



UNIVERSIDAD DE MÁLAGA

# **EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA**

**EL NECESARIO TRÁNSITO HACIA UNA LEY NO EXCLUYENTE QUE  
PROTEJA Y PERSIGA POR IGUAL A LOS HOMBRES Y A LAS  
MUJERES HETEROSEXUALES Y A LAS PERSONAS LGTBIQ+ Y QUE  
SUPERE EL MODELO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE  
ACTUACIÓN OBLIGATORIA**

**TESIS DOCTORAL**

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE MÁLAGA  
PROGRAMA DE DOCTORADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: PENAL, CRIMINOLOGÍA, PROCESAL Y  
DE DERECHOS FUNDAMENTALES**


**DOCTORANDO: FRANCESC PÉREZ TORTOSA  
DIRECTORA: PROFA. DRA. MARÍA LETICIA FONTESTAD PORTALÉS**





UNIVERSIDAD  
DE MÁLAGA

AUTOR: Francesc Pérez Tortosa

 <https://orcid.org/0000-0002-2078-9438>

EDITA: Publicaciones y Divulgación Científica. Universidad de Málaga



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

Cualquier parte de esta obra se puede reproducir sin autorización pero con el reconocimiento y atribución de los autores.

No se puede hacer uso comercial de la obra y no se puede alterar, transformar o hacer obras derivadas.

Esta Tesis Doctoral está depositada en el Repositorio Institucional de la Universidad de Málaga (RIUMA): [riuma.uma.es](http://riuma.uma.es)



### **TÍTULO EN ESPAÑOL:**

El enjuiciamiento de la violencia en la pareja íntima: el necesario tránsito hacia una ley no excluyente que proteja y persiga por igual a los hombres y a las mujeres heterosexuales y a las personas LGTBIQ+ y que supere el modelo de las políticas públicas de actuación obligatoria

### **PALABRAS CLAVE (CLASIFICACIÓN DE LA UNESCO):**

560401 – Derecho Procesal

560505 – Derecho Penal

631001 – Criminalidad

---

### **TÍTULO EM PORTUGUÊS:**

O ajuizamento da violência do parceiro íntimo: a necessária transição para uma lei não excludente, que proteja e processe homens e mulheres heterossexuais e pessoas LGTBIQ+ igualmente, para além do modelo de políticas públicas de ação obrigatória

### **PALAVRAS-CHAVE (CLASSIFICAÇÃO DA UNESCO):**

560401 – Direito Processual

560505 – Direito Penal

631001 – Criminalidade



## DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y ORIGINALIDAD DE LA TESIS PRESENTADA PARA OBTENER EL TÍTULO DE DOCTOR

D. FRANCESC PÉREZ TORTOSA, estudiante del programa de doctorado en CIENCIAS SOCIALES Y JURÍDICAS de la Universidad de Málaga, autor de la tesis, presentada para la obtención del título de doctor por la Universidad de Málaga, titulada: EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA: EL NECESARIO TRÁNSITO HACIA UNA LEY NO EXCLUYENTE QUE PROTEJA Y PERSIGA POR IGUAL A LOS HOMBRES Y A LAS MUJERES HETEROSEXUALES Y A LAS PERSONAS LGTBIQ+ Y QUE SUPERE EL MODELO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA, realizada bajo la tutorización y dirección de la DRA. DÑA. MARÍA LETICIA FONTESTAD PORTALÉS.

DECLARO QUE:

La tesis presentada es una obra original que no infringe los derechos de propiedad intelectual ni los derechos de propiedad industrial u otros, conforme al ordenamiento jurídico vigente (Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia), modificado por la Ley 2/2019, de 1 de marzo.

Igualmente asumo, ante a la Universidad de Málaga y ante cualquier otra instancia, la responsabilidad que pudiera derivarse en caso de plagio de contenidos en la tesis presentada, conforme al ordenamiento jurídico vigente.

En Málaga, a 16 de julio de 2021.

