

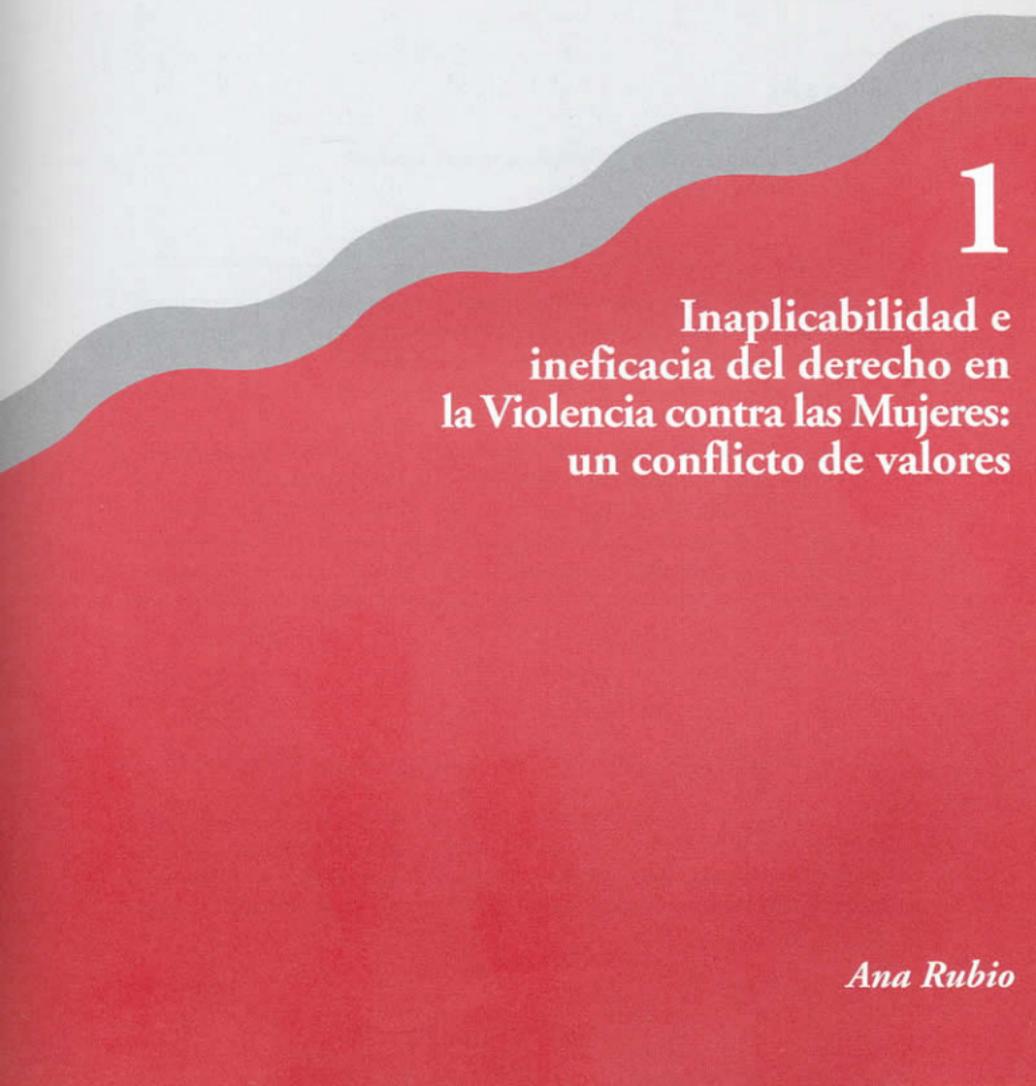
ANÁLISIS JURÍDICO DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos

EDICIÓN ACTUALIZADA

ESTUDIOS

18



1

Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores

Ana Rubio

1. INAPLICABILIDAD E INEFICACIA DEL DERECHO EN LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: UN CONFLICTO DE VALORES

ANA RUBIO

Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Filosofía política de la Universidad de Granada

Sumario: 1.1. Representación y límites de la cultura jurídica. 1.2. Eficacia y desobediencia de las normas jurídicas. 1.3. Crítica a la dogmática jurídica y estrategias para la obediencia a las normas. 1.4. Límites disuasorios de la norma penal. 1.5. La vida y la cultura jurídica una relación a debate. 1.6. La verdad y las formas jurídicas penales. 1.7. La verdad jurídica y los sistemas de indagación. 1.8. Concepto de riesgo y de peligrosidad en la racionalidad penal. 1.9. El carácter natural de la familia y su influencia en la valoración de la violencia. 1.10. Poder y violencia. 1.11. Igualdad o diferencia. 1.12. El valor jurídico de la diferencia en la comprensión de los tipos establecidos en los artículos 153 y 173.2 del Código penal. 1.13. Demandas de las mujeres ante la Administración de Justicia. 1.14. Un modelo de juez: el juez hermenéutico y analítico.

1.1. REPRESENTACIÓN Y LÍMITES DE LA CULTURA JURÍDICA

La cultura jurídica se presenta a sí misma como democrática, igualitaria, histórica y relativa pero paradójicamente existen en su interior restos arqueológicos del pasado que han permitido mantener relaciones humanas desiguales y jerárquicas basadas en la creencia en una naturaleza humana que se presenta en dos formas:

mujeres y hombres, a las que la naturaleza les ha proporcionado valores y capacidades morales e intelectivas distintas. Este hecho permite justificar y legitimar posiciones y roles sociales diferentes, en sociedades democráticas, así como permitir la subordinación social, jurídica y política de las mujeres. Las formalidades del Derecho y la imagen que la cultura jurídica proyecta de sí misma, han impedido que se pueda tomar conciencia del conflicto de valores y modelos que la existencia de dos naturalezas humanas presenta al sistema jurídico. Sacar a la luz estas contradicciones y hacer lo posible por superarlas es el objetivo central de este trabajo, puesto que de su superación dependerá que se puedan utilizar correctamente por parte del legislador y de los operadores jurídicos los instrumentos que el Derecho ofrece para sancionar las situaciones de maltrato contra las mujeres

Desde el positivismo se nos ha hecho pensar que si permitimos que las normas jurídicas actúen, son instrumentos suficientes para resolver todos los conflictos sociales y que las instituciones jurídicas representan un cuerpo de restricciones normativas que tienen como objetivo diseñar modelos, establecer límites a las conductas humanas y salvaguardar los valores esenciales para la sociedad con el objetivo de reducir a mínimos los costes de las transacciones humanas.

Es lógico, desde esta imagen del Derecho, que la ciudadanía cuando se enfrenta a graves problemas sociales dirija su mirada al sistema jurídico esperando solución a los mismos. Sin embargo, como comprobaremos, el Derecho tiene límites respecto a su capacidad para resolver los conflictos sociales. Por consiguiente, es muy importante no exigirle más de lo que puede proporcionar y centrar los esfuerzos en aquellos instrumentos, conceptos y teorías que permitan la mejor aplicación posible.

La sobrevaloración que se realiza del Derecho nos lleva a pensar que la ineficacia del mismo, para resolver los conflictos, es resultado de sus imperfecciones formales o técnicas. Sin embargo, los problemas que presenta la ineficacia del Derecho para hacer frente a la violencia contra las mujeres tienen su origen en causas estructurales y valorativas, no en cuestiones técnicas, aunque estas últimas deban también tomarse en consideración.

Cuando existe disfunción entre la norma y la realidad el origen está en que, paralelamente a la formalidad normativa que deriva del sistema de normas, o de las instituciones, nace una normatividad sustantiva que se “expresa como un lenguaje, que se autoreforza permanentemente y que llega incluso a sustituir (y contravenir) a la normatividad formal”¹. Para modificar este lenguaje que neutraliza la

1 BARRAGÁN, J., “Normas e instituciones en la construcción del lenguaje normativo”, *Crisis y acción política*, Facultad de Derecho, Universidad de Carabobo, CELIJS, Valencia-Venezuela, 2000, p. 12.

formalidad normativa se ha de actuar en el sistema de creencias y de comportamientos que están presentes en la actitud de los usuarios con respecto a las normas. Por consiguiente, no es el problema de la inaplicabilidad o desobediencia al Derecho un problema técnico, sino es un problema moral y político. Se han de crear las condiciones que permitan desarrollar otra normatividad sustantiva, esta vez sí coherente con la formalidad normativa. En otras palabras, se tiene que resolver la contradicción entre los valores de los usuarios de las normas y los valores contenidos en las normas.

1.2. EFICACIA Y DESOBEDIENCIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Dada la fuerza coactiva que tienen las normas jurídicas, solemos ignorar la complejidad que encierra todo el proceso de producción, para verlas exclusivamente como reglas que condicionan y diseñan el juego social. Las normas se piensan “como si” existiera en su interior una fuerza que obligara, sin más, a su cumplimiento, cuando la realidad es que dicha fuerza depende de cómo sean recibidas y aceptadas las normas por los operadores del Derecho, que son quienes deben aplicarlas y de que los usuarios las consideren una guía para la acción.

Es cierto que la obediencia al Derecho se realiza de forma espontánea; de ahí que el Derecho funcione como un magnífico sistema de control social. Pero, en ciertos momentos, como es el caso que nos ocupa, los malos tratos y la violencia contra las mujeres, se producen excepciones a esta obediencia espontánea y la norma se presenta sin efectividad, lo que añade al sistema de relaciones sociales un coste no previsto. Para Julia Barragán, las autoexcepciones o desobediencia a las normas poseen un enorme poder normativo que erosiona la confianza colectiva en el sistema jurídico como instrumento de resolución y regulación de los conflictos sociales. Además, dado el carácter difuso con el que se presenta la desobediencia en la sociedad, se hace difícil, en la mayoría de los casos, separar y reconocer las causas que justifican o motivan la desobediencia o inaplicabilidad de las normas por parte de los usuarios u operadores jurídicos, de las consecuencias que las mismas producen en la realidad social. En otros términos, hasta qué punto la falta de aplicación de las normas para sancionar ciertas conductas no es a su vez origen o refuerzo de la propia desobediencia o inaplicabilidad.

El problema que presentan estas situaciones para los estudiosos o aplicadores del Derecho es precisar hasta qué punto las sanciones pueden ser un elemento disuasorio, o no, así como cuál debe ser su contenido para que cumplan con dicha función. No es ésta una cuestión fácil. Si se establecen fuertes puniciones para quienes contravienen las normas, pero la probabilidad de aplicarlas es reducida porque el conflicto que motiva la inaplicabilidad no se resuelve, la sanción no sólo no pone solución al problema de desobediencia a la norma, sino que lo

incrementa, al incrementar el nivel de desconfianza en el sistema como instrumento de resolución pacífica de conflictos. Por consiguiente, no sólo es importante fijar un correcto contenido punitivo, es fundamental establecer los aspectos procedimentales y de organización que hagan posible una eficiente aplicación del mismo².

Una vez fijada la sanción adecuada para que la norma cumpla su función disuasoria, hay que establecer si se está en condiciones de poder llevar a cabo una correcta interpretación de la misma. No podemos ignorar tampoco que en numerosas ocasiones se hace difícil para el operador o el usuario de la norma subsumir el supuesto de hecho contenido en la norma, por su novedad o por la existencia de elementos que hacen dudar de la posibilidad del silogismo. Estas situaciones se presentan, en mi opinión, en el supuesto del maltrato contra las mujeres.

La violencia, en el ámbito doméstico-familiar contra las mujeres y los menores ha sido tradicionalmente percibida, basta con analizar la jurisprudencia de nuestro pasado próximo, como un elemento más de la capacidad disciplinaria del *pater familias*. La mayor parte de los usuarios de las normas y de los operadores del Derecho han interiorizado, en su socialización, que el uso de cierto grado de violencia para mantener el orden familiar es normal y que la autoridad en dicha sociedad la ejerce el *pater familias*. No puede el Derecho hacer frente a la violencia contra las mujeres desconociendo este hecho, ni ignorando nuestro pasado. No se trata de justificarlo, sino de afrontarlo.

Para salvar las actuales dificultades que presentan las normas sancionadoras del maltrato contra las mujeres, no se debe caer en la tentación de demandar nuevas sanciones³, esta vez para quienes tienen la obligación de decidir con corrección y no lo hacen y de este modo conseguir una respuesta más precisa, desde el punto de vista técnico, a las nuevas situaciones que la realidad presenta. Cuando se adopta esta decisión, se afrontan los problemas de la desobediencia o inaplicabilidad de las normas jurídicas multiplicando los mecanismos y técnicas de control, lo que aumenta los costes de transacción y no pone fin a los problemas.

No cabe duda de que mejorar y perfeccionar los instrumentos de técnica jurídica de los que disponemos es importante, pero lo es más aceptar que las soluciones técnicas no resuelven los problemas de inaplicabilidad, ni actúan sobre las causas que los producen, puesto que no pueden establecer las condiciones para una solu-

2 Ob. cit., p.21.

3 GÓMEZ NAVAJAS, J., "Listas de delincuentes: ¿pena de escarnio público?", *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, 2002.

ción cooperativa entre los miembros del grupo, ni producir nuevos valores sociales, y son éstas la únicas soluciones que reducirían a mínimos los costes de las transacciones y garantizarían en el futuro la obediencia y la legitimidad del sistema jurídico en materia de violencia contra las mujeres.

A la vista de lo expuesto, se puede afirmar que la desobediencia a las normas no es un simple problema de eficiencia, aunque éste pueda darse en cierto grado, sino resultado de un conflicto de valores. Por este motivo, el objetivo de este estudio es centrar la atención en las causas que producen el conflicto de valores que existe en la inaplicabilidad de las normas sancionadoras de la violencia contra las mujeres, al tiempo que abordar mejoras técnicas.

1.3. CRÍTICA A LA DOGMÁTICA JURÍDICA Y ESTRATEGIAS PARA LA OBEDIENCIA A LAS NORMAS

No es casualidad que los operadores del Derecho tengan dificultades para percibir el conflicto de valores que se esconde tras la inaplicabilidad y desobediencia a las normas. Las razones de estas dificultades se encuentran en el concepto de racionalidad y en el modelo de ciencia que la dogmática jurídica adopta. Si sobre los contenidos jurídicos que son contenidos de valor no cabe un análisis racional y no es posible hacer ciencia sobre lo contingente, no queda otra opción a la ciencia del Derecho que la de centrarse en la estructura formal del sistema jurídico y sobre ella construir un conocimiento cierto, verificable y objetivo que ayude al intérprete y aplicador del Derecho.

A partir de estos presupuestos, se impone en el ámbito jurídico el paradigma formalista y se rechaza como irracional cualquier debate científico sobre los valores y la justicia. Pero se rechace o no la posibilidad de un debate racional sobre la justicia, los contenidos jurídicos son contenidos de carácter moral y político y el fin de Derecho es establecer un orden social justo. Por consiguiente, la tensión entre los contenidos normativos y los ideales de justicia es permanente. El conflicto de valores, que hace evidente la inaplicabilidad de las normas en los supuestos de violencia contra las mujeres, es resultado de un modelo humano de referencia parcial y excluyente de la identidad femenina que está implícito en el sistema jurídico, nos referimos al “buen padre de familia”. Un modelo que ejerce su poder en el seno de la familia y actúa como eje de referencia para el sujeto de derechos del tráfico jurídico. El normativismo dificulta hacer evidentes los modelos implícitos que subyacen en el orden jurídico, dada la neutralidad normativa que se le presupone a las normas jurídicas, resultado lógico de la abstracción y la gene-

4 BARRAGAN. Ob. cit., p.23.

ralidad de las mismas. Pero el conflicto de valores que este trabajo pretende analizar tiene su causa última en su existencia y en el poder conformador de lo humano que dichos modelos implícitos poseen.

A quienes desobedecen las normas se les imputa una actitud egoísta que proviene de pensar exclusivamente en sí mismos y en sus intereses, sin tomar en consideración el daño que tales decisiones producen sobre terceros y sobre la comunidad en general. Sin duda, estos comportamientos individuales existen y pueden ser modificados a través de un sistema educativo que desarrolle en ellos altruismo y honradez. Pero frente a quienes explican la desobediencia a las normas como una actitud personal, está la de quienes sostenemos que el origen de la desobediencia al Derecho está en la cultura, una cultura que desarrolla en los individuos comportamientos, actitudes y valores que pueden entrar en conflicto con los comportamientos, actitudes y valores que propugnan y defienden las normas jurídicas.

Si la educación no es suficiente para producir los cambios individuales que se necesitan y se exige un cambio más radical, un cambio en las estructuras que socializan a los seres, debemos transformar todas aquellas instituciones y estructuras que transmiten un modelo de vida en pareja, un modelo de familia y un modelo de feminidad y masculinidad que se oponen a los principios constitucionales y a la consideración de todos los seres humanos, con independencia de su edad o sexo, como sujetos de igual valor y dignidad. Sólo así se resolverá el conflicto de valores que genera la desobediencia.

Para intervenir sobre la cultura se puede actuar sobre la racionalidad individual, potenciando actitudes que permitan la negociación o la búsqueda de consensos y lograr de este modo la base de razonabilidad que exige la vida en común; o bien crear las estructuras que permitan el desarrollo de individualidades respetuosas con la idea de comunidad o colectividad.

