de su estatus, de sus roles y de sus relaciones con el poder. Si existen colectivos socialmente oprimidos, es legítimo –y constitucionalmente admisible³⁵– que el Estado desarrolle políticas públicas destinadas a favorecer a esos grupos con el fin de contrarrestar su desventajosa posición de partida, lo que en nuestro caso se traduce en un reforzamiento de la tutela penal frente a cierto tipo de agresiones. En el fondo, no es más que la lógica de las acciones positivas³⁶. La novedad en el derecho español es que este instrumento ha sido utilizado por primera vez –o al menos de forma tan clara– en el ámbito del derecho punitivo.

En suma, las agravantes de género son medidas de política criminal basadas en el reconocimiento de las peculiaridades de las agresiones contra las mujeres en la pareja por su vinculación con la histórica sumisión de lo femenino³⁷. Se trata de la respuesta punitiva ante una concreta forma de discriminación social que trae consigo un riesgo serio de sufrir violencia. En esa medida, ningún motivo existe para discutir su constitucionalidad, como bien ha concluido el Tribunal Constitucional³⁸. Cosa distinta es si

35 De hecho, forma parte de los deberes que le atribuye el art. 9.2 de la CE: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” y “remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...”.

36 Que no es lo mismo que medidas de “discriminación positiva”, entendiendo por tales las que suponen un perjuicio directo para una persona que no es miembro del colectivo discriminado. Véase REY MARTÍNEZ, “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, en *La discriminación por razón de sexo tras 25 años de la Constitución española. Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, pp. 90 y ss.

37 Coincide en los resultados, ALONSO ÁLAMO, “Protección penal de la igualdad y derecho penal de género”, en *CPC* nº 95, 2008. Si bien esta autora rechaza las argumentaciones en el contexto del derecho antidiscriminatorio y prefiere acudir a la igualdad real como nuevo bien jurídico penal.

38 Aceptar la constitucionalidad de las agravantes de género no es idéntico a postular su aplicación automática en todos los casos de agresiones de un hombre contra una mujer en una relación de pareja. Como en todo delito, también en los vinculados con la violencia de género ha de comprobarse la concurrencia de los elementos que configuran el ilícito penal, lo que requiere interpretar los elementos típicos y delimitar su alcance. Como ya he manifestado más arriba, no comparto la línea jurisprudencial que, a partir de una discutible comprensión del artículo 1 de la Ley Integral, pretende introducir un elemento subjetivo específico en el delito de violencia doméstica ocasional (art. 153 CP) consistente en el ánimo de dominar a la víctima (más ampliamente sobre este asunto: LAURENZO COPELLO, “Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la Violencia de Género”, en *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Cuadernos de Derecho Judicial, 2006, pp. 351 y ss.); pero

la estrategia elegida es la más adecuada desde el punto de vista de una política global de contención de la violencia contra las mujeres. Pero este asunto nos conduce a otra perspectiva del problema.

3. La estrategia para contener la violencia contra las mujeres

El reconocimiento de la violencia de género como una forma de discriminación social que afecta a un amplio sector de la ciudadanía trae consigo la necesidad –y el deber del Estado– de elaborar estrategias públicas específicas para contenerla a corto plazo y tender, a largo plazo, a su erradicación.

Una vez sentado este punto de partida, es evidente, sin embargo, que no existe una única respuesta para enfrentarse a semejante tarea. De hecho, las medidas que se fueron tomando antes de la Ley Integral contra la Violencia de Género de 2004, así como el debate que precedió a su aprobación, pusieron de manifiesto que hay una gran diversidad de recetas. En el fondo, todo depende de los juicios previos que sirven de punto de partida para la elaboración de las estrategias institucionales. Toda decisión legislativa se funda en determinados presupuestos valorativos que dan base y coherencia a las estrategias concretas y es preciso descubrirlos para entender por qué y para qué se toman ciertas medidas.

Hasta donde alcanzo a ver, en el caso de las políticas públicas para atajar la violencia de género esos presupuestos se relacionan al menos con dos posicionamientos previos: el primero, relativo a la capacidad de autogestión de las mujeres –es decir, a la posición que se sustente sobre el grado de aptitud de las mujeres para dirigir su vida sin tutelajes externos–; y el segundo, a la opinión que se mantenga sobre la utilidad y conveniencia del Derecho penal como instrumento para la solución de los grandes problemas sociales.

