



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

nogueira@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

Sánchez, María Martín

El género en la "violencia afectiva": clave para un examen de constitucionalidad

Estudios Constitucionales, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2015, pp. 203-235

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040068006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL GÉNERO EN LA “VIOLENCIA AFECTIVA”: CLAVE PARA UN EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD*

GENDER IN THE “EMOTIONAL VIOLENCE”: KEY FOR CONSTITUTIONAL REVIEW

MARÍA MARTÍN SÁNCHEZ**

Doctora de la Universidad de Castilla-La Mancha
maria.martin@uclm.es

RESUMEN: La violencia de género, en ocasiones, se identifica con la violencia machista en parejas en las que existe o ha existido un vínculo afectivo sentimental. En efecto, se trata de violencia de género de tipo afectivo. Sin embargo, ni la violencia afectiva o familiar puede identificarse con la violencia de género, ni ésta puede reducirse a la enmarcada en relaciones afectivas. Es imprescindible abordar la violencia desde la perspectiva de género para encontrar respuestas acertadas. La regulación de este tipo de violencia desde un derecho penal “de género” abre el debate acerca de la constitucionalidad del tratamiento penal diferenciado entre mujeres y hombres.

ABSTRACT: Gender violence sometimes identified with gender violence in couples where there has been a sentimental or emotional attachment. Indeed, violence is affective. However, neither the emotional or family violence can be identified with the violence, or it can be reduced to the framed in relationships. It is essential to address violence from a gender perspective to find correct answers. The regulation of this type of violence from a criminal law “gender” opens the debate on the constitutionality of criminal differential treatment between women and men.

PALABRAS CLAVE: Violencia, género, mujeres, diferencia, constitucionalidad.

KEY WORDS: Violence, sex, women, difference, constitutionality.

* Trabajo recibido el 24 de julio de 2014 y aprobado el 22 de abril de 2015.

** Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional, acreditada como Profesora Titular de Universidad. Coordinadora del Doctorado en Derecho Constitucional Latinoamericano y Coordinadora del Curso de Postgrado en Derecho Constitucional para Iberoamericanos (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UCLM), de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

– Doctora en Derecho Constitucional, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

– DEES: Especialista en Derecho Europeo, por la Universidad de Montesquieu-Bordeaux IV, Francia.

– Investigadora en la Universidad de Pisa, Italia (estancia en 2014).

– Licenciada en Derecho y DEA, por la Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad-Real y Toledo, España.

1. LA VIOLENCIA SOBRE LAS MUJERES

La desigualdad entre hombres y mujeres ha existido desde siempre, en todos los tiempos, y en todos los pueblos y civilizaciones¹. El carácter patriarcal de la sociedad ha legitimado la diferenciación en los roles atribuidos a hombres y mujeres, reservando para ellos la esfera de lo público y relegando a la mujer a lo privado, a lo doméstico. Las cuestiones relevantes y el poder de decisión han estado siempre en manos del hombre, dejando a la mujer las cuestiones meramente domésticas, subordinadas a la dominación masculina no solo de cara a la comunidad sino desde luego en el ámbito privado y familiar. Esta posición desigual entre hombres y mujeres ha dejado a éstas en una situación de discriminación persistente en los más diversos ámbitos de la vida. En la actualidad se han alcanzado cotas de igualdad inimaginables hace apenas unas décadas. Sin embargo, lejos de desaparecer, con el devenir de la sociedad han emergido nuevos modos de manifestarse.

Quizá la más cruel de esas manifestaciones es la violencia de género, erigida en la forma de discriminación hacia la mujer más preocupante en la actualidad, por la gravedad que supone en sí misma así como por la terrible magnitud que ha alcanzado.

Constituye una agresión directa a la dignidad de la mujer, a la que se golpea —en su sentido más amplio— por el mero hecho de ser mujer. Más allá de la problemática social o jurídica que entraña, es una cuestión de derechos humanos, de violación de los derechos más elementales de la mujer, no por otra cosa que por ser mujer. No es “violencia” sin más, la violencia de género encarna un sentimiento, una actitud de dominación sobre la mujer, de exhibición de poder sobre ella como si fuera una mera posesión, una “cosa” de su propiedad. Es un ataque a los derechos humanos. Derechos que garantizan la existencia misma de las democracias, presupuesto del Estado de Derecho, que se ve minado por la presencia de un tipo de violencia irracional y desmedida que destruye lo más sagrado de la persona, su dignidad.

La protección de la mujer y la igualdad de sexos han sido una constante en la historia de los derechos humanos. Ya en las primeras Declaraciones se proclamaba la igualdad entre hombres y mujeres como garante de la paz y presupuesto inicial en el reconocimiento de los derechos. Es preciso siquiera mencionar: la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 26 de

¹ MARTÍN (2012), pp. 177-190.

agosto de 1789; la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966. Entre otros, el Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950²; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000; el Tratado de Lisboa, de 17 de diciembre de 2007; o la Carta Social Europea, de 29 de abril de 1980, expresamente se refieren al principio de no discriminación.

A partir de estas, se han sucedido diversas Convenciones y Declaraciones de derechos, dirigidas expresamente a lograr este objetivo, prohibir la discriminación hacia las mujeres.

“...la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz”. Así comienza la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1979. Se trata del primer Convenio internacional para la eliminación de la discriminación a la mujer, siguiendo las pautas dadas en la anterior Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la Mujer, aprobada por Naciones Unidas, de 7 de noviembre de 1967³.

Por primera vez se define la expresión “discriminación contra la mujer”, de manera que se delimita dicho concepto, al tiempo que también por primera vez se reconoce expresamente en un texto internacional su existencia. Así, la expresión “discriminación contra la mujer”: *“denotará toda distinción, exclusión o restricción*

² En protección de la igualdad real entre hombres y mujeres y de prohibición de discriminación por sexo, es imprescindible señalar la inestimable labor realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien ha sentado una importante labor para la erradicación de la discriminación sexual, en interpretación del Convenio de Roma.

³ Entre las pautas marcadas en la Declaración sobre la Eliminación de la discriminación contra la mujer de 1967, se establece que: *“La discriminación contra la mujer, por cuanto niega o limita su igualdad de derechos con el hombre, es fundamentalmente injusta y constituye una ofensa a la dignidad humana”*—art. 1º—, *“Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas a fin de abolir las leyes, costumbres, reglamentos y prácticas existentes que constituyan una discriminación en contra de la mujer, y para asegurar la protección jurídica adecuada de la igualdad de derechos del hombre y la mujer (...)”*—art. 2º—, *“Deberán adoptarse todas las medidas apropiadas para educar a la opinión pública y orientar las aspiraciones nacionales hacia la eliminación de los prejuicios y la abolición de las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en la idea de la inferioridad de la mujer”*—art. 3º—.

basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera” (art. 1º).

Algunas Convenciones se enmarcan en un ámbito más específico de discriminación hacia la mujer, el ámbito conyugal, espacio en el que tradicionalmente y debido a una diversidad de factores –culturales, sociales, religiosos, entre otros– la mujer ha sido relegada a la potestad del hombre⁴. Se trata en definitiva de un espacio de discriminación de especial consideración –si se quiere, de especial gravedad–, pues no es consecuencia de la posición social predominante del hombre sobre la mujer “a secas”, sino que esta relación de subordinación y superioridad se lleva a cabo en la esfera afectiva y familiar. Este tipo de discriminación se da en el seno de una relación personal de confianza en la que se presupone el respeto, pero en donde precisamente dicho vínculo la ha justificado. Al contrario de lo racional, es en este espacio donde se denota una mayor pérdida de los derechos de la mujer, de manera que ésta –una vez emancipada de la autoridad paterna– renunciaba a muchos de sus derechos por el hecho de contraer matrimonio⁵.

La violencia de género tiene su origen en la discriminación sexual, aunque, a diferencia de ésta, ha sido reconocida de manera muy reciente. En el marco internacional, hasta los años 90 no encontramos iniciativas que se dirijan expresamente a la erradicación de este tipo de violencia. Ha sido objeto de un intenso trabajo por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas⁶, en palabras de FREIXES: *“es el ámbito donde se ha definido el concepto de violencia de género, se ha*

⁴ Así, la Convención sobre la nacionalidad de la mujer casada, de Naciones Unidas, de 29 de enero de 1957, trata de eliminar la desigual posición entre el hombre y la mujer en ámbito reconociendo el derecho de la mujer casada a mantener su propia nacionalidad (art. 1); o la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de Naciones Unidas, de 7 de noviembre de 1962, en la que se reconoce la voluntad de la mujer frente a la imposición del hombre, libre e igual a aquél, poniendo fin a usos como los “matrimonios pactados” en los que se anulaba por completo (Preámbulo).

⁵ Ejemplos como la incapacidad para firmar un contrato o pedir un préstamo, o la pérdida de la nacionalidad, entre otros.

⁶ Que ha aprobado diversas Resoluciones para erradicarla. Por su parte, la Declaración y Programa de Acción de Viena (A/CONF. 157/23), aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, reconoció que *“la violencia sexista y todas las formas de explotación y acoso sexuales, en particular las derivadas de los prejuicios culturales y de la trata internacional, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y deberán ser eliminadas”*.

*consagrado que los derechos de las mujeres son derechos humanos universales y se ha proclamado que la violencia contra las mujeres es incompatible con el principio de dignidad humana*⁷.

“La violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y libertades fundamentales”, así reza la Declaración de Naciones Unidas, sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, de 20 de diciembre de 1993. Afirma que, *“la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto al hombre”*. Reconoce la dimensión del problema y marca pautas de actuación a los Estados para erradicar este tipo de violencia⁸.

