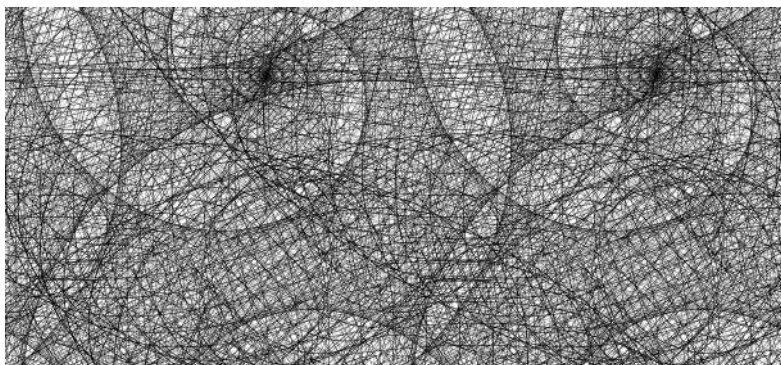


BOLETIN COMISIÓN PENAL MONOGRÁFICO PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL VOLUMEN 1



EDITORIAL

Constatada la indiscutida e indiscutible desigualdad social entre hombres y mujeres, los distintos feminismos coincidieron desde los años 70 en la importancia de introducir la variable de género en los análisis de las normas, instituciones, prácticas y dispositivos que componen los diversos sistemas normativos. Y ello, con una doble finalidad: demostrar el modo en que los ordenamientos reflejan y consolidan la situación de subordinación de partida e impulsar los cambios legales, institucionales y culturales que fueran necesarios.

Por diversas razones se ha producido una aceleración del tiempo histórico en todos los órdenes. Esta aceleración ha colocado en la agenda política y social la variable de género como cuestión prioritaria. Como consecuencia de ello, y generalmente al hilo de

Juezas y Jueces
para la Democracia

BOLETÍN Nº 10 DICIEMBRE 2018

EDITORIAL

ARTÍCULOS

BREVES REFLEXIONES
SOBRE NECESIDADES
FORMATIVAS DE JUEZAS Y
JUECES.

José Manuel Ortega Lorente

ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE LA PERSPECTIVA DE
GÉNERO

Xermán Varela Castejón
Natalia Fernández Suárez

LOS ESTEREOTIPOS DE
GÉNERO EN EL PROCESO
PENAL

Yolanda Rueda Soriano

PERSPECTIVA DE GÉNERO Y
DERECHO PENAL

Esther Erice Martínez

LA PERSPECTIVA DE
GÉNERO EN EL
ENJUICIAMIENTO DE LOS
DELITOS DE VIOLENCIA DEL
HOMBRE SOBRE LA MUJER

Ignacio José Subijana Zunzunegui

Coordinación: Yolanda Rueda
Soriano y Fátima Mateos

Edición: Juezas y Jueces para la
Democracia

determinadas decisiones de tribunales penales, se han multiplicado las reivindicaciones que cuestionan el statu quo vigente y exigen cambios y reformas urgentes. Del mismo modo, tanto desde el ámbito de la política como desde el judicial, diversos agentes institucionales y organizaciones vienen ofreciendo respuestas.

Una aproximación superficial al fenómeno podría llevarnos a la errónea conclusión de que tanto las peticiones como las respuestas son homogéneas. Dicho en otros términos: habría consenso no solo en el qué (el sistema legal, concebido en sentido muy amplio, perpetua la discriminación) sino también en el cómo el sistema consolida tal discriminación y en el modo en que ha de materializarse la respuesta. Se produciría una aparente unanimidad que facilitaría la solución: crear el derecho y aplicarlo con perspectiva de género. Sin embargo, del mismo modo que el pluralismo propio del movimiento feminista impide afirmar que existe una única perspectiva feminista, qué sea crear y aplicar derecho con perspectiva de género no es algo predeterminado y definido de una vez por todas, sino, por el contrario, abierto al debate; en especial, en un ámbito, como el penal, de reducida virtualidad transformadora y enorme potencia represiva.

Por estas razones, y por el hecho de que, como dijimos antes, los detonantes de algunas movilizaciones sociales han sido distintas resoluciones judiciales dictadas en el orden penal, creemos que constituye una exigencia ineludible ir construyendo colectivamente nuestro discurso asociativo sobre la materia, conscientes de la trascendencia del problema de fondo y de nuestra responsabilidad con nuestros/as conciudadanos/as. Esa ha sido nuestra pretensión al publicar este número especial del boletín de la Comisión Penal: contribuir, en la medida de nuestras posibilidades, al objetivo de arrojar luz sobre una cuestión compleja: qué rendimientos cabe obtener de la variable de género en el sistema penal.

Para ello, en este primer número especial, contamos con las colaboraciones de varias compañeras y compañeros a las/los que agradecemos su generosidad al compartir sus reflexiones, fruto tanto del estudio como de sus experiencias en el ejercicio de la jurisdicción. Dada la extensión de las aportaciones, por razones técnicas vinculadas con el “peso” de los archivos, el boletín, que constituye una unidad, se presenta digitalmente en dos documentos distintos y consecutivos.

En el primero, se incluyen los trabajos de José Manuel Ortega Lorente, Natalia Fernández Suárez y Xermán Varela Castejón, Yolanda Rueda Soriano, Esther Erice Martínez e Ignacio José Subijana Zunzunegui.

El segundo, incorpora los trabajos de Juan José López Ortega, José Luis Ramírez Ortiz, Miren Nekane San Bergareche y Angels Vivas Larruy, Carla Vallejo Torres y José Luis Díez Ripollés.

Esperamos que muy pronto, este primer número sea seguido de otros, y que todas las aportaciones sirvan para enriquecer, desde el rigor, un debate imprescindible.

Yolanda Rueda Soriano. Coordinadora de la Comisión de Penal



BREVES REFLEXIONES SOBRE NECESIDADES FORMATIVAS DE JUEZAS Y JUECES

José Manuel Ortega Lorente
Presidente Sección 2ª
Audiencia Provincial Valencia

Hace muchos años, un -ya entonces-, viejo profesor -Joaquín Ruiz Giménez- les decía a sus alumnos de la asignatura que impartía - Derecho Natural- que los planes de estudio de la licenciatura de Derecho deberían formar a los alumnos en disciplinas imprescindibles para el jurista: psicología y sociología.

Yo era uno de aquéllos alumnos. Estaba en primero de Derecho. Terminé la licenciatura y poco hubo de sociología y menos de psicología, en las asignaturas que tuve que completar.

¡Qué decir del temario de la oposición! Tampoco la formación que recibimos en la Escuela Judicial -hablo del año 1988-, prestó atención a los comportamientos

humanos o a las aportaciones de las disciplinas que observan y analizan los comportamientos sociales.

Se habla ahora de la necesidad de formación de los jueces en perspectiva de género. Surgen voces a favor, en contra. No hay ni que decir que dentro de la carrera, entre los jueces, hay voces que parecen destilar desprecio a la propuesta, o sensación de ofensa, cuando se habla de la inclusión de dicha formación entre la necesaria para el ejercicio de la tarea judicial.

Perspectiva. En la sexta acepción que el sustantivo encuentra en el DRAE, perspectiva es aquella visión, considerada en principio más ajustada a la realidad, que viene favorecida por la

observación ya distante, espacial o temporalmente, de cualquier hecho o fenómeno.

Los jueces penales, a diario, nos enfrentamos, en las tan diferentes tareas, de investigar y juzgar, de efectuar pronósticos al resolver sobre medidas cautelares, con la necesidad de identificar fuentes de conocimiento para averiguar si lo denunciado se corresponde o no y en qué medida, con lo sucedido y con la necesidad de atribuir significado a lo que dichas fuentes nos ofrecen. La sanción penal, tan gravosa, sólo está justificada en términos democráticamente asumibles, cuando se obtiene información de calidad y contenido tales, como para que quepa alcanzar -justificadamente, justificablemente – la convicción de que el hecho sancionado se produjo y lo cometió -participó en términos penalmente significativos- la persona acusada.

Cuando lo denunciado, o lo sometido a la jurisdicción penal, es un hecho violento en el que la aparente víctima es mujer y el aparente agresor es hombre, podemos limitar el enfoque investigador -que delimitará el ámbito probatorio en juicio- al hecho -el golpe en la cara, los insultos reiterados a lo largo del tiempo, a su contenido, a las circunstancias (espaciales, temporales, conducta desarrollada por los intervinientes)-. Podemos ampliarla a la identificación de fuentes de información que nos permitan comprender, más allá de la mera conjetura o hipótesis alternativa no preferible a otras, el significado de las conductas penalmente típicas investigadas. O qué nos permitan comprender las circunstancias en las que los comportamientos conocidos se produjeron, para poder rebajar la incertidumbre en la interpretación de las conductas. Lo que los jueces, las

juezas, consideren necesario para poder tomar la decisión, va a estar condicionado por los parámetros personales sobre suficiencia de la información para alcanzar conclusiones y por los parámetros personales de atribución de significación a la misma.

“Si aplicamos perspectiva, es decir, intentamos distanciarnos del objeto de investigación - hechos, sujetos-, deberemos, también, distanciarnos de nosotros mismos. Que la perspectiva sea, también, identificación del conocimiento que tenemos y aplicamos para decidir qué investigamos y qué significado damos a lo que la investigación nos ofrece. Del mismo modo, al enjuiciar, aplicar perspectiva, tomar perspectiva, exigirá identificar que estándares interpretativos aplicamos al valorar la información que la prueba ofrece, incluso qué estándares aplicamos al intervenir en la generación de la prueba en juicio -en las decisiones admisión y rechazo, en la admisión de preguntas (a veces manifiestamente sugestivas), en el rechazo de preguntas (a veces manifiestamente pertinentes)-.”

Estándares necesariamente determinados por nuestros procesos de adquisición de conocimiento o por los conocimientos adquiridos -por tanto, también por el conocimiento no adquirido, aunque preciso para tomar las decisiones que nos corresponden-.

Parapetarnos en el sentimiento de ofensa, en la displicencia que puede

permitirnos la seguridad que nos da estar protegidos, como jueces, en nuestra condición de autoridad, no va a facilitar la mejora en la respuesta jurisdiccional. Ni en la adhesión social al modelo de justicia que impartimos.

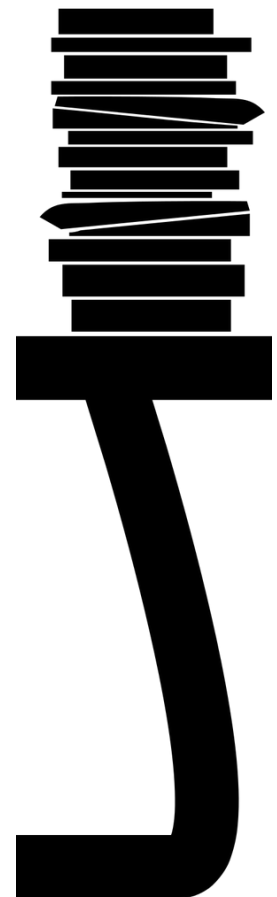
Por tanto, a la pregunta de si es precisa formación en materia de género, sólo deberá responderse si, tras una observación imparcial del trabajo que efectuamos los jueces, se revelan déficits derivados de una falta de formación en la materia. También tras una identificación de qué tipo de formación tenemos al respecto y en la operatividad o funcionalidad de dicha formación para mejorar la calidad en la respuesta.

”Pero es más, yo extendería la reflexión más allá: las necesidades formativas de los jueces -no sólo en materia de género”

Cuando aplicamos el estándar del “más allá de toda duda razonable”, como exigencia irrenunciable en términos éticos y epistemológicos -aunque haya tantas voces que argumenten en favor de una rebaja del estándar para garantizar una pretendida mayor eficiencia del sistema punitivo- de la afirmación, como hecho sucedido, de la conducta penalmente típica, estamos exigiendo del juez una valoración del acervo probatorio en el que efectúe una valoración, una atribución de valor a las pruebas, conforme a reglas que colectivamente se consideran aptas para atribuir fiabilidad, verosimilitud, credibilidad a las mismas. Y que, efectuada dicha valoración de toda la prueba, alcance conclusiones racionales -congruentes, también, con aquéllas reglas que permiten atribuir racionalidad al proceso inferencial o deductivo que, en ocasiones será preciso efectuar para optar por el relato fáctico de la acusación y despreñar, en términos racionalmente defendibles, la hipótesis exculpatoria-

El salto de la prueba al hecho probado pasa por la valoración de la prueba. El salto del hecho probado, cuando lo probado no es el hecho típico, sino un hecho indiciario -un hecho, que junto a otros, sólo encuentra explicación sostenible racionalmente en una reconstrucción verbal del pasado que integra el relato enjuiciado-, pasa por la aplicación de reglas inferenciales colectivamente admisibles.