Fdo.: FRANCESC PÉREZ TORTOSA  
Doctorando

Fdo.: MARÍA LETICIA FONTESTAD PORTALÉS  
Tutora y Directora de tesis





## AUTORIZACIÓN PARA LA DEFENSA DE TESIS DOCTORAL

DÑA. MARÍA LETICIA FONTESTAD PORTALÉS, profesora titular de Derecho Procesal de la Universidad de Málaga,

HAGO CONSTAR QUE:

Don FRANCESC PÉREZ TORTOSA ha realizado en el área de Derecho Procesal del Departamento de Ciencia Política, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal de la Universidad de Málaga, bajo mi tutela y dirección, la tesis doctoral titulada: EL ENJUICIAMIENTO DE LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA: EL NECESARIO TRÁNSITO HACIA UNA LEY NO EXCLUYENTE QUE PROTEJA Y PERSIGA POR IGUAL A LOS HOMBRES Y A LAS MUJERES HETEROSEXUALES Y A LAS PERSONAS LGTBIQ+ Y QUE SUPERE EL MODELO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA.

Una vez revisado el citado trabajo, autorizo la defensa de la tesis doctoral en la Universidad de Málaga.

En Málaga, a 16 de julio de 2021.

Fdo.: MARÍA LETICIA FONTESTAD PORTALÉS  
Tutora y Directora de tesis



*A Dios,  
que me dio una cabeza para pensar  
y un corazón para amar.*

*A Maché,  
por su confianza y por su aliento.*

*A mis padres,  
por su generosidad.*

*A Jose y a Quino,  
por su ejemplo.*

*A mis hermanas,  
por su compromiso.*

*A Noelia, a Luisa, y a Javier  
y María Teresa,  
por su amistad.*

*Al profesor Vicente Gimeno (†),  
in memoriam.*

*Eres feminista si crees que (1) los hombres son privilegiados en relación con las mujeres, (2) eso no está bien y (3) vas a hacer algo al respecto, aunque sea solo en tu vida personal.*

Michael P. Johnson

*Si me lo concedéis, sigo mi relación  
de dichos y de hechos, con todo el corazón;  
no hay quien no yerre en cuento de larga duración,  
el oyente cortés tenga presto el perdón.*

Arcipreste de Hita, *Libro de buen amor*  
Copla 949



# TABLA DE CONTENIDOS

NOTAS PREVIAS .....	XXI
AGRADECIMIENTOS .....	XXIII
SISTEMA DE CITAS .....	XXV
ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS.....	XXVII
RESUMEN ( <i>ESPAÑOL</i> ) .....	XXXI
RESUMO ( <i>PORTUGUÊS</i> ) .....	XLVII
INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA TESIS DOCTORAL .....	LXIII

## PARTE PRIMERA

### LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA Y LA INAPLAZABLE REFORMULACIÓN DE LA ACTUAL POLÍTICA LEGISLATIVA

#### CAPÍTULO I

##### LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA: FENÓMENO DELINCUENCIAL QUE AFECTA A LOS DERECHOS HUMANOS Y MÁS AMPLIO E IGUALMENTE PREVALENTE QUE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA PAREJA ÍNTIMA HETEROSEXUAL

Introducción .....	3
1. Aproximación al concepto de violencia.....	5
1.1. La problemática definición del término violencia .....	6
1.2. Violencia directa, violencia estructural y violencia cultural: el triángulo de la violencia de Galtung .....	9
1.3. Dos planos en la violencia intersubjetiva: la violencia de dominación y la violencia común.....	15
2. La violencia de dominación y cultural en los instrumentos internacionales de derechos humanos .....	17

2.1. Los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos.....	17
2.1.1. La defensa de los derechos humanos de las mujeres.....	18
2.1.2. La defensa de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+.....	24
2.2. El deber de Debida Diligencia de los Estados en la defensa de los derechos humanos.....	27
2.2.1. El estándar de Debida Diligencia respecto de la violencia sobre las mujeres .....	29
2.2.2. La situación en España: especial referencia a la STS de 17 de julio de 2018 y a la SAN de 30 de septiembre de 2020.....	32
3. La violencia de dominación y la violencia común en la pareja íntima .....	43
3.1. La violencia en la pareja íntima: un escenario para dos realidades .....	43
3.1.1. Los datos estadísticos que verifican la existencia de las dos modalidades de violencia y de la violencia bidireccionalidad en la pareja íntima .....	46
3.1.2. La perspectiva de género y la pretendida e inexistente «ceguera de género» como argumentos para desvirtuar la realidad .....	55
3.2. Las tácticas de poder y control (modelo Duluth).....	63
3.2.1. El ciclo de la violencia de dominación y su incidencia en el proceso judicial.....	68
Reflexión final .....	70