En idéntico sentido, la Declaración de la Conferencia Mundial sobre la Mujer, de Beijing 1995. Entre las conclusiones a las que se llegó en esta IV Conferencia, se reconoció que, *“La violencia contra la mujer impide el logro de los objetivos de igualdad, desarrollo y paz. La violencia contra la mujer viola y menoscaba o impide su disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales, (...) la violencia contra la mujer es un problema que incumbe a todos los Estados y exige que se adopten medidas al respecto”* (punto 112).

Este tipo de violencia constituye además un problema de *salud* de la mujer. Resulta interesante mencionar la 49ª. Asamblea Mundial de la Salud (WHA49/25) sobre “Prevención de la violencia de género: una prioridad de salud pública” de 25 de mayo de 1996, que declara que *“la violencia es un importante problema de salud pública en todo el mundo”* –punto 1–. Y se refiere expresamente a la violencia contra las mujeres, *“haciendo suyas las recomendaciones formuladas en la Conferencia Internacional sobre la Población y el*

⁷ FREIXES (2001), pp. 4-18.

⁸ Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, de 20 de diciembre de 1993: *“Los Estados deben condenar la violencia contra la mujer y no invocar ninguna costumbre, tradición o consideración religiosa para eludir su obligación de procurar eliminarla. Los Estados deben aplicar por todos los medios y sin demora una política encaminada a eliminar la violencia contra la mujer”* –artículo 4º–.

Asimismo, la plataforma para la acción de Beijing afirma que: *“La violencia contra la mujer es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación de la mujer por el hombre, la discriminación contra la mujer y a la interposición de obstáculos contra su pleno desarrollo”* –punto 118–.

Desarrollo (El Cairo, 1994) y en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) para que se aborde urgentemente el problema de la violencia contra las mujeres y muchachas y se determinen sus consecuencias para la salud". En el mismo sentido se pronunció la Declaración firmada en Beijing, en la que se reconoció que: *"la violencia sexual y basada en el género, incluidos los malos tratos físicos y psicológicos, la trata de mujeres y niñas, así como otras formas de malos tratos y la explotación sexual exponen a las niñas y a las mujeres a un alto riesgo de padecer traumas físicos y mentales, así como enfermedades y embarazos no deseados. Esas situaciones suelen disuadir a las mujeres de utilizar los servicios de salud y otros servicios"* –punto 96–.

En Europa se ha seguido la actividad desarrollada por Naciones Unidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, y se han aprobado sendas Resoluciones además de poner en marcha diferentes políticas y planes de actuación con el mismo objetivo⁹. De manera más reciente se ha aprobado el Convenio para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 7 de abril de 2011. No se trata de la primera Convención regional contra la violencia ejercida sobre las mujeres, ya que de manera previa se aprobaron la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Para, de 1994), y el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África (de 2004). Sin embargo, es pionera en su modelo de protección, pues abarca un marco integral de prevención, protección y persecución de la violencia contra las mujeres, sobre la base de los principios de igualdad entre hombres y mujeres y de diligencia debida de los Estados, obligados a intervenir activamente en la lucha contra la violencia de género. Así, se refiere a normas de derecho material y procesal, obligando a los Estados a criminalizar conductas de violencia contra las mujeres y a poner en marcha políticas globales y coordinadas para combatir este tipo de violencia; prohíbe la mediación como mecanismo alternativo e incluso tipifica estas conductas como delitos públicos. Resulta significativa la amplitud del concepto de violencia que se emplea así como la diferenciación entre violencia de género y violencia doméstica.

⁹ Así, se cuenta con la Resolución de 24 de marzo de 2009, sobre la lucha contra la mutilación genital femenina practicada en la Unión Europea; la Resolución de 26 de noviembre de 2009, sobre la eliminación de la violencia contra la mujer –que propone un *"nuevo enfoque político integral contra la violencia de género"*–; o la Resolución de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión Europea para combatir la violencia contra las mujeres.

A través de todas éstas, se muestra la dimensión internacional de la violencia de género y el interés por erradicarla, reconocida expresamente como un grave problema de discriminación hacia la mujer y de violación de derechos humanos.

2. LA DIFERENCIA “EN” LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El término “violencia de género” muchas veces se identifica con la violencia machista en parejas en las que existe o ha existido un vínculo afectivo. En efecto, se trata de violencia de género en lo afectivo (familiar o doméstico). Sin embargo, ni la violencia afectiva o familiar puede identificarse con la violencia de género, ni ésta puede reducirse a la enmarcada en relaciones afectivas.

El ámbito afectivo-familiar es un espacio especialmente proclive a la violencia machista, pertenece a la esfera de lo privado, ajeno a la intervención de lo público. Lo que ocurre en este espacio de privacidad queda oculto tras las puertas. No es fácil reconocer la existencia de conductas violentas, menos aún, cuando son las propias víctimas quienes tratan de ocultarlas. Tras las fronteras de su casa, muchas mujeres se encuentran sometidas a la autoridad del hombre, que se manifiesta a través de actitudes como la prohibición de trabajar fuera de casa, el control sobre el modo de vestir, la subordinación económica, o incluso mediante conductas violentas, que en ocasiones no son advertidas, pero que lejos de ser “lo normal”, no pueden ampararse en la propia relación.

Sin embargo, no es la mujer la única susceptible de sufrirla. Los demás que conviven en este espacio también lo son, especialmente los menores, los ancianos y demás personas dependientes, por su condición de especial vulnerabilidad. Ahora bien, la violencia ejercida sobre éstos no es la misma. La sufrida por la mujer es una violencia específica en la que subyace el espíritu de dominación machista sobre ella, “propiedad” del marido, mientras aquella otra es violencia intrafamiliar a secas.

Este es el quid de la cuestión. Resulta impreciso e incluso incierto denominar “doméstica” a este tipo de violencia intrafamiliar ejercida por el hombre sobre la mujer. Esta diferencia ha sido tenida en cuenta por el Convenio para Prevenir y Combatir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, que expresamente diferencia entre ambas situaciones: *“El presente Convenio se aplicará a todas las formas de violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada”* (art. 2º). De manera autónoma afirma que: *“por ‘violencia doméstica’ se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges*

o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima” (art. 3.b)¹⁰.

Ahora bien, ¿la violencia de género agota el concepto?, lejos de lo que en ocasiones puede entenderse, no. De manera usual, la violencia de género es confundida con la que específicamente se produce en lo afectivo-familiar. Probablemente esta confusión obedece al modo en que denominamos cotidianamente a estas situaciones, identificándolas con violencia de género cuando tienen lugar entre parejas, y de otro modo cuando se producen en otros ámbitos.

Sin embargo, la violencia de género es un concepto complejo que abarca multitud de situaciones externas a lo afectivo, en las que subyace idéntico trasfondo de sometimiento de la mujer a la voluntad del hombre. Así ha sido reconocido internacionalmente, la violencia de género puede localizarse en lo afectivo o fuera de él, y a través de las más diversas manifestaciones físicas, psíquicas y sexuales¹¹.

¹⁰ Artículo 3º. “A los efectos del presente Convenio:

a. por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;

b. por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;

c. por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;

d. por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;

e. por “víctima” se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;

f. el término “mujer” incluye a las niñas menores de 18 años”.

¹¹ La Declaración de Naciones Unidas de 1993, en su artículo 3, ofrece una amplia definición de la violencia de género, estableciendo en su artículo 3º que: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: –La violencia física, sexual y psíquica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; –La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexual en el trabajo, en instituciones educativas y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; la violencia física, sexual y psicológica perpetrada por el Estado, dondequiera que ocurra”

En idéntico sentido, entre las conclusiones de Beijing: “La expresión “violencia contra la mujer” se refiere a todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada. Por consiguiente, la violencia contra la mujer puede tener, entre otras, las siguientes formas: a) La

Expresamente se mencionan, además de la violencia de pareja, el abuso sexual de niñas en el ámbito intrafamiliar, prácticas propias de otras culturas tales como la ablación del clítoris o los matrimonios pactados¹², la trata y la prostitución forzada, la violencia relacionada con la explotación laboral, el acoso sexual¹³; podríamos añadir el “ataque masivo a mujeres” o incluso alguna otra forma de violencia de género¹⁴.

En cualquier caso, todas estas son manifestaciones de violencia machista sobre la mujer, rechazadas socialmente y tipificadas penalmente, pero la mayoría de las veces sin ser reconocidas abiertamente como violencia de género, ni por la sociedad, ni por las leyes, ni por los jueces. Si bien es cierto que no son las más habituales ni las que más preocupan en nuestro entorno, no podemos olvidar su existencia. A continuación trataremos de dar cuenta, siquiera sucintamente, de algunas de ellas¹⁵.

Uno de los factores más recientes e influyentes en el incremento de la violencia machista es sin duda la *multiculturalidad*. El flujo migratorio hace que la mujer extranjera tenga una fuerte presencia en nuestras sociedades, en las que conviven diferentes grupos culturales, étnicos y religiosos, caracterizadas por la diversidad y el multiculturalismo. Esta diversidad, sin lugar a dudas, es enriquecedora, pero no deja de plantear problemas por el choque cultural que supone. En este esce-

violencia física, sexual y psicológica en la familia, incluidos los golpes, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital y otras prácticas tradicionales que atentan contra la mujer; la violencia ejercida por personas distintas del marido y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica al nivel de la comunidad en general, incluidas las violaciones, los abusos sexuales, el hostigamiento y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros ámbitos, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

¹² Otras prácticas ajenas a nuestra cultura occidental y que también son manifestaciones de violencia de género, tal y como explica LARRAURI (1998), pp. 33-44. Son: los crímenes de honor “*marido mata a la mujer para salvar su honor herido*”, el matrimonio por rapto “*hombre rapta y viola mujer como forma de pedir la mano*”, entre otras (pp. 41-42)

¹³ Véase REY (1998), pp. 103-104. Esta autora, de acuerdo con lo previsto penalmente, define el acoso sexual como: “*la actividad consistente en solicitar favores de naturaleza sexual para sí o para un tercero, prevaleciendo el sujeto activo de una situación de superioridad, entre otras causas, de naturaleza laboral y con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con sus legítimas expectativas en el ámbito de la relación laboral*”, p. 105.