La atribución de valor a la prueba, la atribución de significado al indicio, serán tareas arbitrarias si la validación de la corrección de dicha actividad viene dada, exclusivamente, por la autoridad de quien efectúa la tarea. Esta obviedad revela que el hecho de que la tarea sea efectuada por jueces -con su formación, que han superado un muy difícil proceso de selección, etc – no garantiza la corrección de la actividad valorativa y conclusiva; garantiza -o debiera garantizar – que el o la juez, está preparado para efectuar dicha labor conforme a las exigencias que para la corrección de la misma, informan las disciplinas que aportan conocimiento fundado sobre el cómo efectuar la interpretación de las pruebas o la extracción de conclusiones a partir de los hechos probados.



Si la labor judicial revela, de manera sistémica, no sólo en casos individuales, deficiencias en dicha tarea como consecuencia de la falta de formación en las disciplinas que han efectuado la observación de los comportamientos individuales y colectivos y han identificado parámetros fiables para la más correcta ejecución de la tarea judicial –valorativa, interpretativa, conclusiva-, será preciso implementar, y de manera urgente, la formación en dichas disciplinas -psicología, sociología, lógica y argumentación-.

Formación, eso sí, no para modificar las decisiones, sino para mejorar las habilidades necesarias para mejor decidir.



La formación en perspectiva de género puede ayudar si aporta información sobre la significación de las conductas que los Tribunales conocen de las mujeres en sucesos en los que la hipótesis acusatoria sostiene que una mujer ha sido víctima de un delito -especialmente en los delitos contra la vida, la integridad física, la libertad, la libertad sexual...-. La formación en

psicología del testimonio permitirá entender qué significación cabe atribuir, desde la observación metodológicamente rigurosa, a las diversas conductas que ofrecen los testigos a lo largo del proceso.

La formación nunca puede ir dirigida a inducir interpretaciones únicas de la prueba -v. gr. determinados testigos siempre son fiables-, puesto que eso no sería formar, sino deformar. Eso no sería incorporar al necesario acervo cultural del juez aquéllos conocimientos generados por las disciplinas que estudian el comportamiento de individuos y colectivos conforme a parámetros científicos, sino exigir del juez la renuncia a dicho conocimiento o la sustitución del juicio del hecho, por la interpretación de pruebas y hechos conforme con estereotipos integrados en un pensamiento único, oficial.

Tomar perspectiva, incluir el conocimiento que las disciplinas que examinan los fenómenos sociales y analizan las conductas individuales, en la formación de jueces y juezas, puede resultar útil, incluso necesario, en tanto se identifiquen déficits relevantes en la tarea judicial derivados de la falta de preparación o conocimiento en tales materias. Los jueces y juezas deben evitar que sus particulares estereotipos suplanten una labor valorativa enriquecida por el conocimiento y la experiencia -no la propia o individual o no sólo esa, sino los que aportan las disciplinas que desde el rigor en la observación y la fiabilidad metodológica, analizan los comportamientos humanos y colectivos-. La sociedad está legitimada, a través de los poderes públicos, en conseguir que quienes tenemos la labor de juzgar, dispongamos de la mejor preparación para desarrollar adecuadamente nuestra función.



ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Xermán Varela Castejón

Magistrado del Juzgado de Instrucción nº2 de Pontevedra

Natalia Fernández Suárez

Magistrada del Juzgado de Instrucción nº2 de Mataró

En los últimos tiempos ha aparecido con fuerza una reivindicación: que se juzgue con perspectiva de género. En realidad, **es cuestionable que esta reivindicación sea tan novedosa pues las relaciones del discurso feminista con el derecho, y concretamente con el derecho penal, son bastante más antiguas.** Sin embargo, las relaciones habían sido ambivalentes pues, entre otros ejemplos, tanto se ha vivido una crítica desde el feminismo al modelo de respuesta al conflicto que representa el derecho penal, como una reivindicación de su uso desde una perspectiva feminista. Quizás más novedoso es que se platee el debate público en lo referido al momento de aplicación de la norma y no al contenido legislativo, y que se haga, además de para criticar actuaciones que se consideran

machistas, proponiendo lo que se considera un modelo alternativo de aplicación que vendría constituido por esa perspectiva.

El debate sobre la necesidad de la perspectiva de género en la aplicación del Derecho no cabe duda de que, más allá de círculos judiciales o jurídicos, tiene importantes y sólidos fundamentos. Sin embargo, ha aparecido mezclado con la lectura mediática generalizada de determinados casos judiciales que se han polemizado. Sin duda algunos de esos casos pueden merecer una crítica. Y, sin duda, todos ellos pueden ser objeto de un debate público como cualquier otra decisión judicial. Ahora bien, no podemos dejar de constatar que la información sobre algunos de esos casos sacrifica los matices singulares del supuesto de hecho o de la decisión para

procurar titulares impactantes que generan una noticia que no siempre se corresponde con lo sucedido y que abonan una impresión escandalosa sobre la actuación judicial.

Ese conjunto de circunstancias que acompañan a la reclamación de mayor perspectiva de género en el mundo judicial afecta a la forma del debate. En no pocas ocasiones todo se reduce a posiciones binarias simplificadas que o bien defienden esa perspectiva sin aclarar cual es el alcance que se le quiere dar o dándole uno alejado de sus fundamentos originales, o bien la atacan y caricaturizan sin atender a los muchos matices a los que puede remitir la expresión.

Un escenario mediatizado como el que indicamos antes determina que un caso concreto sea convertido en paradigma de forma de funcionamiento o de razonamiento que se atribuye a los tribunales. Es más, en ocasiones se utilizan esos casos para afirmar que determinados delitos tienen altas tasas de comisión. **Es desolador que se soslaye cualquier análisis sistemático y serio de las cifras reales tanto de los delitos como de las respuestas judiciales.** Sucede con otros muchos delitos y los debates sobre seguridad pública que se alimentan a partir de casos concretos, y cómo en otros casos el discurso de la inseguridad puede responder a muy diversos intereses. Ello sin obviar, por supuesto, que existe una diferencia esencial con otros tipos delictivos como es que el conseguir que se diera importancia a hechos padecidos mayoritariamente por las mujeres costó muchos esfuerzos sobre todo del movimiento feminista y las mujeres del mundo jurídico y sin negar tampoco que seguimos con cifras importantes de diversos tipos de violencia sobre las mujeres. Ahora bien, apuntar esas posibles distorsiones en la forma de informar o de percibir no autoriza a obviar un elemento que, por el contrario, debe ser central. **Es una constatación que muchísimas mujeres, hoy y aquí, se sienten inseguras y perciben, por sus vivencias cotidianas, una desprotección u ocultación que también atribuyen a las instancias judiciales.** Qué parte sea un problema de percepción no autoriza a que pensemos que todo responde a tal dinámica y rehuyamos el análisis de unas reivindicaciones que pueden ser justas. Tampoco ayudaremos a ese cambio de percepción simplemente rechazando cualquier crítica a los tribunales amparados en el estudio del caso concreto o negando cualquier influencia machista en nuestro actuar haciendo del deber ser una pretendida prueba del ser.

Es en este contexto en el que se reclama por muchas voces que introduzcamos la perspectiva de género en nuestra actividad judicial, con más o menos, según el caso, autoridad y más o menos, según el caso, profundidad en la propuesta. **El problema es que no siempre está claro que supondría**



tal perspectiva, ni que las diversas personas que la reclaman piensen en lo mismo.

Podríamos consensuar entender por perspectiva de género la reivindicación que parte de comprender que la realidad no se puede analizar de forma aparentemente neutra sin que esa neutralidad, en situaciones de desigualdad, derive en perpetuar y consolidar la desigualdad. Desde ahí se afirma que las relaciones entre los géneros son desiguales y, por ello, deviene necesario que el análisis parta de esa realidad para comprender el alcance de la realidad y de la influencia de la acción que se realiza sobre la misma.

Esa perspectiva tiene, naturalmente, una potencialidad propia en el campo del derecho. **Si el derecho es una forma de accionar sobre la realidad que, además, define gran parte de esta, la perspectiva con la que se opere en y con él determina su resultado.** El mito positivista y el ideal burgués decimonónico confundían (interesadamente) la igualdad formal del discurso con la ausencia de discriminación o con la igualdad que dimos en llamar material. Desde la perspectiva de las diferencias sociales ya podemos considerar consolidada la advertencia de esa diferencia, aunque no hayamos sido capaces de extraer toda la potencialidad a esa constatación. Sin embargo, en el discurso sobre la discriminación de las mujeres no sólo no hemos avanzado en esa constatación, sino que en muchas ocasiones nos aparecen resistencias desconocidas que se activan cuando se cuestiona el discurso que hasta ahora monopolizaba el espacio jurídico. Quizás un primer paso necesario sea que los hombres que nos

dedicamos al derecho reconozcamos que esas resistencias a veces provienen de un inconsciente construido, precisamente, sobre la posición definida por el machismo del que ingenuamente nos creemos inmunes. Ello no tiene que suponer sin más renunciar a la posibilidad de debatir y confrontar estas propuestas, pero puede ayudar a intentar situar el debate en términos más honrados. **Así pues, esta perspectiva también exige que nos enfrentemos a los sesgos que influyen inevitablemente en nuestra percepción, tanto al interpretar la norma como al valorar las pruebas, y que asumamos que no crecimos aislados de las influencias de un machismo estructural que no sólo nos rodea sino que nos define.**

Ahora bien, el problema reside, creemos, en ir descendiendo sobre los desarrollos concretos que se quieran dar a esa perspectiva. **Muchos problemas derivan de la simplificación de los debates que desdibujan el alcance que se quiso dar originariamente a la propuesta.** Posiciones de trinchera poco dadas a procurar la comprensión mutua (peculiarmente características tradicionales del rol masculino) terminan vaciando de contenido a las propuestas que podrían tener más calado o activan resistencias donde se podría obtener un consenso.

En la forma de proposición y defensa indeterminada de esa perspectiva en ocasiones (hablamos lógicamente de los debates más mediáticos y fuera de círculos especializados) no se diferencian los diversos momentos jurídicos. **No es lo mismo el alcance que puede introducir una perspectiva de género en el momento legislativo o de generación de la norma, que en el momento de**

interpretación o de aplicación a un caso concreto. Y ello nos liga a otro problema no menor referido a otras exigencias que deben operar en cada uno de esos momentos. **El discurso de la perspectiva de género no puede ser omnicompreensivo ni excluyente de otras pretensiones.** La perspectiva de género pone sobre la mesa la diferencia y la desigualdad de género y denuncia cómo la aplicación del derecho pretendidamente neutra puede profundizar o sostener esa desigualdad. Pero **hay más situaciones de injusta desigualdad que reclaman también ser atendidas.** La perspectiva de clase, por poner un ejemplo y por emplear la misma terminología, también reclama un espacio en esos momentos como también la necesidad de asumir la pluriculturalidad en la que nuestras sociedades se desarrollan. En todo caso, frente a determinadas críticas que pretenden la postergación eterna de la reivindicación feminista, no sólo es completamente compatible con esa reivindicación feminista el también atender a otros fenómenos, sino que no cabe esconder más tiempo que lo denunciado desde la perspectiva de género afecta de forma directa a más de la mitad de la población. Además de no comprender todos los discursos que merecen atención en una proclama igualitarista, la perspectiva de género no puede, no debe, excluir la defensa de otros principios que son propios de un proceso democrático. **La perspectiva de género no debería nunca olvidar la perspectiva democrática cristalizada en el proceso penal en el discurso garantista.** Hablamos de principios como el de presunción de inocencia y sus exigencias en el ámbito de la valoración probatoria,

o el de taxatividad en la descripción de conductas sancionadas o proporcionalidad en las penas, así como otros como la necesaria independencia judicial o los peligros del derecho penal de autor. **Cuando se contraponen artificialmente ese discurso garantista frente a exigencias de la perspectiva de género, se daña irremediabilmente el garantismo en el derecho penal sin que a medio plazo se obtengan verdaderos réditos en la lucha contra la desigualdad padecida por las mujeres.**

Todo lo anterior se está poniendo especialmente de manifiesto en discusiones sobre Derecho Penal. La forma en que se está trasladando en algunos casos esas propuestas al Derecho Penal es la constatación de un fracaso. Es un fracaso que en términos generales se acuda al Derecho penal como instancia principal, en ocasiones, única, de afrontar desde los poderes públicos las expresiones del machismo. **Ello sirve en ocasiones precisamente para legitimar, más allá del fenómeno machista, concepciones del Derecho penal en términos vengativos y defensivos,** es decir parece que algunas ocasiones algunas personas olvidan todo el discurso feminista que desarrolló potentes críticas contra la concepción autoritaria del derecho penal y contra uso desmedido. Pero también en cierto sentido abona otra lectura especialmente preocupante. Una reivindicación consolidada del feminismo fue recordar que las agresiones que padecían las mujeres no respondían al patrón de un hombre asocial que se apartaba de la norma. Por el contrario, eran expresiones de una estructura machista que promovía esos comportamientos y era la acción

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

sobre esas estructuras, reales y simbólicas, donde se debía poner el acento. **Que gran parte del debate se esté centrando en las respuestas (penales) a casos individuales permite soterrar el debate más profundo sobre las estructuras sociales.** No cabe responder que se analizan el conjunto de casos individuales para descubrir pautas sociales de comportamiento institucional porque lo que se pone de relieve es que el objeto de análisis es el caso penal que se centra en el hecho individual. Con esto no queremos decir que no sea preciso responder penalmente ante las agresiones machistas. Tampoco que no sea necesario analizar cómo se produce esa respuesta (en la norma y en su aplicación). **Lo que sí que se cuestiona es como se está construyendo la agenda del debate sobre la respuesta institucional al machismo permitiendo que quienes vacían los recursos sociales de lucha contra la desigualdad se escondan detrás de propuestas penales siempre en el mismo sentido de endurecimiento de la respuesta.**



“la llamada perspectiva de género no puede, o no debe, definirse en contraposición a todo el catálogo de discursos garantistas del que nos hemos dotado en la definición del derecho penal y del espacio de aplicación judicial de la norma.”