## CAPÍTULO II

### LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN Y DE VIGENCIA DE LA ACTUAL POLÍTICA LEGISLATIVA

Introducción .....	71
1. El denominado feminismo radical como elemento propulsor de la actual política legislativa .....	74
1.1. Antecedentes: la primera ola del feminismo o feminismo moderno .....	75
1.2. El feminismo de segunda ola o feminismo contemporáneo .....	80
1.2.1. El concepto de género.....	92
1.2.1.1. El género como dimensión sicosocial .....	94
1.2.1.2. La delimitación del concepto por el feminismo de la segunda ola.....	96
1.2.2. La teoría jurídica del feminismo de la segunda ola .....	104
1.2.2.1. La teoría de la diferencia a través de la interpretación a Gilligan: el feminismo cultural.....	105
1.2.2.2. La teoría jurídica feminista de MacKinnon: el feminismo radical.....	112
1.2.3. Precedentes inspiradores de la actual política legislativa en EEUU: las ‘mandatory policies’ .....	114
1.2.3.1. Mandatory arrest: Detención obligatoria del agresor .....	115

1.2.3.2.	No-drop policies: Obligación del fiscal de acusar aun cuando la víctima no participa en el proceso .....	118
1.2.3.3.	Protection order: Orden de protección solicitada por terceras personas ajenas a la víctima e imposición obligatoria del alejamiento .....	120
1.2.3.4.	Mandatory reporting: obligación de los servicios sanitarios de denunciar aun sin el consentimiento de la víctima .....	121
2.	Principios rectores de la actual política legislativa derivados de las doctrinas del feminismo radical .....	122
2.1.	Ámbito de aplicación restringido a la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	127
2.1.1.	El concepto de ‘violencia de género’ en la LOVG.....	130
2.2.	Recurso preferente al Derecho penal .....	131
2.2.1.	Evolución de la normativa penal: movimiento pendular.....	136
2.2.1.1.	Las primeras y tímidas reformas: 1989-1999.....	139
2.2.1.2.	La gran reforma de 2003 .....	142
2.2.1.3.	El Derecho penal desigual de la LOVG: 2004.....	146
2.2.1.4.	La irrupción de la agravante de género: 2015 .....	149
2.3.	La violencia en la pareja íntima heterosexual como fenómeno estereotipado .....	153
2.3.1.	El hecho delictivo como acción estereotipada: el pretendido mayor desvalor .....	153
2.3.2.	La mujer heterosexual-víctima como sujeto estereotipado: el paternalismo del Estado.....	166
2.3.3.	El hombre heterosexual-victimario como sujeto estereotipado: el derecho penal del enemigo (agravado).....	175
2.3.3.1.	El derecho penal del enemigo .....	176
2.3.3.2.	Manifestaciones del derecho penal del enemigo en el ordenamiento español: especial referencia al terrorismo .....	183
2.3.3.3.	El reconocimiento por el TC del artículo 153.1 CP como derecho penal del enemigo .....	189
3.	La pérdida del sustrato ideológico de la actual política legislativa y la renuncia del legislador español a abandonar las políticas públicas de actuación obligatoria .....	193
3.1.	Fundamentos que explican la pérdida de vigencia de la actual política legislativa.....	193
3.1.1.	El feminismo de la tercera ola .....	194
3.1.1.1.	Sexo y género como construcción social: la Teoría queer .....	200
3.1.2.	El aislacionismo internacional de la normativa española.....	207
3.1.2.1.	El convenio de Estambul.....	207
3.1.2.2.	Una persecución penal sin parangón en el derecho comparado .....	211

3.1.3. La ineficacia de la norma.....	214
3.2. El Pacto de Estado contra la violencia de género como manifestación del sostenella y no enmendalla .....	220
3.2.1. El proceso de elaboración del Pacto de Estado .....	221
3.2.2. Referencia a las principales medidas de carácter penal y procesal.....	224
3.2.2.1. Medidas que afectan a la autonomía de la víctima: especial referencia a la ampliación de los títulos para la acreditación de la condición de víctima .....	225
3.2.2.2. Medidas de carácter penal sustantivo.....	227
3.2.2.3. Medidas de carácter procesal .....	228
3.2.3. Valoración crítica .....	228
Reflexión final .....	229

## PARTE SEGUNDA

### MANIFESTACIONES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN EL DERECHO PROCESAL

#### CAPÍTULO III

#### LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: LA AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA Y LA ACCIÓN POPULAR