¹⁴ Otros ejemplos defendidos como violencia de género por algunos autores como: el impago de prestaciones económicas a la mujer en caso de separación o divorcio, tal y como explica PÉREZ (1998), pp. 217-240; o la prohibición del aborto, tal y como defiende VIRTO (1998), pp. 115-160.

¹⁵ MARTIN (2012), pp. 23-48.

nario, es la mujer la que involuntariamente protagoniza muchos de los conflictos culturales, víctima de tradiciones arraigadas, de dudosa constitucionalidad¹⁶, que la denigran física, psíquica y sexualmente¹⁷. Un ejemplo es el caso de España, en donde este fenómeno hace que emerjan nuevos modos de violencia hacia las mujeres. Veamos a continuación algunos de ellos, así como la respuesta dada por el legislador.

La mutilación genital femenina, conocida como “ablación del clítoris”, es una de las prácticas más denigrantes, propia de sociedades y culturas no desarrolladas, caracterizadas por la ausencia de derechos de la mujer, cuya consecuencia más inmediata es su concepción como un objeto al servicio sexual del hombre. La LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modificó el artículo 149 del Código Penal. A partir de ésta, dicho precepto establece que: *“El que causara a otro una mutilación genital en cualquiera de sus manifestaciones será castigado con la pena de prisión de seis a doce años. Si la víctima fuera menor o incapaz, será aplicable la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cuatro a diez años, si el juez lo estima adecuado al interés del menor o incapaz”*¹⁸⁻¹⁹. De manera

¹⁶ A este respecto algunos autores hablan de la “múltiple discriminación” a que se enfrenta la mujer extranjera, así: REY (2008), pp. 251-283.

En relación al factor de la multiculturalidad, véase también Beijing: “La violencia contra la mujer a lo largo de su ciclo vital dimana esencialmente de pautas culturales, en particular de los efectos perjudiciales de algunas prácticas tradicionales o consuetudinarias y de todos los actos de extremismo relacionados con la raza, el sexo, el idioma o la religión que perpetúan la condición inferior que se asigna a la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la comunidad y la sociedad” —punto 118—.

¹⁷ A este respecto, LARRAURI (1998), pp. 33-44. Esta autora entiende que habría que diferenciar entre los distintos tipos de prácticas: *“debe haber un trato diferenciado pues parece claro que no es lo mismo matar a un perro para comérselo, el caso de la bigamia en los cuales el sistema normativo puede integrarlo, o la ablación del clítoris. Podemos discutir los límites de la tolerabilidad en función del daño social, pues (...) ‘la tortura no es cultura’”, p. 44.*

¹⁸ Al respecto véase ACALE (2006). Esta autora defiende que, si bien el precepto penal no hace alusión concreta al sexo femenino sino que hace una previsión neutra: *“si se tiene en consideración que el fenómeno contra el que intenta luchar la LO 11/2003 es (...) la mutilación genital de ‘niñas y mujeres’, y (...) si se tiene en consideración que no es ninguna práctica extendida la mutilación de los órganos genitales de niños y hombres, por lo que no son un fenómeno por el que se deba luchar internacionalmente más allá de la lucha general contra cualquier conducta delictiva”, p. 180.*

¹⁹ Asimismo se prevé en el Convenio del Consejo Europeo sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, cuyo artículo 38 —Mutilaciones genitales femeninas— prevé: *“Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa de modo intencionado: a) la escisión, infibulación o cualquier otra mutilación de la*

más reciente, con la aprobación de la LO 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, dicha protección se ha visto reforzada²⁰, permitiendo la persecución extraterritorial de la práctica de mutilación genital femenina cuando la comisión del delito se realice en el extranjero (normalmente aprovechando viajes a sus países de origen de quienes se encuentran en nuestro país).

El legislador español ha entendido que esta práctica es un ejercicio de violencia contra las mujeres, tal y como reza su exposición de motivos: *“La mutilación genital femenina constituye un grave atentado contra los derechos humanos, es un ejercicio de violencia contra las mujeres que afecta directamente a su integridad como personas. La mutilación de los órganos genitales de las niñas y las jóvenes debe considerarse un trato inhumano y degradante incluido, junto a la tortura, en las prohibiciones del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”*.

Sin embargo, apenas encontramos casos en los que se ha denunciado ante los tribunales. En 2010, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 4815/2010, de 11 de mayo, ante el recurso interpuesto por mujer guineana para mantener la patria potestad de su hija menor, el tribunal desestimó su pretensión porque la madre *“minimiza la importancia de la ablación de su hija”* de manera que resulta *“evidente que existe un riesgo para la menor de ablación en caso de traslado a Guinea como pretendía su madre (...)”*.

Más recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia 835/2012 de 31 de octubre, se ha pronunciado por primera vez al respecto, a propósito de un recurso de casación presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 15 de noviembre de 2011, que condenaba a los padres de una menor como autores de un delito de lesiones y mutilación genital²¹. El Tribunal Supremo

totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clítoris de una mujer; b) el hecho de obligar a una mujer a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin; c) el hecho de incitar u obligar a una niña a someterse a cualquiera de los actos enumerados en el punto a) o de proporcionarle los medios para dicho fin”.

²⁰ Se añade un nuevo epígrafe g) al artículo 23.4º. de la LOPJ: *“Igualmente será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos (...) g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España”*.

²¹ Los recurrentes alegaban “error de prohibición”. En relación a este, su operatividad es cada vez más limitada por la mayor información tanto sobre el carácter nocivo y gravemente perjudicial de tales hechos, como sobre el carácter delictivo de la mutilación genital como tipo penal autónomo, que hacen más difícil

rechaza el recurso y aprovecha para pronunciarse respecto a este tipo de prácticas (haciendo alusión al *“alto grado de interculturalidad”* de la sociedad española actual), afirmando que: *“el respeto a las tradiciones y a las culturas tiene como límite infranqueable el respeto a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible en todas las culturas, tradiciones y religiones”*. Añadiendo que: *“La ablación del clítoris no es cultura, es mutilación y discriminación femenina”*. Este pronunciamiento supone una condena contundente de estas prácticas y un claro reconocimiento como delito de violencia de género (aunque el Tribunal no utiliza este término).

Por su parte, el Tribunal Supremo, en relación con el derecho de asilo, ya había tenido ocasión de pronunciarse sobre la necesidad de proteger a las mujeres frente a esta y otras prácticas ajenas a nuestra tradición cultural; así en su sentencia 4013/2011, de 15 de junio (siguiendo la doctrina jurisprudencial seguida por el mismo en sentencias previas), entiende que *“en aquellos supuestos en que se acredite la existencia de indicios suficientes (...) de que una mujer sufre persecución por su pertenencia al género femenino, que le ha supuesto la imposición de prácticas contrarias a la dignidad humana, como el matrimonio forzosos o la mutilación de un órgano genital, y que el régimen legal del país de origen no ofrece una protección jurídica eficaz, procede la concesión del derecho de asilo (...)”*. Reconociendo expresamente y de manera concreta la protección de la mujer frente a la ablación del clítoris y los matrimonios forzosos.

Los *matrimonios forzosos*, en efecto, constituyen otro modo de violencia machista sobre las mujeres (normalmente niñas), considerándola una mercancía propiedad del hombre, a la que se pone un precio. Se trata de un atentado contra la dignidad y los derechos de las mujeres por el hecho de serlo, expresión de la dominación de los hombres sobre ellas.

Hasta la fecha, el Código Penal no lo tipifica como delito de manera autónoma, si bien el Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código Penal, en cumplimiento de lo previsto en el Convenio del Consejo Europeo sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica²², lo

alegar y probar el desconocimiento como eximente de la responsabilidad penal, tal y como explica ROPERO (2003), pp. 372 y ss.

Véase también LARRAURI (1998).

²² El artículo 37 del Convenio, sobre “matrimonios forzosos” prevé que: *“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o un menor a contraer matrimonio. 2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de engañar a un*

incluye como nuevo delito en materia de violencia contra la mujer, de manera que: *“modalidad agravada dentro del delito de coacciones, cuando se compeliere a otra persona a contraer matrimonio”*. Además, se prevé un tipo agravado cuando el matrimonio forzoso obligue a alguno de los contrayentes a abandonar el territorio nacional: *“Y también se castiga a quien utilice medios coactivos para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo, con esa misma finalidad de obligarle a contraer matrimonio”*.

A tenor de las reformas anunciadas, todo apunta a que, en breve, el matrimonio forzoso será tipificado penalmente como delito autónomo, entendido como delito de violencia de género. En definitiva, es un hecho que la multiculturalidad es un factor que incrementa las conductas de violencia machista en nuestra sociedad, situando a las mujeres en una posición de enorme fragilidad y vulnerabilidad frente al hombre, sujetas a prácticas vejatorias propias de su cultura²³.

El reconocimiento de otras, ajenas a lo afectivo, resulta sin embargo más complicado. Se trata de prácticas que, a diferencia de las anteriores, son de carácter universal y no obedecen a cuestiones culturales, sino a la dominación machista sin más.

La *trata de mujeres y la prostitución forzada* son una constante a través de la historia. De nuevo nos encontramos ante una exhibición de dominación machista. En el caso, mujeres que se ven obligadas a prostituirse por imperativo de hombres, a quienes se encuentran sometidas por cuestiones de índole económica principalmente, a las que se añaden factores como la falta de formación y de otros recursos. Haciendo propias las palabras de MAQUEDA: *“estamos, nada más y nada menos, ante la nueva esclavitud de nuestro tiempo”*²⁴.

adulto o un menor para llevarlo al territorio de una Parte o de un Estado distinto a aquel en el que reside con la intención de obligarlo a contraer matrimonio”.