Si la lucha contra la desobediencia se centra en el desarrollo de “los **comportamientos estratégicos individuales** que pueden dar un impulso inicial a la cooperación en un entorno no cooperativo”⁵, la atención se pone en la negociación, es decir, en el comportamiento previo de los usuarios de las normas. Pero, en mi opinión, no es suficiente el desarrollo de estrategias de cooperación para resolver los conflictos de desobediencia, ni basta con desarrollar actitudes racionales que permitan y hagan real la cooperación. Si consideráramos estas exigencias como la únicas necesarias, estaríamos valorando como importantes sólo rasgos individuales, cuando los rasgos culturales son claves en la construcción de los sujetos y en su socialización.

5 BARRAGÁN, Ob. cit., p.26.

Propugnar únicamente un cambio de racionalidad o un nuevo concepto de racionalidad, olvida que el usuario o aplicador de la norma no sólo jerarquiza sus preferencias, sino también toma en consideración los diferentes beneficios que la obediencia o la desobediencia a las normas le producen. La elección de desobedecer las normas no se efectúa en abstracto a partir de ciertas preferencias individuales, sino que se concreta, valorándose en función de las diferentes situaciones, aquellas que en cada momento proporcionan mayor beneficio o utilidad. Esto nos lleva a la siguiente pregunta: ¿la sanción, en los supuestos del maltrato o violencia contra las mujeres, proporciona al maltratador un daño tal que no le compensa el beneficio que el dominio y el poder del uso de la violencia contra las mujeres le proporciona? ¿La inaplicabilidad de las normas y la violencia silenciada en qué medida determinan la valoración del beneficio o utilidad que el maltratador percibe de sus conducta? ¿Hasta qué punto el no usar la violencia y ejercer un poder de dominio sobre las mujeres es percibido por el maltratador como una pérdida de su propio valor como hombre?

Asumir la complejidad de la realidad y tomar en consideración todos los factores que intervienen en la desobediencia u obediencia a la normas permite sostener que el sujeto sometido a la autoridad externa que la norma representa, confronta su racionalidad con la racionalidad de la norma y decide en función de un conjunto de preferencias, pero también de los beneficios, o no, que la decisión conlleve. Es aquí, en el preciso momento en el que se valoran los posibles beneficios, en el que toma fuerza y valor la sanción como elemento de disuasión. El análisis de la desobediencia ha de tomar en consideración el punto de vista interno del sujeto y el punto de vista externo, puesto que ambos interactúan en el momento último de la decisión que conduce a la obediencia o a la desobediencia. Por consiguiente, hay que alterar la racionalidad que lleva a la desobediencia y hay que establecer la sanción adecuada para que la desobediencia se valore exenta de beneficio.

El Derecho asume en las sociedades una doble función: establecer límites a las decisiones y comportamientos humanos en sociedad, y fijar modelos morales que otorguen *status* axiológico a las acciones. Con la primera función, las normas jurídicas cumplen su función de control social, de instrumento regulativo de las acciones intersubjetivas; con la segunda función, se construye “un sentido de vida”, pautas de valor, cuyo fin es conseguir cambios en los comportamientos humanos promoviendo el punto de vista interno de las normas y de las instituciones. Por consiguiente, la eficiencia de una norma depende tanto de condiciones de ser como de deber ser, de la forma y del contenido; de las preferencias del sujeto en relación con las preferencias de las normas, pero también de la valoración que lleve a cabo de los beneficios o daños que le produzca la obediencia.

Para lograr la estabilidad social que deriva del cumplimiento y respeto al contenido de las normas es necesario que los usuarios de los sistemas normativos asignen

a los mismos un valor, que no depende exclusivamente del cuerpo de incentivos, aunque sí los comprende. Esto significa **ampliar el concepto de eficiencia**; para que la misma no quede limitada a la capacidad de los sistemas normativos para producir modificaciones conductuales en los sujetos. Para comprender toda la complejidad que existe en la eficiencia, es necesario tomar en consideración también la **relación entre la decisión de la autoridad de la que emana la norma y el sistema normativo**. Desde esta perspectiva, la eficacia del sistema normativo queda definida con relación a dos componentes, ambos necesarios pero ninguno suficiente:

1. El que concierne a la relación entre los sistemas normativos y los comportamientos de los sujetos a los que va dirigido el sistema
2. El que concierne a la relación entre la autoridad normativa y el sistema normativo. Esta relación está vinculada al nivel de legitimidad de la decisión de la autoridad normativa, el cual está asociado no al acatamiento, sino a la receptividad del sistema normativo en los usuarios del sistema⁶.

Para Julia Barragán tomar en cuenta esta doble exigencia reduciría el nivel de descrédito, en el que se hace caer al Derecho cuando se sobredimensiona su capacidad de transformar la realidad y los comportamientos de la ciudadanía, simplemente elaborando mejores normas o instituciones. La mayor parte de las situaciones problemáticas que se presentan en el Derecho no suelen resolverse con simples reformas técnicas; la clave está, la mayor parte de las veces, en la **desconexión entre el lenguaje moral de la norma o de la institución y el lenguaje del usuario**, al que va dirigida la norma o la institución. Por consiguiente, aunque los requisitos formales sean perfectos, si el mensaje moral o político de los contenidos de las normas no conecta con los usuarios -ciudadanía y operadores-, el conflicto permanecerá.

Ante la problemática de los malos tratos y la violencia contra las mujeres se exalta el papel corrector de las reglas jurídicas cuando sólo se pide su criminalización o cuando se piensa que los problemas se resolverán al desplazar su solución a la jurisdicción civil. Analicemos a continuación qué puede, o no, aportar el derecho penal y qué costes tiene su ineficacia.

1.4. LOS LÍMITES DISUASORIOS DE LA NORMA PENAL

Para precisar los efectos disuasorios que la norma penal puede tener sobre las conductas individuales se debe resolver una cuestión previa. ¿Cómo afrontar la cons-

⁶ Ob. cit., p.31.

trucción del lenguaje moral a través del Derecho para hacerlo coincidir con el lenguaje moral de los usuarios de las normas jurídicas? Para responder a esta cuestión es esencial situar en el centro de atención a la autoridad normativa y **determinar la calidad del mensaje valorativo**⁷. Cuando la atención de la ciencia jurídica y de los operadores jurídicos está polarizada en el punto de vista externo que no puede producir reglas de lenguaje, es decir, reglas o normatividad sustantiva, porque éstas se construyen y se afianzan en el uso y aplicación por parte de los usuarios, se cae en la desesperanza y se promueven actitudes de rechazo al sistema jurídico. Debemos preguntarnos por qué tienen los usuarios de las normas problemas para comprender el mensaje valorativo que encierran las normas sancionadoras del maltrato contra las mujeres y cuáles serían las medidas a adoptar.

Cuando el Consejo General del Poder Judicial, en su Acuerdo de 21 de marzo 2001 sobre la problemática jurídica derivada de la violencia doméstica, sugiere que las reformas legislativas deben orientarse a desarrollar la Jurisdicción civil para las faltas relativas a la violencia doméstica⁸ y estima no adecuado el ámbito penal, en coherencia con lo establecido en el libro blanco sobre la justicia que propugna la desaparición de todas las faltas penales, cabe deducir de este informe que se piensa que el problema de la inaplicabilidad actual obedece a un problema de jurisdicción.

Sin embargo, el problema de la inaplicabilidad respecto al maltrato no se resuelve desviando a la jurisdicción civil las faltas relativas a la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico. Si esta fuera la solución, estaríamos ante un problema de inaplicabilidad del Derecho motivado simplemente por elementos formales o técnicos, pero, como hemos expuesto, en la mayor parte de los supuestos los problemas de ineficacia tienen raíces complejas. Por consiguiente, el problema jurídico real es explicar: ¿por qué los distintos operadores jurídicos que intervienen en el proceso califican como faltas conductas que deberían calificarse como delito? ¿Por qué motivo confunden crisis de pareja con maltrato, minimizando el empleo de la violencia? ¿Por qué se plantean dificultades a la hora de valorar la credibilidad de la víctima? ¿Por qué suelen los fiscales no personarse en el proceso y cuando lo hacen suelen negociar con el abogado del acusado, sin atender a la opinión de la víctima? ¿Por qué existen dificultades para reconocer la denuncia como acusación, cuando la misma no se ratifica? En estas y otras cuestiones hay que centrar la atención.

⁷ *Ibid.*, pp.32-33.

⁸ A primeros de diciembre de 2002 el Congreso de los diputados adoptó un informe en el que se establecen una serie de medidas dirigidas a conseguir la tolerancia cero en la sociedad respecto a la violencia contra las mujeres. Entre las medidas establecidas cabe destacar la conveniencia de transformar en delito todas aquellas conductas que hasta el momento se calificaban como meras faltas, abandonándose la opción de trasladar al ámbito civil las conductas tipificadas como faltas. Las actuales reformas recogieron este espíritu e inspiraron las modificaciones de los artículos 153 y 173.

La inaplicabilidad o ineficacia de la norma penal, en los supuestos de maltrato contra las mujeres, no se subsana desplazando el problema a la jurisdicción civil, porque si se hiciera se reforzaría aún más la impunidad de dichas conductas anti-jurídicas⁹, lo que daría lugar a un incremento de la ilegitimidad del Derecho para con las mujeres. Además, no se resuelve con dicha opción la falta de calidad del mensaje valorativo.

El informe del Consejo, antes citado, ha llevado a cabo un esfuerzo de aclaración respecto a los supuestos que deben ser calificados como delitos de maltrato, entendiendo que la inaplicabilidad obedece a confusiones técnicas. Así, considera delitos aquellas agresiones físicas o psicológicas cometidas por uno de los miembros del grupo familiar (se considera grupo familiar al cónyuge o persona que esté o haya estado ligada a él de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente) contra cualquiera de los otros, siempre que alcancen intensidad suficiente y provoquen una lesión o riesgo grave contra los bienes jurídicos protegidos. ¿Cómo se determina la intensidad del daño? ¿Cómo saber hasta qué punto se ponen en riesgo los bienes jurídicos protegidos por el tipo del art. 153 (ahora art.173.2)? ¿Qué problemas de calificación de los hechos plantea el que se haya introducido en el tipo del art.153 a los ascendientes, pupilos, en custodia, acogimiento, y descendientes? ¿Son suficientes las precisiones que el Tribunal Supremo ha efectuado en las sentencias de junio y julio de 2000 sobre la habitualidad y el contenido de la violencia?

1.5. LA VIDA Y LA CULTURA JURÍDICA: UNA RELACIÓN A DEBATE

Si, como hemos dicho, la fuerza coactiva de las normas jurídicas depende de cómo son recibidas por los destinatarios para que se transformen en guías para la acción y si los problemas de inaplicabilidad dependen de la incoherencia entre los mensajes, valores y modelos normativos y los modelos y preferencias, así como del cálculo de beneficios de los destinatarios de las normas, debemos centrar nuestra atención en determinar las causas últimas que producen este enfrentamiento valorativo.

Cuando la Modernidad toma al varón como intérprete, constructor de lo real y prototipo de lo humano, consideraba que sus intereses son los intereses de la humanidad y sus derechos los derechos humanos. Esto explica que hayamos tenido que esperar a 1993 para que desde instancias internacionales se declare que los derechos de las mujeres son también derechos humanos y que como tales han de ser respetados y protegidos por las legislaciones nacionales.

⁹ DURAN, M^a., "¿La jurisdicción civil es una alternativa para combatir la violencia doméstica?", Artículo 14, Boletín de información y análisis jurídico del Instituto Andaluz de la Mujer, núm. 7, septiembre de 2001, pp.4-14.

Si en torno a este modelo humano edifica la dogmática jurídica el conjunto de instituciones, categorías, conceptos y preceptos que configuran la ciencia del Derecho, en otras palabras, el conocimiento objetivo, cierto y verificable, no sorprende que los operadores del Derecho tengan dificultades para proteger y garantizar, en igualdad con el varón, los derechos de las mujeres. El grave error de la dogmática fue partir de un modelo de sujeto que excluía a una parte de los seres humanos que integran la sociedad y con su exclusión los intereses y necesidades de los grupos sociales excluidos. Afrontar el tema de la violencia contra las mujeres desde la jurisdicción hace necesario analizar críticamente los presupuestos jurídicos no neutros, ni imparciales, que están presentes en el lenguaje y en la racionalidad jurídica. Y para ello nada mejor que producir pensamiento jurídico alternativo, una jurisprudencia feminista¹⁰, que dé entrada a otra forma de explicar la relación entre la vida y la Ley.

Cuando las relaciones humanas pasan a formar parte del Derecho, éstas se transforman formal y sustancialmente. Los hechos se transforman en hechos jurídicos y se devuelven a la sociedad marcados por el poder (MacKinnon)¹¹. Lo que la ley prohíbe es lo injusto y lo anormal; lo que la ley permite es lo justo y lo normal en sociedad. Al establecerse la justicia y la verdad desde una parcialidad epistemológica y ontológica, fuertemente marcada por la masculinidad, tienen los operadores jurídicos dificultades para identificar otros intereses, que no sean los exigidos por el modelo masculino de referencia.

En la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa en la Ley, el poder que ella representa es un poder de dominio, no un poder igualitario. Es así como la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica. La norma neutra, abstracta y general crea, a continuación, el mito de una voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos que la integran.

Si el sistema jurídico incorpora una racionalidad que oculta la subordinación social de las mujeres y una imagen parcial de autoridad que identifica con el varón, no

10 Frente a quienes creen que construir una teoría de la justicia exige adoptar un punto de vista externo respecto al contexto social en el que las mismas surgen Iris Marion Young, afirma que si una teoría fuera verdaderamente universal e independiente de las situaciones sociales, instituciones o prácticas particulares, entonces sería demasiado abstracta para ser útil en la evaluación de las instituciones y prácticas reales. Para que una teoría de la justicia nos pueda ayudar en la determinación de la injusticias reales, tal "teoría debe contener algunas premisas sustantivas sobre la vida social que normalmente se derivan, explícita o implícitamente del contexto social en el que tiene lugar la reflexión sobre la teoría". El sentido de la justicia no puede nacer sólo de mirar, sino también de escuchar. YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 13-14.

11 MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995, pp. 290-295.

puede sorprender que los varones tengan una representación subordinada de las mujeres y de su voluntad, ni que el maltratador, como usuario de las normas, encuentre dificultades para hacer compatibles sus modelos y valores, con los modelos y valores que la norma sancionadora de la violencia contra las mujeres incorpora. Tampoco son ajenos los operadores jurídicos a esa realidad simbólica y normativa, ni a este conflicto de valores, puesto que han sido socializados en la misma cultura.

El sistema jurídico proyecta como consecuencia lógica de sus modelos implícitos, una imagen contradictoria de las mujeres, pues las considera iguales en derechos y al mismo tiempo sometidas a la autoridad del *pater familias*. Debemos decir, que el Tribunal Supremo, consciente de este desequilibrio de autoridad y credibilidad entre hombres y mujeres, ha llevado a cabo una serie de precisiones, respecto a las condiciones de razonabilidad y racionalidad que pueden exigirse al testimonio de la mujer maltratada, para contrarrestar el principio de presunción de inocencia del acusado y la falta de valor social de las mujeres.

Hasta este giro jurisprudencial dominaba una imagen estereotipada de la mujer y del menor. Las mujeres eran consideradas seres pasionales, irracionales y compulsivos, lo que permitía concluir que su visión de la realidad no era objetiva al encontrarse distorsionada por los sentimientos y las pasiones. Por consiguiente, su testimonio carecía de la autoridad y de la credibilidad que sí se le presuponía al testimonio del varón. El caso de los menores era similar.

La privacidad del maltrato ha sido otro de los obstáculos a remover para superar la inaplicabilidad y la desobediencia. Por este motivo era esencial reponer la credibilidad de la víctima, frente a la imagen privilegiada del varón. Para cumplir con este objetivo de restitución de la autoridad de las mujeres y de su palabra, el Tribunal Supremo desarrolla en dos sentencias significativas o dignas de ser destacadas - sentencias de 24 de junio y 7 de julio de 2000-, una nueva línea jurisprudencial que viene a proporcionar **un desarrollo más complejo del principio de igualdad, al entender que el principio de igualdad ante la ley lleva aparejado el derecho al igual respeto y consideración, con independencia de la edad o el sexo que se posea.** De este modo, se afrontan una serie de discriminaciones, de desigualdades antijurídicas, que obstaculizaban el ejercicio de los derechos de las mujeres y su plena garantía.

En los fundamentos de derecho de la sentencia de 17 de junio de 2000, el TS afirma que existe una doctrina consolidada¹² en la Sala de lo Penal según la cual la declaración de la víctima es, **por sí sola**, capaz de provocar el decaimiento de la

12 SSTS de 26 de mayo de 1993, 1 de junio de 1994, 14 de julio de 1995, 17 de abril, 13 de mayo de 1996, nº 111/99 de 30 de enero, nº 486/99 de 26 de marzo, nº 711/99 de 9 de julio, entre otras.

presunción de inocencia, siempre que en dicha declaración no aparezcan sospechas de parcialidad o intereses ajenos a la mera expresión de la verdad de lo ocurrido, y en tal sentido como aspectos –que no requisitos- a tener en cuenta para contrastar la veracidad: la ausencia de incredibilidad absoluta, la verosimilitud del relato y la persistencia de la imputación.

Ya en la sentencia de esa misma sala de 24 de noviembre de 1987, se defendió que “nadie ha de sufrir el perjuicio de que el suceso que motiva el procedimiento penal se desarrolle en la intimidad entre la víctima y el inculpado. En otro caso, se provocaría la más absoluta de las impunidades”.