Las notas que hemos intentado esbozar no agotan en absoluto el tema. Como elementos que creemos relevantes cabría destacar que la llamada perspectiva de género no puede, o no debe, definirse en contraposición a todo el catálogo de discursos garantistas del que nos hemos dotado en la definición del derecho penal y del espacio de aplicación judicial de la norma. Sólo algunas de las defensas de esta perspectiva así lo hacen pero, por desgracia, en no pocas ocasiones son las que más espacio mediático ocupan. Por otro lado, parece importante advertir que bajo la etiqueta de perspectiva de género se encuentran diferentes posiciones con más o menos legitimidad y no siempre compatibles entre sí. El debate era necesario y sus frutos pueden ser muy positivos, pero habría que tener cautela con ciertas formas de presentación. **Algunas reclamaciones de formación en la materia deberían aclarar en cuál de las diferentes posiciones se pretende formar pues esconder como conocimiento objetivo lo que es posición ideológica (por muy legítima que sea) no parece un buen punto de partida.**



LOS ESTEREOTIPOS DE GÉNERO EN EL PROCESO PENAL

Yolanda Rueda Soriano

Magistrada Audiencia Provincial Barcelona

1. Normativa internacional más relevante

En el año 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó **la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer** (en adelante CEDAW), culminando así el trabajo de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano creado en 1946 para seguir

de cerca la situación de la mujer y promover sus derechos⁽¹⁾. En su Preámbulo, la Convención reconoce que las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones que violan los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana, desarrollando en su articulado un programa en pro de la igualdad –igualdad de remuneración por el mismo trabajo, acceso a cargos de representación

(1) La consideración de la igualdad entre mujeres y hombres como cuestión de derechos humanos y que asimismo constituye una condición para el logro de la justicia social, además de ser un requisito previo necesario y fundamental para la igualdad, el desarrollo y la paz, y la necesidad de promover esa igualdad, ha sido reconocido desde la Declaración Universal de Derechos Humanos y con seguimiento y planes de acción además en las Conferencias periódicas de las NU sobre la Mujer como la celebrada en Nairobi en 1985, en Viena 1993, en Beijing en 1995

internacional en las mismas condiciones que el hombre así como de participación en las funciones y cargos públicos y en la vida pública, protección de mujeres discapacitadas, igualdad de derechos hombre y mujer en la sociedad y en la familia, eliminación de la circuncisión femenina y de aquellas prácticas que afectan la su salud de las mujeres, evitar su discriminación por el SIDA, eliminar el trabajo no remunerado...- Solicita en consecuencia a los Estados partes que adopten todas las medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las mismas condiciones que el hombre. Considera que **para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario que los Estados partes coadyuven a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres**(2)

La Convención nombra un Comité de 23 expertos que periódicamente examina

los informes que los Estados partes deben remitir sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole para hacer efectivo el programa de la Convención(3) y a la vista de dichos informes hace sugerencias y recomendaciones de carácter general(4). Merecen especial interés las Recomendaciones 19 y 35 (esta última actualiza la anterior), que exigen a los Estados partes la adopción de las medidas tendentes a eliminar todas las formas de violencia contra la mujer por su condición de tal y que además de suponer una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales, conlleva su discriminación, así como a eliminar aquellas prácticas que entrañan y contribuyen a esta violencia contra la mujer como las actitudes tradicionales que la consideran como subordinada o le atribuyen funciones estereotipadas, o los prejuicios que obstaculizan el logro de la igualdad(5). La Recomendación 35 del año 2017 acuña el término “violencia por razón de género contra la mujer”, introduciendo el enfoque de género(6) en la estrategia de conseguir el desarrollo y la igualdad de las mujeres, al considerar que esa violencia que lleva a su discriminación está basada en el género, lo que implica que es un problema social (resultado de un «sistema de género» que les impone roles dependientes y marginales en la sociedad) que merece respuestas integrales, constituyendo uno

(2) Artículo 5.a CEDAW

(3) <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>

(4) www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm. En este enlace se pueden consultar todas las efectuadas hasta la fecha.

(5) Recomendación 19

(6) Enfoque inicialmente GAD, entendido como sacar a las mujeres de sus lugares de aislamiento y a dar visibilidad a las estructuras que hacen posible la inequidad de género incorporando la perspectiva de género al mainstream de las políticas e instituciones, que posteriormente evoluciona en el enfoque gender mainstreaming. Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género. María Rigat-Pflaum

de los medios sociales, políticos y fundamentales a través de los cuales se perpetúa la posición subordinada de la mujer con respecto al hombre y sus papeles estereotipados⁽⁷⁾.

Concretamente en el ámbito judicial establece que todos los órganos judiciales tiene que garantizar que los procedimientos judiciales por violencia de género contra la mujer sean imparciales justos y no se vean afectados por estereotipos de género ni por nociones preconcebidas o estereotipadas⁽⁸⁾.

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica, hecho en Estambul en el año 2011 y que entra en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2014, tiene por objeto proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres. Ofrece un concepto de género consistente en aquellos comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres y que pueden contribuir a que la violencia contra la mujer se considere aceptable. Y establece que las partes tienen que adoptar las medidas necesarias, teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, en el

ámbito de la prevención, protección y persecución penal para garantizar, en este último caso, una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos que incluye⁽⁹⁾.

De esta forma, y ya en el ámbito más jurisdiccional, se refiere a la necesidad de adoptar medidas de protección de la víctima mujer, así como de información, valoración del riesgo, iniciación del procedimiento de oficio, asistencia adecuada, asistencia jurídica... Y en materia de prueba establece una disposición –art. 54- consistente en que las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que en el caso concreto ello sea pertinente y necesario. Por último, establece un mecanismo de seguimiento de la aplicación de sus disposiciones, como el GREVIO⁽¹⁰⁾ y el Comité de las Partes.

2. El tratamiento de la estereotipación de género en el ámbito internacional

La cuestión a analizar es cómo aplicar estas estrategias de acción, que promueven el objetivo del logro de la igualdad efectiva de las mujeres, en el ámbito jurisdiccional y, concretamente, en el proceso penal. De los textos internacionales de referencia se puede concluir que una de las herramientas esenciales para conseguir la igualdad de género en el

(7) En este marco de acción de las redes globales de mujeres surge la palabra empowermnt –empoderamiento-. Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género. María Rigat-Pflaum

(8) Artículos 2 y 5 Recomendación 35

(9) Violencia doméstica (física, sexual, psicológica o económica), acoso, violencia sexual incluida la violación, matrimonio forzado, mutilación genital femenina, abortos y esterilización forzosos).

(10) Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica

“se puede concluir que una de las herramientas esenciales para conseguir la igualdad de género en el ámbito judicial es eliminar los estereotipos de género que las perjudican, incorporando los análisis de género”

ámbito judicial es eliminar los estereotipos de género que las perjudican, incorporando los análisis de género⁽¹¹⁾. Así, la medida 232 d) del objetivo estratégico I.2 de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, establece como uno de los instrumentos para garantizar la igualdad y la no discriminación ante la ley en la práctica *revisar las leyes nacionales y las prácticas jurídicas en las esferas del derecho de familia, el derecho civil, penal, laboral y comercial con objeto de asegurar la aplicación de los principios y procedimientos de todos los instrumentos internacionales de derechos humanos pertinentes mediante la legislación nacional, revocar cualesquiera leyes restantes que discriminen por motivos de sexo y eliminar el sesgo de género en la administración de justicia.*

De hecho, la principal decisión del Comité de CEDAW en materia de tratamiento de la estereotipación de género es en el caso Karen Tayag Vertido c. Filipinas⁽¹²⁾, que motivó la Decisión de la CEDAW/46/18/2008 concluyendo que el Estado incumplió su obligación de eliminar estereotipos de género, impuesta en los artículos 2 y 5 Convención, al aplicar *normas inflexibles sobre*

lo que lo que las mujeres y las niñas deberían ser o lo que deberían haber hecho al encontrarse en una situación de violación basándose únicamente en nociones preconcebidas sobre lo que define a una víctima de violación, identificando los estereotipos que actúan en el contexto de un caso de violación. En concreto, la sentencia filipina aplicó las siguientes falsedades y estereotipos de género: 1) la víctima debería haber recurrido a toda su fuerza y su valor para resistirse a la violación y le privó de credibilidad al no haber tratado de escapar, no habiendo mostrado el comportamiento esperado de lo que la magistrada consideraba que era la respuesta racional e ideal de una mujer en una situación de violación, reforzando el mito de que las mujeres deben resistir por la fuerza la agresión sexual, 2) para ser violada con intimidación, la víctima debe ser tímida o atemorizarse fácilmente, 3) cuando la víctima y el autor se conocen el acto sexual es consentido, 4) no puede haber oposición a la violación si el acusado logra eyacular⁽¹³⁾.

También es relevante la Decisión del Comité CEDAW en el caso L.C vs Perú en la que la víctima de 13 años queda embarazada a causa

(11) El Tratado de Amsterdam de 1997 declara el gender mainstreaming como el enfoque oficial para orientar las políticas a dicho fin incorporando el género en las políticas públicas e instituciones. Aunque el enfoque de gender mainstreaming es mucho más complejo y transversal en su finalidad transformadora, como se explica en Gender mainstreaming: un enfoque para la igualdad de género. María Rigat-Pflaum

(12) El Tribunal Regional absolvió al acusado, Presidente de la Cámara de Comercio, por violación a la Directora ejecutiva de dicha Cámara, basándose en preconcepciones acerca de las víctimas de violación.

(13) Hay más estereotipos de género en delitos contra la libertad sexual, como afirmar que si han habido relaciones sexuales anteriores entre las partes se afirma el consentimiento, o valorar la conducta posterior de la víctima como que no es la natural de una mujer que alega haber sido violada, o la ausencia de lesiones.

de una violación y se intentó suicidar arrojándose de un edificio. Necesitaba una operación urgente de columna y los servicios médicos decidieron aplazar la operación hasta completar su embarazo involuntario. El CEDAW identifica como estereotipo de género la función reproductiva de la mujer, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre.

En esta línea deben destacarse varias sentencias que identifican estereotipos de género que impiden un juicio justo, como por ejemplo la Sentencia de la CIDH Caso González y otras, Campo Algodonero vs México, relativa a la desaparición de varias jóvenes en Ciudad Juárez siendo descubiertos sus cuerpos en un campo algodonnero. Se condenó al Estado Mexicano por la impunidad de estos crímenes ante la ausencia de su investigación, motivado en parte por estereotipos de los funcionarios policiales y de justicia sobre el comportamiento de las mujeres adolescentes, al considerar que no cumplían con los mandatos estereotipados de género, ya que salían de noche, se iban con sus novios o vestían de forma no apropiada. Estas concepciones estereotipadas de las mujeres desaparecidas implicaban que para los funcionarios no era importante su búsqueda ni su protección⁽¹⁴⁾. Sentencia de la CIDH Caso María Eugenia Morales

de Sierra vs. Guatemala en la que se identifica como estereotipo de género implantado en la legislación la identificación de mujer dueña de casa y hombre proveedor, al exigirse para que la mujer trabajara fuera de casa el permiso de sus maridos. Sentencia de Canadá Caso R. vs Ewanchuk, en el que se identifica como estereotipo utilizado para absolver de una violación, la ausencia de resistencia suficiente de la víctima al no haberse enfrentado directamente a su agresor lo que supuso para el Tribunal que dio su consentimiento tácito⁽¹⁵⁾, o Sentencia de la Corte Constitucional Sudafricana, Caso Presidente de la República de Sudáfrica vs Hugo, en la que se identifica como estereotipo el rol de la mujer como cuidadora de sus hijos. En este caso se rechazó el indulto solicitado para obtener la libertad dada la condición de hombre del solicitante, que aunque alegara que tenía que cuidar a su hijo pequeño, se aplicó el estereotipo consistente en que solamente las mujeres son las cuidadoras de los hijos⁽¹⁶⁾

3. Juzgar con perspectiva de género.

Estos casos pueden servir para aproximarnos a lo que significa juzgar con perspectiva de género en el ámbito penal y la metodología que debe seguirse, así como para identificar aquello que no es perspectiva de género. No todo es perspectiva de género. **Juzgar con**

(14) Resulta muy interesante el Informe de la CIDH de 2007 sobre el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas y sus Recomendaciones.