²³ A esta situación a la que se exponen las mujeres migrantes, se suman los prejuicios culturales para denunciar o incluso para ir al médico para recibir asistencia, el temor a denunciar debido a su situación irregular, además de las dificultades que encuentran con el idioma. Precisamente, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) es *“promover la igualdad de género y la autonomía de la mujer”*, necesaria para la consolidación y el ejercicio de la democracia. Para ello, se marcan estrategias que eviten la exclusión y la violencia y medidas que fomenten la autoconfianza, el autorespeto y la autoestima, previendo expresamente la promoción de las condiciones socio-culturales de las mujeres en general, y de las marcadas etnio-racialmente en particular. Si bien en las sociedades democráticas se respeta la cultura identitaria de los grupos minoritarios, deben asimismo velar por los derechos, reconocidos en la Constitución y Pactos internacionales. Es obligación de los gobiernos democráticos vigilar y perseguir este tipo de conductas.

²⁴ Por su parte, el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, de 16 de mayo de 2005, añade que pretende combatir y prevenir la trata de seres humanos *“(…) ga-*

“La prostitución y el mal que la acompaña, la trata de personas para fines de prostitución, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y ponen en peligro el bienestar del individuo, de la familia y de la comunidad”, así se reconoce en el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y de la Explotación de la Prostitución Ajena, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 1949²⁵. En efecto, no se especifica el sexo de las víctimas, pero siempre se ha tratado de una práctica realizada con mujeres²⁶ —con independencia de casos aislados²⁷—.

En cumplimiento de estas exigencias internacionales, nuestro Código Penal tipifica como delito el tráfico ilegal de personas y la prostitución —como delitos autónomos desde la reforma al Código Penal introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio—. El delito de tráfico ilegal de personas, entre otras, con la finalidad de explotación sexual²⁸⁻²⁹, se recoge en el art. 177 bis, en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de quienes la sufren, de manera que no es un delito que pueda ser cometido exclusivamente por extranjeros, sino que

rantizando la igualdad. entre las mujeres y los hombres” (art. 1). De manera más reciente, el Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en su artículo 36, sobre “violencia sexual, incluida la violación” prevé que: “1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: (...); c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”.

²⁵ A este respecto véase MAQUEDA (2000), p. 29. Idea que sostiene la misma autora en: MAQUEDA (2002), MAQUEDA (1998).

En idéntico sentido POMARES (2011), NIETO (2010).

²⁶ A este respecto véase MAQUEDA (2000), p. 26.

²⁷ Véase SERRA y LORIA (2007), p. 68.

²⁸ Art. 177 bis Código Penal: “1. *Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes: (...); b) La explotación sexual, incluida la pornografía*”, añadiendo en su apartado 3 que: “*El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo*”.

²⁹ En STS 8542/2012, de 21 de diciembre, el Supremo respecto a la comisión del delito y para diferenciarlo de la explotación sexual, aclara que: “*Es cierto que normalmente tal finalidad vendrá demostrada por la ejecución posterior de actos concretos de explotación, pero para la consumación es bastante la ejecución de aquellas conductas con la referida finalidad, sin necesidad de ningún acto posterior, de forma que no es preciso que tal explotación sexual llegue a tener lugar, y ni siquiera que las víctimas hayan sido compelidas (o determinadas) de alguna forma a prestarse a ella*”.

abarca todas las formas de trata de seres humanos, sin hacer discriminación en razón a la nacionalidad o de su vinculación o no con la delincuencia organizada³⁰. Por su parte, el delito de prostitución previsto en el art. 188 Código Penal, tipifica de manera expresa la prostitución involuntaria o forzada y su explotación (proxenetismo): “...*El que determine, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella, será castigado con las penas de prisión de dos a cuatro años y multa de 12 a 24 meses. En la misma pena incurrirá el que se lucre explotando la prostitución de otra persona, aún con el consentimiento de la misma...*”.

El empleo de violencia, intimidación o engaño, la superioridad y la dominación sobre la mujer, así como la vulnerabilidad de la víctima, junto al hecho de que son mujeres las víctimas de este tipo de explotación sexual, evidencia que se trata de otra de las manifestaciones de violencia de género.

Otra cosa es la prostitución ejercida de manera voluntaria. No es este el lugar para debatir acerca de la legalidad o ilegalidad de la prostitución. La prostitución, como cualquier otra actividad llevada a cabo de manera voluntaria por personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar, podrá ser legal o no, en función de lo que determinen los legisladores³¹. Ahora bien, cuando se prescinde de la libre voluntad, tratándose de víctimas de redes organizadas u obligadas a prostituirse de cualquier otro modo, entonces deben ser perseguidas por la ley³². Las mujeres víctimas de prostitución forzada son víctimas de violencia de género, desde su amplia concepción³³. El problema está en la dificultad para determinar cuándo estamos ante una situación de violencia contra la mujer, y cuando no. Este tipo de violencia de género se enmascara detrás de una apariencia de voluntariedad inexistente, aprovechando la diversidad de

³⁰ Así lo explica DE VICENTE (2011), pp. 701-707.

³¹ A este respecto, autores como DE MIGUEL (2012), pp. 49-74, sostiene que la prostitución, de cualquier manera, no es sino un modo de “satisfacer la necesidad del hombre”. Explica que el germen de la prostitución es la desigualdad, aunque es un fenómeno consentido que se ve “normal” en la sociedad. Algunos autores consideran que, de cualquier modo, la prostitución supone una violación de los derechos más elementales de la mujer. A este respecto véase CARMONA (2007), pp. 43-70.

³² Tal y como explica ASÚA (en Simposio celebrado en el Campus de Donostia, en octubre de 2012): se debe distinguir entre la prostitución realizada “en el ejercicio de la libertad” de la que supone una “explotación” para “abrir un debate sobre su regulación”, añadiendo que esta actividad se encuentra en lo que la Magistrada ha denominado “limbo legal” (información recogida en el diariavasco.com).

³³ En este sentido, MAQUEDA (1998), pp. 295-306.

situaciones que encontramos en relación a la prostitución y la complejidad para dar respuesta³⁴.

A este respecto, son numerosas las ocasiones en que el Tribunal Supremo se ha pronunciado. En este margen de “alegalidad”, encontramos pronunciamientos en los que el Tribunal parece aceptar la prostitución por cuenta ajena entendiendo que no es forzada³⁵, llegando incluso a asimilarla tácitamente con una relación laboral. Así, llama la atención la STS de 14 de abril de 2009, en la que el Tribunal si bien condenó a los imputados por tráfico ilegal de inmigrantes con fines de explotación sexual, les absuelve de un delito contra los trabajadores entendiendo que: *“la prostitución no implica condiciones laborales dignas”*³⁶, añadiendo que: *“la cuestión de la prostitución voluntaria en condiciones que no supongan coacción, engaño, violencia o sometimiento, bien por cuenta propia o dependiendo de un tercero que establece unas condiciones que no conculquen los derechos de los trabajadores, no puede solventarse con enfoques morales (...) ya que afectan a aspectos de la voluntad (se entiende que la voluntad de las mujeres) que no pueden ser coartados por el derecho sin mayores matizaciones”*³⁷.

El Supremo parece seguir una línea de aceptación de la prostitución a pesar de la dudosa voluntariedad en situaciones en que se realiza por cuenta ajena. En mi opinión, esto supone un obstáculo en la lucha contra la violencia de género, pues en casos en que la mujer se ve en condiciones de gran vulnerabilidad y dependencia de su “empresario” su voluntariedad queda en entredicho. No queda claro que sea la mujer quien voluntaria y libremente decide ejercer la prostitución, bajo sus propias condiciones, quedando al arbitrio de terceros que deciden sobre su propia sexualidad, atentando contra sus derechos y dañando su dignidad. Si esto es así, se estarían enmascarando situaciones de violencia de género inadmisibles desde una óptica jurídico-constitucional.

³⁴ Díez (2009). Según afirma este autor: *“La prostitución es una forma de explotación que debe ser abolida y no una profesión que hay que reglamentar. Es una forma de violencia de género: lo que las mujeres prostituidas tienen que soportar equivale a lo que en otros contextos correspondería a la definición aceptada de acoso y abuso sexual. ¿El hecho de que se pague una cantidad de dinero puede transformar ese abuso en un ‘empleo’?, al que se le quiere dar el nombre de ‘trabajo sexual comercial’”*.

³⁵ Por citar algunas más recientes: SSTs 678/2012 o 378/2011.

³⁶ A pesar de lo discutible de dichas condiciones en las que mantenían a las mujeres que ejercían la prostitución en sus locales.

³⁷ Al contrario, respecto a las condiciones en que se ejerce la prostitución, algunos autores entienden que: *“(...) la víctima podrá haber consentido en un inicio en el ejercicio de la prostitución pero no ha dado su consentimiento para sufrir toda suerte de abusos”*, Véase SERRA y LORIS (2007), p. 67.

Así parece haberse entendido en Europa. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 20 de noviembre de 2001, en la que se avaló la prostitución “libre y voluntaria” como “autoempleo”: *“la actividad de la prostitución forma parte de las actividades económicas ejercidas de manera independiente (...) siempre y cuando se demuestre que el prestador del servicio la ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad ni a las condiciones de trabajo y de retribución”*.