En el caso de España, parece claro que en el primer aspecto se ha impuesto un planteamiento victimista, que ha llevado a construir todo el sistema de contención de la violencia de género sobre el presupuesto de que las mujeres que sufren o han sufrido algún tipo de maltrato –por muy leve que sea– son personas altamente vulnerables, necesitadas de la tutela permanente de las instituciones públicas para orientar sus vidas y tomar

ello no significa que no existan otras vías. Resulta interesante a la reciente propuesta de GARCÍA ARÁN (*Injusto individual e injusto social...*, cit., p. 662 y ss.) de jugar con la atenuante facultativa prevista en el apartado 4 del artículo 153 para graduar la pena en función de las circunstancias concretas del caso, y ello sin necesidad de renunciar al fundamento sociocultural que explica la tutela reforzada de las mujeres en la violencia doméstica.

las decisiones correctas³⁹. Y en lo atinente al segundo punto, no cabe duda de que ha triunfado la confianza absoluta en el Derecho penal, muy acorde con el populismo punitivo que todo lo impregna en nuestros días⁴⁰.

De la conjunción de estos dos factores, ha resultado un sistema de prevención y control de la violencia de género íntegramente canalizado a través del sistema penal, con un fuerte predominio de las medidas de naturaleza punitiva y la exigencia de la denuncia penal como presupuesto imprescindible para el acceso a las ayudas públicas y demás medidas de prevención de riesgos⁴¹. De hecho, fue la propia Ley Integral la que marcó esta pauta al exigir la orden de protección –o en situaciones excepcionales, un informe del Ministerio Fiscal– como únicos títulos acreditativos de la situación de violencia⁴², documentos ambos que presuponen la inevitable intervención del Derecho penal en el conflicto que viven las mujeres cuando se enfrentan a algún episodio violento con su pareja sentimental, cualquiera sea su intensidad y contexto⁴³.

La experiencia de la puesta en marcha de este sistema está plagada de claroscuros. Ciertamente se han conseguido logros importantes en materia de seguridad de las víctimas. La fuerte implicación de las instituciones públicas –con el consiguiente destino de fondos para implementar mecanismos de custodia y seguridad personales– y, también, el cambio en la mentalidad social que ya no tolera la violencia doméstica como en épocas anteriores, han influido para que las mujeres estén –y se sientan– más

39 Véase en esta línea, ACALE SÁNCHEZ, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal*, Reus, Madrid, 2006, pp. 169 y ss.

40 Sobre los nuevos paradigmas de la intervención penal y la influencia del populismo punitivo, véase DÍEZ RIPOLLÉS, *Estudios penales y de política criminal*, Lima, 2007, pp. 81 y ss.

41 Véase LARRAURI, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, 2007, p. 59 y ss.; también MAQUEDA ABREU, “1989-2009: veinte años de ‘desencuentros’ entre la ley penal y la realidad de la violencia en la pareja”, en PUENTE ALBA (Dir.), *La respuesta penal a la violencia de género*, ed. Comares, Granada, 2010, pp. 13 y ss.

42 Véanse arts. 23, 26 y 27.3 de la LO 1/2004, de “Medidas de protección integral contra la violencia de género”.

43 En esa línea también la “Ley de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género” de Andalucía (Ley 13/2007, de 26 de noviembre), en cuyo art. 30 se exige como documento acreditativo para acceder a los derechos allí reconocidos algún tipo de resolución judicial en la que se deje constancia del paso de la víctima por el proceso penal –orden de protección, medidas cautelares o sentencia condenatoria–. Sólo excepcionalmente se admite otro tipo de atención especializada extra penal, pero siempre de forma provisional y sólo hasta tanto se obtenga el correspondiente pronunciamiento del juez penal.

protegidas frente a sus agresores. Pero el avance desmedido del Derecho penal, criminalizando hasta el más nimio conflicto de pareja, unido al empeño por imponer a las mujeres ciertas salidas de la crisis como las únicas correctas e indiscutibles, han desembocado en un sistema intervencionista extremo, rígido y desmedido en sus sanciones, que en muchos casos acaba por volverse contra las propias víctimas a las que se pretende proteger⁴⁴.