El acusado alegaba en esta causa que todo el proceso había sido motivado por la enemistad de la menor, dado que le controlaba las salidas con las amigas y el horario de regreso a casa. Sin embargo, el Tribunal alega que **no puede utilizar el acusado la situación de superioridad como elemento para desvirtuar la credibilidad de la víctima**, ya que la enemistad nace precisamente de los hechos que se enjuician y “carecería de toda razonabilidad e iría contra la naturaleza de los sentimientos exigir a la víctima de cualquier agresión la solidaridad o indiferencia respecto a la persona causante del perjuicio”. A continuación la Sala sostiene que **existe ausencia de incredibilidad subjetiva**. La valoración del testimonio de la víctima como cuestión que afecta a la credibilidad es decidida por el tribunal sentenciador y excede de la esfera de la casación, por lo que el TS se limita a verificar que el juicio de certeza objetivado por la sala sentenciadora está motivado. En su opinión, la certeza existe y no se observa arbitrariedad, por lo que es una decisión **razonada y razonable**.

Se centra la sentencia, en su segunda parte, en analizar si la habitualidad ha sido acreditada o no, para que pueda ser aplicado el precepto cualificado del art. 153 Cp. Se remite la sala a la sentencia del 17 de abril de 1997, en la que se estimó que los elementos vertebrados de la antigua redacción del tipo del 153 eran:

1. Que la acción suponga el ejercicio de **violencia física**.
2. Se introduce la exigencia de **convivencia** aunque limitada a los ascendientes, incapaces o hijos que se hallan sometidos a la potestad, tutela cautelar o guarda de hecho del autor o de su pareja.
3. Se mantiene la nota de que el sujeto activo debe mantener con el sujeto pasivo una especial relación descrita en el tipo constituido por ser **cónyuge o ligada de forma estable por análoga relación de afectividad**, dado que constituye la razón del tipo.
4. La nota que define el tipo es la **habitualidad**.

Pero la L.O. 4/99, de 9 de junio, modifica el Código penal en materia de protección a las víctimas de malos tratos, con la pretensión de mejorar la protección y la regulación, tal y como manifiesta en su exposición de motivos, y establece las siguientes reformas:

1. En relación con la convivencia derivada del matrimonio o relación de afectividad análoga, amplía el tipo a aquellos supuestos en que ya haya desaparecido el vínculo matrimonial o la convivencia *more uxorio* al tiempo de producirse la agresión.
2. Se amplía la acción típica también a la violencia psíquica.
- 3 Se da una definición legal de habitualidad que se elabora en torno a cuatro datos: pluralidad de actos, proximidad temporal, pluralidad del sujeto pasivo, siempre que sea uno de los integrantes de la unidad familiar, y, finalmente, independencia de que tales actos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento anterior.

En atención a estos cambios, la Sala argumenta que el tipo establecido en la antigua redacción del artículo 153 del Cp, es “**un plus distinto de los concretos actos de agresión**”, y lo es a partir de la vigencia del nuevo Código penal, lo que permite hablar de una realidad criminológica específica.

Aborda el TS la especificidad de la antigua redacción del artículo 153 Cp, en primer lugar desde una perspectiva estrictamente constitucional, a pesar de su ubicación sistemática dentro del Título III del Código penal, relativo a las lesiones, al afirmar que “el bien jurídico protegido trasciende y se extiende más allá de la integridad personal al atentar el maltrato familiar a valores constitucionales de primer orden como es el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE), que tiene su consecuencia lógica en el derecho no sólo a la vida, sino a la integridad física y moral con interdicción de los tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE) y el derecho a la seguridad (art. 17 CE), quedando también afectados principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia y la protección integral de los hijos (art. 39 CE). Desde este análisis de los valores constitucionales lesionados, la Sala argumenta que es lógico sostener que nos encontramos ante un problema de primera magnitud, y no ante un “mero problema que afecta a la intimidad de la pareja”. Por consiguiente, la respuesta penal, en cuanto respuesta represiva, es necesaria, si bien debe ir acompañada de políticas de prevención de ayuda a las víctimas y de resocialización de éstas y de los victimarios. En atención a todo lo expuesto, cabe sostener: “que el bien jurídico protegido es la preservación del ámbito familiar como una comunidad de amor, y libertad presidida por el respeto mutuo y la igualdad, dicho más sintéticamente, el bien jurídico pro-

tedido es la paz familiar, frente al microcosmos de miedo y el poder de dominio de una persona sobre su pareja y los menores convivientes". En estos argumentos se apoya el TS para valorar como idónea la figura de la antigua redacción del artículo 153 Cp, y entender que nos encontramos ante un tipo distinto al de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados.

En la sentencia del 7 de junio del 2000, la Sala de lo Penal se vuelve a pronunciar sobre las dos cuestiones anteriormente analizadas: la credibilidad del testimonio de la víctima y la apreciación de la habitualidad. Al ser el testimonio de la víctima la única prueba de cargo, se afirma por el tribunal que debe darse "una cuidada y prudente valoración, ponderando su credibilidad en relación con todos los factores subjetivos y objetivos concurrentes en la causa", para de este modo confirmar su verosimilitud y credibilidad. La sentencia reitera los argumentos anteriores y sostiene que no existe "incredibilidad subjetiva derivada de la previa relación entre acusado y víctima que denote posibles móviles espurios en la declaración inculpatoria; verosimilitud del testimonio que ha de rodearse de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, lo que supone que el propio hecho de la existencia del delito esté apoyado en algún dato añadido a la pura manifestación subjetiva de la víctima; y persistencia en la incriminación que debe ser prolongada en el tiempo, reiteradamente expresada, y expuesta sin ambigüedades ni contradicciones". Se añade que estas exigencias no son exigencias condicionantes de su objetiva validez, sino "cauces por los que ha de discurrir un proceso valorativo verdaderamente razonable".

Respecto a la habitualidad, no acepta el tribunal el automatismo numérico de tres acciones de maltrato físico, para que se aplicara la antigua redacción del artículo 153 Cp y estima que lo importante es que haya quedado probada "la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en el trato violento, siendo importante que se tenga la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente". En esta permanencia radica, según el tribunal, el mayor desvalor que justifica una tipificación autónoma, esto es la presencia de una gravedad mayor que la que resultaría de la mera agregación de las desvaloraciones propias de cada acción individual. El Tribunal considera que el relato de la víctima o víctimas debe mostrar que no se está ante dos, o más, agresiones singularizadas, sino ante un estado de violencia permanente, ejercida por el acusado sobre su pareja, que permite considerar que existe habitualidad. El Tribunal estima que el maltrato es un delito secuencial que perdura y se mantiene en el tiempo, alcanzando la violencia distintos grados y matices, y que es precisamente esta situación la que genera un mayor riesgo para las personas que la padecen y es el elemento que recoge la habitualidad de la antigua redacción del artículo art. 153 Cp. En este momento, la reforma establecida por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e inte-

gración social de los extranjeros, ha modificado los artículos 153 y 173 del Cp, y traslada el maltrato físico y psíquico habitual al artículo 173.2, al tiempo que precisa en el apartado 3 del dicho artículo que para “apreciar la habitualidad a que se refiere el apartado anterior, se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”.¹³

Otro dato a destacar en esta sentencia de julio del año 2000 es que **se considera no excesiva, ni desproporcionada la orden de alejamiento de cinco años de la víctima, prohibiéndosele al maltratador vivir en el mismo lugar de la víctima.** Haciéndose eco de este cambio de actitud en la jurisprudencia, la Ley 27/ 2003, de 31 de julio, modifica el artículo 13 LECrim, permitiendo medidas cautelares encaminadas a proteger a las víctimas. El juez o jueza pueden acordar las medidas cautelares previstas en el artículo 544 bis LECrim o la orden de protección prevista en el artículo 544 de la misma ley cuando existan indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 153 del Código penal de la que resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en dicho artículo. Para adoptar la medida de alejamiento habrá que atender al riesgo que represente el maltratador y la gravedad de los hechos. Aunque no se indica nada sobre la duración de esta medida cautelar, es de suponer que su duración no podrá exceder de la que posee como pena accesoria. La reforma que entrará en vigor en octubre del año 2004, ha ampliado la duración máxima de la pena de cinco a diez años, si el delito fuera grave.

Dado que las medidas cautelares de protección a las víctimas del maltrato doméstico no son automáticas, sino que deben establecerse una vez valorada por el juez o jueza la situación de riesgo, es prudente recordar al Poder Judicial la naturaleza específica de esta violencia y cómo la misma aumenta cuando el maltratador pierde o cree perder el control directo sobre sus víctimas.

Aunque estas sentencias fueron muy importantes respecto a la restitución de la autoridad de la víctima y definen lo racional y lo razonable a la luz de la especificidad del contexto doméstico y de la relación que en el mismo se produce entre las mujeres y los hombres, así como con los menores, **encontramos una cierta con-**

13 Un análisis más detallado sobre esta cuestión lo encontrarán en los capítulos 2 y 3 de esta misma obra, en los que se analizan por parte de las profesoras Justa Gómez y Juana María Gil con más detenimiento tanto las aportaciones específicas del artículo 173 en sus apartados 1 y 2, como el debate doctrinal y jurisprudencial que sobre la exigencia de la habitualidad existe.

fusión entre familia y relaciones entre hombres y mujeres¹⁴. Esta confusión que hace de la antigua redacción del tipo del 153 un tipo mal redactado con arreglo a la realidad que desea enfrentar, al mencionar entre los sujetos pasivos a diferentes miembros de la unidad familiar, se incrementa en el artículo 173.2 al ampliar el círculo de sujetos pasivos¹⁵. Por este motivo, se presentan en la práctica una multitud de cuestiones a las que hay que responder: ¿qué se desea en realidad proteger? ¿El ámbito familiar, el contexto en el que se desarrollan los menores, o a las mujeres víctimas de la violencia y el poder de dominio de ciertos varones? Esta confusión tiene mucho que ver con la imagen que el Derecho tiene del poder y de cómo y dónde debe actuar.

Como anteriormente hemos expuesto, el ámbito doméstico-familiar, hasta hace relativamente poco tiempo, se ha sustraído al control y a la regulación del Derecho, amparándose en el principio de libre disposición y autonomía de los sujetos que lo integran. El orden familiar, al considerarse un orden natural, aparecía ante los usuarios de las normas como un espacio de no intervención jurídica, en el que el poder de dominio del varón, ejercido por el *pater familias*, por el buen padre de familia, actuaba libremente y así debía de ser dada la naturaleza de las cosas. El carácter natural y la estructura jerárquica de la familia ha legitimado, durante bastante tiempo, la imposición de una voluntad, la del padre de familia, sobre la voluntad de los otros sujetos, cuyos derechos parecían desaparecer en este ámbito. Esta situación no sólo atentaba contra el principio de igualdad y de no discriminación, sino que también conculcaba el derecho a la dignidad, a la libertad y al desarrollo de la propia personalidad de las mujeres y de los menores. Poner fin a esta situación de forma radical exige extender el control del Derecho a este ámbito y proteger y garantizar los derechos fundamentales de todos los miembros de la unidad familiar por igual.

Hacer frente desde el Derecho a los desafíos que impone la regulación del ámbito doméstico familiar exige construir pensamiento alternativo, esto es, nuevos argumentos, desde una perspectiva de género, que superen la parcialidad y falta de universalidad del discurso jurídico. Introducir la perspectiva de género en el análisis y aplicación del Derecho ayudaría a resolver el conflicto de valores que la inaplicabilidad de las normas en los supuestos de maltrato presenta. Es imprescindible interpretar los conceptos jurídicos, especialmente aquellos relacionados con la familia, la igualdad y libertad de las mujeres, introduciendo un verdadero universalismo epistemológico. La Teoría crítica del Derecho, que ha logrado ocupar un lugar importante en las facultades de Derecho, al abrir debates profundos sobre el

14 La identificación que existe se explica como consecuencia del modelo normativo de familia que el código civil establece cuando regula la familia matrimonial. Un contrato en el que las partes han de ser un hombre y una mujer.

15 Sin duda ha sido positivo el hecho incluir las relaciones de noviazgo al no ser necesaria la convivencia.

Derecho, no ha sido capaz de integrar un sector importante de la misma. Nos referimos a las teorías feministas sobre el Derecho.

Los retos ante los que la realidad del maltrato nos enfrenta no nos permiten ignorar más de dos siglos de pensamiento jurídico y político alternativo, ni arrinconar las propuestas y críticas que nos conducirían a construir un verdadero universalismo. Hacer evidente, desde la racionalidad jurídica, que no todos los actores del proceso, ni todos los destinatarios de las normas se encuentran en las mismas condiciones sociales de igualdad, de libertad y de poder, es una exigencia ineludible para luchar contra la violencia que en las sociedades democráticas se ejerce contra las mujeres. El hecho de que la Ley haga abstracción de la realidad y valore las diferencias entre las personas como no relevantes, ha llevado a confundir la norma con la realidad. La igualdad y la libertad son ideas regulativas, representan un proyecto, que exige para su realización enfrentarse y corregir las desigualdades de poder y de autoridad entre las mujeres y los hombres.

La dogmática jurídica basa la identificación entre justicia y legalidad en el origen democrático del Derecho, pero cuando la democracia adolece de fuertes *déficits*, tal y como lo prueba la escasa presencia de mujeres en las instancias de decisión y gestión, dicha identificación se quiebra. Si la democracia se ha construido a partir de un reparto desigual del poder entre mujeres y hombres, que condiciona y determina la igualdad formal entre los sujetos y su ciudadanía, corregir esta asimetría no es sólo una cuestión política relevante, sino que es una cuestión jurídica de primer orden.

¿Cómo remover los prejuicios que justifican y legitiman la violencia contra las mujeres, si algunos de ellos están presentes en el corazón mismo del sistema jurídico y de la dogmática? ¿Cómo crear las condiciones para persuadir, para deslegitimar cualquier jerarquía entre los seres humanos en el ámbito jurídico cuando se ignoran los esfuerzos teóricos que durante dos siglos ha construido la teoría feminista? La perspectiva de género no logra alcanzar, en nuestras sociedades, la frecuencia correcta para comunicar, para dialogar, con las otras razones y argumentos morales, jurídicos y políticos que están presentes en la valoración y en la argumentación jurídica. La razón de tales impedimentos hay que encontrarla en la subordinación social de las mujeres y en su falta de valor y autoridad en igualdad con los varones. Si esta desigualdad de autoridad y poder no se resuelve, difícilmente podrán ver las mujeres garantizados sus derechos y eliminadas las situaciones de violencia que padecen. Resulta irónico que desde el paradigma jurídico dominante se le reproche a la jurisprudencia feminista su parcialidad, su no universalidad, cuando la parcialidad es lo que ha caracterizado¹⁶ a la racionalidad jurídica dominante y a la moralidad contenida en las normas jurídicas.

16 La Feminist Jurisprudence, basada en las características que Gillighan atribuye a la ética del cuidado, plantea que se aplique e interprete el Derecho desde la perspectiva de género, para reconstruir como

Cuando los intérpretes del Derecho no cuestionan la objetividad y la neutralidad de las categorías, preceptos y normas jurídicas, no asumen la responsabilidad social que la jurisdicción les impone e ignoran el compromiso institucional de remover todos aquellos obstáculos que impidan la igualdad, el imperio de la ley obliga a colaborar en la construcción de una sociedad más respetuosa con los valores constitucionales a todos los operadores del Derecho, pero de un modo especial al Poder Judicial. Una sociedad en la que la libertad y la igualdad sexual no existe, en la que aún sigue vivo un modelo jerárquico de familia y en la que las personas aún están sometidas a fuertes servidumbres, no se puede ignorar amparándose en la neutralidad y en la objetividad de las normas que se aplican. No puede presuponer el intérprete del Derecho una igualdad entre mujeres y hombres que no existe y, desde esa falsa presunción, juzgar.

Se olvida en exceso que el Derecho es un instrumento del poder y que no podrán las mujeres ser iguales ante la ley hasta que no puedan serlo socialmente. Si la Ley es reflejo de la realidad y esta realidad está marcada por la desigualdad y el dominio de unos respecto a otras, las formalidades del Derecho no harán sino encubrir, salvo que se sea consciente de la asimetría que existe entre norma y realidad. Cuando descubrimos que lo político se esconde detrás de lo personal, que en el contexto doméstico familiar existen situaciones de dominio y se desvela la parcialidad y el punto de vista personal que la ley objetiva y racional recoge, en ese momento se está en condiciones de afrontar la responsabilidad y el compromiso de decidir, de asignar a las normas jurídicas los significados más correctos y juzgar.