El *ataque masivo contra las mujeres en razón a su género*³⁸, esto es, el asesinato, tortura y violaciones de forma masiva y continua de mujeres por el hecho de serlo es una realidad en la actualidad en algunos lugares del mundo. México es un ejemplo indiscutible. Miles de mujeres han sido víctimas de torturas, violaciones, mutilaciones y asesinatos a manos de hombres que, aprovechando su situación de marginación y pobreza, han quedado impunes. Casos como éste han sido llevados ante la Justicia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado recientemente en el llamado caso “Campos Algodoneros”, en el que resuelve acerca de los asesinatos de las mujeres de Ciudad Juárez, reconociendo que obedecen a la violencia machista. Recordando episodios negros de la historia de la humanidad, se trata de la desaparición de mujeres sin otra razón que la de ser mujer. Masacres como esta han sucedido y siguen sucediendo, poniendo de manifiesto la dominación y el abuso machista sobre las mujeres. En mi opinión, el trato de superioridad de los hombres sobre las mujeres que, sujetas a condiciones marginales o de pobreza, las usan con el mayor de los desprecios, violándolas, torturándolas, mutilándolas y asesinandolas, es sin lugar a dudas, un modo de violencia de género³⁹.

3. LA CONTROVERTIDA CONSTITUCIONALIDAD DE UN TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO

La violencia de género, como se dijo anteriormente, más allá de su vinculación con aspectos sociológicos y jurídicos penales, es una cuestión de derechos.

³⁸ Delito de lesa humanidad. El Código Penal lo tipifica en su art. 167 bis: “1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella. En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos: 1) Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional”.

³⁹ En este sentido véase ACALE (2006), pp. 188-189.

Violencia de género no es otra cosa que violación de los derechos de las mujeres, reconocidos tras una dura e inacabada lucha tanto en ámbito internacional como a través de las leyes. Sin duda alguna la igualdad, y más allá de su concepción genérica como principio, la prohibición de discriminación por razón de sexo (como auténtico derecho fundamental, exigible), es el gran reto en la actualidad, para conseguir la plenitud en los derechos de las mujeres.

En efecto, encontramos desigualdades por sexo (género si se quiere, en su concepción más amplia), en cualquiera de los ámbitos de la vida, muy especialmente en parcelas aún por conquistar, como la laboral.

Pues bien, una de las manifestaciones más visibles y preocupantes de la discriminación sexual es la violencia de género, sin lugar a dudas, la más grave de todas ellas. El trasfondo no es otro que la discriminación de las mujeres por hombres que, mediante la violencia, pretenden hacer valer su superioridad y dominio sobre ellas. Se ataca directamente su dignidad, por el desprecio a su condición sexual, inherente, intrínseca a su propia existencia.

Este tipo de violencia anula derechos tan elementales como la *integridad física, psíquica y sexual*, por el riesgo permanente a que se ve expuesta la mujer, que no se limita al daño físico y/o sexual sino que supone tácitamente un daño psíquico difícil de evaluar pero que está presente en alguna medida; la *libertad y la autonomía de la voluntad*, impidiendo el *libre desarrollo de la personalidad*, a través de la coacción o el miedo de la víctima; la *vida*, como extremo de este tipo de violencia; la *intimidad personal y familiar*, invadiendo su esfera más íntima y personal; incluso el derecho al *honor y la propia imagen*, afectando a la imagen pública de la víctima de cara a la comunidad y exponiendo su vida privada.

Ahora bien, la diferencia marcada por el género y la prohibición de discriminación específica que recae sobre éste ¿justifica un tratamiento penal diferenciado entre mujeres y hombres?, un tratamiento penal diferenciado ¿resultaría constitucionalmente admisible o supondría una manifestación de la discriminación sexual, hacia los hombres en este caso?

En mi opinión, en esta diferenciación está la clave para distinguir entre la violencia, la violencia afectiva o familiar y la violencia de género, concebida ésta como cosa distinta de las anteriores.

El legislador español ha afrontado esta cuestión desde la diferenciación penal, entendiendo que la violencia de género es un tipo penal específico, si bien lo ha hecho a través de una ley no exenta de carencias que le han hecho objeto de no pocas críticas y que ha originado un intenso debate doctrinal resuelto por el Tribunal Constitucional, pero aún no cerrado.

En fin, con el objetivo de erradicar este tipo de violencia, el legislador ya había adoptado diferentes iniciativas previas⁴⁰. Sin embargo, la complejidad de la violencia de género, así como sus magnitudes, exigen dar una solución integral y desde la transversalidad, esto es, mediante la prevención, la protección y la persecución, y desde los distintos ámbitos implicados. Se precisaba una respuesta integral al problema, de manera que más allá de su condena y persecución, se sentaran las bases para su prevención, comenzando desde la educación. Solo desde la adopción de acciones preventivas será posible erradicarla definitivamente. En este sentido, el *Convenio para combatir y Prevenir la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*, en el que por primera vez se apuesta por un modelo integral de prevención, protección y persecución de la violencia contra las mujeres.

En este contexto, se aprueba la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de *Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en adelante LOMPIVG). Esta ley pretendía dar un giro de la perspectiva “intrafamiliar” hacia la de “género”⁴¹, a través de un modelo integral y transversal, previendo respuestas desde la educación, la sanidad, lo jurídico, de ayuda asistencial y psicológica, entre otras⁴². En ámbito jurídico, con medidas que afectan a lo civil, laboral, procesal y penal, de manera que se hace efectivo su carácter interdisciplinar.

⁴⁰ Así, la LO11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. Por su parte, la LO 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica, aprobada con la pretensión de unificar los diferentes instrumentos existentes en la legislación nacional procesal, civil y penal, dirigidos al amparo frente a la violencia de género. Esta ley se ha visto reforzada recientemente con la Orden Europea de Protección, aprobada en *Directiva 2011/99/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2011, sobre la “orden de protección”*, en la que se hace mención especial a las víctimas de violencia de género. Y como antecedente más inmediato la LO 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de enjuiciamiento Criminal. Además, también se cuenta con un importante elenco de leyes autonómicas, entre las que cabe citar como pionera la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha. Son muchas las esferas relacionadas directa o indirectamente con la violencia de género, de manera que solo desde la transversalidad es posible dar una respuesta acertada. Así se reconoció en la IV Conferencia Mundial de la Mujer, Beijing 1995: “la adopción de un enfoque integral y multidisciplinario que permita abordar la complicada tarea de crear familias, comunidades y Estados libres de la violencia contra la mujer es no sólo una necesidad, sino una posibilidad real. La igualdad, la colaboración entre mujeres y hombres y el respeto de la dignidad humana deben permear todos los estadios del proceso de socialización. Los sistemas educacionales deberían promover el respeto propio, el respeto mutuo y la cooperación entre mujeres y hombres” –punto 119–.

⁴¹ SANZ (2009), p. 61.

⁴² En defensa de la oportunidad de esta ley, véase LÓPEZ (2005), p. 10.

Sin lugar a dudas, era oportuna y necesaria la aprobación de una ley contra la violencia de género, en cualquiera de sus manifestaciones (física, sexual y psicológica), para proteger a las mujeres víctimas de sus parejas o exparejas, por tratarse del modo de violencia contra la mujer más extendido y que más preocupa a la sociedad. En efecto, el objetivo del legislador fue bien recibido, confiando en la ley como solución a un problema complejo y de gran magnitud.

Sin embargo, no tardaron en aparecer las críticas, sacando a la luz importantes déficits. En efecto, la LOMPIVG ha sido objeto de un gran debate doctrinal acerca de su constitucionalidad, principalmente por tratar de manera diferente a las mujeres que a los hombres, entendiendo que ambos podrían ser sujetos de violencia de género. Sin desmerecer los éxitos alcanzados por la ley, adolece de una serie de deficiencias que de algún modo la ensombrecen. Me centraré en dos cuestiones en torno a las que considero, giran las dudas de constitucionalidad: la confusión de violencia de género con violencia doméstica (lo que trae la exclusión de otros tipos de violencia de género y la inclusión de los más vulnerables junto a las mujeres⁴³), y la consecuente dudosa justificación de la diferenciación penal que establece.

Respecto a la confusión de violencia de género con violencia doméstica⁴⁴, conlleva paralelamente un déficit por defecto, por prescindir de otros modos de violencia de género (ajenos a lo afectivo), y un déficit por exceso, al incluir junto a la mujer, a las personas más vulnerables del grupo familiar. Para empezar, en su exposición de motivos se reconoce que: *“La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”*, de acuerdo con lo pedido desde los organismos internacionales. Sin embargo, en su artículo 1, se dice que: *“La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”*.

⁴³ Tesis defendida por DURÁN (2004), pp. 4-13.

⁴⁴ Véase FUENTES (2005). Esta autora defiende que: *“la violencia que sufren las mujeres en el ámbito doméstico no es sino un aspecto, un reflejo o una posible manifestación de la violencia de género. La violencia de género hace pues referencia a un concepto más amplio que el de violencia doméstica”*, p. 3.

Mientras la exposición de motivos se refiere a la violencia de género tal cual, el objetivo proclamado en su artículo 1 es la lucha contra la violencia de género en el ámbito afectivo (de pareja). ¿Es coherente esta diferencia? Como se explicó anteriormente, la violencia de género no puede identificarse exclusivamente con la violencia contra la mujer en el ámbito afectivo, pues se dejarían fuera de aquélla conductas que son formas de violencia de género (tal y como hemos tenido ocasión de repasar)⁴⁵. Probablemente esta confusión atiende a la especial gravedad que representa la violencia de género en la pareja, por tratarse de un espacio privado, invisible y dentro de una relación de confianza.

La ley, en efecto, da protección a la mujer víctima de violencia machista en ámbito afectivo, pero lo hace de un modo cuanto menos peculiar. Identifica a la mujer con los miembros más vulnerables del grupo afectivo familiar, tales como los menores, los ancianos o los dependientes⁴⁶. Con este tipo de regulación, el legislador se aleja del objetivo pretendido, equiparando la protección por violencia de género a otros tipos de violencia intrafamiliares que no lo son. Incluso podría admitirse que los menores fueran protegidos junto a la mujer dentro de la concepción de violencia “de género”, por entender que este tipo de violencia, en ocasiones, se manifiesta mediante los hijos o que éstos se ven afectados directamente por la violencia ejercida sobre la madre. Sin embargo extenderla al resto de miembros está fuera de lugar.