De entrada, conviene no perder de vista que la estrategia de reforzar la tutela penal de las mujeres –en particular, en los casos menos graves, como el maltrato ocasional o las amenazas y coacciones leves– se ha hecho a costa de asimilarlas, una vez más, con los miembros más desvalidos del grupo familiar⁴⁵, transmitiendo esa imagen de fragilidad y debilidad del género femenino, que tan bien se acomoda al modelo patriarcal. No se me escapa que las agravantes de género se crearon con la intención de hacer visible la violencia en la pareja, que en la errática política criminal anterior a 2004 había quedado oculta tras un cúmulo indiferenciado y amorfo de situaciones de maltrato doméstico⁴⁶. Pero en materia de política legislativa no bastan las buenas intenciones. A la hora de legislar, es necesario tener en cuenta todas las consecuencias posibles de las medidas que se emprenden. Y en el caso de las agravantes de género, parece que nadie pensó en los efectos perversos que esa imagen victimizada del género femenino podía tener para los objetivos y pretensiones del discurso feminista, un discurso que, lejos de buscar la lástima o la compasión de la sociedad, persigue el respeto hacia las mujeres y el reconocimiento de su plena capacidad para gobernar y orientar sus vidas de forma autónoma.

44 Véase MAQUEDA ABREU, “¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, en Laurenzo/Maqueda/Rubio, *Género, Violencia y Derecho*, cit., pp. 385 y ss.

45 Conviene recordar que las agravantes introducidas por la ley integral no sólo alcanzan a la mujer pareja del agresor, sino a cualquier otra “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. Es decir, por norma, a los niños, ancianos, incapaces, enfermos...

46 En la nefasta reforma de 2003 (LO 11/2003), seguramente la más alejada de la perspectiva de género de cuantas se han sucedido en los últimos años en los delitos de malos tratos en el ámbito familiar, se amplió de forma desmedida el círculo de sujetos pasivos de las figuras de violencia doméstica hasta el punto de incluir situaciones completamente ajenas al entorno de la convivencia familiar, como es el caso de las personas “que por su especial vulnerabilidad se encuentren sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados” (art. 173.2 CP). Esta extensión desmedida y el empeño en centrar la atención en la vulnerabilidad de las víctimas del maltrato provocó un regreso a la invisibilidad de las mujeres como objetivo preferente de este tipo de violencia, y sirvió para ocultar una vez más las auténticas causas de esta clase de agresiones.

Por eso resulta particularmente criticable que la política criminal de contención de la violencia de género se construya de modo íntegro, sobre la premisa de que todas las mujeres que alguna vez han vivido un episodio de malos tratos carecen de capacidad para decidir de forma razonable sobre su situación, sin distinguir la clase e intensidad de la violencia sufrida. Este desprecio en bloque por la capacidad de las mujeres para solucionar sus problemas no se corresponde con una legislación como la española, que sanciona desde los casos más graves de violencia habitual hasta las agresiones aisladas y de escasa intensidad. Un sistema tutelar que puede adquirir sentido en los supuestos graves –cuando las mujeres se ven inmersas en un clima de violencia permanente que va minando su autoestima y su capacidad de respuesta–, resulta desproporcionado y afrentoso cuando volvemos la vista a las agresiones ocasionales⁴⁷. La estrategia paternalista, por la que ha optado la legislación española, pretende imponer de manera indiferenciada a todas las mujeres que alguna vez han sufrido maltrato una fórmula única para resolver su situación, sin atender a sus propias iniciativas y sin dejar espacio a otras alternativas distintas a la vía penal para superar el conflicto.

Un buen ejemplo de las consecuencias perversas a las que puede llevar este sistema rígido y poco respetuoso de la autonomía de las mujeres lo encontramos en los efectos desastrosos que se han producido, en la práctica, con la obligatoria aplicación de la pena de alejamiento en los delitos contra bienes jurídicos personales cometidos contra algún miembro del núcleo familiar, incluida la pareja sentimental del condenado (artículo 57.2 CP)⁴⁸.