Es difícil afrontar y reconocer la desigualdad cuando la Ley nos hace creer que todas y todos somos iguales; cuando se recrimina a las mujeres por su actitud, al

sujeto de Derecho a la mujer en su situación y condiciones concretas de existencia. Esto significa ampliar la mirada parcial con la que el Derecho se enfrenta a los conflictos en los que las mujeres son sujetos activos o pasivos del ilícito. Un sector de la doctrina ha criticado esta posición epistemológica al afirmar que incurre en graves irregularidades: casuismo, relativismo y particularismo, al tiempo que se impone una nueva universalización de las mujeres. Estas críticas serían correctas si esta perspectiva de género deseara plantear un proyecto alternativo con carácter general, pero sólo desea probar la falta de neutralidad y de universalidad con las que el Derecho afronta los problemas sociales y su solución. La incorporación de ambas perspectivas no tiene por qué implicar, como sostiene Larrauri, una renuncia a la elaboración de principios generales. Como opina West, una comunidad y una judicatura que se apoye también en valores de cuidado, empatía, en vez de - exclusivamente - en el imperio de la razón, no tiene por qué diluirse ni en un cenagal ni convertirse en un espectro de totalitarismo. La Feminist Jurisprudence ha permitido explicitar y hacer público el daño a mujeres tras los muros de la casa como un ataque a los valores y derechos constitucionales, enfrentándose a su minimización o invisibilidad, al desvelar que la pretendida interpretación objetiva del Derecho era, en numerosas ocasiones, subjetiva y masculina. Se trata, en definitiva, de cuestionar los valores presentes en el proceso penal y tomar en consideración no sólo los actos, sino también el contexto en que los mismos se producen. Véase: GARCIA AMADO, J., "Tienen sexo las normas. Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo IX, Madrid, 1992; WEST, R., "Jurisprudence and Gender", *Feminist Legal Theory*, Philadelphia, Temple University Press, 1993; LARRAURI, E., "Crítica feminista al Derecho Penal", *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona, 1995, pp.168-170.

considerar que las desigualdades entre mujeres y hombres no existen, sino que son la simple expresión de un sentimiento de inferioridad que deben atajar las mujeres en su corazón y en su mente, acusándolas de ser ellas las que se infringen el daño. Estos argumentos se fundan en el principio de igualdad de todos ante la Ley. Pero, como ya hemos probado, la igualdad formal crea una imagen distorsionada de la sociedad y oculta las diferencias de poder y autoridad entre las personas y los grupos sociales. Hoy sabemos que la mayor de las injusticias es tratar igual a los que son desiguales o se encuentran en posición de subordinación social, porque al hacerlo mantenemos y reproducimos la desigualdad real existente. Esto explica que los sujetos excluidos, las mujeres y los menores, estén sometidos hoy a una doble victimización: la social y la jurídica.

Afrontar teórica y prácticamente el grave problema de la violencia exige hacer consciente el proceso de socialización que desde el Derecho y desde otras estructuras sociales se lleva a cabo, para así eliminar aquellos modelos que se oponen a los principios y valores constitucionales. Es imprescindible hacer visible la asimetría entre la norma y la realidad, ante la que el Derecho se muestra inocente; hay que enfrentar las experiencias de las mujeres a los contenidos normativos y sacar a la luz las situaciones de dominio social que el Derecho se empeña, de algún modo, en ocultar cuando esgrime como razones de la inaplicabilidad y de la desobediencia simples razones técnicas o formales.

Si la libertad y la igualdad tienen que ver con el reparto equitativo del poder, y la desigualdad y el dominio con la subordinación y la exclusión del mismo, cuando estos hechos se ignoran o se minimizan desde el Derecho, al no considerar relevantes los *déficits* de democracia presentes en el origen de la creación del Derecho o al no cuestionar el "sentido de vida" implícito en el mismo, que muestran determinados modelos de masculinidad y feminidad, de familia, relaciones paternofiliales, etc., se está encubriendo la responsabilidad institucional. Cuando la Comisión de Violencia de Género de la Asociación Jueces para la democracia, se ha pronunciado el 25 de noviembre del 2003, manifestando que la violencia contra las mujeres es uno de los principales obstáculos al desarrollo democrático de un país, que supone uno de los problemas más graves de salud pública, y que su carácter complejo exige que se aborde de forma multidisciplinar y de forma íntegra, al tiempo que afirma que su origen está en la tradicional asignación de roles sociales no igualitarios entre mujeres y hombres, está poniendo el acento en la vertiente institucional de esta violencia. Existen responsabilidades imputables a sujetos concretos, pero existe además una responsabilidad institucional en el mantenimiento de unos roles sociales no igualitarios entre mujeres y hombres y en la producción de respuestas inadecuadas desde los poderes públicos. Si este nivel institucional no se enfrenta y se corrige, se está cerrando la puerta a un futuro con menos violencia. Y si esto se hace amparándose en razones de justicia o de falsa profesionalidad, es doblemente sancionable.

Aplicar estos argumentos al tema de la ineficacia del Derecho para resolver el maltrato contra las mujeres, supone plantearse a continuación cómo llegar a incidir en los valores y modelos de los destinatarios de las normas, vista la contradicción de los mensajes que reciben.

1.6. LA VERDAD Y LAS FORMAS JURÍDICAS PENALES

En la interpretación y aplicación del Derecho actúan elementos políticos y científicos. Esto es, no existe una naturaleza humana, un mundo, y el conocimiento estableciendo el enlace entre ambos. El conocimiento no es esa afinidad, semejanza o nexo de unión. Entre el sujeto que conoce y el objeto cognoscente existe una relación artificial, arbitraria, mediatizada por teorías y prácticas de distinta naturaleza - jurídicas, sociales y personales-. Además, el conjunto de teorías y prácticas que condicionan al sujeto que conoce en su relación con la calificación de los hechos es adquirido mediante un proceso de socialización y de formación jurídica. Es así como los operadores del Derecho adquieren una determinada concepción de la naturaleza humana, de los límites del conocimiento humano y del sentido y fines del Derecho. Este conjunto de teorías, prácticas y formas jurídicas no es fruto de simples procesos de racionalización y desarrollo objetivo del conocimiento humano, sino que se encuentra estrechamente conectado a las transformaciones del poder y sometido a los intereses y necesidades de aquellos a quienes el poder les considera depositarios de la verdad. En otras palabras, **las teorías y prácticas jurídicas son instrumentos de los que se vale el poder para controlar la verdad y determinar en qué consiste.**

Nietzsche y Foucault son algunos de los autores que mejor han desvelado la estrecha relación que siempre ha existido entre **el saber y el poder**. Sus teorías no pretenden construir una teoría del conocimiento alternativa que se oponga a la teoría dominante en la Filosofía occidental, sino proponer una forma nueva de aproximarnos a la realidad jurídica para comprenderla, que añade, en mi opinión, algo más a lo hasta ahora expuesto: nos encontraríamos ante lo que Foucault denomina **la política de la verdad**. Una política de la verdad que no se identifica con el concepto de ideología que el marxismo había desarrollado para explicar los límites del Derecho moderno y su función distorsionadora de la realidad social. Este planteamiento va más allá y lo logra analizando la relación entre el Derecho y el poder. No se trata sólo de probar que **el mundo de las ideas, entre ellas la verdad y la justicia, está fuertemente relacionado con el poder, sino que todo conocimiento es un artificio respecto a la realidad, incluso, el propio sujeto que conoce, quien es construido desde y por el poder.**

El paradigma en el que el sujeto jurídico investiga, conoce y acepta como verdadero, define qué es ser un sujeto y qué es lo real. El dilema que se nos presenta ante

este hecho es saber si todos esos condicionantes determinan de tal modo al sujeto y al objeto, que no cabe predicar autonomía o subjetividad propiamente dicha, ni cabe el conocimiento de la verdad.

Aceptar la determinación expuesta nos hace reconocer que somos prisioneros, en cierto modo, del discurso en el que nos hemos formado y en cuyo seno actuamos y decidimos. Pero reconocer los límites e imposiciones del paradigma en el que conocemos y producimos conocimiento no significa eliminar la crítica, ni la libertad que el sujeto puede desarrollar.

Cuando exponemos que todo conocimiento es, en cierto grado, una distorsión, no sólo desvelamos lo que los juristas ya saben -que la verdad que llega a los juzgados es una verdad distorsionada y artificial, en tanto es parcial, interesada y calificada jurídicamente-; se está afirmando algo más: **no cabe ningún conocimiento que no esté recorrido por el poder y esta relación es aún más intensa en el conocimiento jurídico.** El poder penetra y controla el contenido de la verdad jurídica y de lo justo a través de las teorías y de las prácticas jurídicas; este control no está sólo presente en el momento de la creación; también lo está en el momento de la interpretación y de la aplicación del Derecho. ¿Cómo afrontar la inaplicabilidad y la desobediencia a las normas en las situaciones de maltrato contra las mujeres cuando el conocimiento jurídico y los usuarios de las normas están condicionados por prácticas y formas que tienen que ver con el poder, un poder que, como hemos expuesto, no es igualitario y excluye a las mujeres?

Cuando un paradigma se acepta por unanimidad, la ciencia ingresa en un período de normalidad y el trabajo intelectual se desarrolla en su seno resolviendo problemas o eliminando contradicciones. Se dice que la ciencia avanza (Kuhn) cuando una nueva tradición se impone sobre las demás, al resolver los problemas que resolvía la anterior tradición de un modo más simple y, además, abre un campo heurístico de investigación. Esto significa que las teorías científicas se presentan como un conjunto estratificado cuyos elementos van siempre incorporados al todo en diversos momentos. Por consiguiente, la autoridad de una proposición científica pasa por su capacidad para generar consenso en el ámbito de una comunidad científica dada. **El consenso depende no del contenido o verdad de la proposición, sino de que se inscriba en los límites de la demarcación de cuestiones que el paradigma impone.** Como consecuencia de esta demarcación, los paradigmas se caracterizan por su inconmensurabilidad. Un determinado razonamiento o argumento no se considera científico por ser resultante de la aplicación global de un método, sino por ser producto de la aplicación de modelos y enfoques consensualmente aceptados, lo que lo singulariza como evidente, verdadero o cierto. Sin embargo, hay momentos en los que los paradigmas entran en crisis, comenzando un período de anormalidad o turbulencias. Estos hechos se producen cuan-

do el paradigma o cuerpo teórico dominante, en este caso la dogmática jurídica, no logra dar una respuesta satisfactoria a los nuevos problemas, ni proporcionar orientaciones, ni establecer normas que orienten a la investigación.

Al no aportar la dogmática soluciones a la inaplicabilidad o ineficacia del Derecho en los temas del maltrato, aparecen como incongruentes y problemáticos los argumentos tradicionales y se gestan soluciones *ad hoc*, que acaban, después de un tiempo, por debilitar la confianza que los científicos tienen en el paradigma en el que trabajan. Ante esta crisis, el paradigma dominante comienza a aceptar de modo parcial resultados o aportaciones de otros paradigmas. Esta situación es, en mi opinión, la que se genera en los supuestos del maltrato contra las mujeres, cuando desde la dogmática jurídica no se encuentran los análisis, ni los instrumentos apropiados para corregir la inaplicabilidad y la desobediencia a las normas y se aceptan propuestas del feminismo jurídico.

Los momentos de convivencia entre dos paradigmas acaban conduciendo a una fase de persuasión por parte del paradigma que desea imponerse, mediante argumentos políticos, sociales, económicos y morales. Al encontrarnos en ese momento, entiendo que el feminismo jurídico debe aportar al intérprete y aplicador del Derecho los argumentos necesarios, para que, una vez conocidos, elija.

1.7. LA VERDAD JURÍDICA Y LOS SISTEMAS DE INDAGACIÓN

El pensamiento jurídico feminista ha pasado por dos fases en su crítica al sistema jurídico: en un primer momento, ha desvelado la existencia de discriminaciones directas o indirectas en el Derecho, lo que conllevaba la petición de igualdad de trato para mujeres y hombres, al tiempo que la rectificación de los enunciados normativos; y, en un segundo momento, ha enfatizado el carácter parcial y masculino del sistema jurídico mostrando la falta de neutralidad de las formas jurídicas, lo que obliga a elaborar nuevas prácticas y teorías.

La misma evolución la encontramos en los supuestos de maltrato contra las mujeres. En un primer momento se pensó que la criminalización de tales conductas lesivas para las mujeres era suficiente, pero la inaplicabilidad y desobediencia a las normas vino a demostrar que era necesario un esfuerzo más, era preciso superar el conflicto de valores que existe entre el contenido de las normas y los valores y preferencias de los usuarios.

La petición de criminalización ha sido vista, por ciertos sectores doctrinales, como un intento de moralización desde el Derecho penal. No es esto lo que se pretende, sino la no conculcación de los derechos fundamentales de las mujeres en el

espacio doméstico o familiar. Los valores, especialmente relevantes, que el Derecho penal protege deben garantizarse por igual para mujeres y hombres, en cualquiera de los contextos y grupos en los que se integran y viven. No pide la criminalización del maltrato contra las mujeres en el contexto doméstico-familiar un estatus personal privilegiado para las mismas, ni un plus de protección de sus derechos fundamentales, sólo se exige igualdad.

Por consiguiente, exigir la criminalización no es una cuestión moral, como ha pretendido cierto sector doctrinal, sino una cuestión jurídica y política de gran relevancia. Sólo es aceptable considerar la criminalización como una cuestión moral si se acepta que el ámbito de la familia es un ámbito natural, en el que sus miembros se autorregulan libre y espontáneamente, lo que exige la no intervención del Derecho. Pero, como ya hemos argumentado, las relaciones entre las mujeres y los hombres, no se regulan por normas naturales, sino por normas jurídicas como cualquier otra relación humana de interés para el Derecho. Es la cultura quien define y establece qué es lo natural y cuando lo hace tiene el objetivo de sustraer al debate político y al control del Derecho todo aquello que coloca bajo su etiqueta. Esto es lo que ha ocurrido hasta épocas recientes con el ámbito doméstico-familiar y es lo que hoy se trata de subsanar.

Tampoco comparto los argumentos de quienes, desde el feminismo, han valorado ineficaz el recurso al Derecho penal para solucionar los conflictos lesivos contra las mujeres, por estimar que recurrir a un medio patriarcal sería un absurdo. No existe ningún sistema que no tenga fisuras; pero, además, está el hecho de que el sistema jurídico, por los principios y derechos que propugna, hace posible una interpretación alternativa que cuestiona y desvele los límites del formalismo. Adoptar ante el Derecho una posición de total desconfianza sería tanto como afirmar que las mujeres pueden escapar a la cultura patriarcal que está presente en la sociedad y el Derecho, para resolver los conflictos de violencia doméstica desde otros lugares o posiciones, lo cual sería un absurdo, puesto que las mujeres están socializadas e impregnadas de los mismos estereotipos y prejuicios. Sólo el feminismo jurídico como teoría crítica, como nuevo paradigma, y el contraste con una realidad desigual y más violenta para las mujeres pueden ofrecer los elementos necesarios para la crítica y la producción teórica.

La verdad jurídica no es inamovible, se construye a lo largo de la historia de modos diferentes, así como han sido diferentes los sujetos a quienes se les ha otorgado la autoridad de descubrir la verdad¹⁷ y fijar la racionalidad jurídica. Y no son estos

17 La evolución del descubrimiento de la verdad ha discurrido del **juego de la prueba** -en la que se ponía por testigo a alguien sobrenatural, para que mostrara la verdad-, al **juego de las mitades** -en el que como en un rompecabezas los testimonios parciales iban conformando la verdad-, se comprenden los diferentes recorridos o lugares en los que se ha situado la verdad y el poder. Unas veces, el poder político ha

cambios simples evoluciones racionales del conocimiento humano y del propio procedimiento o sistema jurídico, sino transformaciones que encuentran su origen y causa en las alteraciones que se producen en el seno del poder social y político.

Si aplicamos este análisis al sistema penal, cabe afirmar que los cambios en los sistemas de indagación de la verdad, o sistemas probatorios, muestran los lugares y a quiénes el Derecho hace depositarios de ese poder que es la verdad. Esto significa que si se altera el poder se produce una alteración en la verdad y en los sistemas de indagación de la misma¹⁸. Llegados a este punto, puede afirmarse que la indagación que está presente en la aplicación e interpretación del Derecho encierra en su interior una forma política de gestión y de ejercicio del poder. En otras palabras, en el proceso se hace explícita la unión entre el poder y el saber.

simbolizado la unión del saber y del poder. El poder se ejercía, porque se poseía un saber que ningún otro tenía. Otras, el saber ha estado en manos distintas a las del poder político. El poder político, precisamente por su propio poder, no sabía, hallándose el conocimiento en los moralistas y filósofos. Este último mito será el que se imponga en el pensamiento occidental desde Platón hasta Weber. Se cree que allí donde está el saber y la verdad, no está el poder político. Así nace la oposición entre el filósofo y el político, el científico y el político. Desde la democracia ateniense, al pueblo se le representa como aquel que puede discernir, juzgar y desarrollar un sentimiento crítico que le permite construir la verdad, una verdad que se opone a la de quienes gobiernan. La tensión entre la verdad del poder y la verdad del pueblo dio lugar a la construcción de formas racionales de prueba e indagación científicas. Cuando se analiza el derecho germánico, observamos una verdad construida mediante el sistema de prueba. Un sistema que sólo desvela la verdad del más fuerte. Este sistema de indagación era sólo una ritualización más de la guerra. El juez, que puede ser el rey o un señor, no interviene para decidir sobre la verdad, sólo cuida la regularidad del procedimiento. Este control sobre los litigios era una forma más de controlar la guerra y la circulación de bienes. ¿Por qué nace un Poder Judicial inexistente en la alta edad media? ¿Por qué necesita el poder este otro poder, qué suma al poder de controlar los litigios? Los conflictos entre individuos se dirimían entre ellos. El poderoso era un mero árbitro del cumplimiento del procedimiento, no decidía sobre lo justo. Lo justo se imponía como resultado del procedimiento. En estos momentos, no existen otros daños a valorar nada más que los daños de los individuos. Se trataba de investigar el daño que un individuo había impartido a otro, nada más. Cuando el poder instaura la figura del procurador, representante del soberano, al descubrimiento del daño individual se suma otro, el daño infringido a la Ley del soberano. Es así como el daño al soberano se suma a la reparación del daño individual, y nace el concepto de infracción. Con este nuevo sistema nace un medio de recaudación con el que las monarquías occidentales vieron incrementados extraordinariamente sus bienes. En oposición a este sistema, la iglesia utilizó otro método de gestión administrativa para resolver sus litigios, que se caracterizó por:

El poder político es el personaje central

El poder se ejerce haciendo preguntas y cuestionando. No se sabe la verdad, pero se trata de conocerla

Para determinar la verdad, el poder se dirige a los nobles, personas a las que se valora como capaces de saber, no al pueblo.