Introducción.....	233
1. La legitimación de los particulares para el ejercicio de la acción penal .....	236
1.1. La acción penal como «ius ut procedatur» incardinado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.....	239
1.1.1. El canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de violencia doméstica .....	242
2. La acción popular.....	247
2.1. La acción popular y los derechos fundamentales .....	251
2.1.1. La acción popular como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.....	252
2.1.2. La acción popular como derecho de configuración legal.....	255
2.2. Ámbito objetivo y subjetivo de la acción popular .....	259
2.2.1. Delitos en los que puede personarse la acción popular .....	260
2.2.2. Sujetos legitimados para el ejercicio de la acción popular.....	261
2.2.2.1. Personas físicas .....	261
2.2.2.2. Personas jurídicas.....	266
2.2.2.3. Personas jurídico-públicas.....	267
2.3. Propuestas de reforma de la acción popular (de lege ferenda) .....	269

3. La irrelevancia de la voluntad de la víctima en la personación de las personas jurídico-públicas como acción popular en los procesos por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	276
3.1. El ejercicio de la acción popular por la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer .....	279
3.2. Regulación normativa que legitima ejercicio de la acción popular por las Comunidades Autónomas: especial referencia a la autonomía de la víctima .....	281
4. La inaceptable personación de las personas jurídicas y de las jurídico-públicas como acusación particular en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	288
Reflexión final .....	291

#### CAPÍTULO IV

#### **LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL: LA AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR**

Introducción .....	293
1. La dispensa de la obligación de declarar .....	298
1.1. Fundamentos .....	299
1.2. Naturaleza jurídica .....	307
2. La dispensa del deber de declarar de la testigo-víctima en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	309
2.1. El origen de la discusión: las dificultades para acreditar hechos de violencia en la pareja íntima y en la violencia doméstica .....	310
2.2. Ámbito subjetivo de aplicación de la dispensa .....	313
2.3. El deber de la policía y del órgano jurisdiccional de informar al testigo-pariente del derecho a no declarar .....	317
3. Las manifestaciones de la búsqueda de la condena sin tener en cuenta la autonomía de la víctima .....	320
3.1. La pretendida utilización de las declaraciones sumariales como alternativa al ejercicio de la dispensa por la testigo-víctima .....	322
3.2. La limitación del derecho a la dispensa de la testigo-víctima .....	324
4. De lege ferenda: el control judicial de la dispensa en virtud de pericia.....	330
Reflexión final .....	331

PARTE TERCERA  
**MANIFESTACIONES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN EL  
DERECHO PARAPROCESAL**

CAPÍTULO V  
**LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LOS SISTEMAS  
AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LA AUTONOMÍA DE LA  
VÍCTIMA Y LA MEDIACIÓN**

Introducción .....	335
1. Medios de resolución de controversias .....	339
1.1. Autotutela.....	341
1.2. Autocomposición .....	345
1.2.1. El principio de igualdad entre las partes como elemento esencial de los métodos autocompositivos .....	346
1.2.2. Sistemas autocompositivos de resolución de controversias .....	348
1.2.2.1. La negociación .....	349
1.2.2.2. La conciliación .....	350
1.2.2.3. La mediación .....	351
1.3. Heterocomposición .....	353
1.3.1. Sistemas heterocompositivos de resolución de controversias .....	353
1.3.1.1. El proceso .....	354
1.3.1.2. El arbitraje .....	355
2. Las Alternative Dispute Resolution (ADR) .....	357
2.1. Diferencias entre las ADR y la jurisdicción .....	360
3. La mediación penal .....	369
3.1. Las ADR en el enjuiciamiento penal: la justicia restaurativa .....	370
3.1.1. Objetivos y ventajas de la justicia restaurativa.....	373
3.1.2. Función complementaria de la justicia restaurativa al ius puniendi del Estado .....	376
3.1.3. Diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva.....	379
3.2. La mediación penal: manifestación de la justifica restaurativa .....	380
3.2.1. Fines de la mediación penal.....	381
3.2.2. Regulación normativa de la mediación penal en España .....	382
4. La prohibición de mediación en supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	387
4.1. Ámbito de la prohibición .....	388
4.1.1. Ámbito objetivo: materias civiles y penales.....	389
4.1.2. Ámbito delictual: todos los asuntos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual .....	390