Nada hay que objetar, desde luego, a la previsión legal de las penas de prohibición de aproximarse y comunicarse con la víctima en el ámbito de la violencia de género, porque la experiencia demuestra que, en este contexto, existe un alto riesgo de reiteración de las agresiones. Pero una

47 La estrategia paternalista que se ha impuesto en la legislación penal española se explica porque se han tomado como modelo a las víctimas de violencia habitual, con toda la carga psicológica y emocional negativa que esto supone, si bien en los hechos esa estrategia se ha aplicado a muchos otros casos que muy poco tienen que ver con aquellas situaciones extremas.

48 Como regla general, el artículo 57.1 CP prevé la posibilidad de imponer la pena de alejamiento en una serie de delitos contra bienes jurídicos personales cuando el juez o tribunal lo considere adecuado “atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente”. Sin embargo, en el párrafo 2 del mismo artículo se establece la aplicación obligatoria de esa pena cuando la víctima del delito sea algún miembro del núcleo doméstico del autor; incluida, obviamente, su pareja sentimental.

pena que está en función de la protección de las víctimas⁴⁹ difícilmente encaja con un régimen de aplicación rígido, que obliga al juez a imponerla en todo caso, e impide valorar las circunstancias concretas para decidir sobre su necesidad⁵⁰. Un problema que se agrava cuanto más amplio es el espectro de delitos al que resulta aplicable, como de hecho sucede con la criminalidad vinculada a la violencia en la pareja. Por eso no puede sorprender que esta pena haya ocasionado tantos problemas en la práctica, hasta el punto de haber generado pronunciamientos contradictorios del Tribunal Supremo en un breve período de tiempo.

El problema fundamental reside en que la imposición indiferenciada del alejamiento –sin atender al grado de peligrosidad real del autor ni a la voluntad de la víctima– deja sin salida a muchas mujeres que, una vez superado el episodio de violencia, optan por la reconciliación y deciden reanudar la convivencia, encontrándose con la enorme dificultad de que su pareja se expone a una nueva sanción penal, esta vez por quebrantamiento de condena⁵¹, sin que ellas puedan hacer nada por impedirlo⁵². Para superar este callejón sin salida, el Tribunal Supremo ensayó una polémica interpretación basada en la finalidad del alejamiento –concebido sólo para proteger a la víctima– para deducir de ahí su automática ex-

49 Aunque no se debe descuidar el componente de prevención situacional que adquiere la pena de alejamiento cuando se prevé de forma generalizada para todos los delitos de violencia de género. Como muy bien explica Patricia Faraldo, se trata de una estrategia basada en la idea de que todos los condenados por esta clase de delitos son sujetos irrecuperables a los que es preciso tener controlados, incluso cuando están fuera de prisión. Véase el excelente trabajo de FARALDO CABANA, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 191 y ss.

50 Muy interesante en este sentido la propuesta de VALEIJE ÁLVAREZ “Penas accesorias, prohibiciones del art. 48.2 del CP y delito de quebrantamiento de condena. Consideraciones críticas sobre el art. 57.2 del CP”, en *Estudios Penales y Criminológicos XXVI*, p. 353, quien sugiere una interpretación del alejamiento más cercana a las medidas de seguridad, con el fin de dotarla de mayor flexibilidad en su aplicación.

51 Con el perjuicio añadido de que el legislador también ha agravado la pena del delito de quebrantamiento cuando la víctima sea la mujer pareja (entre otros muchos casos de violencia doméstica). Véase art. 468.2 CP. Y todo ello por no mencionar el riesgo de verse atrapada por el Derecho penal que tiene la propia víctima, que, en puridad, podría ser acusada de inductora o cooperadora necesaria del quebrantamiento, si bien la Fiscalía ha optado por no procesar en estos casos. Al respecto, véase PRIETO DEL PINO, “La incidencia de la Ley Integral en el Derecho penal sustantivo español”, en APONTE/FEMINÍAS, *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, La Plata, 2008, p. 231.