Al interrogarse a los nobles, los medios de indagación no son violentos y se les permite que se reúnan y colectivamente establezcan qué es la verdad.

Aunque el sistema de indagación estuvo unido a la conformación del Estado, también tuvo este origen religioso, dada la influencia de este otro sistema de gestión administrativa en la resolución de los litigios. El procedimiento utilizado por la iglesia fue empleado, en un primer momento, por el procurador sólo en el delito flagrante, pero más tarde se incorporó a otras situaciones, generalizándose. FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980, pp. 64, 72, 76, 77.

18 *Ibíd.*, p. 83.

Si deseamos alterar la percepción que se tiene de la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico y la imagen del maltratador, debemos conocer sobre qué presupuestos se apoya hasta el momento la verdad penal, lo que nos traslada al concepto de crimen y criminal.

No es nada nuevo decir que todas las reformas emprendidas a lo largo de la historia en el ámbito penal ponen el acento en la definición de crimen y de criminal. En el pasado, el criminal era valorado como un enemigo social que atentaba y perturbaba el orden social, lo que suponía considerarlo un enemigo interno. Esta conceptualización llevaba implícita la reparación del orden social alterado y conseguir que los hechos no se repitieran. El castigo ideal, desde esta imagen del criminal, era la simple expulsión. Aunque cabía otra posibilidad: producir en la sociedad el rechazo al delincuente y exigir la reparación del daño causado. Ambas sanciones se consideraron elementos suficientes de disuasión. Sin embargo, ninguna de estas posibilidades teóricas que se desarrollaron en el marco del derecho penal moderno se impusieron y si lo hizo una sanción apenas analizada por los tratadistas y que Beccaria únicamente mencionó de forma marginal: la prisión.

La complejidad teórica que introducía el derecho penal moderno no logró imponerse, como tampoco consiguió la prisión ser la pena ideal que se pretendía. Su fracaso se produjo al no generar el objetivo central: intimidar al delincuente para reducir la criminalidad social. Como tampoco se consiguió la función de corrección por la retribución de la falta. Contrariamente a lo que se pensó, provocó reincidencia. La prisión fracasó, se dice por la doctrina, porque es estructuralmente improductiva.

La crisis económica que sufrió Europa a finales del siglo XIX, hizo necesario, ante el aumento de la criminalidad, una nueva ideología que sin perder el referente de la legitimidad del castigo atemperara el principio de su infalibilidad. Este cambio no consiguió encontrar fundamento en los planteamientos ilustrados empeñados en la certeza de las penas, tampoco en el correccionalismo pese a desplazar su atención del delito al delincuente, hubo que esperar al positivismo para que la Criminología desarrollara un concepto nuevo: el concepto de **peligrosidad**. Un concepto que aparece junto a la culpabilidad o la responsabilidad. Esta evolución del criminal al peligroso social supone una pérdida de confianza en la libertad y en la racionalidad humana¹⁹.

En tanto el delincuente es considerado un peligroso social, la atención teórica se centra en lo que los individuos pueden o no hacer²⁰. **Todo gira en torno a las**

19 MAQUEDA, M^a L., *Suspensión condicional de la pena y probation*, Centro de publicaciones del Ministerio de justicia, Madrid, 1985, pp.35-36.

20 FOUCAULT, ob. cit., p. 97.

virtualidades del comportamiento y en la racionalidad y razonabilidad del mismo. Este giro hace que el interés del Derecho penal no se centre exclusivamente en el daño producido al individuo o en el daño social, sino en el control y vigilancia del comportamiento de los individuos en sociedad, para asegurar el orden, la seguridad y el buen funcionamiento de las estructuras sociales y económicas.

Cuando los individuos ceden al Estado su derecho a la legítima defensa y al empleo de la violencia para la resolución de los conflictos, no sólo se produce una alteración del centro de imputación, sino también un cambio respecto a la legitimidad del uso de la violencia y la naturaleza de la misma. Al ceder el individuo al Estado el uso legítimo de la violencia, toda violencia entre individuos está sancionada y es ilegítima. Este hecho hacía imposible justificar el empleo de la violencia de unos individuos frente a otros, fuera del Estado. Para poder hacer coexistir dos formas de violencia legítima, una pública y otra privada, fue necesario desgajar el contexto de la doméstico-familiar de lo social y presentarlo como un contexto sin interés para el Estado, al tiempo que como un orden natural. Esta segmentación entre lo privado y lo público, entre la vida y la política, se verá más tarde reforzada por la delimitación entre lo social y lo personal o íntimo. Es así como el Estado social se verá también impedido de ejercer control sobre las relaciones entre las mujeres y los hombres en el contexto doméstico-familiar, al ubicarse las mismas bajo la protección de la intimidad. En este marco era lógico pensar que el criminal y el crimen sólo pueden existir en lo público, no en lo privado.

1.8. CONCEPTO DE RIESGO Y DE PELIGROSIDAD EN LA RACIONALIDAD PENAL

Volvamos al concepto de peligrosidad, un concepto que, junto a los anteriores argumentos, nos ayudará a comprender la racionalidad con la que los destinatarios de las normas se acercan a comprender la violencia contra las mujeres en lo privado. El concepto de peligroso social, como prototipo de criminal, hace necesaria la presencia, junto al Poder Judicial, de otros poderes laterales que cuestionan su independencia y redefinen el concepto de racionalidad penal. Nos referimos a la policía, las instituciones psicológicas, psiquiátricas, criminológicas, médicas y pedagógicas, poderes todos ellos necesarios para determinar el grado de riesgo y de normalidad del comportamiento humano, así como las medidas más eficaces para llevar a cabo la corrección del delincuente.

A través de esta red de instituciones puede la función judicial ampliar sus funciones meramente sancionadoras, y abrogarse la responsabilidad de corregir los des-

víos de los individuos²¹. No hay sólo indagación para establecer la existencia, o no, de un delito, también existe una vigilancia constante²² para precisar la peligrosidad, o no, de las conductas de los sujetos. Esta doble función sancionadora y de normalización que asume el Derecho penal, permite decir que la misma tiene una naturaleza ambigua²³, en otras palabras, en el poder de decisión del juez interviene una doble racionalidad: la establecida por la legislación y la ciencia jurídica y la impuesta por los conocimientos complementarios no jurídicos. En resumen, junto al control establecido e impuesto por la legalidad aparecen en el proceso otros sistemas de control social, que no se introducen en la jurisdicción por cauces democráticos o políticos, sino revestidos de cientificidad.

¿Por qué nos interesa en el tema del maltrato contra las mujeres en el contexto doméstico desvelar este doble nivel de control y de racionalidad? Porque la racionalidad presuntamente científica de los saberes no jurídicos que penetra en el proceso escapa al control democrático y proyecta una idea distorsionada de lo que el Derecho es en realidad. Se ignora la naturaleza política de lo jurídico y se presenta como resultado de simples operaciones técnicas o lógicas. No son los contenidos jurídicos una racionalidad determinada desde el razonamiento lógico y científico, sino una racionalidad construida a través del debate y de la negociación entre distintos y, a veces, contradictorios sentidos de la vida.

Si el poder está presente en la racionalidad jurídica y ésta impone un modelo de normalidad, pero también de peligrosidad, y se piensa que el criminal y el peligroso social sólo actúa en un contexto, el contexto público, es lógico que el intérprete y aplicador del derecho tenga dificultades para proteger los derechos de aquella parte de la ciudadanía que no está presente en la racionalidad jurídica y para identificar como peligroso social al maltratador que sólo actúa en el contexto privado. El maltratador, al fin y al cabo, sólo mata en casa.

Es difícil desde el Derecho, desde la ciencia jurídica y desde las ciencias auxiliares, reconocer las necesidades, los intereses y las formas de vida de alguien que es ignorado o extraño para el Derecho, la psiquiatría, la psicología y la ciencia jurídica. El modelo freudiano de mujer castrada resulta un buen ejemplo de cómo las áreas no jurídicas pueden intervenir también negativamente en el proceso, al construir un

21 Esta función de la que es símbolo el panóptico se ejerce mediante el Poder Judicial y la existencia de una serie de instituciones que someten a los individuos a un examen constante para determinar su grado de peligrosidad.

22 FOUCAULT, ob. cit., p.99.

23 Pensemos en el peso importante que tienen para las decisiones judiciales los informes técnicos elaborados por el equipo psicológico o psiquiátrico para establecer la responsabilidad y la culpabilidad. Estos nuevos saberes aportan al conocimiento jurídico un elemento más de aparente racionalidad científica.

modelo de normalidad o de peligrosidad extraño a las experiencias y formas de vida de las mujeres²⁴.

Que existan dificultades para proteger a las mujeres de la situación de violencia que viven en el espacio de lo doméstico no es complicado de entender después del análisis realizado, ni tampoco que existan problemas para identificar con claridad qué bien jurídico es el que en realidad se está protegiendo en el supuesto de los malos tratos habituales del artículo 173.2 del Código penal. Del mismo modo, también hay que mencionar las dificultades que se presentan en la mente del intérprete cuando trata de proteger los derechos fundamentales de las mujeres sin dañar, en modo alguno, los derechos de los hombres. Los prejuicios y los estereotipos nos llevan a pensar que la protección y garantía de los derechos de las mujeres exigen sacrificios a los derechos de los varones. Sin embargo, se debe decir con total claridad que salvaguardar y proteger a las mujeres en sus derechos no menoscaba en modo alguno los derechos fundamentales de los varones, sólo restituye a las mujeres como verdaderos sujetos de derechos. La igual protección de los derechos de mujeres y hombres pone fin a la injusticia y al dominio que algunos hombres creen poseer sobre las mujeres.

Para poder responder a todos los interrogantes que el maltrato contra las mujeres suscita al paradigma jurídico, es preciso desvelar la importancia y la especificidad de este tipo de violencia y no minimizarla como una reacción lógica en las discusiones de pareja o familiares. Poner fin a la asimetría que la norma y la realidad muestra exige cambios en la racionalidad jurídica y cambios en la naturaleza y reparto del poder. Mantener sin transformación los modelos e instituciones, antes mencionados, sería impedir, en la práctica, poner fin a la inaplicabilidad y desobediencia a las normas en los supuestos del maltrato doméstico.

1.9. EL CARÁCTER NATURAL DE LA FAMILIA Y SU INFLUENCIA EN LA VALORACIÓN DE LA VIOLENCIA

El hecho de considerar la sociedad y el Derecho a la familia como una institución natural, en la que reina la libertad y la igualdad natural entre las personas, explica que la violencia doméstica sea percibida por los operadores jurídicos como un fracaso de las partes que no alcanzan a regular o a resolver sus litigios sin violencia.

²⁴ La importancia de estos saberes extrajurídicos en el proceso resulta probada al constatar cómo no se priva de patria potestad al padre, que en presencia de sus hijos golpea a la madre, y ha sido condenado por sentencia firme. Y, sin embargo, se declara incurso en causa de privación de patria potestad la madre por falta de higiene o cuidado emocional de los hijos. Los parámetros de normalidad para unos y otras son bien diferentes. Véase al respecto el Estudio presentado por Themis en el año 2002 sobre la violencia familiar en el proceso civil, financiado por el Instituto de la Mujer del Ministerio de Asuntos sociales.

Pero la estructura familiar nada tiene que ver con esta imagen idealizada que la cultura ha construido. El modelo normativo de familia que el Derecho impone mediante la institución del matrimonio²⁵ mantiene, en contradicción con los valores y principios democráticos, una diferencia de *status* entre hombres y mujeres que se manifiesta en el hecho del estatuto personal desigual y jerárquico para el marido y la mujer. Recordemos: los contrayentes, hombre y mujer, se transforman por el contrato de matrimonio en marido y mujer. El marido adquiere un poder de representación y de autoridad, lo ejerza o no, sea consciente, o no, por el hecho de ser marido, que tiene efectos en la valoración que de los hombres y de las mujeres se recibe en la sociedad. La mujer continúa siendo mujer, no adquiere con el contrato ningún *status* jurídico. Es cierto que el Derecho Civil desde finales de los años setenta ha rectificado las desigualdades explícitas entre los cónyuges, pero al no ser consciente el legislador de este diferente *status* de autoridad, lo ha mantenido creyendo que no era relevante. Sin embargo, los términos jurídicos siempre son importantes y el hecho de no existir el término "marida" indica que no adquieren ambos la misma autoridad, ni la misma capacidad de mediación, en el interior de la unidad familiar.

Además, el marido, potencial padre de familia, es el modelo del tráfico jurídico, el modelo humano paradigmático que sirve para establecer la buena fe, el cuidado y la atención de las cosas, en definitiva la racionalidad que está presente en el proceso y en el tráfico jurídico. Es decir, con el *status* jurídico de marido se adquiere poder y autoridad social y jurídica. El marido, o asimilados, representa a la familia, define el interés de la familia, regula y decide para sí y para los demás. Es difícil para alguien que recibe este mensaje en el proceso de socialización, hacerle creer que la mujer y compañera es una igual, que no está sometida a su autoridad y poder y que el hecho de compartir la pareja intimidad no menoscaba, en modo alguno, la libertad personal de la mujer, ni aminora los derechos fundamentales de los menores.

Tiene razón la doctrina penal cuando afirma que el Derecho Penal no puede resolver por sí la violencia contra las mujeres; que los cambios legislativos que se demandan desde ciertos sectores feministas son ineficaces para la transformación profunda que se desea. Por este motivo, se necesitan cambios en las estructuras y en las instituciones sociales y jurídicas. Pero también es verdad que el Derecho a través de su intérprete y decisor judicial, consciente éste de la asimetría entre el Derecho y la realidad social, consciente de la desigualdad real entre las mujeres y los hombres puede y debe interpretar las categorías, conceptos y normas desde esta realidad, y no ampararse en la neutralidad del estándar general, en su imparciali-

25 RUBIO CASTRO, A., "La familia matrimonial entre el dogma y el mito", *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar de derecho de familia*, Instituto Andaluz de la mujer, Sevilla, 2000, pp.19-75.

dad e independencia, o en el dogmatismo de la ciencia, para hacer del Derecho un instrumento de discriminación y violencia contra las mujeres.

Es un grave error, como ya hemos expuesto, considerar al Derecho un instrumento lógico, racional y justo, que aplicado sobre la realidad consigue la paz, el orden, la justicia y la igualdad para todas y todos. Éste es el ideal, lo que debe ser, pero no lo que es. Lo lógico, lo racional y lo justo lo define para el caso concreto el intérprete del Derecho cuando, tomando como guía la norma, consciente de una realidad social compleja y desigual para hombres y mujeres, utiliza todo su conocimiento para interpretar los contenidos normativos a la luz de la realidad y desde la interacción de ambos elementos adopta la decisión más correcta. Esto es, sólo cuando el intérprete conoce profundamente la realidad que ha de juzgar, logra percibir el verdadero significado normativo del estándar general.

Pedirle al intérprete del Derecho que tome en consideración todas las cuestiones que aquí están siendo tratadas, no pone en modo alguno en cuestión ni su objetividad, ni su imparcialidad, todo lo contrario: sólo así la guía para la decisión que supone el estándar normativo alcanzará la racionalidad que el respeto a los valores constitucionales exige.

Cuando el intérprete del Derecho elude su responsabilidad social y política amparándose en que sólo aplica el principio de legalidad, está ignorando la grandeza de su propia función y la actitud de corrección que la misma implica. Acercar el sistema jurídico a los valores constitucionales es responsabilidad del legislador, pero también lo es del intérprete judicial, cuando aplica el Derecho a la realidad y crea una norma particular, o de la doctrina cuando construye análisis crítico del Derecho y propone nuevas categorías, conceptos o transformaciones institucionales.

1.10. PODER Y VIOLENCIA

Hacer explícita la relación entre el saber y el poder, entre el Derecho y la política, así como entre derecho-poder-violencia, es especialmente importante en un ámbito como el de los malos tratos, en el que lo central es la relación de poder que existe entre el maltratador y la víctima. Sólo entendiendo la naturaleza específica de esta violencia, sólo aceptando que nos encontramos ante una realidad criminológica y dogmática distinta a la del tipo común de lesiones²⁶, podrán los tipos de los artículos 153 y 173.2 Cp, ser aplicados y obedecidos.

26 MAQUEDA ABREU, M^a. L., "La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma", *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Aranzadi, 2001, p.1526-1527.

La violencia que el maltratador ejerce sobre la mujer, tanto física como psicológicamente, tiene como objetivo último restablecer el equilibrio en las relaciones de poder, tal y como él las entiende. Algunos varones creen poseer, como resultado de todo lo expuesto, un poder de dominio sobre las mujeres, consecuencia lógica de su masculinidad y de los roles sociales a ella asignados. Por este motivo, no es extraño escuchar que el maltratador es un perfecto vecino, compañero de trabajo educado y servicial, buen amigo, etc. Ante esas dos personalidades enfrentadas, que se manifiestan de un modo diferente en lo privado y lo público, cabe suponer que algo de responsabilidad tendrá la mujer en este cambio y que algo influirá su conducta. Esto explica el interés, durante el proceso, por comprender el estado de ánimo del acusado y la frecuencia con la que se acepta el trastorno mental transitorio en este tipo de supuestos. No sólo el Poder Judicial se muestra muy interesado en apreciar el estado de ánimo del acusado, también los medios de comunicación social cuando narran los hechos ante la opinión pública. Es frecuente que el suceso presentado vaya acompañado de la siguiente valoración: el agresor ha perdido los nervios.