(15) A propósito de una entrevista de trabajo, el acusado realiza tocamientos a la víctima de 17 años, siendo consciente del miedo de la víctima. El juez de primera instancia absolvió al entender que existía un consentimiento tácito, y el Tribunal Supremo anuló al estar basado en el prejuicio consistente en que si una mujer no protesta ni se resiste se entiende que consiente basándose en el mito de que se presume que una mujeres sexualmente accesible hasta que se resiste.

(16) Sentencias mencionadas por Rebecca Cook en su entrevista publicada en el Anuario de Derechos Humano nº 10/2014.

perspectiva de género implica identificar los estereotipos, los prejuicios, aquellas preconcepciones individuales y colectivas de las decisiones judiciales sobre las capacidades y roles de las mujeres que determinan su discriminación o que sean tratadas de forma desigual⁽¹⁷⁾, para erradicarlos. La primera fase consistiría en identificar los estereotipos, y no cualquiera de ellos, sino los negativos o perjudiciales que determinan un trato desigual.

Y, a tal fin, se hace imprescindible un riguroso ejercicio de contextualización.

No siempre se pueden extrapolar a nuestro país los estereotipos existentes, por ejemplo, en México⁽¹⁸⁾, una sociedad con roles de género fuertemente arraigados, Afganistán o Ghana. **Hay que identificar además la clase de estereotipo⁽¹⁹⁾**; así, si se trata de un estereotipo de sexo (referido a las capacidades físicas o cognitivas de las mujeres y por tanto las diferencias físicas y biológicas entre hombres y mujeres y en las nociones generalizadas o preconcepciones que conciernen a dichos atributos físicos o biológicos), de un estereotipo sobre los roles sexuales (aluden a los roles y comportamientos

que se atribuyen a, y se esperan de, los hombres y las mujeres en base a sus construcciones físicas, sociales y culturales, lo que las mujeres deberían ser) o compuesto (cuando el género intersecta con otros factores como la edad, raza, religión. Por ejemplo, los estereotipos basados en el género y la edad pueden unirse para producir estereotipos específicos relacionados con las adolescentes, las mujeres en edad reproductiva o de la tercera edad...⁽²⁰⁾). Y, por último, identificar la naturaleza del estereotipo, si es descriptivo, si es falso (asigna características falsas a las mujeres) o prescriptivo (prescriben lo que las mujeres deben ser⁽²¹⁾). **Asimismo, deberíamos extender esta metodología, ya que nuestra decisión judicial ha de ser justa, imparcial y equitativa, no solamente a los estereotipos que afecten a mujeres sino a cualquier colectivo, ya sea hombres⁽²²⁾, extranjeros⁽²³⁾, pobres, ricos, homosexuales... toda vez que la aplicación de estereotipos lleva a la discriminación sea por género o por cualquier otra circunstancia.** Resulta muy interesante y podría servir de referente el Protocolo para juzgar con perspectiva de género hecho en México, que establece una metodología muy

(17) Estereotipos de género: perspectivas legales y transnacionales. Rebecca J. Cook y Simone Cusack

(18) Concretamente México representa un orden social genérico de poder basado en un modelo de dominación cuyo paradigma es el hombre. Un modelo que ha representado al hombre como sujeto universal: al hombre occidental, no indígena, no afrodescendiente, heterosexual y con buena situación económica. Los estereotipos de género como obstáculos de acceso de las mujeres a la justicia. Tania Sordo Ruz.

(19) Estereotipos de género: perspectivas legales y transnacionales. Rebecca J. Cook y Simone Cusack.

(20) Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género. Gema Fernández Rodríguez de Liévana.

(21) Estereotipos de género: perspectivas legales y transnacionales. Rebecca J. Cook y Simone Cusack.

(22) Ya hemos visto la existencia de un estereotipo que les perjudica en la Sentencia de la Corte Constitucional Sudafricana, Caso Presidente de la República de Sudáfrica vs Hugo.

(23) Carlos Gómez Martínez, en su artículo El Juez en una sociedad multicultural ya habla de "extranjerización secundaria" al actuar el proceso penal como factor que refuerza la exclusión y llama a la responsabilidad de los jueces respecto de los derechos de las minorías culturales, toda vez que lo que legitima nuestra función es ser garantes de los derechos fundamentales.

completa y además habla de las categorías sospechosas (por orientación sexual, edad, discapacidad, raza, color, idioma, opiniones, origen étnico, posición económica...) que exigen aplicar con especial intensidad las exigencias derivadas del principio de igualdad y no discriminación por su potencial aptitud discriminatoria.

4. Algunos malos entendidos

Como se ha dicho, es esencial seguir este método e identificar, en cada caso en el que concurra, el estereotipo negativo o perjudicial, ya que no siempre que se juzga se aplican estereotipos.

Juzgar con perspectiva de género no puede confundirse ni con la coincidencia de la decisión judicial con el objeto político de fondo, ni con la pretensión de que siempre que la persona que afirma ser víctima sea una mujer sea necesario condenar, y, además, con la máxima pena.

Asistimos a un movimiento de críticas a algunas sentencias penales que, con el argumento de que se han dictado sin juzgar con perspectiva de género, pero sin identificar el estereotipo discriminatorio aplicado, vienen a exteriorizar el descontento con el fallo por el hecho de que no han considerado acreditada la tesis acusatoria. Y a la inversa, estos mismos movimientos alaban sentencias que imponen las máximas penas a las personas acusadas por delitos cometido contra la mujer, afirmando que han juzgado aplicando perspectiva de género, pero sin identificar la argumentación que les lleva a ponerlas como ejemplo de sentencias dictadas con

perspectiva de género. En ambos supuestos es muy cuestionable la existencia de estereotipos de género.

Dos ejemplos. La asociación Women's Link Worldwide en el concurso Género y justicia al Descubierto del año 2017, otorgó el premio garrote a la peor sentencia del año a una sentencia dictada por el TSJ Andalucía, al considerarla sexista y discriminatoria. Sin embargo, no se identifica ningún estereotipo de género, ya que en realidad se trató de un error de calificación en el veredicto por el Jurado ajeno al componente de género, ya que se había probado que el autor del asesinato de su mujer había aumentado el dolor y sufrimiento de la víctima con las 30 puñaladas que le asestó y sin embargo no se calificó como ensañamiento, siendo casada por el Tribunal Supremo⁽²⁴⁾. Por el contrario, recientemente se ha puesto como ejemplo de sentencia dictada con perspectiva de género la Sentencia del Tribunal Supremo⁽²⁵⁾ que casa la de instancia de la Audiencia Provincial que condenó por homicidio intentado considerando el Supremo que concurría la alevosía sorpresiva. En realidad, en esta sentencia tampoco se aplica la perspectiva de género, pues no se identifica ningún estereotipo negativo en la sentencia de instancia, ya que se trató de una diferente valoración del hecho, diferenciando el Supremo dos momentos diferentes de ataque siendo uno de ellos repentino, agresivo y violento, que impidió cualquier posible defensa. Mención aparte merecería la sentencia del caso conocido como la Manada, en la que se otorgó absoluta credibilidad a la versión de la víctima, aplicándose sin embargo un tipo penal aparentemente no muy congruente

(24) STS 16/2018

(25) STS 247/2018

con el relato de hechos probados, no por cuestión de género sino por un posible error de subsunción jurídica. Otra cuestión es que el tipo penal aplicado –el consentimiento por prevalimiento- pueda parecer que contiene un sesgo de género al afirmar un consentimiento cuando es claro que no existe el mismo. Pero en este caso, no es la sentencia la que se ha dictado sin perspectiva de género o aplicando estereotipos de género negativos sino que es la legislación –artículo 181.3 Código Penal- la que pudiera contener un sesgo sexista. Y sin embargo, se alzó un movimiento popular que parecía pretender trasladar la acertada consigna política “yo sí te creo” al ámbito procesal penal, lo que es, al menos, discutible.

Al hilo de lo anterior, existe confusión en lo que debe considerarse como perspectiva de género, cuando se intentan establecer estándares de valoración probatoria diferentes en función del género de los testigos⁽²⁶⁾. La aplicación de estereotipos por razón del género puede afectar a la credibilidad del testimonio de la mujer desvalorizándolo, al partir el juzgador de unas afirmaciones o creencias prejuiciadas sobre el comportamiento de la testigo o de lo que se espera de ella. Ahora bien, no podemos aislarnos del caso concreto a enjuiciar y del hecho a valorar con todas sus circunstancias y esencialmente su contexto. Lo que implicará que en ocasiones la valoración probatoria conducirá a una duda razonable. Es evidente que para alcanzar la decisión justa se ha de juzgar sin estereotipos de género negativos (no todas las mujeres son mentirosas), pero también se ha de juzgar sin estereotipos de ninguna clase, como el que parte de la presunción de que la mujer siempre dice la verdad porque no hay ningún motivo para que mienta. En ocasiones, la valoración de todas las circunstancias permitirá sostener dicha conclusión y, en otras, no.

Un posible tratamiento de la perspectiva de género en la función de juzgar para evitar solapamientos con reivindicaciones propias de otros planos (legislativo, administrativo, político...), podría ser aplicar la metodología descrita e identificar en el caso en el que concorra el estereotipo aplicado, explicitando su efectiva concurrencia, con el fin de neutralizarlo.

5. De la lucha contra el estereotipo a la creación de nuevos estereotipos

Con todo, **no se trata de una cuestión sencilla, pues en ocasiones, con la loable pretensión de neutralizar los estereotipos discriminatorios se corre el riesgo de crear otros estereotipos de signo diverso.** La CEDAW⁽²⁷⁾ ha condenado a nuestro país en el caso

“no se trata de una cuestión sencilla, pues en ocasiones, con la loable pretensión de neutralizar los estereotipos discriminatorios se corre el riesgo de crear otros estereotipos de signo diverso.”

(26) Los eslóganes “yo sí te creo” son un ejemplo, así como la construcción del “testigo cualificado” en la STS citada ya 247/2018.

(27) Comunicación 47/2012. Dictamen adoptado en su 58 período de sesiones del 30 de junio al 18 de julio de 2014

LG contra España, al considerar que ha incumplido las obligaciones de la Convención. Se trataba de un supuesto de separación matrimonial en el que durante su tramitación se produjeron incidentes como amenazas a la mujer en presencia de la hija, incumplimiento de la obligación de pago de la pensión de alimentos a la hija común y régimen de visitas de la menor con el padre, en principio intervenidas por los servicios sociales, pero posteriormente sin vigilancia. Se dictaron órdenes de alejamiento que fueron incumplidas. Finalmente, el acusado asesinó a la niña y se suicidó. La CEDAW considera que se aplicaron estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica, ya que se decidió establecer un régimen de visitas no vigilado aplicando nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, pues se adoptó el régimen de visitas no vigilado *reflejando un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad*. Se consideró que para los niños siempre es mejor conservar la relación con el padre, aunque sea un maltratador, y ello es un estereotipo negativo y por tanto hay que derribar esta idea de que un maltratador no es obligatoriamente un mal padre ya que lo es desde el momento que hace daño a la madre.

La consecuencia ha sido la reivindicación por algunos sectores de que se reforme la ley para que los jueces restrinjan o prohíban, de manera obligatoria y no potestativa, los regímenes de visita de los acusados y condenados por violencia de género.

Es posible que en este caso se hubieran cometido lamentablemente errores y es cuestionable la atribución al padre del régimen de visitas no vigilado de su hija, ya que había más de 50 denuncias contra él por actos de violencia contra su mujer e incluso denuncias por agresiones a su hija. No conozco el tema de fondo y hay razones que pueden avalar las conclusiones de la CEDAW. Pero de la posible existencia de errores no se puede crear un estereotipo negativo. En este caso, no creo que fueran nociones estereotipadas las que determinaron la concesión del régimen de visitas a favor del padre, sino probablemente una inadecuada valoración de las circunstancias concurrentes y del contexto. Es muy dudoso que se pueda construir un estereotipo de maltratador arquetípico o ideal, respecto del que nunca es aconsejable que tenga en su compañía a sus hijos, ya que los actos tipificados en el Código Penal como constitutivos de violencia de género son de muy diversa tipología e intensidad, y pueden ir desde un empujón episódico, en un contexto de riña aceptada, hasta un maltrato grave continuado y reiterado en el tiempo.