En mi opinión, esta desmesurada previsión se aleja de la violencia de género, entendida como violencia machista hacia la mujer en la que subyace la discriminación por sexo, el espíritu de dominación y de superioridad del hombre, y motivada por el hecho de ser mujer. Desde esta óptica, resulta cuestionable que sólo los hombres sean excluidos de esta protección cuando incluso, aunque sea

⁴⁵ Sobre esto véase MONTALBÁN (2004). Esta autora explica que: “la implantación del concepto de violencia de género hace conveniente diferenciarlo respecto de otros términos como el de malos tratos, violencia doméstica o violencia familiar”, añadiendo que: “la utilización rigurosa de los términos y conceptos (...) permitirá conocer mejor la realidad y arbitrar medidas adecuadas a la misma”, pp. 13-14.

⁴⁶ A este respecto véase MATA y MARTÍN (2009), pp. 107-122. En su opinión: *Es necesario atender a la especificidad de la violencia contra las mujeres, de manera que no puede situarse junto a las manifestaciones de maltrato a menores, incapaces y otras personas que presenten especial vulnerabilidad*, añadiendo que: “habría que excluir de tal mención a otros sujetos posibles destinatarios de la violencia y que sí contempla el mencionado precepto, como ascendientes, descendientes o hermanos”, pp. 110-112.

Resultan también interesantes algunas precisiones de ASÚA (2004), donde, en relación a las personas dependientes y menores, afirma que: “(...) en estos, la vulnerabilidad y el sometimiento frente a quien le maltrata proviene de su natural posición de dependencia (por edad, por enfermedad o por discapacidad)”, p. 112.

en casos aislados, ellos pueden ser objeto de la violencia. Pero, cuando la víctima es la mujer, no es violencia intrafamiliar a secas, sino algo más⁴⁷, estaríamos ante “violencia de género de carácter afectivo-familiar”.

Esta confusión, se podría haber evitado muy fácilmente si en lugar de denominarse “*Ley integral de medidas contra la violencia de género*” se hubiese hecho mención al “*ámbito afectivo familiar*” (de manera que no se entendieran excluidos otros modos de violencia de género) o bien si se hubiera ceñido a las relaciones de género, esto es, de pareja, evitando así su confusión con otro tipo de relaciones familiares que no lo son. En opinión de muchos “*no es la perspectiva de género —tan polémica— la que hace criticable la ley sino, precisamente, la ausencia de ésta*”⁴⁸.

Tal y como habíamos adelantado, la otra cuestión de fondo se refiere al ámbito penal, en relación a la dudosa justificación de la diferenciación penal que establece. En efecto, entre las medidas de carácter penal (Título IV, *Tutela Penal*), la ley hace una diferenciación en los tipos penales convirtiendo las faltas de malos tratos en delito, en función del sexo del sujeto activo y de la víctima. Se introduce dentro de los tipos agravados de lesiones uno específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia (arts. 36 y 37). Además, se castigan como delito las coacciones y amenazas leves cometidas contra las mujeres (arts. 38 y 39). Ahora bien, ¿esta diferenciación en el tratamiento penal en función del sexo es constitucional o estaríamos ante una medida contraria a la igualdad y la prohibición de discriminación?⁴⁹.

⁴⁷ En este sentido REY (2004), afirma que: “*la violencia de género es un tipo de violencia. Y por ello, es políticamente legítimo que se intente ofrecer una respuesta específica de política criminal*”, p. 515. En contra de la posición del Consejo de Estado que entendía que sería contrario a la igualdad no dar el mismo tratamiento a menores y dependientes.

⁴⁸ MAQUEDA (2009), a lo que añade: “*Si el problema que se afirma preocupante (...) es la violencia contra la mujer, ¿por qué esos reiterados intentos de disimularla en el contexto neutro —y disperso— de las relaciones familiares o aun disimuladas*”. Añadiendo una crítica más, la autora cuestiona si puede proponerse como una ley de género “*cuando abandona a la atención a otras mujeres del entorno doméstico y social, e incluye a seres vulnerables “asexuados”*” (pp. 45-46).

⁴⁹ En relación con el derecho penal de género cabe citar a: MAQUEDA (2009), donde habla de un “*derecho penal sexuado*”; REY (2004), donde defiende que: “*si hay espacio para un derecho penal de género (...), pero (...) en diversos aspectos la ley contra la violencia sobrepasa sus límites*” (p. 34). Añade además que: “*(...) si existe lugar para un derecho penal de género (...), pero en el contexto de un derecho penal igualitario*” (p. 38). En la misma posición, véase también FARALDO (2006), en defensa del derecho penal de género.

Como adelantábamos antes, la controversia se suscita no respecto al cumplimiento del principio genérico de igualdad, sino sobre el respeto a la expresa prohibición de discriminación. Sobre la diferenciación por sexo recae una fuerte presunción de inconstitucionalidad precisamente por ser el sexo un motivo de discriminación constante a lo largo de la historia. Para justificar su constitucionalidad, no bastaría superar un juicio general de igualdad “de mínimos”, el cual sería fácilmente superado, ya que sería suficiente alegar que la medida no es arbitraria, pues atiende a una finalidad razonable, la protección de la mujer. El sexo es el factor determinante del trato diferenciado en la norma penal, por lo que tendría que superar un juicio de proporcionalidad “juicio estricto”, atendiendo a sus exigencias de finalidad, adecuación o idoneidad, y proporcionalidad, que trata de blindar la protección frente a la discriminación por sexo⁵⁰. Desde la literalidad de la ley resulta difícil superar este juicio.

Tal y como está redactada la ley, resulta complicado que esta diferencia en el trato penal en atención al sexo, pudiera superar el juicio de proporcionalidad⁵¹. La medida tiene una finalidad constitucional (proteger a la mujer frente a la violencia machista); sin embargo, ¿es la medida la más adecuada para alcanzar la finalidad perseguida?, y ¿es proporcionada?, verdaderamente resulta complicado superar el test de proporcionalidad, resultaría una interpretación un tanto forzada, más aun tratándose del ámbito penal (por cuestiones penales en las que no entramos)⁵².

Si, tal y como se redacta la ley, en un contexto de “violencia doméstica o intra-familiar” se otorga un tratamiento penal diferenciado atendiendo exclusivamente al género de agresor y víctima, la medida diferenciadora sería desproporcionada pues se habría perdido la razón para diferenciar entre hombres y mujeres, esto es, el desprecio, posición dominante y afán de posesión del hombre sobre la mujer, que definen la violencia “de género” y la identifican respecto de otros tipos de violencia.

⁵⁰ Sobre el juicio de proporcionalidad respecto a las causas sospechosas de discriminación, véase MARTIN (2008), pp. 35-99.

⁵¹ REY (2004). En opinión de este autor, la ley no plantearía problemas de igualdad en relación a los derechos reconocidos a las mujeres víctimas de violencia de género, sino en el trato penal diferenciado a tenor del sexo.

⁵² Por otra parte, se establecen diferencias también respecto a otras personas ajenas a la diferenciación por sexo. En este escenario, parecería incluso ser el hombre el discriminado respecto a todos los demás. Véase ASÚA (2004), a favor de la diferenciación entre mujeres y otros miembros del grupo familiar en el tratamiento penal: “*pues diluye así el contexto de la realidad criminológica y el desvalor específico de la injusticia del maltrato a la mujer en relación con la pareja*”, p. 210.

La constitucionalidad de la medida penal pasa entonces por entender que la violencia de género es cosa distinta de la violencia intrafamiliar, aunque aquella se lleve a cabo en el seno de ésta (cuando media una relación de afectividad). Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional español cuando se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la controvertida diferencia en el tratamiento penal.

Algunos autores incluso han defendido su constitucionalidad, entendiendo que se trata de medidas positivas que pretenden igualar la situación de la mujer⁵³, en desventaja, con el hombre. Desde esta posición se defiende la cabida de estas medidas en ámbito penal⁵⁴, justificando su oportunidad y necesidad.

Sin embargo, considero que si la ley se hubiese formulado de otra manera, atendiendo específicamente a la violencia de género (y no a otras relaciones intrafamiliares), no cabría discusión acerca de su razonabilidad ya que estaríamos ante diferentes tipos penales: el delito o falta de lesiones, en caso de ser hombre la víctima (o cualquier otra persona ajena a la relación de pareja), y un delito de violencia de género, cuando la víctima del hombre es la mujer y concurra la intención de dominación machista y subordinación de la mujer (presupuesto de la violencia de género)⁵⁵. Esto es, no sería una medida penal diferenciadora en razón al sexo, sino una respuesta penal diferente ante distintos bienes jurídicos protegidos. Se justificaría la diferencia para proteger un tipo de violencia diferente y específica, la violencia de género.

⁵³ En relación con las medidas positivas, véase RUIZ (2006). Véase también, a favor de estas medidas, GIMÉNEZ (2005 a y 2005 b). También en defensa de las medidas de acción positiva, BALAGUER (2004), pp. 22-24: *“El problema de la violencia de género es cualitativamente distinto en las mujeres, porque las causas que lo producen se alejan de los parámetros estandarizados de violencia social, y contienen elementos diferenciadores relacionados con la posición histórica de la mujer en la sociedad y el dominio a que han estado y siguen sometidas. Y esta diferencia justifica, y exige, un tratamiento también diferenciado por el legislador, obligado en un Estado Social (...)”* añadiendo que: *“(...) si la ley fuera igual, al no serlo las condiciones materiales de las mujeres, no se estaría persiguiendo la igualdad, sino consagrando la desigualdad”*, p. 23.

En contra de esta posición, entre otros, véase REY (2004).

⁵⁴ En este sentido véase ALGUACIL (2011), p. 562, siguiendo la tesis de GIMÉNEZ (2004).