4.1.3. Ámbito de los procedimientos de justicia restaurativa: prohibición circunscrita a la mediación.....	391
4.1.4. Ámbito procedimental: todas las fases del proceso.....	391
4.2. Fundamento paternalista de la prohibición y propuesta de lege ferenda.....	393
Reflexión final .....	395
CONCLUSIONES ( <i>ESPAÑOL</i> ) .....	397
CONCLUSÕES ( <i>PORTUGUÊS</i> ).....	403
BIBLIOGRAFÍA CITADA.....	409

## NOTAS PREVIAS

Primera: Esta tesis doctoral ha sido realizada a lo largo de dos períodos. El primero, durante los cursos académicos 2009/2010 a 2014/2015 en el ámbito del Programa de Doctorado en Derecho, Política y Justicia de la Universidad Miguel Hernández de Elche conforme a las disposiciones del RD 778/1998, de 30 de abril, por el que se regula el tercer ciclo de estudios universitarios, la obtención y expedición del título de Doctor y otros estudios de postgrado, bajo la tutela de la profesora Dra. Olga Fuentes Soriano; y, posteriormente, desde el curso 2017/2018, en el Programa de Doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Málaga de acuerdo con las normas establecidas en el RD 99/2011, de 28 de enero, por el que se regulan las enseñanzas oficiales de doctorado, bajo la tutela y la dirección de la profesora Dra. María Leticia Fontestad Portalés.

Segunda: La investigación que ha dado origen a la presente tesis doctoral ha sido elaborada parcialmente con la siguiente financiación pública, obtenida en régimen de concurrencia competitiva:

- Beca para la Formación de Personal Investigador de carácter predoctoral (FPI) de la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana (*abril – julio de 2009*).

- Ayuda para Beca y Contrato del Programa de Formación del Profesorado Universitario (FPU) del Ministerio de Educación del Gobierno de España (*agosto de 2009 – marzo de 2013*).

- Ayuda para estancia breve en España y en el extranjero a personal investigador en formación del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación (*septiembre – diciembre de 2010*).



- Ayuda para estancia breve en España y en el extranjero a personal investigador en formación del Programa Nacional de Formación de Profesorado Universitario del Ministerio de Educación (*septiembre – diciembre de 2011*).

- Proyecto de investigación n.º SEJ200760385 [Hacia una nueva Justicia penal] financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España. Investigador principal: José María Asencio Mellado (*abril de 2009 – septiembre de 2010*).

- Proyecto de investigación n.º DER2010-16780 [La modernización de la Administración de Justicia] financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación del Gobierno de España. Investigador principal: José María Asencio Mellado (*enero de 2011 – julio de 2014*).

Tercera: La presente tesis doctoral está orientada a la obtención del grado de Doctor con mención internacional. Conforme al artículo 22 del Reglamento de los Estudios de Doctorado de la Universidad de Málaga, aprobado en el Consejo de Gobierno de la Universidad de Málaga de 9 de Octubre de 2012, con las modificaciones aprobadas en los Consejos de Gobierno de la Universidad de Málaga de 19 de Julio de 2013, de 19 de Junio de 2014, de 13 de Mayo de 2015 y de 27 de junio de 2016, el resumen (de una extensión no inferior a 5.000 palabras) y las conclusiones están redactadas, además de en español, en una de las lenguas habituales para la comunicación científica en el campo de conocimiento de Derecho, distinta a cualquiera de las lenguas oficiales en España, en este caso, en portugués.

## AGRADECIMIENTOS

- A la profesora María Leticia Fontestad Portalés, por su incansable trabajo de lectura y revisión de la presente tesis doctoral, por todas las sugerencias, enmiendas y aportaciones a este trabajo, y por su constante estímulo científico, académico y personal.

- A la profesora Olga Fuentes Soriano, por todas sus enseñanzas científicas y académicas, y por su dedicación durante el tiempo en el que tuteló la investigación para esta tesis doctoral.

- Al profesor Mariano Menna, por recibirme como investigador invitado en el *Dipartimento di Giurisprudenza* de la *Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli* de *Santa Maria Capua Vetere* (Italia), así como a la profesora Mena Minafra, por toda su ayuda y todas sus atenciones durante esa estancia de investigación.

- Al profesor Walter Perron, por recibirme como investigador invitado en el *Institut für Strafrecht und Strafprozessrecht (Abteilung 3: Deutsches und Ausländisches Strafrecht und Strafprozessrecht)* de la *Albert-Ludwigs-Universität Freiburg* (Alemania), y por su aval para acceder a los fondos bibliográficos del *Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law* de la misma ciudad.