Por ello, lo más aconsejable es que se permita valorar, con racionalidad, todas las circunstancias concurrentes así como el contexto para decidir al respecto. Pero no es aconsejable crear barreras legales que bloqueen la labor de individualización que ha de acometerse por quién enjuicia.



Perspectiva de género y derecho penal

Esther Erice Martínez

Presidenta de la Audiencia Provincial de Navarra

En el inicio de este texto es necesario señalar la dificultad de la exposición del contenido y alcance de la expresión “perspectiva de género” de forma breve y útil para la reflexión de que se trata, sin incurrir en una banalización, se trata aquí de una simple aproximación para comenzar a conocer, reflexionar y debatir sobre su efecto y contenidos en el ámbito del derecho penal.

Es sabido que la dominación de unos individuos sobre otros puede ejercerse a través de múltiples recursos entre los que se encuentra el empleo de los preceptos jurídico-normativos del derecho y los mandatos que surgen del derecho jurisprudencial.

También sabemos que la desigualdad ha caracterizado las relaciones entre hombres

y mujeres, utilizándose en no pocas ocasiones para generar y mantener esta situación la ley como instrumento, ya que también a través de medios legales se han perpetuado y se perpetúan las relaciones y roles desiguales, manteniéndose la situación sometimiento de las mujeres.

Si bien desde el siglo XVIII se han desarrollado líneas de pensamiento encaminadas a demostrar la igualdad en derechos de hombres y mujeres, es en los siglos XIX y XX cuando diferentes teorías, aún insistiendo en las categorías del derecho liberal, han examinado críticamente las teorías y prácticas jurídicas en relación a un empleo discriminatorio, que aún se hace, en la interpretación del derecho. Se ha denunciado que los derechos y garantías reconocidos a las mujeres no gozan de

una total eficacia, además en la actualidad se cuestionan interpretaciones sexuadas del derecho, especialmente en decisiones jurisdiccionales basadas en los tradicionales valores masculinos, por ello se propone desde distintos sectores la aplicación del derecho, como una disciplina transformadora de las relaciones entre hombres y mujeres, en la que se eliminen las prácticas discriminatorias, posibilitando una igualdad real y material.

En la actualidad la complejidad de la sociedad y de las relaciones sociales ha posibilitado la construcción de esquemas conceptuales diferentes, más matizados y ricos para analizar la realidad, también para analizar las relaciones entre los sexos —géneros.

Desde los años 70 del siglo XX, la presencia de mujeres en el mundo de la investigación y la segunda ola del movimiento feminista dieron lugar a una teorización sobre el conocimiento desde la perspectiva de género. Se analiza como nociones dominantes en el pensamiento moderno y en la vida social están distorsionadas por teorías, conceptos y metodologías que se han construido sólo desde la experiencia masculina, presuponiendo que esa era la experiencia de la totalidad de las personas, por lo que se cuestionan la ciencia y la epistemología dominantes, y se construyen nuevas concepciones del conocimiento, del sujeto conocedor, de la objetividad y de la metodología científica.

El sistema sexo-género constituye una categoría analítica básica en esta nueva epistemología. El concepto expresado como género, aparece a finales del siglo XX en un momento en que el pensamiento occidental es objeto de una gran confusión

epistemológica (-humanistas, post-estructuralistas, post-modernistas etcétera). El sistema sexo género es una teoría sobre la vida social y una herramienta analítica que permite poner de manifiesto como la experiencia social determinada por el sexo-género tiende a dar a los hombres y a las mujeres unas concepciones diferentes sobre sí mismos, sus actividades, creencias y el mundo que los rodea.

Las ciencias sociales fueron las áreas más proclives a introducir esta categoría teórica, posiblemente porque en ella se reflexiona sobre los orígenes de los sistemas conceptuales, y los conocimientos básicos, por ello no resulta extraño que inicialmente estos conceptos y teorías sean empleados en la sociología jurídica.

Viene utilizándose el concepto de género para hacer referencia a la construcción cultural de lo femenino y de lo masculino mediante procesos de socialización que forman al sujeto desde la infancia. En un primer momento permitió cuestionar y finalmente prescindir de teorías biologicistas y del discurso de lo natural; los médicos Stoller y Money fueron quienes distinguieron el género referido a los aspectos psíquicos y sociales de lo femenino y lo masculino, del sexo relativo a los aspectos anatómicos y fisiológicos de ser hembra o macho. Posteriormente el término ha tenido un devenir no exento de complicaciones.

Esta distinción aparece expresamente recogida en la Sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo, cuando concluye, en el apartado C) del FJ 9, rechazando tanto la alegación de presunta discriminación por razón de sexo reprochada a la actual redacción del

artículo 153 del CP, como la propia cuestión de inconstitucionalidad que pasaba a resolver:

“C) Como el término “género” que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad”.

El núcleo del concepto género contiene dos proposiciones conectadas:

el género como elemento constitutivo que supone la construcción social de los individuos asociados a la idea de mujer y de hombre, con la difusión de símbolos culturales que aportan representaciones sobre lo femenino y lo masculino y atribución de conductas, impulsos, deseos etcétera, con una pretendida idea de permanencia intemporal y que son interpretados e interiorizados mediante conceptos normativos, entre ellos los conceptos legales.

el género como forma primaria de relaciones de poder, a través del cual se articula el poder, es decir, una forma

habitual de facilitar la significación del poder. Dado que las relaciones económicas se consideran fundamentales en nuestro modelo social se analiza el género-femenino y masculino-como base constituyente de la división del trabajo que distribuye las actividades entre hombres y mujeres, estableciendo entre ellas no relaciones de complementariedad, sino de sometimiento, de aquí la dimensión social del género.

Esta herramienta conceptual se redefine y reestructura en conjunción con una visión de igualdad política y social que tiene también en cuenta la clase, la raza y otros factores, sus contenidos pueden variar, por lo que no es algo estático, sino que un proceso relacional y dinámico.

Adoptar un concepto de conocimiento situado no significa defender una postura relativista, debe tenerse en cuenta además que existen diferentes propuestas dependiendo del tipo de epistemología feminista de la que partamos; en todo caso se trata de un posicionamiento crítico en el espacio social no homogéneo, que rompe con el sujeto mítico cognoscente universal, único y eterno, y apuesta por un sujeto y un conocimiento situado, lo que indica que el conocimiento refleja las perspectivas particulares del sujeto y en lo que ahora nos ocupa la perspectiva sexo-género.. El sexo-género es una forma de situación social, que junto con otros elementos (clase, etnia, ideología política, etc.) se consideran integrantes del conocimiento.

Se cuestiona la asepsia valorativa, la ausencia de perspectiva y la neutralidad respecto a los valores y se mantiene que siempre se está mirando desde algún lugar aunque no se manifieste, esta será la idea de los conocimientos situados. Se utiliza el

término “objetividad fuerte” para referirse a la objetividad que incluye el análisis de la relación entre sujeto y objeto, que identifica los intereses que están inscritos en el conocimiento asumido y especifica sus valores culturales (Nicolás Lazo, G. 2009).

El sesgo sexo-género se convierte en un recurso del conocimiento, que permite incluir esta perspectiva, lo que no significa que se pretenda la exclusión de otras existentes en la realidad social.

Sabido es que su origen ilustrado imprime al derecho penal actual unas características que lo conforman como el mecanismo que busca la consolidación de garantías para aquellas personas que en su contexto histórico eran consideradas ciudadanos, entre quienes no se encontraban las mujeres.

Posteriormente el concepto de ciudadanía fue ampliado y en consecuencia las mujeres, entre otros seres humanos, fueron incluidas en las categorías y principios jurídicos que fundamentaban los textos penales, si bien hasta momentos muy recientes estos textos eran creados únicamente por hombres y hacían referencia a las mujeres a partir de la concepción que aquellos tenía sobre estas.

En esta situación un análisis crítico del derecho y de los derechos dan lugar a distintas posiciones teóricas, por una parte hay quienes consideran que se necesita aún más derecho, nuevas leyes, nuevas y diversas normas; otras consideran que del derecho y de los derechos hay que desconfiar, ya que son construidos según el modelo masculino; finalmente, otras sostienen que la libertad y la autonomía femeninas

nada tienen que ver con el derecho y los derechos y que deben basarse en la construcción de una subjetividad femenina a través de una política que ponga en el centro las relaciones y margine, incluso vacíe, el derecho y los derechos.

Solicitar la redacción y aplicación de la norma con perspectiva de género es una aportación moderada, dados los grandes desencuentros entre la mujer y el derecho penal. Se considera que el cumplimiento efectivo de la Constitución Española en la lucha contra la discriminación (Art.9 CE), significaría trascender los principios ilustrados sobre los que se empezaron a garantizar los derechos de las personas frente al Estado titular del “ius puniendi” y actualizarlos, teniendo en cuenta el amplio consenso internacional que existe sobre la estructura de discriminación respecto a las mujeres. El principio de igualdad penal en su formulación “todos somos iguales ante la ley”, de una vigencia más formal que material, precisaría ser reforzado, siendo necesario el desarrollo de un igualdad material con la inclusión del derecho a la no discriminación.

Se analiza que hasta ahora desde la técnica legislativa la equiparación en derechos pasa por una redacción aséptica, sin sexo, o al menos no más del imprescindible para la tipificación de determinados delitos. Esta redacción de las normas penales, unida al reconocimiento de la igualdad formal, ha llevado a la afirmación general de que el derecho penal es neutro en cuanto al tratamiento de los sexos, si la modalidad delictiva no impide que hombres y mujeres puedan ser autores y víctimas de casi todos los delitos previstos en la

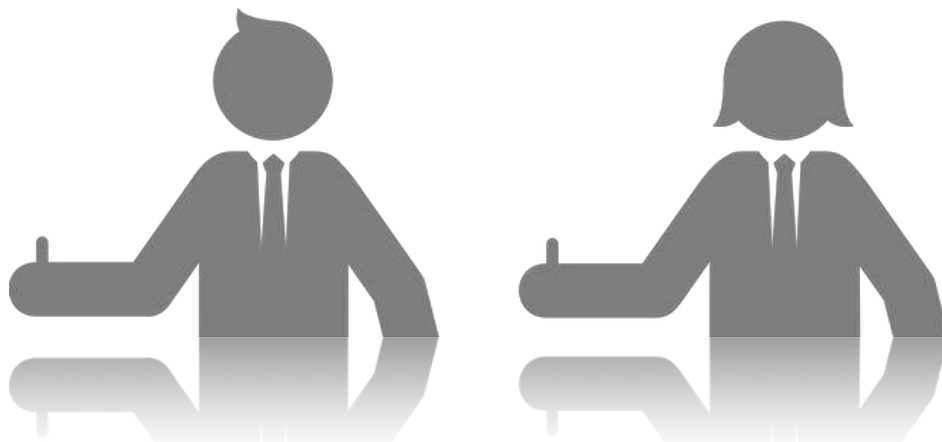


“La introducción de la perspectiva de género se refiere a algo mucho más elemental: como hacer llegar al derecho penal, que hombres y mujeres se relacionan de manera desigual en la sociedad, respondiendo a unos patrones en los que lo masculino es considerado mejor y más fuerte, a valores que han regido de manera dominante y aplastante hasta hace poco en nuestra sociedad, lo que ha generado una situación de desigualdad legal, formal y material que ha marcado el desarrollo de las normas”.

ley penal. Sin embargo cabe preguntarse si el derecho penal es neutro en cuanto a género, si realmente se encuentra a salvo de las desigualdades estructurales relacionadas con las construcciones de lo masculino y lo femenino, arraigadas en nuestra cultura. Si así fuera se estaría ante el único grupo normativo que no se ve afectado por las discriminaciones que nuestra sociedad ha generado y genera respecto a las mujeres.

Aun teniendo en cuenta tales extremos, está asumido que **el derecho penal no ofrece soluciones totales frente a la desigualdad y la discriminación, sino que, como sistema estructurado de control social, reacciona frente la comisión de hechos considerados previamente como peligrosos para los intereses o bienes que se desea proteger y, por lo tanto, proscribire determinados comportamientos.** La infracción de esta proscripción conlleva la aplicación de una pena, como reacción organizada del Estado frente a la desobediencia de las normas, lo que difícilmente satisfará a ninguna de las partes implicadas. Por ello las soluciones a los problemas de desigualdad y discriminación de la mujer en una sociedad discriminadora y violenta hacia ellas nunca podrán ser obtenidas mediante el derecho penal, ni tan siquiera, si se llegaran a construir sus respuestas desde políticas criminales que orientaran la labor legislativa desde una perspectiva que tuviera en cuenta esa situación de desigualdad y discriminación real, por lo que no se trata de llevar a cabo reivindicaciones punitivas sin límite que caigan en el positivismo demagógico, ni en el debilitamiento generalizado de las garantías ya existentes.