⁵⁵ En este sentido, véase FUENTES (2005). Esta autora entiende que el bien jurídico protegido no es el mismo: *“actuaciones violentas que en principio, en sí mismas, cabría considerar idénticas (...), no son en modo alguno idénticas, ni siquiera parecidas: no solo por lo que se refiere a la actuación en sí (...) sino por el objetivo de la misma (...) y desde luego por las consecuencias que sufre la víctima”*, p. 10. Sin embargo, esta autora entiende que tal y como está redactada la ley, la diferencia penal es proporcional y razonable, atendiendo exclusivamente a la gravedad del fenómeno, afirmando que: *“(...) en modo alguno pueden ser consideradas como irrazonables o poco objetivas cuando la finalidad que persiguen es erradicar un mal endémico y terriblemente arraigado en nuestra sociedad como el de la violencia de género (...)”* p. 11.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional ha tenido numerosas ocasiones para pronunciarse sobre la ley, a través de las cuestiones de inconstitucionalidad que se le han planteado. En su sentencia 59/2008, de 14 de mayo, se pronunció acerca de esta cuestión, avalando su constitucionalidad. Para ello, el Alto Tribunal no entendió que el conflicto constitucional estuviera en la posible vulneración de la prohibición de discriminación por sexo, sino en la igualdad en sentido general. Así, ha esquivado el juicio de proporcionalidad, bastándole con justificar la legitimidad de la finalidad pretendida por la norma. Siguiendo esta tesis, el Tribunal argumenta que la finalidad “preventiva” de la pena es legítima pues *“no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad”*, añadiendo el argumento de la mayor frecuencia y gravedad de la violencia cuando es contra la mujer.

El Tribunal entiende que cuando la víctima es la mujer, hay un efecto añadido a la violencia: la seguridad, libertad y dignidad: *“(...) cabe considerar que (...) supone una mayor lesividad para la víctima: de un lado para su seguridad, con la disminución de las expectativas futuras de indemnidad, con el temor a ser de nuevo agredida; de otro, para su libertad, para la libre conformación de su voluntad, porque la consolidación de la discriminación agresiva del varón hacia la mujer en el ámbito de la pareja añade un efecto intimidatorio a la conducta, que restringe las posibilidades de actuación libre de la víctima; y además para su dignidad, en cuanto negadora de su igual condición de persona y en tanto que hace más perceptible ante la sociedad un menosprecio que la identifica con un grupo menospreciado”*. Además, añade que las consecuencias de esta diferenciación no son desproporcionadas, pues el desequilibrio (en la pena impuesta): *“no es patente y excesivo o irrazonable”*.

Dejando a un lado el concepto de violencia de género abordado en la ley y sus dudas de constitucionalidad, como cuestiones de fondo, existen otros aspectos criticables. De la lectura de la ley se desprende que, pese a su integralidad, las distintas medidas que prevé no han alcanzado el resultado deseable.

Volviendo a las medidas penales, subyace en la ley un ánimo de *persecución* penal, que vislumbra una especial preocupación por castigar al hombre maltratador, tratando a la mujer como débil y situándola junto a los más vulnerables⁵⁶. Este espíritu punitivo también se hace presente en ciertas medidas de protección en

⁵⁶ REY (2009), sostiene que: *“parece que, en el aspecto penal de la norma, se perseguía, simplemente y sobre todo, castigar más duro al maltratador”* añadiendo que *“el centro de gravedad de la respuesta pública a la violencia de*

los diferentes ámbitos jurídicos: laboral, civil y procesal. Todas ellas, son sin lugar a dudas, un acierto del legislador en cuanto protegen los derechos de la mujer en los diferentes espacios, aunque muchas de ellas son ciertamente cuestionables, de nuevo, por tratar a la mujer como “ser débil”.

En este sentido, uno de los puntos más controvertidos respecto al conjunto de las medidas de *protección* previstas en la ley integral, es el espíritu paternalista que subyace en aquellas, especialmente en las relacionadas con el ámbito procesal. Se trata en ocasiones de medidas que limitan la libertad, la autonomía de la voluntad de la mujer y su libre desarrollo, tratándola como un ser indefenso incapaz de decidir por sí misma. Entre ellas: se refuerza la vía punitiva al exigir denuncia penal para acceder a las diferentes ayudas previstas en la ley, impidiéndose la solución amistosa; se prohíbe expresamente la mediación; se impide una posible reconciliación, siguiéndose el caso de oficio aun tras la retirada de la denuncia; se impone obligatoriamente el alejamiento para todos los delitos de violencia de género; incluso se está planteando prohibir la dispensa de declarar contra el cónyuge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁵⁷. Por su parte, se cuestiona también la sospecha de discriminación hacia los hombres que algunas de estas medidas pudieran suponer, habría que dilucidar si efectivamente éstas son las más adecuadas y congruentes respecto a la finalidad perseguida con ellas (erradicar este tipo de violencia sobre la mujer). Algunas de dichas medidas ciertamente pueden ser discutidas por su directa implicación con la garantía de presunción de inocencia del supuesto agresor, ya que en ocasiones la mera denuncia presume la culpabilidad del denunciado. Ahora bien, como decíamos, atendiendo a la finalidad perseguida por la ley y ante la ausencia de medidas alternativas que fueren más congruentes (y menos gravosas), se entiende que no son medidas desproporcionadas.

Sin ninguna duda, para acabar definitivamente con la violencia de género, más allá de la persecución penal, se necesitan medidas efectivas de *prevención*,

género no debería estar sobre todo en el derecho penal, sino en las políticas sociales y en la protección real y efectiva de las víctimas, en la actualidad insuficientemente asegurada”, p. 32.

También en contra de esta concepción de la ley, véase LARRAURI (2007) donde se examinan las distintas opciones que la ley integral ha adoptado y se defiende la necesidad de apoyar a los grupos de mujeres de base y el resto de servicios sociales, relegando el derecho penal a un segundo plano.

⁵⁷ ORTIZ (2012). Este autor se muestra muy crítico con estas medidas procesales, entendiendo que suponen una actitud paternalista del legislador, contraria a la autonomía y capacidad de decisión de las mujeres. En la misma línea véase LARRAURI (2005).

como única vía de erradicación. En efecto, la ley incluye medidas de prevención desde cualquiera de los ámbitos implicados: la educación como origen, respecto a la que se prevé, entre otras, *“que en todos los materiales educativos se eliminen los estereotipos sexistas o discriminatorios y para que fomenten el igual valor de hombres y mujeres”* (art. 6); la eliminación de la publicidad sexista en los medios de comunicación, que deberán tratar a la mujer *“conforme a los principios y valores constitucionales”* (art. 11); la prevención sanitaria, estableciendo *“la detección precoz de la violencia de género y propondrán las medidas que estimen necesarias a fin de optimizar la contribución del sector sanitario en la lucha contra este tipo de violencia”* (art. 15).

Ahora bien, ¿se están llevando a la práctica?, ¿realmente centran la atención de la sociedad y los poderes públicos en la lucha contra la violencia de género? Esta es probablemente la principal causa del fracaso del legislador y del resto de poderes públicos, que no han conseguido erradicar la violencia de género mediante esta ley (aunque se aprecia un descenso).

Finalmente, resulta imprescindible siquiera mencionar algunos de los problemas prácticos que está suscitando la ley en su aplicación: la especial dificultad en la denuncia de violencia psicológica, las denuncias falsas y la reciente imposición de tasas judiciales.

La *violencia psicológica* es la más difícil de detectar, tanto por la comunidad como incluso por las propias víctimas. A diferencia de actitudes como “la maté porque era mía” o “no es violación, sino el uso de mis derechos”, en donde a pesar de lo privado de sus manifestaciones, es fácilmente detectable por las víctimas, la psicológica se esconde bajo una apariencia de normalidad más difícil de reconocer. En nuestro entorno, quizá no conozcamos casos de violencia física o sexual, mucho menos de tipos de violencia ajenas a nuestra tradición occidental o a lo afectivo, pero muy probablemente sí conozcamos situaciones de violencia psicológica que incluso hemos llegado a presenciar. Cuando el hombre se dirige a su pareja en público con malos modos y conductas que la ridiculizan; cuando por costumbre la trata a voces y le exige determinados comportamientos; actitudes como alejarla de su círculo de amigos o incluso de su propia familia; prohibir que trabaje fuera de casa o que vista de determinada manera; todas estas, a modo de ejemplo, son violencia psicológica, aunque suelen permitirse bien por considerarse “normales”, para procurar un buen ambiente y evitar discusiones, especialmente por los hijos; o incluso por dependencia afectiva, como ocurre entre los más jóvenes. Es llamativo que en los últimos años este tipo de violencia ha aumentado entre los más jóvenes.

Las *denuncias falsas* son un obstáculo para el conjunto de las mujeres sobre las que, en ocasiones y a causa del “mal hacer” de algunas pocas, puede planear la sospecha de la duda. Los únicos capaces de detectar las denuncias falsas así como de castigarlas son los jueces, sobre quienes recae dicha responsabilidad. Sin duda, se trata de una labor de gran complejidad y de difícil solución.

Finalmente, la *ley N° 10/2012, de 20 de noviembre, de tasas judiciales*, ha supuesto un nuevo obstáculo en la lucha contra la violencia de género, pues no se exceptúa a sus víctimas del pago de estas tasas. Contrariamente a lo previsto en la LOMPIVG, la ley de tasas judiciales, dificulta aún más la situación de las mujeres víctimas de violencia de género, a quienes se condena a pagar para acceder a la justicia. Si bien el legislador ha anunciado eximir las del pago mediante reforma de la Ley de Asistencia Gratuita, habrá que esperar a su aprobación. La cuestión es que, desde la entrada en vigor de esta ley y en tanto no se apruebe la anunciada reforma, la ley de tasas es un golpe más a las víctimas de violencia de género.