Esta representación de la violencia induce a pensar que ambas partes del proceso son víctimas o responsables. La infidelidad, los celos, las discusiones habituales son elementos suficientes para estimar que el acusado se encuentra en una situación de trastorno mental transitorio. En paralelo a este proceso valorativo, sorprende que no exista la misma sensibilidad o interés para comprender o explicar las irregularidades que se pueden presentar en la denuncia, ni por apreciar las razones que llevan a la víctima a la no ratificación de la misma. El hecho de considerar a ambas partes del conflicto víctimas, o responsables, es lo que explica que en la mayoría de los supuestos de maltrato contra las mujeres por parte de su cónyuge, pareja o asimilable, los hechos sean calificados como faltas y se minimice la violencia y el riesgo que la misma puede producir para la integridad física, psíquica y moral, de las mujeres víctimas de maltrato.

Para realizar una correcta calificación de los hechos presentados, se debe conocer, además, por parte del intérprete y aplicador del Derecho, la naturaleza de esta violencia y sus efectos sobre la salud mental de la víctima. La correcta valoración del daño real comienza por la denuncia, la cual debe ser realizada con el máximo de diligencia en el relato de los hechos, así como debe ir acompañada siempre del informe forense del juzgado de instrucción. Cuando los profesionales que deben tomar declaración a la víctima consideran las situaciones que se les relatan hechos aislados y no un proceso, cuyo objetivo es mantener a la mujer en una posición de dominio y de subordinación y no la lesión o el daño concreto, se produce una incorrecta recogida de los datos, lo que afectará a la calificación y a la valoración de los hechos.

Con anterioridad a la reforma de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, *de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración*

social de los extranjeros, las situaciones de maltrato eran calificadas generalmente como faltas y no como delitos, con la consiguiente incidencia en el proceso. Recordemos que la simplicidad del proceso de faltas no sólo determina la investigación y la defensa, sino también el resultado, pues no se aplican circunstancias agravantes, ni atenuantes, e incluso en algunas sentencias no suele existir relato de los hechos, ni aparecen las conclusiones de las partes; y en la motivación el juez o jueza se limita a seguir el criterio del fiscal, dándosele mayor peso que a la parte. Aunque el juez tenía responsabilidad de decidir en función de la valoración de las pruebas y circunstancias, confiaba en exceso en el criterio del fiscal en el juicio. Por este motivo, se pedía desde las altas instancias judiciales que se adoptara una actuación más comprometida con los derechos de las mujeres y firmeza en la lucha contra la violencia de género. Sirva como ejemplo de lo aquí expuesto que en el informe realizado por Themis sobre más de dos mil casos, en la Comunidad de Madrid, a finales de los noventa, se demuestra que en el 73% de los casos se absuelve al agresor por falta de pruebas. Esta falta de pruebas se produce porque la víctima no acude a juicio, perdona, las pruebas no destruyen la presunción de inocencia o falta la acusación. Esta última causa se estima cuando la víctima no ratifica la denuncia, en vez de considerar la propia denuncia como acusación. Hay algunos juzgados, hay que decir que afortunadamente en este momento muy pocos, en los que el número de absoluciones es del 100%. Una curiosidad a destacar es que en ocasiones se absuelve sin prueba exculpatoria²⁷.

Si la realidad del maltrato hubiese sido comprendida en su verdadera naturaleza por los operadores jurídicos, al tiempo que se fuera consciente de todos los problemas que encierra la racionalidad jurídica, no cabe duda que los destinatarios de las normas habrían adoptado otras decisiones. En modo alguno pensarían que la no ratificación de la denuncia supone el perdón, ni aceptarían el perdón de la víctima como una puerta abierta a la impunidad, ni valorarían al maltratador como un sujeto no peligroso para la sociedad²⁸.

27 *Respuesta penal a la violencia familiar*, Themis y Consejo de la Mujer de la comunidad de Madrid, Madrid, 1999, p. 52.

28 El perdón, que no exime de responsabilidad penal, en la práctica, logra que se produzca una sentencia absolutoria cuando existe retirada de la denuncia, o la no ratificación, pero continúa el juicio oral. No se interroga a la víctima sobre las razones o motivos que llevan a la retirada de la denuncia, o a su no ratificación, para descubrir si quizá existe un delito de obstrucción a la justicia fruto de amenazas o nuevas lesiones; se interpreta erróneamente que la víctima ha perdonado al agresor y ha valorado que la sanción produce un daño mayor a la familia que la impunidad de su conducta. Tales presunciones vulneran, de hecho, los principios de la tutela judicial efectiva. THEMIS, *Respuesta penal a la violencia familiar*. Estudio sobre el tratamiento judicial de los procedimientos seguidos por malos tratos a mujeres en el ámbito doméstico en la Comunidad de Madrid. Una investigación desarrollada por un grupo de abogadas de la Asociación de Mujeres Juristas THEMIS, coordinado por Ángela Alemany Rojo, en junio de 1999. Colección Mujeres en Comunidad, Themis y Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1999, pp.17-25.

En algunos juzgados, para decidir el archivo de la denuncia, se aplica el principio de intervención mínima, un principio que sólo puede tomarse en consideración por el legislador, en modo alguno por el Poder Judicial. Cuando éste lo aplica, está utilizando su propia ideología para determinar lo que debe ser delito o falta²⁹. Otro hecho a destacar en los pasados procedimientos por malos tratos a mujeres en el ámbito doméstico era la actuación de los fiscales. Hemos destacado anteriormente que la función del fiscal es esencial, que tiene la obligación de velar por la protección de los derechos de las víctimas y ejercer las acciones penales y civiles oportunas, sin embargo son mínimas las impugnaciones que se hacen de las resoluciones en este tipo de supuestos, cuando la mayoría de las decisiones son absolutorias. Interesa llamar la atención también sobre el hecho siguiente: se producen situaciones, y así lo denuncia Themis en su informe, en las que el fiscal negocia con el abogado del acusado sin escuchar a la víctima o a su representante y se pide la absolución. Sin duda, estas situaciones son excepciones, pero deben evitarse de modo absoluto.

La inhibición del fiscal significaba su inasistencia al juicio. Cuando esto ocurría y la víctima se personaba sin asesoramiento legal alguno, se dejaba al criterio del juez la calificación jurídica de los hechos y la petición concreta de condena; una situación que, como es fácil de imaginar, roza la indefensión. La presencia del fiscal, no lo olvidemos, elimina los riesgos de la indefensión de la víctima y hace posible que se produzca, sobre todo en este tipo de agresiones, una instrucción más garantista³⁰. El Fiscal General del Estado venía instando a todos los fiscales a que adoptasen una posición más activa en la persecución del maltrato contra las mujeres, para lograr una ejemplaridad que pusiera fin a los altos niveles de impunidad que, como ya hemos analizado, generan un fuerte déficit de legitimidad en el sistema jurídico.

Como solución a estas situaciones, la LO 11/2003, de 29 de septiembre, antes citada, manifiesta en su exposición de motivos que se ha prestado una atención preferente a que “el tipo delictivo alcance a todas sus manifestaciones y para que su regulación cumpla su objetivo en los aspectos preventivos y represivos. También se ha incrementado de manera coherente y proporcionada su penalidad y se han incluido todas las conductas que puedan afectar al bien jurídico protegido. En esta línea, en primer lugar, las conductas que son consideradas en el Código penal como falta de lesiones, cuando se cometen en el ámbito doméstico pasan a considerarse delitos, con lo que se abre la posibilidad de imponer pena de prisión y, en todo caso, la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas...”. Tendremos que

29 *Ibid.*, p. 27.

30 Véase el análisis que sobre el comportamiento de los fiscales se realiza en: *Respuesta penal a la violencia familiar*, cit., pp.34-38.

esperar al desarrollo jurisprudencial para valorar la eficacia, o no, de estos cambios legislativos, y para comprobar si mejoran la obediencia y la aplicabilidad de las normas por parte de sus usuarios. Dicho esto, en mi opinión se ha perdido, de nuevo, la oportunidad de proporcionar a los usuarios de las normas una respuesta más precisa. No había por qué construir un tipo farragoso como el del 173.2 del Cp: bastaba con haber establecido con claridad el bien jurídico que se protege, conocida la especificidad de la realidad criminológica que supone el maltrato contra las mujeres y los menores³¹. En el esfuerzo por imaginar todas aquellas personas que pueden vivir, o estar, sometidas a la violencia del pater-familias o asimilado, en un deseo de exhaustividad, imposible de alcanzar, se olvida de nuevo lo relevante: qué es lo que en realidad se desea proteger con este tipo el contexto familiar y las relaciones que en el mismo se producen o a las mujeres de la violencia de género.

Para que los operadores jurídicos apliquen de forma correcta este tipo, para que imaginen el silogismo a que da lugar la norma y la realidad, deben de tener claro el bien jurídico que se está protegiendo, diferenciándolo, con total claridad, de los tipos comunes. No parece que la enumeración de relaciones que recoge el artículo 173.2 del Cp aclare de modo contundente el objetivo del tipo, esto es: sancionar la violencia de género, una violencia que puede gestarse fuera³² y dentro del ámbito familiar. Esperemos que la ampliación del círculo de sujetos pasivos tras la reforma no sirva para invisibilizar de nuevo la violencia contra las mujeres en la sociedad. Aunque sin duda el número de muertas cada semana, luchando por su libertad, nos impida hacerlo.

Si en el pasado, el predominio formalista y positivista en la ciencia jurídica consideraba el problema de la eficacia y de la eficiencia del Derecho un problema secundario desde el punto de vista teórico, ahora el tema de la aplicabilidad y exigibilidad de las normas es una cuestión clave. Mientras para Kelsen el problema de la eficacia del orden jurídico sólo significaba que dicho orden era observado por los destinatarios de las normas, hoy, desde una vertiente más sociológica y menos normativa, la desobediencia al Derecho demuestra que existe un conflicto de intereses entre los contenidos de las normas y los valores de los destinatarios de las mismas y que la inaplicabilidad genera fuertes tensiones que afectan a la legitimidad del sistema jurídico.

Nos encontramos en un momento histórico de trascendentes cambios institucionales que están teniendo una fuerte influencia en la estructura y en los contenidos jurí-

31 No debemos olvidar que el maltratador utiliza la violencia contra los menores o ascendientes como una forma complementaria de presión contra la víctima, incrementándole su sentimiento de culpa. El maltratador le hace creer que ella es la responsable, por su mal comportamiento, del daño producido.

32 Este sería el caso de las mujeres separadas o en trámite de separación y que viven alejadas del domicilio familiar.

dicos. Los cambios económicos y sociales resultado de la globalización producen en el Derecho de las sociedades actuales altos niveles de ineficacia e incapacidad en la resolución de los conflictos, bien por la complejidad de los intereses en juego o por el traslado de algunos de ellos, para su resolución, a otras instancias no nacionales. Si a estos *déficits* unimos además la incapacidad del Derecho para ofrecer una respuesta apropiada y eficaz al maltrato contra las mujeres, será muy difícil para la ciudadanía confiar en el Derecho y en sus profesionales. En otras palabras, la inaplicabilidad y la desobediencia a las normas jurídicas tiene hoy unas consecuencias que exceden, por el momento histórico en el que nos encontramos, su propia relevancia. Por consiguiente, más que nunca el Derecho debe ofrecer a la ciudadanía una imagen de eficacia y obediencia que no menoscabe aún más su credibilidad como instrumento adecuado para la resolución pacífica de los conflictos³³.

1.11. IGUALDAD O DIFERENCIA

La libertad de las mujeres ha estado identificada con la elección del compañero o cónyuge. Este ejercicio de libre elección llevaba implícito una responsabilidad: mantener a la familia feliz y unida. Si se es libre para elegir a la persona con la que se desea compartir intimidad, también se tiene libertad para poner fin a la misma. Estas ideas conducen a pensar que la mujer maltratada no sólo tiene responsabilidad por su mala elección³⁴, sino que se mantiene en la situación de maltrato porque no está dispuesta a asumir sus errores, enfrentándose a la ruptura. Esta imagen distorsionada de la familia y de las relaciones entre los sujetos implicados en los supuestos de maltrato induce a pensar que si la mujer aguanta o regresa a convivir con el maltratador sus razones tendrá, pues nadie mejor que ella sabe lo que le conviene.

Se hace difícil hacer frente a un problema en el que están presentes con tanta fuerza presunciones cargadas de prejuicios respecto a las relaciones entre las mujeres y los hombres. Si la violencia contra las mujeres en el ámbito doméstico tuviera algo

33 Para conocer los cambios políticos, económicos e institucionales que están afectando al sistema jurídico véase: FARIÁ, J.E., *El Derecho en la economía globalizada*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 106-118.

34 En el Eurobarómetro de la Comisión Europea se afirma que un 46% de los europeos señalan como causa de la violencia doméstica "el comportamiento provocativo de las mujeres". Aunque es la causa menos señalada de todas. Se establece como causa principal el alcoholismo con un 96'2%. Resulta extraño, después de todas las campañas de información realizadas, tal desconocimiento de la violencia y de su realidad y sólo puede entenderse como un medio de exculpar la violencia masculina y de justificarla. Si analizamos las respuestas de la población europea acerca de las causas de la violencia –alcoholismo, drogas, desempleo, pobreza y exclusión, haber sido víctima de malos tratos, estar genéticamente predispuesto, el modo en que los varones ven a las mujeres, el desequilibrio en la distribución del poder, el bajo nivel educativo, los medios de comunicación, las creencias religiosas, comportamiento provocativo de las mujeres- comprobamos que la mayor parte de las causas son justificadoras y exculpatorias de la violencia ejercida por algunos hombres. ALBERDI, I., MATAS, N., *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Colección de Estudios Sociales, nº 10, Fundación "La Caixa", 2002, p.278

que ver con la representación que sobre ella se ha construido, no necesitaríamos el tipo del artículo 173.2 del Código penal: bastarían los tipos comunes. No es un tipo específico el del artículo 173.2 Cp, porque los sujetos implicados se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad nacida de la situación de dependencia afectiva, psicológica, económica..., en el ámbito doméstico, acrecentada por la continuidad -habitualidad- de la situación agresiva.. Sólo un dato puede servir de explicación a este injusto adicional más grave, **el peligro posible, o probable, que en el contexto doméstico existe para las mujeres y los menores cuando se genera una violencia continuada.** Un peligro que daña la dignidad y la autonomía de las mujeres y menores. De este modo, a la lesión reiterada -y, por tanto, cuantitativamente mayor del bien jurídico- se sumaría una amenaza relevante -cualitativamente distinta y más grave- para la integridad moral de esas personas vinculadas al autor por la relación doméstica o tutelar que contempla la ley. Aquí residiría, entonces, el verdadero injusto material del delito del artículo 173.2³⁵.

Los datos necrológicos del maltrato contra las mujeres en el ámbito doméstico deberían ser elemento probatorio suficiente para valorar la intensidad del riesgo que el mismo supone para las mujeres que se encuentran a él sometidas. Del mismo modo que se pueden presentar en el proceso datos estadísticos para probar la existencia de situaciones de discriminación indirecta, a pesar de la neutralidad aparente del contenido normativo, deberían ser las estadísticas e informes del Defensor del Pueblo o de la Fiscalía general del Estado, así como los estudios autorizados y las cifras que presentan, prueba suficiente para valorar, ante el supuesto concreto, la situación de riesgo y la intensidad del daño real que el maltrato produce en quienes lo padecen. Una recogida de datos fehacientes impediría un cálculo minimizado del riesgo y de la intensidad del daño que el maltrato produce, al desvelar la naturaleza múltiple de las secuelas unidas al mismo. De este modo, junto al informe médico y una denuncia correctamente realizada, las estadísticas proporcionarían otro elemento más desde el que precisar el riesgo para evitar una calificación incorrecta de los hechos por parte de los operadores jurídicos. La fuerza de las cifras haría imposible desconocer la dimensión real de la violencia contra las mujeres y sus efectos.

1.12. EL VALOR JURÍDICO DE LA DIFERENCIA EN LA COMPRESIÓN DE LOS TIPOS 153 Y 173.2. DEL CÓDIGO PENAL

Establecer unos tipos penales específicos para sancionar la violencia de género en el contexto doméstico-familiar resulta complejo en un sistema, como es el sistema

³⁵ En el capítulo 2, Justa Gómez Navajas analiza con detenimiento el debate doctrinal que la antigua redacción del artículo 153 había generado. Un debate que pensamos resuelto como resultado de su nueva ubicación entre los delitos contra la integridad moral.

jurídico, en el que la generalidad y la abstracción son exigencias para la igualdad jurídica. Esto explica el porqué se ha intentado justificar la antigua redacción del artículo 153 Cp, hoy 173.2, basándolo exclusivamente en la cualificación de los sujetos o en la especificidad del contexto, lo cual, a su vez, resultaba contradictorio con las exigencias que la dogmática penal impone a los tipos específicos, dado que tales circunstancias podían ser tomadas en consideración en cualquier tipo común.