Así pues, la introducción de la perspectiva de género se refiere a algo mucho más elemental: como hacer llegar al derecho penal, que hombres y mujeres se relacionan de manera desigual en la sociedad, respondiendo a unos patrones en los que lo masculino es considerado mejor y más fuerte, a valores que han regido de manera dominante y aplastante hasta hace poco en nuestra sociedad, lo que ha generado una situación de desigualdad legal, formal y material que ha marcado el desarrollo de las normas. A pesar de que se ha superado el escollo de la desigualdad formal, la realidad del trato diferenciado discriminador sigue existiendo en muchos grupos de casos, afectando mayoritariamente a las mujeres, incumpléndose así el mandato de no discriminación (Bonet Esteva, M. 2010).



En la valoración de la prueba la perspectiva de género no promueve un estándar o garantías procesales diferenciadas sino una investigación diligente, advirtiendo las características propias de algunos tipos específicos de violencia y sus posibilidades de prueba, extremo en el que sí resulta relevante esta perspectiva. Por otra parte es preciso también tener en cuenta el sesgo discriminatorio que tradicionalmente ha regido la valoración de la prueba, no tanto por los estándares vigentes, como por valoraciones sesgadas que de suyo resultan discriminatorias y contrarias a la vigencia del principio de igualdad, lo que nos lleva dentro de los estándares de un sistema de libre valoración a afrontar el desafío de elaborar pautas que permitan promover una valoración de la prueba sana, crítica, racional y respetuosa con los derechos de las mujeres (Di Corleto, J. 2017).

El trabajo pendiente para profundizar en la aplicación de la perspectiva de género en los ámbitos normativo y jurisprudencial, concretamente en el derecho penal, sustantivo y procesal, aparece sin duda como un reto de gran amplitud, dificultad y contornos delicados, que deben ser adecuadamente definidos para conocer y expresar con claridad y precisión su alcance. Su aplicación no tiene por qué limitar las garantías ya establecidas, por el contrario puede mejorar estas, mejorando también la aplicación del derecho y el derecho mismo.

Bibliografía

Nicolás, Lazo, G., (2009), “Debates en epistemología feminista: del empiricismo y el standpoint a las críticas postmodernas sobre el sujeto y el punto de vista”, en Nicolás, G. y Bodelón, E. (Comps.), Género y Dominación. Críticas feministas del derecho y el poder, Rubí (Barcelona), Antrophos Editorial.

Bonet Esteva, M., (2010), “Derecho Penal y Mujer: ¿Debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género?”, en Heim, D. y Bodelón, E. (Coords.), Derecho, Género e Igualdad. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas, Vol. I, Cornellà de Llobregat, Grupo Antígona UAB.

Di Corleto, J., (2017), “Igualdad y diferencia en la valoración de la prueba: estándares probatorios en casos de violencia de género”, en Di Corleto, J. (Compiladora), Género y Justicia Penal, Caba (Argentina), Ediciones Diderot.



La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer (1)

Ignacio José Subijana Zunzunegui
 Presidente de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa

I.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL

La política pública de género, según el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (ratificado por España el 6 de junio de 2014, entrando en vigor el 1 de agosto del mismo año, en adelante Convenio de Estambul) y la Recomendación General nº 25 del Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), se vincula al disímil significado social que se confiere a las diferencias biológicas entre la mujer y el hombre. Responde, por lo tanto, a una construcción social de lo masculino y lo femenino en la que las relaciones entre el

hombre y la mujer se estructuran en clave de poder, ocupando el hombre más espacio que el que le corresponde, a costa del espacio que compete a la mujer, que ésta no ocupa⁽²⁾. Con esta premisa, juzgar con perspectiva de género equivale a implementar en el enjuiciamiento técnicas jurídicas que faciliten la consecución del objetivo de la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el uso y disfrute de los derechos y libertades. En concreto, la perspectiva de género aspira a que los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando, de esta manera, la discriminación de estas últimas. Lo que postula, en definitiva, es que el

(1) Este texto es un resumen actualizado del artículo "El enjuiciamiento penal con perspectiva de género" publicado con Dña. Izaskun Porres García, Letrada del Ilustre Colegio de Abogados de Guipúzcoa, en la Editorial Jurídica Sepin en su monográfico de septiembre de 2018.

(2) El artículo 3 c) del Convenio de Estambul define por género los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres.

sistema de justicia emplee técnicas de diferenciación que, siendo proporcionadas, logren la equiparación final de lo que en el punto inicial es desigual⁽³⁾.

Se discute si el Derecho Penal, como máxima expresión del control social formal del Estado, puede ofrecer una perspectiva de género. Se ha dicho, al respecto, que el Derecho Penal no puede acudir a recursos de acción positiva para igualar a los que, siendo formalmente iguales, son materialmente desiguales. Sin embargo, el artículo 4 de la Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres no excluye ningún sector jurídico de la exigencia de interpretación y aplicación de las leyes para garantizar la igualdad de trato efectiva de las mujeres y de los hombres.

Y ello conlleva que también en el orden penal la perspectiva de género debe informar la interpretación y la aplicación de las leyes penales. Y es preciso hacerlo a partir de su función de último recurso del Estado para cumplir la tarea de protección de los intereses esenciales de las personas en una sociedad plural y diversa.

Consecuentemente, la perspectiva de género en el orden penal se tiene que vincular necesariamente con la referida función de protección de la ley penal – tanto sustantiva como procesal-.

En concreto justificando, a través de mecanismos de tutela específicos, una protección reforzada de la mujer cuando es víctima de una violencia procedente del

hombre. Y ello porque, tal y como señaló la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional (SSTC 59/2008, de 14 de mayo, 81/2008, de 17 de julio o 41/2010, de 22 de julio), el específico tratamiento penal en materia de violencia de género responde a la voluntad del legislador de sancionar más gravemente unas conductas que son más graves a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas son el trasunto de una desigualdad en las relaciones de pareja al constituir una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. No en vano, señala el máximo intérprete de la Constitución en las sentencias referidas, el agresor actúa conforme a una pauta cultural –la desigualdad entre hombre y mujer– generadora de gravísimos daños a las víctimas y dota así consciente y objetivamente a su comportamiento de un efecto añadido a los propios del uso de la violencia en otro contexto.

Se trata, en definitiva, de reconocer la mayor lesividad de la conducta violenta del hombre sobre la mujer a partir de su significación objetiva como reproducción de un arraigado modelo de discriminación de la mujer por el hecho de ser mujer. Con su conducta violenta el hombre convalida la desigualdad sistémica de la mujer, de modo que cuando la norma impone una pena agravada se justifica por la dualidad de bienes jurídicos protegidos: la protección de la dignidad y de la

(3) Al respecto, pacífica doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, STC 31/2018, de 10 de abril) ha sostenido que el tratamiento diverso de situaciones distintas puede venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto se atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva-artículo 9.2 CE-. Por ello, la actuación de los poderes públicos para remediar la situación de las mujeres colocadas en innegable desventaja en el ámbito social, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellas un trato más favorable, pues se trata de un tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas.

Se trata, en definitiva, de reconocer la mayor lesividad de la conducta violenta del hombre sobre la mujer a partir de su significación objetiva como reproducción de un arraigado modelo de discriminación de la mujer por el hecho de ser mujer.

desigualdad por abuso de poder que alimenta esa específica violencia del hombre sobre la mujer. De ahí que la violencia de género se conciba como una violencia sistémica, dado que la causa determinante es la insuperable fractura derivada de la desigualdad estructural en términos de poder, que separa a hombres y a mujeres.

Por ello, el plus de lesividad que presenta la violencia del hombre sobre la mujer no radica en la existencia de un ánimo específico que presida su conducta (a modo de elemento subjetivo del injusto); reside en su inserción en un contexto social que discrimina a la mujer (así SSTS 856/2014, de 26 de diciembre y 614/2015, de 21 de octubre). Es el empleo de la violencia del hombre sobre la mujer en una estructura social caracterizada por la supremacía de lo masculino sobre lo femenino lo que provoca su mayor desvalor, al consolidar ese asimétrico orden y discriminar de esta manera a la mujer. Por ello el artículo 1.1 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOMPIVG) califica la violencia masculina como la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres y el artículo 3 a del Convenio de Estambul define la violencia contra las mujeres como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres. En ninguno de los dos textos normativos referidos –ni, tampoco, en la regulación sustantiva contenida en el Código Penal– se menciona la necesidad de una intención específica adicional en el hombre para apreciar la especial ofensividad de la conducta violenta del hombre sobre la mujer⁽⁴⁾.

A la luz de este planteamiento es preciso reflexionar sobre cómo cabe implementar la perspectiva de género –como criterio de protección reforzada– en cada uno de los tres ámbitos afectados por la interpretación y aplicación de las leyes penales: la delimitación del hecho (supuesto fáctico de la ley penal); la fijación de la significación jurídica del hecho (valoración que la ley penal hace del hecho) y la determinación del efecto que se anuda al hecho conforme a la significación jurídica conferida (consecuencia jurídica de la ley penal).

(4) El Convenio de Estambul considera violencia de género conductas como la violencia sexual (artículo 36), los matrimonios forzados (artículo 37), las mutilaciones genitales femeninas (artículo 38), el aborto y la esterilización forzados (artículo 39) y el acoso sexual (artículo 40), con independencia de la relación que pudiera existir entre la víctima y el victimario, tal y como se indica en su artículo 43. De hecho una de las medidas previstas en el reciente Pacto de Estado en materia de violencia de género, suscrito el 27 de diciembre de 2017, es la ampliación del concepto de violencia de género a todos los tipos de violencia contra las mujeres contenido en el Convenio de Estambul.



II.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DELIMITACIÓN DEL HECHO: LA PRUEBA

II.1.- En la construcción de la prueba

El sistema procesal penal tiene como uno de sus objetivos la satisfacción de las necesidades de atención, asistencia y protección de las víctimas. Así lo proclama, trasponiendo a nuestro ordenamiento jurídico las previsiones contenidas en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, el artículo 3.1 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, LEVD⁽⁵⁾). Frente a lo que suele indicarse con excesiva frecuencia, no existen vasos comunicantes entre el estatuto jurídico del investigado y el estatuto jurídico de la afirmada víctima, de manera que lo que se “otorga” a la afirmada víctima es “a costa” de lo que pierde el investigado. Se desenvuelven en planos diferentes de manera que en cada proceso lo que procede es que los poderes públicos satisfagan de forma inclusiva los derechos de unos y de otros.

La perspectiva de género encuentra cabida en las diversas previsiones contenidas en la LEVD para la consecución del derecho de toda víctima⁽⁶⁾ a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio a lo largo de todo el proceso penal (artículo 3.1 LEVD).

Así, la necesidad de crear un espacio de acogida para que las víctimas tengan una información cumplida y comprensible sobre su posición en el proceso penal, lo que obliga a implementar un proceso de comunicación que se adapte a las circunstancias y condiciones personales de la mujer víctima de violencia de género así como a la naturaleza concreta del delito por ella sufrido -artículos 5.1 y 20 LEVD-.

(5) El artículo 3.1 LEVD estipula que toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un periodo de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso.

(6) El artículo 23 de la LO 1/2004, en redacción conferida por el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto (convalidado por resolución de 13 de septiembre de 2018, del Congreso de los Diputados, BOE del 20 de septiembre de 2018) establece que la acreditación de las situaciones de violencia de género que permiten el reconocimiento de los derechos prestacionales contenidos en la ley tendrá lugar a través de alguno de los siguientes títulos: la sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección, cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, un informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, un informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente o por cualquier otro título, siempre, en este último caso, que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. De esta manera se permite el acceso a las prestaciones de mujeres que no hayan denunciado que padecen una situación de violencia de género.

La importancia de contar con la atención precisa (en planos como el jurídico, el psicológico, el económico y social) para ejercer con autonomía los derechos que le asisten, contando para ello, con las Oficinas de Asistencia a las víctimas - artículos 27 y ss, LEVD-.

La conveniencia de contar con el apoyo necesario para prestar testimonio en el juicio sin riesgo de revictimización – evitando el contacto visual con el sospechoso y permitiendo, incluso, que no esté presente en la sala de vistas acudiendo al uso de las tecnologías de la comunicación para audición y visualización -artículos 25.2 a y b LEVD-, debidamente acompañadas por una persona de su confianza -artículo 21.c LEVD-, y con respeto a su dignidad evitando preguntas que invadan injustificadamente su privacidad -artículo 25.2 c LEVD-.