52 Así también MAQUEDA ABREU, “La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Ley Integral”, en *Revista Penal*, nº 18, 2006, pp. 185 y ss.

tinción cuando la mujer, de forma libre y voluntaria, se reconcilia con su agresor. En palabras del TS: “en cuanto la pena o medida de prohibición de aproximación está directamente enderezada a proteger a la víctima de la violencia que pudiera provenir de su anterior convivencia, la decisión de la mujer de recibirle (al marido) y reanudar la vida con él, acredita de forma fehaciente la innecesariedad de protección, y por tanto supone *de facto* el decaimiento de la medida de forma definitiva⁵³.”

No hubo que esperar mucho tiempo para que el propio Tribunal corrigiera esta dudosa argumentación por considerar, como es razonable, que una pena, sea cual fuere su contenido, “no es disponible por nadie, ni... tan siquiera por la propia víctima”⁵⁴, motivo por el cual “el consentimiento de la mujer no excluye la punibilidad a efectos del art. 468 del CP”⁵⁵ (quebrantamiento de condena). En suma, tras la perplejidad inicial de los tribunales, finalmente se ha impuesto la opción más rígida –tal vez la única posible con la actual legislación⁵⁶–, que prescinde por completo de la voluntad de la mujer y le impone, sin excepción alguna, la separación de su pareja en todos los casos en los que ha existido algún episodio de violencia.

En mi opinión, no se puede compartir la idea esbozada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de septiembre de 2005, según la cual, de modo general y sin atender a las circunstancias de la víctima, se debe asumir que toda reanudación de la convivencia supone automáticamente la desaparición de la situación objetiva de riesgo para la mujer, con la consiguiente falta de necesidad del alejamiento. Al menos en los casos graves de violencia habitual, está demostrado que la fuerte dependencia emocional del agresor, sus presiones y amenazas o la ausencia de medios de vida propios –por citar sólo algunos factores relevantes– pueden llevar a muchas mujeres a aceptar una reconciliación sin que existan motivos fundados para esperar un cambio de actitud del maltratador, que aleje el

53 STS 26/09/2005. Si bien el caso que fue objeto de esta Sentencia se refería al quebrantamiento de una medida cautelar de alejamiento y no de una pena, el Tribunal expresamente identificó ambos supuestos en su fundamentación.

54 STS 28/09/2007. En la misma línea, ya anteriormente la STS 19/01/2007.

55 Pleno no jurisdiccional del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008.

56 Véanse, sin embargo, los votos particulares de los magistrados Bacigalupo y Maza a la STS 39/2009, de 29 de enero, donde a partir de la distinción entre pena y medida cautelar, se insiste en que esta última debería decaer si la víctima se opone a ella, salvo que se compruebe algún vicio en el consentimiento, ya que de lo contrario resultaría vulnerado el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

peligro de nuevas agresiones. En tales circunstancias, no se debería prescindir de la pena o medida de alejamiento, aunque la víctima consienta la reanudación de la vida en común.

Pero no es menos cierto que el enorme avance punitivo de la legislación española en materia de violencia de género lleva a que diariamente se produzcan muchas condenas por otro tipo de agresiones menos graves, e incluso meramente ocasionales. Y en estos casos la imagen de sus víctimas es bien distinta. No se trata ya de mujeres física y psíquicamente debilitadas por estar atrapadas en un intenso clima de violencia, sino de personas capaces, en general, de valorar por sí mismas su situación y de tomar decisiones de forma autónoma. Frente a este tipo de víctimas, deja de ser razonable que el Estado pretenda imponerles, nada menos que bajo la amenaza de sanción penal, una determinada manera de reaccionar frente a la violencia como la única “correcta” –el alejamiento de sus parejas–, despreciando otras alternativas que ellas pueden considerar más adecuadas. Incluso en situaciones de maltrato, una mujer puede ser capaz de ponderar sus circunstancias y decidir en consecuencia. Y en estos casos, el Estado debería acompañarlas y apoyarlas en su decisión –aunque ésta no pase por abandonar la relación conflictiva–, prestándoles la ayuda que ellas mismas consideren necesaria para no volver a caer en el círculo de la violencia⁵⁷.