No es el reconocimiento jurídico de la diferencia sexual un obstáculo para el principio de igualdad; todo lo contrario: sólo cuando se reconoce e integra la diferencia sexual en el sistema jurídico como una diferencia que debe ser tomada en consideración y valorada, se hace visible el reparto desigual del poder y podemos salvaguardar la integridad física, psíquica y moral de toda la ciudadanía sin discriminación. Esto es lo que se pretende con la nueva redacción de los artículos 153 y 173 Cp. Sólo alcanzaremos una adecuada protección de la integridad y autonomía de las mujeres, y de los menores a ellas unidos, cuando reconozcamos la posición de subordinación social en la que se encuentran; cuando afrontemos que la igualdad jurídica, al ser un privilegio normativo, puede resultar inefectiva, como todas las normas, en diversos grados: tanto en su dimensión formal como en sus mínimos sustanciales, como resultado de múltiples discriminaciones con las que de hecho puede ser el principio de igualdad violado.

Las discriminaciones son las desigualdades antijurídicas que han de ser objeto de nuestra atención para eliminarlas, no así el reconocimiento de ciertas diferencias, entre las que se encuentra con un peso relevante la diferencia sexual, las cuales deben ser protegidas y garantizadas, o bien tomadas en consideración para establecer tipos penales específicos y poder reprimir, de este modo, la específica violencia contra las mujeres.

En contra de quienes sostienen la no necesidad de los artículos 153 y 173.2 Cp, por considerar que los tipos comunes son instrumentos suficientes para una protección correcta de la integridad física, psíquica y moral de las personas, cualesquiera que sean los lazos de afectividad o consanguinidad que existan o el contexto en el que tales hechos se produzca, defendemos su importancia como un instrumento adecuado para enfrentarse a la violencia específica que es la violencia de género en el ámbito doméstico. En resumen, la violencia de género en el Código penal se castiga, por un lado, en el artículo 153 cuando se vulnera la integridad física y psíquica o incluso cuando sólo se pone en peligro, como sería el supuesto de amenazas leves, y, por otro, en el artículo 173.2 cuando lo que se vulnera es la integridad moral. Lo relevante en ambos preceptos es que se destacan las relaciones que vinculan al agresor con su víctima, más que al hecho de que dichas conductas se produzcan en el hogar familiar.

¿Qué argumentos avalan el plus que significa el art. 173.2, cuya pena se suma a las otras penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretados los actos de violencia física, psíquica o moral? Pienso que se valora por el legislador que esta violencia no tiene como objetivo exclusivo, ni en última instancia, la lesión o el daño, sino mantener una determinada posición de poder respecto a la mujer, colocándola en una posición de subordinación y sumisión. Quien lesiona o causa violencia psíquica o moral contra cualquier otro sujeto no tiene como objetivo el dominio, ni su control absoluto, aun cuando la violencia ejercida produzca coacción y miedo. Lo que el legislador está valorando en el artículo 173.2 es la intensidad del daño y sus consecuencias. La situación de dominio y sumisión en la que el maltratador desea mantener a la víctima y el riesgo que tal situación crea para la víctima, como se prueba por el número de muertes producidas en lo que va de año. Un riesgo cuantitativa y cualitativamente superior al de las lesiones o la violencia psicológica o moral. En otros términos, está valorándose por el legislador que nos encontramos ante una realidad criminológica distinta a la violencia social y más grave.

El artículo 173.2 viene a romper el blindaje que existía en el ámbito de lo íntimo o lo personal, poniéndolo en el punto de mira del aplicador e intérprete del derecho. Esto significa romper la calificación de natural de los conflictos o violencias que se desencadenan en lo privado y su minimización al presentarlas como normales en las crisis de pareja. No se pretende con dicho tipo un proceso de moralización social, ni llevar a la conciencia social lo nefasto de tales acciones violentas, o no más que en cualquier otro tipo penal. El artículo 173.2 Cp alcanza toda su especificidad si lo interpretamos como un tipo que toma en consideración la diferencia sexual para realizar una correcta protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en el ámbito doméstico, consciente el legislador de que las mismas pueden verse sometidas a una violencia de género, y así alcanzar una igual protección de la integridad física, psíquica y moral entre las mujeres y los hombres. No se trata de establecer un estatuto personal privilegiado para las mujeres, sino de avanzar en la igualdad³⁶. Cuando se trata de justificar, sin duda con buena fe, la especificidad del artículo 173.2 en la necesaria protección de la familia y en su derecho a vivir sin violencia, se está, aunque de otra forma, ocultando de nuevo la violencia de género, la situación de dominio en la que se encuentran algunas mujeres, lo que produce confusión y da lugar a identificar como supuestos y relaciones semejantes realidades criminológicas distintas.

36 Comparte esta opinión Ferrajoli, quién en su obra *Derechos y garantías. La ley del más débil*, reconoce la necesidad de reconceptualizar la igualdad dando entrada en ella a la diferencia. Es así como incorpora en sus análisis del derecho las aportaciones que el feminismo italiano viene desarrollando en las últimas décadas, al demostrar los límites de la igualdad formal para la resolución de ciertos conflictos sociales. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta, Barcelona, 1999, pp. 80-92.

No es la familia lo que aquí se protege, no es el derecho de toda persona a vivir sin violencia y a desarrollar toda su potencialidad; es la integridad física y psíquica de las mujeres y de los menores en el contexto doméstico-familiar, por entender que en dicho contexto se gesta una realidad criminológica específica que demanda un tipo apropiado.

El tema de la violencia contra las mujeres³⁷ abre, en mi opinión, un debate mucho más profundo respecto al fin del Derecho. La secuencia última de la violencia contra las mujeres es aquella que se genera en el seno de una pareja o de una familia, pero a esta última fase le han precedido otras secuencias ante las que el Derecho declina toda responsabilidad. Pero esta responsabilidad sí existe, al existir junto a la violencia intersubjetiva una violencia institucional. Ya hemos expuesto como la mujer no es modelo de referencia en el sistema jurídico, pero pensemos también, dado el poder de los medios, en la imagen que de la misma ofrecen los medios cotidianamente, al presentarla como un cuerpo pasado por la silicona o el bisturí. La ridiculización que significa presentar como famosas a mujeres sin cualidad alguna o don, su falta de presencia en los debates importantes o el carácter excepcional que tienen en puestos de responsabilidad o liderazgo. Es difícil ante esta imagen de lo real que el Derecho y los medios crean, y con ella actitudes y comportamientos subjetivos, identificar a las mujeres como un sujeto con derechos, dignidad, respeto y autoridad. La valoración social que sobre ciertos grupos hace la sociedad incide directamente sobre la capacidad de obrar que tienen y en su autoridad. No basta con cambiar las leyes para producir cambios y alterar el *status* de subordinación social de las mujeres; se necesita una acción jurídico-política firme que actúe sobre esta diferencia de valor y autoridad. Y no se pondrá fin a la violencia, si mantenemos inalterables las relaciones de poder y su desequilibrio entre mujeres y hombres, en otras palabras, si mantenemos intactas las estructuras e instituciones que generan violencia contra las mujeres. No se deben confundir los efectos con las causas, cuando se está legislando o aplicando el Derecho.

Si bien en la violencia doméstica podemos diferenciar subtipos, confluencia de elementos de diferente naturaleza que aparecen en la práctica y que deben ser valo-

37 En el informe de la Comisión de Estudios sobre violencia doméstica que ha elaborado por D^a Angeles Huet de Sande, el 6 de marzo de 2001, al informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre violencia doméstica, afirma que frente a la criminalización sería más adecuado establecer "las correspondientes reformas legislativas para que, en el marco de los procesos de familia, pudiera el juez adoptar motivadamente y con la correspondiente previsión legal, diversas medidas para intentar dar solución, definitiva o cautelarmente, a la heterogeneidad de circunstancias que pueden generarse en los casos de crisis familiares" (párrafo segundo, del punto 6). Confundir a estas alturas crisis familiares con la violencia de género y su significado es un grave error. Y este error, como cabe constatar de estas palabras, no se produce en las instancias inferiores de la justicia, sino en aquellas que tienen la responsabilidad social e institucional de establecer con claridad en los supuestos de violencia contra las mujeres una política criminal adecuada.

rados con atención a la hora de establecer las medidas cautelares, de prevención o de protección, es en el elemento común donde la teoría y el legislador debe centrarse para conceptualizar y actuar correctamente; y este elemento común es la violencia de género.

Desde ciertos sectores de la judicatura se preguntan si tienen los jueces y magistrados herramientas suficientes para cumplir con el rol o papel que la política criminal les ha impuesto en la lucha contra el maltrato doméstico. Para responder a esta cuestión se argumenta, en primer lugar, que no existe una política criminal auténtica sobre el tema de la violencia doméstica y que con frecuencia se confunde una clara directriz política con una serie de prohibiciones. Y, en segundo lugar, se sostiene que el ordenamiento no tiene instrumentos suficientes, con el ejercicio del "ius puniendi", para lograr los efectos que pretende el legislador. Se critica a los jueces, se afirma, se devalúa socialmente al Derecho, se destaca su incumplimiento o su ineficacia, pero todos estos reproches sociales no afrontan un análisis riguroso sobre el sentido mismo del Derecho y sus instrumentos. Desde esta perspectiva judicial hay quien sostiene que el incumplimiento sistemático de las normas se debe a que no existe la concepción de la administración de justicia como un servicio público. Sin duda, el positivismo formalista que ha inspirado durante décadas el estudio y la comprensión científica del Derecho ha colaborado en proyectar una imagen distorsionada de la función de aplicación e interpretación del Derecho. La imagen de la interpretación como una función lógica y mecanicista hace culpable al Poder Judicial de la inaplicabilidad o desobediencia a las normas en los supuestos de maltrato.

Sin embargo, una visión más compleja y más ajustada a la realidad y al carácter de lo que es la interpretación y la aplicación nos lleva a sostener que no es culpable el intérprete del Derecho del conflicto de valores que genera la existencia de elementos de subordinación y violencia institucional contra las mujeres que aún perduran en el Derecho, a través de su racionalidad; aparentes elementos lógicos y todo un conjunto de conceptos y categorías que dificultan la función interpretativa, al producir contradicciones entre los mismos contenidos normativos y de éstos con los modelos y valores de los destinatarios de las normas.

El modelo de ciencia jurídica heredado del positivismo normativista representa a lo jurídico como una realidad abstracta, formal, técnica, es decir, como una cuestión de expertos. Esta representación y comprensión del Derecho demanda del intérprete una función mecánica y técnica que sólo puede llevarse a cabo adoptándose una actitud externa al conflicto. Pero es difícil y problemático extraer los significados de la norma general sin la interacción con la realidad sobre la que el estándar se aplica y adonde se dirige la norma particular, una interacción que se produce en el momento de la calificación de los hechos y al determinar los signi-

ficados de la norma a aplicar. En ambos momentos, el intérprete adopta decisiones que exigen procesos de valoración y éstos a su vez una comprensión profunda del conflicto y del contexto en el que el mismo se produce. Por consiguiente, no es posible en modo alguno una posición externa.

Lo jurídico entendido como algo autónomo y autosuficiente distancia a los operadores del derecho de la realidad que deben y han de conocer para ser unas buenas o buenos profesionales. Esta arrogancia, imputable a la dogmática jurídica, se paga después con una práctica deficiente, consecuencia de estar más preocupados de la calificación técnica, que de comprender el contexto real en el que los hechos se han producido. Las leyes son ineficaces cuando los operadores no logran captar su contenido y los bienes jurídicos a proteger. Además del conocimiento acerca del Derecho, se debe conocer la realidad sobre la que actúa. En otras palabras, la Ley sirve y cumple su función cuando consume su sentido dando respuestas pertinentes a los casos individuales. El Derecho no puede valorarse sólo en abstracto. Hay que recuperar la idea de la justicia como un servicio público, no como una simple cuestión de expertos que, distanciados de la realidad, juzgan y deciden sobre los conflictos de la ciudadanía.

Cuando desde una comprensión genérica de la violencia el Poder Judicial se interroga sobre los objetivos y motivaciones de la violencia de género, no entiende ni percibe la proporcionalidad o el beneficio inmediato, sobre todo si los busca en los motivos o situaciones concretas que precipitan la agresión³⁸. El agresor, como ya hemos dicho, utiliza la violencia, la fuerza, como un instrumento para mantener y reforzar su posición de dominación, control y superioridad; no es su fin la lesión o la amenaza en sí. El maltratador cree que, al igual que el Estado sanciona a quienes violan las reglas jurídicas y les impone una violencia legítima, él, como varón-autoridad en la familia, o en la relación, posee el mismo monopolio de la violencia y en uso de su autoridad y *potestas* infringe un castigo justo a quien se opone a su voluntad. Un castigo que puede llegar incluso hasta la muerte. Esto explica por qué el maltratador no tiene conciencia de ser un delincuente, ni de realizar algo anormal. Por esto se entiende que actúe a plena luz del día y no pretenda ocultarse, se siente incluso orgulloso de lo que ha realizado y culpa a la víctima de los hechos acaecidos. Pero la explicación a estas conductas no está en un trastorno mental: no existe trastorno en quien cree estar actuando de acuerdo a unas leyes no escritas que son consecuencia de su masculinidad.

38 LORENTE ACOSTA, M., "Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrata a la mujer", en *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, V Seminario de Estudios jurídicos y criminológicos, Universidad de Cádiz y Ayuntamiento de Jerez, 1999, p. 49.

Los modelos familiares y sociales que el proceso de socialización aún mantiene, así como el sistema jurídico, le presentan al maltratador una imagen subordinada de las mujeres y una imagen de poder de los varones. Los modelos, teorías y prácticas dominantes no proyectan en el inconsciente colectivo modelos de feminidad y de masculinidad igualitarios. No es posible mantener instituciones, prácticas y teorías que establecen y reproducen una posición subordinada de las mujeres y pensar que es posible reducir la violencia social contra las mujeres: es una contradicción en sus términos. Por consiguiente, la ley integral contra la violencia debe acompañarse de un análisis crítico que depure del ordenamiento jurídico todas aquellas instituciones, prácticas, conceptos y categorías que tras la neutralidad ocultan y reproducen posiciones subordinadas para las mujeres.

Se trata, en definitiva, de tomar conciencia de que existe una violencia imputable a sujetos concretos, que la ley integral debe regular y sancionar, coordinándose todas las vertientes normativas implicadas en el conflicto. Existe, además, una violencia difusa, estructural, que no es imputable a una conducta individual, pero que es causa última de la violencia subjetiva contra las mujeres. Esta violencia estructural, que está en la base de la violencia individual, no se resuelve con sanciones, sino desvelando la diferencia de poder y valor que la sociedad y el Derecho han otorgado a las mujeres y los hombres.

Si la feminidad y la masculinidad, que la cultura jurídica también ayuda a reproducir, imponen un estatuto personal diferenciado para mujeres y hombres que genera violencia, no basta con aplicar tipos penales para poner fin a esta situación, no basta con identificar al maltratador como un delincuente, no como un enfermo, es preciso además alterar las relaciones de poder social y familiar, para que en ellas tengan igual autoridad y *potestas* las mujeres y los hombres. En ningún otro tema jurídico se observa con más claridad la estrecha conexión que existe entre el poder y el Derecho como en estos supuestos.

Si el Derecho es un instrumento del poder, sólo podrán tener las mujeres garantizados todos y cada uno de sus derechos cuando también participen en el ejercicio del poder. Hay que transformar la naturaleza del poder, sustituyéndolo por un poder no excluyente. Y en este proceso de transformación las formas jurídicas han tenido y tienen, un peso específico relevante, tanto en su consideración estática como dinámica. En resumen, debemos producir transformaciones en el nivel abstracto y concreto del Derecho, en sus conceptos, categorías e instituciones, pero también generando cambios en la estructura política. Hay que actuar desde dentro y desde fuera: desde dentro de la jurisdicción, permitiendo una presencia paritaria de mujeres y hombres en todas las instancias judiciales en las que se conforma jurisprudencia y doctrina, pero también desde la ciencia jurídica, rompiendo el pensamiento único e incorporando las aportaciones jurídico-políticas del pensamiento feminista.

No es nada nuevo decir que el Derecho es violencia y poder, pero también es justicia. ¿Qué le otorga al Derecho legitimidad moral? ¿Qué le permite reducir a mínimos la violencia para ser un instrumento de resolución pacífica de conflictos y un elemento esencial para lograr la libertad y la igualdad de toda la ciudadanía? Si las instituciones, categorías y conceptos jurídicos están reflejando los intereses y necesidades de una parte del género humano, podemos afirmar que el derecho está violando su fin básico: la justicia. Está violando otorgar a cada uno y a cada una lo que le corresponde, lo que es lo suyo, en sociedad.

1.13. DEMANDAS DE LAS MUJERES ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Lo expuesto hasta ahora sobre el Derecho, el poder y la violencia de género nos ha permitido explicar las causas de la ineficacia o inaplicabilidad de las normas, así como poder analizar los límites de la racionalidad jurídica y de la racionalidad científica contenida en los saberes colaterales que actúan en la jurisdicción para determinar la responsabilidad, culpabilidad y peligrosidad del delincuente³⁹. Además, hemos expuesto que el objetivo último de la violencia de género no es la lesión o la amenaza, sino situar a la mujer en una situación de dominio y sumisión. Ahora se hace preciso dar un paso más y determinar qué es lo que las mujeres demandan de la Justicia en los supuestos de maltrato y si aquello que demandan es posible otorgárselo desde la jurisdicción.