Y finalmente la importancia de implementar la protección exigible para evitar la victimización secundaria o reiterada –artículo 19 LEVD – mediante un estudio individualizado de sus necesidades de tutela –artículo 24 LEVD- que tenga especialmente en consideración si existe una relación de dependencia entre la víctima y el supuesto autor del delito –artículo 23.2 a- LEVD, si se trata, entre otros, de un delito sobre el cónyuge o sobre persona que esté o haya

estado ligado al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia –artículo 23.2 b 3ª LEVD- y si estamos ante un delito violento –artículo 23.2 c-LEVD, características, todas ellas, presentes en los delitos de género⁽⁷⁾.

La implementación real de estas previsiones de acogida, atención, apoyo y protección facilitará que la víctima recupere espacios de autonomía que, entre otros efectos, favorezcan su aporte informativo como fuente de prueba, debilitando, de esta manera, la expansión del derecho de dispensa al deber de declarar regulado en el artículo 416.1 LECrim.

De hecho, el reflejo que el ejercicio del derecho de dispensa tiene en el cuadro probatorio, evitando la integración del conocimiento procedente de la principal fuente de prueba, es sumamente importante, máxime cuando, como se establece en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2018, el acogimiento, en el juicio oral, de la dispensa al deber de declarar impide valorar pretéritas declaraciones de la afirmada víctima, aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida. El abanico de razones y contra-razones de

(7) Transcendental es, al respecto, la STS 1263/2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo-Sección Cuarta, en la que declara la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, dado que un órgano judicial, ignorando las pruebas periciales psicológicas y el alto riesgo de victimización, modificó el régimen de visitas con vigilancia fijado en la sentencia de separación matrimonial, acordando que la comunicación entre el padre y su hija se hiciese sin vigilancia, circunstancia que determinó que la hija fuese asesinada meses más tarde. El presupuesto de esta declaración de responsabilidad patrimonial del Estado es el Dictamen 47/2014, de 16 de julio, del Comité de la CEDAW que concluyó que España había infringido los derechos de la madre y la hija fallecida y formuló, entre otras, dos recomendaciones específicas: otorgar a la madre una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos, y llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la madre y la hija.

La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer

esta prohibición de rescate de testimonios vertidos conforme a las notas de jurisdiccionalidad –si bien pretérita, entendida como tal la declaración efectuada ante un órgano judicial que no es el sentenciador- y contradicción se contienen en la STS 205/2018 de 25 de abril. Y los efectos de debilitamiento del arsenal probatorio de las acusaciones que esta jurisprudencia del Tribunal Supremo conlleva- a nuestro juicio de forma correcta desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia- ha provocado que tanto la Fiscalía General del Estado, en sus Memorias, como el Observatorio de Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial, en sus Informes, hayan solicitado la derogación del citado derecho de dispensa.

II.2.- En la disciplina de la prueba

El carácter absoluto de la presunción de inocencia como regla de juicio conlleva que únicamente quepa declarar la culpabilidad del acusado cuando las pruebas practicadas en el juicio permiten obtener esta inferencia de una manera lógica y concluyente. En estos casos existe una certeza objetiva en la imputación que excluye la duda razonable (por todas, STS 702/2017 de 25 de octubre).

El respeto a la presunción de inocencia como regla de juicio impide que se utilice la perspectiva de género como un estándar de prueba específico en materia de violencia del hombre sobre la mujer que justifique que se estime acreditada la acusación a partir de un cuadro probatorio que, en otras infracciones penales, excluye que se considere como probada la hipótesis acusatoria. Es decir, no cabe valorar de forma distinta la calidad convictiva de un testimonio, desde la perspectiva de su suficiencia para justificar una declaración de culpabilidad, por el hecho de que quien lo aporte sea una mujer y, además, tenga por objeto un delito de dominación del hombre sobre la mujer. En este sentido, no compartimos la idea que parece deslizarse⁽⁸⁾ en la SSTS 247/2018 de 24 de mayo y 282/2018 de 13 de junio de calificar a la afirmada víctima como un testigo cualificado y convertirlo así en un criterio de ponderación de la calidad incriminatoria de su testimonio. Ello sería construir un estándar de prueba específico que hace depender la suficiencia de la prueba más de quién lo dice que de la calidad cognoscitiva de lo que se dice. Favorable es la valoración, sin embargo, si la consideración del especial estatus de las víctimas se hace desde la perspectiva de la especificidad de su posición en el proceso en planos tan importantes, como los anteriormente

(8) Digo parece porque no termina de afirmarlo de forma nítida dado que tras indicar en ambas sentencias que es un testigo privilegiado concluye en la STS 282/2018 de 13 de junio que “Ello, sin embargo, no quiere decir que la credibilidad de las víctimas sea distinta del resto de los testigos, en cuanto al valor de su declaración, y otorgar una especie de presunción de veracidad siempre y en cualquier caso, pero sí puede apreciarse por el Tribunal con mayor precisión la forma de narrar el acaecimiento de un hecho, por haber lo vivido en primera persona y ser sujeto pasivo del delito, para lo cual se prestará especial atención en la forma de cómo cuenta la experiencia vivida, sus gestos, y, sobre todo, tener en cuenta si puede existir algún tipo de enemistad en su declaración”. Por lo tanto, parece reivindicar el reconocimiento de un estatus procesal específico para las víctimas- propuesta plausible- más que la implantación de un criterio de valoración privilegiado de los testimonios de las afirmadas víctimas- extremo incompatible con un recto entendimiento del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio-.

referidos, de asistencia, atención y protección (volvemos a remitirnos a lo regulado en la LEVD).

Por ello, tampoco cabe valorar el silencio narrativo como elemento de incriminación, aunque el mismo pueda responder, en un número no despreciable de ocasiones, a un estatus de subordinación. Y es que una cosa es que la comunicación sea un proceso complejo en el que se integran elementos verbales y datos extra-verbales de forma que, dando pleno sentido a la garantía de inmediación, todos ellos puedan ser ponderados de una forma razonable y razonada en la sentencia, y otro muy distinta es que, ausente la comunicación verbal, se pueda conferir al silencio un valor inculpatario mediante la atribución a la afirmada víctima de aportes cognoscitivos que no hizo en el juicio, o, en su caso, a través de la sustitución de lo que no dijo por lo que otros testigos dicen que dijo. Y ello porque, de actuar así, se estaría infringiendo la disciplina de la prueba en el proceso penal (que parte de la premisa del carácter absoluto de la presunción de inocencia como regla de juicio, STS 263/2017 de 7 de abril), bien porque se confiere eficacia probatoria a lo que no se mentó en el juicio, bien porque se atribuye valor acreditativo a lo que, dado su carácter referencial, únicamente puede tener esta significación cuando no existen aportes de conocimiento propio por la falta de disponibilidad de la fuente de prueba directa. Ello no excluye que, en casos de silencio de la afirmada víctima, deba valorarse el resto del cuadro probatorio para discernir si aporta elementos informativos de conocimiento propio que justifique la condena en

términos compatibles con el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

La perspectiva de género exige, sin embargo, que el aporte informativo del relato que ofrece la mujer que narra haber sido víctima de actos violentos protagonizados por el hombre se pondere eliminando estereotipos discriminatorios que tratan de elevar a la condición de criterios de racionalidad universal lo que son máximas de experiencia de naturaleza patriarcal. Entre los mentados estereotipos destacan los siguientes:

- El empleo de criterios apriorísticos para definir cómo son las mujeres y los hombres conforme a un arquetipo: el sexo fuerte, el masculino, caracterizado por su vigor y fortaleza; el sexo débil, el femenino, estructurado en torno a lo escaso, deficiente y mínimamente resistente⁽⁹⁾.
- La expresión como específico factor de valoración de su relato de indicaciones sobre el tipo de comportamiento que cabe predicar de una víctima cuando sufre una victimización violenta y/o sexual o qué tipo de socialización cabe esperar de la misma después de esta traumática experiencia. Como si la víctima, para ser considerada como tal, no puede desviarse de lo definido en un modelo cultural patriarcal como víctima ideal: de la que se predica la implantación de estrategias activas de resistencia frente a la agresión (como si no fuera suficiente el no expreso o tácito) así como el desarrollo de niveles

ínfimos de vida social tras la misma (el aislamiento e introversión es la única vida posible para quien es víctima).

- La plasmación como regla de conducta exigible de cuál debió ser la actuación de la víctima ante los poderes públicos tras sufrir una agresión, blandiendo, sin matices, el argumento de “la tardanza” en presentar la denuncia como dato concluyente de lo inverosímil de lo denunciado. De esta manera: se obvia que la puesta en conocimiento de una noticia criminal por parte de quien afirma ser víctima es un derecho, no un deber (artículo 5 LEVD); se ignora que el único plazo legal para denunciar es el derivado de los tiempos de prescripción (sin perjuicio de la debilitación probatoria que puede producir la desaparición de elementos informativos incriminatorios); y se omite que la decisión de denunciar precisa neutralizar o minimizar sentimientos tan poderosos, como lo reflejan las encuestas de victimización, como el temor a represalias, la vergüenza por lo sucedido, el riesgo de estigmatización familiar y social, la culpa por lo sufrido, el miedo a someterse a un escrutinio público o el temor a no ser creídas (así, STS 247/2018 de 24 de mayo).
- Y, finalmente, la valoración de las retractaciones como manifestaciones inequívocas de la mendacidad de la fuente de prueba, desvinculándola de la ambivalencia emocional que, en muchas ocasiones, preside los comportamientos procesales de quien afirma sufrir un contexto de dominación violento.

III.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA FIJACIÓN DE LA SIGNIFICACIÓN TÍPICA

III.1.- En general

A pesar de que, tal y como explicita el artículo 1.3 LOMPIVG, la violencia de género a la que se refiere (circunscrita, como se indica en su artículo 1.1 a las relaciones de pareja), comprende todo acto de violencia físico y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad, no hay un tratamiento específico de la perspectiva de género en la regulación de los delitos contra la vida y contra la libertad sexual, ciñéndose la referida perspectiva (con independencia del juego que se confiera a la agravante de género) a algunos delitos de lesiones, coacciones y amenazas, básicamente.

Si bien la conducta violenta contra la mujer es una estrategia de control y subyugación que se manifiesta de diversas formas, en esta aportación vamos a circunscribirnos a una reflexión sobre la perspectiva de género en la delimitación del significado típico en dos delitos en los que, atendiendo a los datos empíricos existentes, puede concluirse que constituyen una violencia que padece una mujer por ser mujer o que afecta a las mismas de una manera desproporcionada (artículo 3 d) del Convenio de Estambul). Nos referimos, en concreto, a los delitos contra la vida y los delitos contra la libertad sexual.

III.2.- En los delitos contra la vida

(9) Con una terminología similar, la STS 614/2015, de 21 de octubre se refiere a la mujer como la parte débil de la relación conyugal.

La manifestación más destructiva de la violencia de género es el asesinato-homicidio de la mujer o de los hijos de la mujer por parte de un hombre. Sin embargo, no existe en la descripción típica de estos injustos penales, contenida en los artículos 138 a 140 CP, una referencia específica al criterio de género (a diferencia, por ejemplo de lo previsto para algunos injustos en el delito de lesiones). En algún momento se ha señalado que la perspectiva de género se encuentra latente en el concepto jurisprudencial de **alevosía convivencial**. Sin embargo, un análisis de los casos en los que el Tribunal Supremo ha utilizado el término de alevosía convivencial (así SSTS 122/2015, de 2 de marzo, 616/2017 de 14 de septiembre o 299/2018, de 19 de junio) denota que el Alto Tribunal utiliza este calificativo para calificar como alevosa la agresión mortífera entre convivientes en el domicilio familiar, con independencia de que la víctima sea un hombre o una mujer. Además, en tales casos, se estima como alevosa una agresión mortal sobre la víctima (que, como se ha dicho, puede ser un hombre o una mujer) que cumple los parámetros que integran alguna de las modalidades alevosas perfiladas para cualquier tipo de víctima (alevosía a traición, sorpresiva o sobre persona desvalida).

Por tanto, no existe una perspectiva de género en la aplicación de la

alevosía dado que, por las razones indicadas, su apreciación no es la expresión de una protección reforzada de la mujer frente al ataque homicida del hombre que la asesina (o asesina a sus hijos) por el hecho de ser mujer.

Y ello aunque de forma enfática así se afirme en las SSTS 247/2018 de 24 de mayo⁽¹⁰⁾ y 282/2018 de 13 de junio⁽¹¹⁾. Y ello porque, como puede colegirse de sus razonamientos, su fundamento no es la calificación como alevosa de la muerte intencionada de la mujer por razones de género, propia del feminicidio, sino la consideración de que el ataque que acaece en el espacio de intimidad familiar es alevoso por sorpresivo, argumentación, esta última, que también es predicable cuando la víctima es un hombre. Por ello, en el homicidio-asesinato la perspectiva de género tiene que venir de la aplicación de la agravante descrita en el artículo 22.4^a CP: cometer el delito por razones de género. En tales casos habrá que desbrozar su compatibilidad con las agravantes de parentesco y de discriminación por razón de sexo⁽¹²⁾.