Nada de lo anterior se opone a la utilización de la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima en los delitos de violencia de género. Al contrario, parece claro que el contexto de este tipo de agresiones es particularmente propicio para la repetición de los actos de violencia y por eso es adecuado contar con un instrumento –sea pena o medida– para mantener alejado al agresor cuando se detecta el riesgo. Pero la propia naturaleza de esta pena, centrada en la protección de las víctimas, aconseja una regulación flexible que permita adaptarla a la gran variedad de situaciones que se presentan en la práctica. Cualquier decisión apriorística y descontextualizada sobre el alejamiento llevará, necesariamente, a resultados injustos y desproporcionados⁵⁸, que en no pocos casos aca-

57 Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de ofrecer tratamiento voluntario a los hombres que han manifestado algún tipo de agresividad y se muestran dispuestos a emprender un cambio, una alternativa que la ley actual sólo contempla para quienes han pasado por el sistema penal y han sido condenados por algún delito de violencia de género.

58 Por no mencionar la dudosa constitucionalidad de una medida que priva a muchas mujeres plenamente capaces de la posibilidad de decidir sobre su vida privada –el retorno a una determinada relación afectiva–, una coerción que, según algunos tribunales, podría

barán por volverse contra las propias víctimas. Por eso, en mi opinión, es urgente corregir el error que cometió el legislador en el año 2003⁵⁹ al declarar obligatoria esta pena en todos los delitos de violencia doméstica, y volver al régimen general que deja en manos de los jueces la decisión sobre su necesidad en función de “la gravedad de los hechos o del peligro que el delincuente represente” (art. 57.1 CP).

Como también debería someterse a revisión la prohibición tajante de la mediación en todos los conflictos de naturaleza civil o penal asociados a algún episodio de violencia de género (art. 44.5, Ley Integral). La negativa tajante a admitir esta alternativa a la justicia formal que tan buenos resultados está dando en otros ámbitos es consecuencia, una vez más, de la visión simplista que preside la legislación española en esta materia. Una visión que pretende convertir todas las agresiones de un hombre contra su pareja femenina, por muy leve y esporádica que sea, en situaciones dramáticas de sumisión absoluta de la mujer, con pérdida de su autoestima e incapacidad de decisión. Ciertamente, ante circunstancias de este tipo carece de sentido una fórmula de resolución de conflictos, cuyo presupuesto básico es el equilibrio de poder entre las partes. Si una de las personas implicadas está debilitada y sometida a la coerción psicológica de la otra, ningún sentido tiene intentar un acuerdo de compensación autoregulado⁶⁰.

atentar contra el derecho de autodeterminación en la vida personal y familiar derivado del art. 1.1. de la Constitución española, y que incluso podía afectar a la dignidad personal (art. 10.1 CE). No está demás recordar que el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 expresamente declara que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada y en su vida familiar, teniendo derecho a que la ley le proteja contra tales injusticias y ataques”. Sobre la base de estos y otros argumentos, la Audiencia Provincial de Lleida planteó una cuestión de inconstitucionalidad del art. 57.2 CP (Auto de 12/4/2006), que finalmente fue inadmitida por el Tribunal Constitucional por razones de forma (STC 141/2008, de 30 de octubre).

59 No está de más recordar que el carácter preceptivo de la pena de alejamiento en los delitos de violencia doméstica proviene de la LO 15/2003 y no de la Ley Integral, como a menudo se le atribuye. Con razón describe LANDROVE al 2003 como “el agnus horribilis para el derecho penal español” (en *El nuevo derecho penal*, cit., p. 82).

60 Hay plena coincidencia en la doctrina especializada sobre la inidoneidad de la mediación en supuestos graves de violencia de género. Véase, al respecto, ESQUINAS VALVERDE, *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 71 y ss.; también MARTÍN DÍZ, “Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos”, en HOYOS SANCHO, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Valladolid, 2009, p. 681; MARTÍNEZ GARCÍA, “Algunas reflexiones tras cuatro años de aplicación de la LO 1/2004 de violencia de género: propuestas de lege ferenda”, en *Teoría y Derecho* 5/2009, p. 147.