Con todo, el error de fondo en este tipo de legislación contra la violencia de género es precisamente la ausencia de perspectiva de género en ella, “género” que da la clave para examinar su adecuación a las exigencias constitucionales de igualdad.

4. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2006): *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código Penal* (Zaragoza, Ed. Cometa).
- ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, A. (2011): “Derechos fundamentales y violencia de género”, *Revista de Derecho UNED* (núm. 8), pp. 551-562.
- ASÚA BATARRITA, A. (2004): “Los nuevos delitos de violencia de género tras la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre”, *Las recientes reformas penales, algunas cuestiones* (Deusto, Universidad de Deusto), pp. 201-234.
- BALAGUER CALLEJÓN, M.L. (2004): “Comentario al Proyecto de Ley Orgánica de Medidas Integrales de protección frente a la violencia de género”, *Artículo 14. Una perspectiva de género* (núm. 16), pp. 22-24.
- CARMONA CUENCA, E. (2007): “¿Es la prostitución una vulneración de derechos fundamentales?”, en AA.VV., *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 43-70.
- DE MIGUEL (2012): “La prostitución de mujeres, una escuela de desigualdad humana”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales. “Género, Desigualdad y Violencia”* (num. 19, 1^{er} semestre), pp. 49-74.

- DÍEZ GUTIÉRREZ, E.J. (2009): “Prostitución y violencia de género”, en *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas* (núm. 24, 2009-4).
- FARALDO CABANA, P. (2006): “Razones para la introducción de la perspectiva de género en el Derecho Penal, a través de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *Revista Penal* (núm. 17), pp. 72-94.
- FREIXES SANJUAN, T. (2001): “Las normas de protección de la violencia de género (reflexiones en torno al marco internacional y europeo)”, *Artículo 14. Una perspectiva de género* (núm. 6), pp. 4-18.
- FRANCO REBOLLAR, P. y GUILLÓ GIRARD, C.I. (2012): “¿Qué pasa fuera de las ciudades?”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales. “Género, Desigualdad y Violencia”* (núm. 19, 1^{er} semestre), pp. 215-244.
- FUENTES SORIANO, O. (2005): “La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, *La Ley* (año XXVI, núm. 6362, 18 de noviembre de 2005), pp. 1-21.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2004): *Juicio de Igualdad y Tribunal Constitucional* (Madrid, Bosch).
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (2005): “Acción positiva y ley integral de violencia de género”, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley integral contra la violencia de género* (Madrid, Catálogo de Publicaciones del Ministerio de Justicia), pp. 21-28.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. y VALLEDECABRES ORTIZ, I. (2005): “La constitucionalidad de la protección penal específica para las mujeres víctimas de violencia de género”, en *La Administración de Justicia en la Ley integral contra la violencia de género* (Madrid, Catálogo de Publicaciones del Ministerio de Justicia), pp. 45-60.
- LARRAURI PIJOÁN, E. (1998): “Feminismo y multiculturalismo”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer), pp. 33-44.
- LARRAURI PIJOÁN, E. (2007): *Criminología crítica y violencia de género* (Madrid, Trotta).
- LARRAURI PIJOÁN, E. (2005): “¿Se debe proteger a la mujer frente a su voluntad?”, *Cuadernos Penales José María Lidón, Universidad de Deusto* (núm. 2), pp. 157-181.
- LARRAURI PIJOÁN, E. (1998): “Feminismo y multiculturalismo”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer).

- LÓPEZ AGUILAR, L.F. (2005): “El compromiso político contra la violencia de género”, en AA.VV., *La Administración de Justicia en la Ley integral contra la violencia de género* (Madrid, Catálogo de Publicaciones del Ministerio de Justicia), pp. 9-20.
- LORENTE ACOSTA, M. (2012): “Violencia contra las mujeres: peligrosidad y valoración del riesgo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales. “Género, Desigualdad y Violencia”* (núm. 19, 1^{er} semestre), pp. 185-214.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2009): “1989-2009: Veinte años de ‘desencuentros’ entre la ley penal y la realidad de la violencia en pareja”, en AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (Madrid, Lex Nova), pp. 39-52.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2000): “El tráfico de personas con fines de explotación sexual”, en *Jueces para la Democracia* (núm. 38), pp. 25-29.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2002): “Una forma de esclavitud: el tráfico sexual de personas”, en AA.VV., *Inmigración y Derecho Penal, bases para un debate* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 255-272.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (1998): “Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer), pp. 161-182.
- MAQUEDA ABREU, M.L. (2007): “La trata de mujeres para explotación sexual”, en AA.VV., *Prostitución y trata: marco jurídico y régimen de derechos* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 295-306.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2012), “Derechos y Exclusiones en la Constitución de Cádiz de 1812”, en AA.VV., *La Constitución de 1812 y su difusión en Latinoamérica. Homenaje a la Constitución de Cádiz* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 177-190.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2011): “Mujer inmigrante: espacios de doble discriminación”, en AA.VV., *Estudios sobre género y extranjería*, (Albacete, Bomarzo), pp. 61-90.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2012): “La realidad de las mujeres en el siglo XXI”, en AA.VV., *El Derecho y la Economía ante las mujeres y la igualdad de género* (Madrid, Lex Nova), pp. 23-48.
- MARTÍN SÁNCHEZ, M. (2008): *Matrimonio homosexual y constitución* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- MATA Y MARTÍN, R. (2009): “Algunas dificultades de la noción y de la ley de violencia de género”, en AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia*

- de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (Madrid, Lex Nova), pp. 107-122.
- MONTALBÁN HUERTAS, I. (2004): *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional* (Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación).
- NIETO, R. (2010): “Derechos humanos y trata de mujeres con fines de explotación sexual”, en *Temas para el Debate* (núm. 191, oct.), pp. 43-46.
- ORTIZ PRADILLO, J.C. (2012): “El paternalismo del legislador en el enjuiciamiento de la violencia de género”, en *Justicia* (año 2012, núm. 1), pp. 353-388.
- PÉREZ MANZANO, M. (1998): “El impago de prestaciones económicas a favor de cónyuge y/o hijos e hijas”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer), pp. 217-240.
- POMARES CINTAS, E. (2011): “El delito de trata de seres humanos con la finalidad de explotación laboral”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (núm. 13-15).
- REY AVILÉS, A. (1998): “Acoso sexual”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer), pp. 103-104.
- REY MARTÍNEZ, F. (2008): “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo” en *Revista Española de Derecho Constitucional* (núm. 84), pp. 251-283.
- REY MARTÍNEZ, F. (2009): “La ley contra la violencia de género y la igualdad constitucional”, en AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (Madrid, Lex Nova), pp. 31-38.
- REY MARTÍNEZ, F. (2004): “Comentarios a los Informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género”, en *Teoría y Realidad Constitucional* (núm. 14, 2º semestre), pp. 505-523.
- REY MARTÍNEZ, F., ALÁEZ CORRAL, B., RUIZ MIGUEL, A., y FARALDO CABANA, P. (2012): “Protección penal desigual y violencia de género”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral* (Madrid, Aranzadi), pp. 133-209.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (2011): “La mujer extranjera como víctima de la violencia de género en el ámbito sentimental”, en AA.VV., *Estudios sobre género y extranjería* (Albacete, Bomarzo), pp. 137-178.
- ROPERO CARRASCO, J. (2003): “La mutilación genital femenina: una lesión de los derechos fundamentales de las niñas basada en razones de discriminación

- sexual” en *Curso de Derechos Humanos* (vol. 4. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco), pp. 372 y ss.
- RUIZ MIGUEL, A. (2006): “La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva”, en *Jueces para la Democracia* (núm. 55), pp. 35-47.
- SANZ MORAN, A.J. (2009): “Las últimas reformas del Código Penal en los delitos de violencia doméstica y de género”, en AA.VV., *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: aspectos procesales, civiles, penales y laborales* (Madrid, Lex Nova), pp. 53-64.
- SERRA CRISTÓBAL, R. y LORIA GARCÍA, P. (2007): *La trata sexual de mujeres. De la repercusión del delito a la tutela de la víctima* (Madrid, Ministerio de Justicia).
- VARELA, N., “Nueva misoginia”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales. “Género, Desigualdad y Violencia”* (núm. 19, 1^{er} semestre), pp. 25-48.
- VIRTO LARRUSCAIN, M.J. (1998): “La maternidad contestada: la derogación del infanticidio y la regulación o cancelación del aborto”, en AA.VV., *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género* (Instituto Vasco de la Mujer), pp. 115-160.
- VOLIO MONJE, R. (2012): “Reflexiones necesarias en torno al binomio ‘violencia y pobreza’ de las mujeres”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales. “Género, Desigualdad y Violencia”* (núm. 19, 1^{er} semestre), pp. 95-122.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

- Ley Orgánica Nº 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.
- Ley Nº 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas, de Castilla-La Mancha.
- Ley Orgánica Nº 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de violencia doméstica.
- Ley Orgánica Nº 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.
- Ley Orgánica Nº 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Ley Orgánica Nº 3/2005, de 8 de julio, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina.

Ley Nº 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses.

Proyecto de Ley Orgánica por el que se reforma la Ley Orgánica Nº 10/1995, de 23 de noviembre de reforma del Código Penal, de 4 de octubre de 2013.

JURISPRUDENCIA CITADA

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de mayo de 2010.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 15 de noviembre de 2011.

Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 425/2009, de 14 de abril de 2009.

Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 378/2011, de 17 de mayo.

Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 4013/2011, de 15 de junio.

Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 678/2012, de 18 de septiembre.

Sentencia del Tribunal Supremo español núm. 835/2012, de 31 de octubre.

Sentencia del Tribunal Constitucional español núm. 59/2008, de 14 de mayo.

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-268/99 Aldona Malgorzata Jany y otras c. Staatssecretaris van Justitie, de 20 de noviembre de 2001.

Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) c. México, de 16 de noviembre de 2009.