Para comprender las exigencias de las mujeres ante la Administración de justicia, es importante que los operadores jurídicos conozcan el “síndrome de la mujer maltratada” y los factores que intervienen en la agresión. En la forma en que se lleva a cabo la agresión intervienen una multiplicidad de factores que oscilan desde la propia personalidad del agresor a la oportunidad de realizar determinadas conductas. Entender a la víctima exige conocer los mecanismos de producción de violencia por acción o por omisión⁴⁰. La utilización combinada de violencia física y psíquica, junto al aislamiento, explica por qué la víctima o minimiza la agresión

39 LORENTE ACOSTA, M., “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”, *Tratamiento penal de la violencia doméstica contra la mujer*, V, Seminario de Estudios jurídicos y criminológicos, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1999, pp. 60-61.

40 Nos estamos refiriendo a carencias afectivas, exponer a la víctima a peligros físicos y no advertirle o ayudarle a evitarlos, sobrecargarla con trabajos, hacerla pasar por torpe, descuidada, ignorante...La combinación de ambos mecanismos, hecho habitual en la violencia contra las mujeres, puede producir un daño por la repetición y prolongación en el tiempo, acompañadas estas conductas con bruscos cambios en el estado de ánimo del agresor, cuyas consecuencias psicológicas y físicas en las víctimas sólo son comparables a algunas torturas. La violencia contra las personas siempre supone un obstáculo y límite en el desarrollo de su potencialidad, pero existen algunas modalidades de violencia, como es el supuesto que analizamos, que destruye la dimensión social del sujeto, al hacerle perder confianza en sí misma y en los otros. Si pensamos que el sujeto es sobre todo un ser social, la violencia contra las mujeres destruye su propia subjetividad.

—mi marido me pega lo normal—, o trata de comprenderla. Esta dependencia psicológica conduce a la víctima a la indefensión y explica por qué no denuncia, no ratifica la denuncia, no se persona en el juicio o, por el contrario, reacciona con gran agresividad contra el agresor habitual. Es un error, como ya hemos expuesto, considerar la violencia contra la mujeres una forma más de la violencia común y cuando se lleva a cabo esta simplificación por desconocimiento se efectúa una incorrecta calificación de los hechos y en última instancia la ineficacia del sistema jurídico.

Desde los inicios de la lucha por la igualdad de derechos, que pretendía poner fin a siglos de servidumbre, las mujeres fueron conscientes de los límites y engaño que suponía distinguir el ámbito doméstico-familiar de los otros ámbitos de la vida humana. La denuncia de la violencia en el hogar y en el matrimonio es un tema presente ya en el siglo XVIII y en los documentos reivindicativos de las mujeres revolucionarias, en Francia, en 1789. Documentos en los que se denuncia la desigualdad y el sometimiento a la autoridad del marido. No es por consiguiente un problema reciente, ni un problema ante el cual sólo ahora contamos con los estudios y medios para afrontarlo. Esta situación de servidumbre y de dominio es pretendida y deseada. Y los escritos de denuncia han sido una y otra vez silenciados a lo largo de la historia.

La libertad de los modernos es una libertad que se construye conscientemente sobre la servidumbre de las mujeres, en lo privado, y la exclusión de la ciudadanía, en lo público. Lo que explica que nos encontremos ante una violencia **interclasi- ta, no resultado de la pobreza o de incultura**. Los estudios forenses realizados en los distintos países sostienen que el agresor no es un alcohólico, sin trabajo, incul- to..., que canaliza a través de la violencia su frustración. Se da esta explicación para no afrontar la realidad que hemos descrito y que nos lleva a sostener que nos encontramos ante **un problema social y político**. No es un problema de las muje- res, es un problema de toda la sociedad que debe ajustar sus estructuras e ins- trumentos para garantizar los derechos fundamentales de toda su ciudadanía a las exigencias de la igualdad. Se identifica la violencia contra las mujeres con el terrorismo para concienciar de la gravedad cualitativa y cuantitativa que supone la violencia de género.

Una vez presentadas las características que pormenorizan la violencia de género debemos responder a la siguiente cuestión: ¿qué demandan las mujeres maltrata- das del Derecho y del Poder Judicial? Las mujeres demandan protección y respo- to. Han situado en la jurisdicción la relación verdad-justicia-poder. Y esperan, por consiguiente, que la verdad conocida y oculta durante tanto tiempo, al salir a la luz, pueda imponer la justicia. Al tiempo que confían en la pena como restitución, como medida de sanción social y reprobación pública. El ilícito penal protege a las

mujeres de la violencia y las restituye en su posición social de sujeto con derechos y con garantía y protección real de los mismos. Puede decirse, en este sentido, que la **inaplicabilidad** de las normas jurídicas, que desvela el número reducido de sentencias en relación con el número de denuncias y el número de casos reales de violencia que el Ministerio del Interior y el Defensor del pueblo vienen mostrando en los últimos diez años, sitúa a la mujer en sociedad, como una “ciudadana de segunda” que tiene serias dificultades para ser tratada como un sujeto de igual valor y dignidad.

El valor del proceso y la aplicabilidad y obediencia de las normas se hace especialmente relevante en el contexto de los malos adolece tratos porque restituye a las mujeres como sujetos con derechos y porque aporta al sistema jurídico una legitimidad que sólo la obediencia puede proporcionar y de la que adolece en estos momentos.

Cuando desde los tribunales de justicia se minimiza o justifica el uso de la violencia⁴¹, como algo lógico y normal en una crisis de pareja o familiar, y se exculpa a quien la ejerce con el velo de la normalidad, se permite que queden impunes y sin sanción una serie de conductas violentas que atentan contra las personas en su integridad física y moral. No existe razón alguna para que esté justificado el empleo de la violencia. Hay que cambiar la percepción que se tiene de la violencia y de quienes la ejercen. Hay que desenmascarar las situaciones de aparente normalidad en el empleo de la violencia. La familia es una escuela muy importante en la que se aprende, o no, a valorar a todos los seres humanos por igual. La madre y el padre son los modelos femenino y masculino esenciales de referencia en la conformación de las identidades individuales. Si el modelo femenino es sometido, en este contexto, a un tratamiento vejatorio y se ejerce sobre él impunemente violencia, subestimando sus consecuencias, los futuros niños y niñas aprenderán e interiorizarán estas conductas y las reproducirán para resolver sus conflictos en el futuro.

No pueden existir dos modelos normativos, dos proyectos de vida, el público y el privado, ni dos naturalezas humanas con diferente valor y autoridad. No se puede quedar la justicia en la puerta de los hogares, como tampoco se queda ya en la puerta de las fábricas. La racionalización y el control que el Derecho impone, así como la protección y garantía de los derechos fundamentales para las personas en cualquier contexto o situación, son elementos esenciales e imprescindibles y éstos son los objetivos de la jurisdicción.

41 DURÁN I FEBRER, M^o., CAPÓ I PICORNELL, M., “Análisis de la jurisprudencia de las audiencias provinciales de Andalucía en material de separación”, *Los desafíos de la familia matrimonial. Estudio multidisciplinar en derecho de familia*, Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de presidencia, Sevilla, 2000, pp.213-268.

El derecho de cada persona a tener salvaguardada su integridad física y psíquica es un derecho tan básico que todos los demás quedan en papel mojado cuando éste no es suficientemente garantizado. El derecho a la integridad personal no se reduce en su ejercicio, ni en su garantía, porque se esté en el ámbito doméstico-familiar. Las relaciones afectivas y la intimidad no menoscaban la autoridad y la dignidad de ninguna persona. El derecho de toda persona a igual respeto y consideración, con independencia del sexo o edad, es esencial en todos los ámbitos de la vida, pero de un modo aún más especial en el ámbito doméstico-familiar, porque es en él en el que las mujeres y los hombres recibirán valoración y respeto, por primera vez, y aprenderán a resolver los conflictos intersubjetivos sin violencia. No es posible construir una ciudadanía libre e igual, imprescindible en un Estado democrático, si construimos subjetividades jerarquizadas e impuestas violentamente.

1.14. UN MODELO DE JUEZ: EL JUEZ HERMENÉUTICO Y ANALÍTICO

Finalmente, he considerado importante reflexionar sobre el modelo de juez que estaría en mejores condiciones, para hacer un uso crítico de su propia razón y superar los límites que los prejuicios y los estereotipos podrían imponerle para afrontar correctamente el tema de la violencia contra las mujeres. Para esbozar una opinión, es preciso analizar los dos paradigmas que están hoy presentes en el modelo de judicatura que exige una sociedad democrática: nos estamos refiriendo al modelo hermenéutico y al modelo analítico. Para los hermenéuticos, el Derecho no se agota en la normas dictadas por el legislador e interpretadas por jueces y tribunales, el Derecho es una práctica social compleja en la que junto a las normas actúan las teorías y las prácticas sociales y jurídicas. La objetividad en la interpretación vendría dada por la precomprensión, esto es, el conjunto de experiencias y conocimiento con el que el intérprete se acerca a calificar los hechos y a extraer los significados de las normas generales. La interpretación sería, pues, una actividad circular, en la que se producen una serie de interacciones: entre la precomprensión y el texto, entre la parte y el todo, entre la norma y el hecho. La interpretación tiene desde esta posición un carácter holístico (global) y dialéctico (interactivo). Para que este acto de comprensión que supone la interpretación se efectúe, no puede existir oposición o distancia entre el sujeto y el objeto, no se puede adoptar por parte del intérprete un punto de vista externo. No cabe desde la teoría hermenéutica esa posición, porque el sujeto-aplicador e intérprete del Derecho está sometido también y conformado por la realidad fáctica y normativa. Por este motivo, el conocimiento jurídico, en tanto conocimiento valorativo que es, sintetiza conocimiento y praxis o acción⁴².

42 ATIENZA RODRÍGUEZ, M., "Hermenéutica y filosofía analítica en la interpretación del derecho", *La experiencia jurisdiccional: del estado legislativo de derecho al estado constitucional de derecho*, Cuadernos de derecho judicial, Centro de Documentación judicial, Madrid, 1999, pp.126-127.

Para los analíticos, por el contrario, lo importante es el lenguaje jurídico. El lenguaje jurídico entendido como una guía para la acción y un instrumento que influye en la vida de todos, al construir la idea de un mundo común, de una vida común. El derecho es definido como una práctica social, una práctica interpretativa en la que es posible entenderse y comprenderse, es decir, que permite la comunicación para la vida social. Considera la filosofía analítica que los enunciados normativos y las proposiciones normativas son las unidades del Derecho. La norma general no sería vista como una proposición o como un hecho, sino como un argumento, como razones que pueden captarse en el interior de los contextos discursivos y que los dotan de existencia y operatividad. Por consiguiente, la interpretación es la actividad dirigida a atribuir significado a los enunciados, al contrario que para el hermenéutico, para quien la práctica interpretativa es en sí una función interpretativa del Derecho en su globalidad⁴³.

El problema que deseamos resolver se complica todavía más si tomamos en consideración la distinción que Guastini introduce entre las teorías interpretativas. Una distinción que le lleva a diferenciar entre teorías cognoscitivas o formalistas, escépticas e intermedias. Las primeras sostienen que la interpretación es una cuestión de conocimiento, en la que hay que descubrir el significado objetivo de un texto o la voluntad subjetiva del legislador. Desde esta posición no hay margen para la discrecionalidad. Para las teorías escépticas, entre las que se encuentra el realismo, la interpretación es una cuestión de valoración y de decisión. Los enunciados jurídicos no son ni verdaderos ni falsos, son definiciones lexicográficas, guías para la decisión. Las normas jurídicas son, desde esta posición teórica, el resultado de la interpretación: las decisiones jurídicas. Las teorías intermedias distinguen entre casos fáciles y difíciles. En los casos difíciles lo que existe es una decisión, no se está descubriendo ningún enunciado, y en los casos fáciles se hace una interpretación regular ajustada al precedente, aunque siempre existe un margen para la decisión.

A la vista de todo lo expuesto, considero que es posible defender un modelo de juez hermenéutico y analítico. Decíamos al comienzo de este artículo, que el intérprete del Derecho es un sujeto cognoscente y un sujeto político. Ambas funciones son inseparables; por consiguiente, se le exige que valore, comprenda y sepa. Para afrontar esta complejidad necesita de la información y perspectiva que le proporciona la hermenéutica, el punto de vista interno, y de las aportaciones y precisiones conceptuales y lógicas que le aporta para la comunicación en concretos ámbitos normativos la perspectiva analítica. En toda interpretación se puede separar una vertiente teórica, de carácter moral y política, y una vertiente técnica, en la que se hace imprescindible resolver problemas semánticos y de significado. Ambas vertientes son imprescindibles para realizar una correcta interpreta-

43 *Ibíd.*, p.128-129.

ción de las normas que regulan los malos tratos contra las mujeres. Buscar el equilibrio para alcanzar la decisión más correcta y la mejor norma particular no siempre es fácil.

Aunque los operadores jurídicos, especialmente algunos jueces y dogmáticos se niegan a aceptar que la interpretación exige asumir una determinada teoría moral (en los casos fáciles, la que está presente en los criterios de derecho positivo y en los casos difíciles, la que se ajusta a la justicia constitucional), hay que aceptar, guste, o no, que se está interpretando, esto es, que no existe la interpretación mecánica o lógica como creía el positivismo del siglo pasado. La función judicial es incompatible con el escepticismo moral y exige un Poder Judicial activo con los valores y modelos morales contenidos en la legislación ordinaria y en la Constitución.

Si no se pudiera discutir de valores y rechazáramos este debate como irracional, tampoco cabría el razonamiento justificativo que supone la norma particular, ni la exposición de las razones que conducen a la decisión sobre las que se sostiene la propia argumentación jurídica. El acto mismo de interpretar lleva implícita una pretensión de corrección y el esfuerzo por alcanzar la mejor respuesta posible para el supuesto llamado a resolver. Y esto impone comprender, además de saber⁴⁴. En toda interpretación existe un elemento de autoridad y un elemento valorativo. El primero está limitado por los materiales jurídicos que se derivan de la regla de reconocimiento; el segundo es el que permite responder a la pregunta sobre el para qué interpretar. Pero lo que no se dice es que detrás de todas estas formas de explicar en qué consiste la interpretación existe implícito un modelo de lo que es una buena jueza o juez⁴⁵.

La imparcialidad del intérprete y su independencia no viene dada por adoptar una posición externa respecto a la realidad, por situarse en una posición de neutralidad. No cabe neutralidad cuando, como hemos dicho, existe valoración. Además, la neutralidad es ya una posición ideológica, aquella que no cuestiona el orden establecido y mantiene el *status quo*. Una situación que si la trasladáramos a los supuestos de violencia contra las mujeres supondría mantener el desequilibrio entre la norma y la realidad. La independencia y la imparcialidad vienen estable-

44 *Ibid.*, p. 136.

45 Así, desde las teorías más radicales entre las que cabe mencionar la *Critical Legal Studies* o el *feminist jurisprudence*, se defiende que el juez no debe decidir conforme a normas generales y abstractas, sino conforme a opciones políticas que implican la exteriorización de posiciones ideológicas. Debería asumir la posición de la parte más débil o discriminada, y, por tanto, atenerse a las peculiaridades de los casos concretos para obtener la mejor protección posible de los derechos. Esto supondría en los supuestos de violencia contra las mujeres que no se debe presuponer que todos los sujetos se encuentran en iguales condiciones ante la ley, sino que la igualdad es el objetivo jurídico a conseguir cuando se elabora la norma particular.

cidas y determinadas por el procedimiento, son exigencias institucionales, no son cualidades personales.

La actitud mental que debe estar en todo momento presente en el acto de interpretación y aplicación del Derecho es lograr la solución más correcta. Esta solución se alcanza cuando se califican adecuadamente los hechos, conocida con objetividad la realidad y la naturaleza del conflicto, y se captan los significados del estándar general, con respecto a los cuales se ha de construir la norma particular.

Tampoco se debe caer en el error de confundir la objetividad con la neutralidad, ni la imparcialidad con la neutralidad. No cabe neutralidad cuando han de aplicarse en la jurisdicción los modelos y valores contenidos en las normas. Y la imparcialidad no es posible porque, como hemos anteriormente expuesto, el intérprete no ésta al margen de la realidad sobre la que decide y actúa resultado de la precomprensión, ni de los contenidos normativos; está sometido a las mismas exigencias normativas y a las mismas pautas de socialización. Ni el contenido normativo, ni el sujeto que conoce, ni la realidad social sobre la que actúa la decisión judicial son realidades neutras. Pero la falta de neutralidad, esto es, la existencia de valores, no significa que el intérprete no esté preocupado por adquirir el máximo de objetividad, esto es, un conocimiento lo más aproximado posible en exactitud a la realidad del conflicto sobre el que debe decidir. Por consiguiente, no cabe revestir de neutralidad lo que no lo es, ni cabe mayor falta de objetividad que la de presuponer que la existencia de normas iguales produce, sin más, igualdad entre los sujetos sobre los que las normas actúan. Ser en todo momento consciente de que la igualdad es un valor, un objetivo del Derecho, no una realidad, y aceptar que no siempre la indiferenciación es sinónimo de no discriminación, son presupuestos esenciales en la jurisdicción. No existe mayor injusticia que la resultante de tratar de forma igual a los desiguales. No tomar en cuenta la violencia de género que sufren las mujeres y menores, presuponiendo una igualdad social entre hombres y mujeres que no existe, es un grave error en el intérprete y aplicador del Derecho. La posición adecuada por parte del intérprete es aquella posición comprometida con la justicia, esto es, con los valores constitucionales, y con la legalidad en el esfuerzo por alcanzar la mejor solución para el caso concreto.