III.3.- En los delitos contra la libertad sexual

En los delitos sexuales la perspectiva de género no tiene una mención específica, a pesar de que, precisamente, es una de las

(10) En esta sentencia, el hombre apareció de forma sorpresiva en el hogar donde estaba su exmujer y, con ánimo de causarle la muerte, le disparó por la espalda con una escopeta que portaba.

(11) En esta sentencia, el hombre, tras arrastrar a su mujer hasta la cocina, tras empujar a sus hijas que trataban de evitar este desplazamiento forzoso, sujetó a su mujer por su hombro con la mano izquierda, tomó un cuchillo de cocina con la mano derecha y, con la intención de causarle la muerte, le asestó ocho cuchilladas.

(12) La STS 420/2018, de 25 de septiembre admite su posible compatibilidad sosteniendo que las agravantes de discriminación por razón de sexo y de parentesco no precisan de una intención, actitud o situación de dominación del hombre sobre la mujer y además, en ambos casos, el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre. De forma injustificada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio de Estambul, limita, sin embargo, la aplicación de la agravante de género a las relaciones de pareja.

manifestaciones más claras del ejercicio del poder de sojuzgamiento del hombre sobre la mujer. Y es que en estos delitos se produce una de las exhibiciones más claras de la dominación masculina: la que conduce a la cosificación sexual de la mujer (así STS 32/2015 de tres de febrero). En la cultura de la violación existe una instrumentalización del cuerpo de la mujer al servicio del hombre, aplacando la voluntad de la mujer mediante el uso de la violencia (fuerza o intimidación) o anulando la voluntad de la misma. En ambos casos, existe una cultura de abuso de poder masculino que se asienta en el principio de desigualdad, al concebir a la mujer como una persona que existe para dar servicio y placer al hombre.

Es preciso que en los delitos sexuales se traslade de una forma nítida que constituyen una plasmación de una dominación del hombre sobre la mujer. Así la perspectiva de género tiene acomodo en la delimitación del injusto del delito de agresión sexual descrito en el artículo 178 CP. En concreto, el precepto referido exige una exégesis que, respetando el tenor literal posible de las palabras empleadas por la ley penal para describir la conducta prohibida (interpretación gramatical que delimita el marco de la garantía jurídica ofrecida por la ley penal), permita, a su vez, la máxima protección de la libertad sexual (interpretación teleológica que configura el marco de la tutela jurídica

permitida por la ley penal). En concreto, la perspectiva de género avala que el entendimiento del término violencia se centre en la fuerza empleada por el hombre para imponer una relación sexual no querida a la mujer cualquiera que sea la reacción de ésta a la misma (oposición activa, sometimiento pasivo, bloqueo). Basta, por lo tanto, con que sea eficaz en la ocasión concreta para alcanzar el fin sexual propuesto, paralizando o inhibiendo la voluntad de la mujer, pues lo que determina el delito es la actividad del hombre, no la actitud de la mujer (así, SSTS 573/2017, de 18 de julio y 291/2018, de 18 de junio). Asimismo la perspectiva de género legitima que la interpretación del término intimidación abarque a la intimidación ambiental o contextual derivada de la situación creada para someter a la mujer a la voluntad sexual del hombre, sin precisar la expresión verbal explícita del propósito de causar un severo daño personal si la mujer no se aquieta al propósito sexual perseguido. En estos casos, el hombre anula la libre decisión de una mujer en el ejercicio de la sexualidad (una referencia al examen del conjunto de circunstancias del caso concreto que descubran la voluntad opuesta al acto sexual en SSTS 769/2015, de 15 de diciembre y 953/2016, de 15 de diciembre).

De la misma forma, en la delimitación del contenido de la parte subjetiva de

(13) Sin embargo, la STS 396/2018, de 26 de julio sigue exigiendo el elemento tendencial del ánimo libidinoso o lascivo para integrar la parte subjetiva del injusto del abuso sexual. En mi opinión lo determinante, en el plano objetivo, es que el hombre introduzca a la mujer en un contexto sexual no voluntario y, en el plano subjetivo, lo exigible es que el hombre sepa que involucra a una mujer en un contexto sexual no voluntario y decida hacerlo. Basta, por lo tanto, con el dolo sexual.

La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer

los delitos sexuales la perspectiva de género no admite que su integración- y consiguiente calificación como infracción sexual- dependa del especial ánimo que el sujeto activo confiera a su acción (se habla de ánimo libidinoso o lascivo) pues lo determinante es que, cualquiera que sea la intención del hombre, se imponga a la víctima una relación sexual no querida⁽¹³⁾.

En el ámbito de la descripción típica de los delitos sexuales, la incardinación de la perspectiva de género únicamente sería factible en el marco de la vulnerabilidad situacional de la víctima, prevista como injusto agravado en los delitos de agresión sexual (artículo 180.1.3º CP) o de abuso sexual (artículo 181.5º CP). Sin embargo, en el plano jurisprudencial esta vulnerabilidad se ha conectado con factores contextuales que son utilizados por el agresor para posibilitar con mayor facilidad la involucración sexual no querida por la víctima, tales como el lugar, el tiempo, el hábitat (así, SSTS 836/2012, de 7 de marzo, 149/2012, de 22 de febrero, 33/2017, de 26 de enero o 714/2017 de 30 de octubre).

Por lo tanto, el injusto agravado por la especial vulnerabilidad de la mujer por la situación no abarca la perspectiva de género dado que su justificación es la existencia de un contexto o una interacción que limita los recursos de la

mujer para autoprotegerse en el plano sexual. La perspectiva de género, sin embargo, radica en la mayor lesividad de la conducta del hombre que fuerza sexualmente a una mujer dado que, de esta manera, confiere energía a un modelo social que cosifica a la mujer, colocándola al servicio del hombre. Por lo tanto, ausente toda mención a esta perspectiva en la construcción del injusto agravado, lo que procede, en su caso, es la aplicación de la agravante de género prevista en el artículo 22.4ª CP⁽¹⁴⁾

IV.- LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

La perspectiva de género justifica, como un trato diferente de lo que es una violencia más grave, la implantación de un régimen punitivo que refleje las necesidades de protección reforzada de estas víctimas. También legitima la articulación de un modelo de inejecución de la pena de prisión que necesariamente contenga un programa prestacional del penado directamente encaminado a neutralizar el riesgo de victimizar a la misma u otra víctima.

En el plano punitivo, los injustos descritos en los artículos 153.1, 148.4º, 171.4 y 172.2 CP, conforme al principio de

(14) En esta línea se desenvuelve, si bien refiriéndose a una expareja, la STS 79/2016 de 10 de febrero, que no aplica la citada agravante en un supuesto de agresión sexual del hombre a la exnovia por producirse los hechos antes de la entrada en vigor de la citada agravante por la reforma de la LO 1/2015, de 30 de marzo. Lo que sí interesa señalar es que, tal y como refiere esta sentencia, la agravante de género contempla de una forma más específica que la circunstancia mixta de parentesco los casos en los que el injusto violento cometido supone una específica discriminación por razón de género.

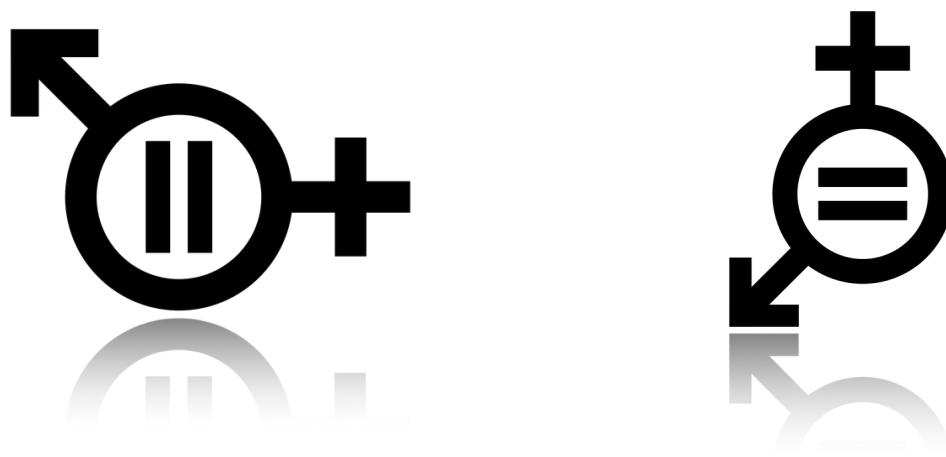
protección reforzada de las víctimas de la violencia machista en que se traduce la perspectiva de género, permiten sancionar más gravemente la violencia del hombre sobre la mujer cuando se trata de imponer la pena de prisión o la pena de inhabilitación para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. La sanción, sin embargo, y de una forma incomprensible desde la perspectiva de género, no es legalmente más grave cuando se trata de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o de la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas. En estos casos, corresponde a los jueces o tribunales tener en cuenta la perspectiva de género a la hora de fijar la pena en concreto, dado que el hecho violento de un hombre sobre la mujer es de mayor gravedad (artículo 66.1.6ª CP).

La perspectiva de género explica, también, el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación a la víctima, en cualquier lugar en que se encuentre, así como a su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por ella (artículos 48.2 y 57.2 CP). El fundamento es proteger más intensamente a las víctimas de violencia de género mediante la reducción de las oportunidades de volver a delinquir del agresor. Para ello se teje un espacio de seguridad en torno a la víctima que puede consistir tanto en un aseguramiento locativo –prohibición de acudir a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por ella- como en un aseguramiento personal –

prohibición de acercarse a ella-. Indirectamente permite, además, posibilitar una separación que facilite a la víctima un ámbito propio en el que recuperar la autonomía perdida para decidir, tras recibir, en su caso, la asistencia y atención que precise⁽¹⁵⁾

En el modelo de inejecución, la suspensión de la ejecución de la pena de prisión- en cualquiera de sus modalidades- cuando la condena es por violencia de género obliga al juez o tribunal a imponer un programa conductual que contenga la prohibición de aproximación y comunicación con la víctima y la obligación de seguir un programa formativo en materia de igualdad de trato y no discriminación en materia de género (artículo 83.2 en relación con el 83.1.1ª, 4ª y 6ª, todos ellos del CP). Y el motivo de este régimen imperativo- no presente en otros delitos- es precisamente estimar que, en atención a las características específicas de la violencia de género, está presente un riesgo criminógeno que únicamente es posible neutralizar, en un modelo de libertad como el de la suspensión ejecutiva, cuando, de una forma coetánea, se impide un espacio dúctil a la interacción entre el hombre agresor y la mujer víctima y se articula un programa de actuación específico que permita un trabajo personal del agresor en materia de igualdad de género. Ello conlleva que su incumplimiento, si es grave o reiterado, pueda provocar que el juez o tribunal revoque la suspensión de la ejecución de la pena de prisión (artículo

(15) La jurisprudencia estipula que las penas de prohibición de acercamiento y comunicación tratan de proteger a la víctima mediante la evitación de posibles males adicionales futuros que pudieran derivarse de la interacción física o la relación comunicativa con los victimarios (SSTS 803/2011 de 15 de julio, 699/2014 de 28 de octubre y 695/2016 de 28 de julio).



86.1 a) CP) y, si no es grave o reiterado, permita que el juez o tribunal imponga nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas (artículo 86.2 a) CP) o prorogue el plazo de suspensión (artículo 86.2 b CP).

V.- RECAPITULACIÓN

La perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las leyes también tiene cabida en el orden penal al no resultar excluida por el artículo 4 LIEMH. Para ello debe acudir a la técnica de la protección reforzada dado que la violencia del hombre sobre la mujer es especialmente lesiva en la medida que, además de afectar a los bienes personales de la mujer víctima, consolida un modelo social discriminatorio para la mujer (artículo 1.1 LOMPIVG). Esta protección reforzada tiene manifestaciones:

- i) en la formación de la prueba sobre los hechos- mediante la implantación de los específicos mandatos de acogida, atención, apoyo y protección contenidos en la LEVD-;
- ii) en la disciplina de la prueba de los hechos –a través de la eliminación de discursos patriarcales en la valoración de la prueba-,
- iii) en la significación jurídica atribuida a los hechos –mediante la valoración agravada de las conductas violentas, bien mediante la aplicación de injustos penales específicos, como los previstos para el maltrato psicofísico, las amenazas y las coacciones, o bien, mediante la aplicación de la agravante de género en otros injustos penales.
- iv) en la determinación de las consecuencias jurídicas del delito mediante la previsión legal de penas más graves (prisión e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, la tutela, la curatela y la guarda de hecho), la imposición imperativa de determinadas penas que, en otros delitos, son facultativas (la prohibición de aproximación personal y situacional) y la fijación obligada de programas conductuales en el seno de la suspensión ejecutiva de la pena de prisión.