Pero, como venimos insistiendo en estas páginas, bajo el paraguas genérico de la violencia de género la legislación española ha incorporado una gran variedad de supuestos que abarcan muchas situaciones puntuales de agresividad unilateral, o incluso recíproca, que no son incompatibles con un cierto equilibrio entre las partes y con la voluntad de ambos de mantener la convivencia. Son precisamente estas situaciones las que suelen desembocar en la frustración de la justicia penal, ya que muchas mujeres se arrepienten de la denuncia y se acogen a la dispensa de no declarar contra un familiar⁶¹ para evitar la condena de su pareja. Ante este evidente fracaso del sistema penal –motivado sin duda por el abusivo recurso al derecho punitivo– quizás sería adecuado dar una oportunidad a la mediación; porque en circunstancias de escasa gravedad y con la ayuda de un profesional, esta fórmula de justicia restauradora bien puede favorecer, como avalan diversos estudios, el empoderamiento de las mujeres que han sufrido alguna clase de violencia⁶², al reconocerles la capacidad para resolver sus problemas por sí mismas de forma racional y autónoma, sin necesidad de acudir al paternalismo del Estado.

4. El modelo resultante

El rápido repaso que se ha hecho en las páginas anteriores de la estrategia penal relativa a la violencia de género impuesta en España pone de manifiesto que está construida, íntegramente, sobre el modelo del maltrato habitual. De ahí que se parta de una víctima debilitada, sin autoestima y atemorizada, incapaz de tomar decisiones por sí misma y necesitada de una ayuda intensa para reencauzar su vida y encontrar una salida a la violencia.

Pero lo cierto es que el sistema ultra protector resultante de esas bases se ha impuesto, en realidad, a un gran número de situaciones que muy poco tienen que ver con aquel modelo. El importante avance punitivista de los últimos años ha llevado a criminalizar mucho más que la violencia habitual, alcanzando al maltrato ocasional de escasa entidad, a las amenazas y a las coacciones leves, es decir, a un variado espectro de conflictos de pareja que, con frecuencia, no tienen como protagonistas a víctimas debilitadas e incapaces de autocontrol, sino a mujeres que buscan apoyo institucional para sacar adelante sus propias iniciativas –que no siempre

61 Art. 426 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Según datos del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer de 2007, en torno a un 37% de causas acaban en retirada de la acusación por esta causa.

62 Véase así, con razón, ESQUINAS VALVERDE, cit., p. 125.

pasan por la separación conyugal-. Al aplicarles las mismas líneas de actuación pensadas para las mujeres que viven sumidas en un intenso clima de violencia, el Estado desprecia ese buen juicio y las trata como personas altamente vulnerables, devolviéndoles a ellas mismas, y a su entorno familiar y social, una imagen empobrecida e infantil, que más se parece al modelo de mujer propio de la sociedad patriarcal que a la idea que pretende proyectar el feminismo sobre las mujeres del futuro.

El apoyo decidido al uso del Derecho penal para responder de manera contundente a los casos severos de violencia de género no legitima, de modo necesario, cualquier intervención punitiva especial cuando una mujer es blanco de algún tipo de agresión en la pareja. Lo que vale para las víctimas de la violencia machista que viven sumidas en un ambiente sórdido de agresiones y vejaciones puede no valer para otra infinidad de situaciones conflictivas en el ámbito doméstico en las que, aún existiendo ciertas cotas de agresividad, no se alcanza ese nivel elevado de degradación personal. En tales casos, el Derecho penal debería contener su respuesta –limitándola a las figuras delictivas generales que protegen a todos los ciudadanos frente a las agresiones a bienes personales–; y dejar un espacio mucho más amplio a otras vías de actuación institucionales, tales como las ayudas económicas o las medidas en el ámbito laboral que ya contempla la ley integral⁶³, sin descuidar las posibilidades que ofrece la justicia restauradora.

El afán punitivista que viene imperando desde finales del siglo XX ha hecho que el modelo de prevención y contención de la violencia de género –necesario, sin duda, para proteger a las auténticas víctimas del maltrato sistemático y vejatorio– se vuelva conservador y, a fuerza de negar validez a la voluntad de las mujeres, a sus deseos y perspectivas, acabe por reproducir, a través del Derecho, los factores de discriminación de género que caracterizan a la sociedad patriarcal⁶⁴.

Cierto es que las políticas públicas de los últimos años han permitido hacer visible la violencia de género y sacarla del ámbito privado para situarla entre los grandes problemas sociales que interesan y preocupan a los ciudadanos. Es verdad, también, que se ha avanzado mucho en la protección de las víctimas; pero el empeño por encauzarlo todo a través del Derecho penal ha desembocado en un sistema contradictorio que, al

⁶³ Véase el artículo 21 de la Ley Integral.