- A los profesores José María Asencio Mellado y Mercedes Fernández López, por sus avales para acceder a los fondos bibliográficos de la Universidad de Alicante.

- Al profesor Juan Antonio Robles Garzón, por su aval para acceder a los fondos bibliográficos de la Universidad de Málaga con anterioridad a mi incorporación como profesor a la citada universidad.

- Al magistrado Juan José Navas Blánquez y a los letrados y profesores Salvador Guerrero Palomares y Mauricio Bueno Jiménez, por sus aportaciones y por todas las dudas resueltas.

- A los profesores Joaquín Fernández-Crehuet Navajas y Fernando de la Torre Fazio, por su incesante impulso y su constante ánimo.

- A Paulo Ramón Suárez Xavier, por su ayuda.

- Al profesorado del área de Derecho Procesal del departamento de Ciencia Política, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal de la Universidad de Málaga, y del departamento de Ciencia Jurídica de la Universidad Miguel Hernández de Elche, así como al equipo de investigadores de los proyectos *Hacia una nueva Justicia penal* y *La modernización de la Administración de Justicia*, por compartir conmigo sus experiencias y enseñanzas.

A todos, además, por su amistad pasada, presente y futura.

## SISTEMA DE CITAS

Referencias bibliográficas: Las referencias bibliográficas utilizadas en la presente tesis doctoral son citadas utilizando, con mínimas variaciones, la *Norma UNE-ISO 690:2013 Información y documentación. Directrices para la redacción de referencias bibliográficas y de citas de recursos de información*, traducción de la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR) de la norma *ISO 690:2010 Information and documentation - Guidelines for bibliographic references and citations to information resources* de la *International Standardization Organization (ISO)*.

Así, las citas se incluyen a pie de página con indicación, para la primera cita, de los apellidos e inicial del nombre del autor o autores (en versalita); el título del artículo o capítulo, en su caso (entre comillas latinas); el título del libro o revista (en cursiva); la editorial, el número de edición, en su caso; la ciudad de publicación, en su caso; la fecha de publicación; páginas, en su caso; y página/s de la cita. Para el supuesto de que se trate de una publicación alojada en una página web, se incluye la dirección web (con enlace) y se indica la fecha del último acceso.

Para las segundas y ulteriores citas de una misma publicación, se indican los apellidos e inicial del nombre del autor o autores (en versalita); título del artículo o capítulo abreviado, en su caso (entre comillas latinas); o título del libro abreviado, en su caso (en cursiva); *óp. cit.*; y página/s de la cita.

Al final de la memoria se presenta una lista de bibliografía citada, por orden alfabético del apellido de los autores referenciados. Si se cita más de un trabajo del mismo autor, se ordenan por fecha de publicación, de más a menos reciente.

Resoluciones judiciales: Las resoluciones judiciales son citadas incluyendo el acrónimo del órgano jurisdiccional y, en su caso, la Sala o Sección; el número de

resolución, en su caso; la fecha de la resolución; el ECLI, en su caso; las partes, en su caso; el/la juez/a o magistrado/a ponente, en su caso; y el número del FD/FJ/RJ de la resolución en la que se encuentra la cita.

Las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales españoles están enlazadas a la página web de la base de datos del Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ). El resto, a las bases de datos públicas de los órganos jurisdiccionales, como la del TEDH o la de la CIDH.

Generalidades: Los textos citados de forma literal conservan la tipografía original respecto del uso de la cursiva, negrita, versalita, etc.

Los enlaces a páginas web y los vínculos a páginas de la tesis aparecen subrayados y en el mismo color de fuente.

Las traducciones literales han sido realizadas por el doctorando, salvo cuando se ha utilizado bibliografía traducida anteriormente, en cuyo caso, se hace constar a quién se debe la traducción en la cita bibliográfica (entre paréntesis, después del nombre del autor).