⁶⁴ MESTRE I MESTRE, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 21 y s.

tiempo que colapsa los juzgados con casos de mínima entidad⁶⁵ –situados en el límite de los conflictos de pareja más o menos agresivos–, arrincona y oculta las situaciones auténticamente graves de violencia instrumental. Un estudio reciente sobre la aplicación de la Ley Integral por los tribunales de justicia ha concluido que la violencia de género, por la que se formula acusación y se condena de forma generalizada, “se reduce a los tipos que describen hechos más leves”, hasta el punto de que sólo el 6,22% de las sentencias condenatorias corresponden al delito de violencia doméstica habitual⁶⁶ (art. 173 CP).

Esa aplicación residual del delito, que capta los supuestos indiscutiblemente severos de violencia de género (el artículo 173.2 CP), es un mal indicio de los resultados a los que está llevando el modelo punitivista a ultranza recogido en la legislación española. La abundancia de figuras delictivas relacionadas con el maltrato en la pareja ha desembocado en una inercia judicial que canaliza la inmensa mayoría de las denuncias a través de los delitos que requieren menor energía probatoria –es decir, los que captan comportamientos esporádicos y poco graves de maltrato, amenazas o coacciones–, de modo tal que la violencia habitual –presente en muchas denuncias que sólo se refieren a una agresión aislada– acaba por quedar oculta detrás de muchas condenas por delitos leves⁶⁷. Y esto, al fin y al cabo, repercute en un déficit de tutela para las auténticas víctimas de la violencia de género⁶⁸ –aquéllas que viven sumidas en un clima

65 Téngase en cuenta que en el año 2009 se presentaron nada menos que 135.540 denuncias por malos tratos en los 92 Juzgados de violencia sobre la mujer que existen en España, a razón de 371 denuncias diarias (fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ).

66 Son datos del “Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias Provinciales”, realizado por el Grupo de expertos y expertas en violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial de 2009.

67 Según datos del Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, del total de delitos instruidos por los Juzgados de violencia sobre la mujer en 2009, el 78% lo fueron por delitos de lesiones (es decir, por el delito de violencia ocasional del art. 153 CP), el 9% por coacciones y amenazas (presumiblemente leves) y sólo el 3% por delitos de violencia habitual.

68 En la *Memoria de la Fiscalía General de Estado* de 2008 (Volumen I, p. 508), la Fiscalía de Sala coordinadora de violencia sobre la mujer se quejaba de la inapropiada aplicación por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de mujeres que denuncian violencia de género (Instrucción 10/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad), indicando que en muchos casos la policía se limita a la tarea automática de rellenar un impreso sin realizar el preceptivo informe individualizado

de agresión permanente y severo– ya que sus agresores, con mucha probabilidad, quedarán en la calle, obligados tan sólo a asistir a algún curso de resocialización y con una orden de alejamiento que en muchos casos acabarán incumpliendo.

En suma, como sucede casi siempre que se cometen abusos, el recurso desmedido al Derecho penal ha producido un efecto inverso al esperado: las mujeres más expuestas a sufrir agresiones serias de sus parejas quedan, una vez más, invisibilizadas, mientras se desvían recursos humanos y materiales hacia conflictos domésticos que poco tiene que ver con la auténtica violencia de género.

que permita establecer el riesgo específico en el caso concreto y las medidas adecuadas a la situación. Y, sin duda, no falta razón a la fiscalía, ya que la automatización del procedimiento repercute negativamente en la eficacia del sistema de protección. Pero ¿es posible que las fuerzas de seguridad dediquen el tiempo y personal que requiere este tipo de informes cuando reciben una media de 80.000 denuncias anuales? Sin duda la avalancha de denuncias a que da lugar un modelo sobredimensionado y abusivo de intervención penal hace inviable cualquier sistema individualizado de control y evaluación del riesgo, como también el seguimiento serio y personalizado del cumplimiento de las medidas de alejamiento dictadas por los tribunales –en 2009, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer acordaron nada menos que 28.782 órdenes de protección (fuente: Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ)–.