## ACRÓNIMOS Y ABREVIATURAS

AAP	Auto Audiencia Provincial
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
ALECRIM2020	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020
ATS	Auto del Tribunal Supremo
c.	contra
C	Considerando ( <i>de una resolución judicial</i> )
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades autónomas
CE	Constitución Española
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (por el inglés: <i>Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women</i> )
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
<i>Cfr.</i>	<i>cónfer</i> ( <i>lat.: 'compara'; equivale a: compárese</i> )
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
coord. – coords.	coordinador/coordinadora – coordinadores/coordinadoras
comp. – comps.	compilador/compiladora – compiladores/compiladoras
CP	Código Penal
DA	Disposición adicional ( <i>de una ley</i> )
DF	Disposición final ( <i>de una ley</i> )
D.F.	Distrito Federal
dir. – dirs.	director/directora – directores/directoras
ECLI	Identificador europeo de jurisprudencia (por el inglés: <i>European Case Law Identifier</i> )
ed.	edición
edit. – edits.	editor/editora – editores/editoras

FD	Fundamento/s de Derecho ( <i>de una resolución judicial</i> )
FJ	Fundamento/s jurídico/s ( <i>de una resolución judicial</i> )
<i>ibíd.</i>	<i>ibídem</i> (lat.: ‘en el mismo lugar’; <i>equivale a: en la misma referencia anterior, pero en la distinta página/fundamento de derecho</i> )
<i>íd.</i>	<i>ídem</i> (lat.: ‘el mismo, lo mismo’; <i>equivale a: en la misma página/fundamento de derecho de la cita anterior</i> )
JVM	Juzgado/s de Violencia sobre la Mujer
LA	Ley de Arbitraje
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LEVD	Ley del Estatuto de la víctima del delito
LGTBIQ+	Designación colectiva de personas lesbianas (L), gais (G), transexuales (T), bisexuales (B), intersexuales (I) [personas nacidas con rasgos difícilmente identificables con el género masculino o femenino], y <i>questioning</i> (Q) [personas que no desean ser etiquetadas bajo la pauta binaria del género], incluyendo a través del signo (+) a cualesquiera otras personas con identidades no incluidas en el acrónimo, como los asexuales o los pansexuales.
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa
LMACM	Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LRJS	Ley reguladora de la jurisdicción social
<i>óp. cit.</i>	<i>ópere citato</i> (lat.: ‘en la obra citada’)
P. – PP.	Párrafo/s ( <i>de una resolución judicial, informe, etc.</i> )
pág. – págs.	página – páginas
<i>passim</i>	en varias partes de la obra citada
RD	Real Decreto
reimp.	Reimpresión
rev.	Revisado
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
SCIDH	Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

<i>sic.</i>	<i>sic</i> (lat.: ‘así’), para dar a entender que una palabra o frase empleada es textual, pese a que pudiera parecer inexacta
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
s.e.u.o.	Salvo error y omisión
s. p.	Publicación digital o edición digital de una publicación sin paginado
ss.	Siguientes
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
trad. – trads.	Traductor/traductora – traductores/traductoras
u. a.	Último acceso ( <i>a recurso de internet</i> )
UE	Unión Europea
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i> (lat.: ‘por ejemplo’)
VV. AA.	Varios autores
<i>vid.</i>	<i>vide</i> (lat.: ‘mira’; <i>equivale a: véase</i> )
<i>vid. infra</i>	Véase en una parte posterior del texto
<i>vid. supra</i>	Véase en una parte anterior del texto
vs.	<i>versus</i> (ingl.: ‘contra’)



## RESUMEN (*ESPAÑOL*)

### - Las dos grandes conclusiones de la tesis

La violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es un problema social que ha captado la atención de la sociedad en su conjunto en las últimas décadas gracias, en buena medida, al movimiento feminista. A partir de los postulados del denominado por la doctrina como *feminismo radical*, que se sitúa dentro del feminismo de la segunda ola, se ha ido desarrollando una prolija producción científica, académica y normativa que ha dado lugar, por lo que a España se refiere, a una política legislativa informada por las *políticas públicas de actuación obligatoria*. Estas políticas tienen su fundamento en una concepción estereotipada de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual desde tres perspectivas: a) el hecho delictivo (siempre, y en todo caso, hay violencia de dominación); b) la víctima (siempre, y en todo caso, la mujer es un ser desvalido necesitado de ayuda); y c) el victimario (siempre, y en todo caso, el hombre es un machista que utiliza la violencia para mantener su posición de dominio en la pareja íntima).

Así, y conforme a esta concepción de la violencia, cualquier víctima de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual queda, en cualquier caso –y con independencia del delito sufrido–, con la capacidad volitiva afectada, es decir, sin capacidad de decidir por sí misma, por lo que debe ser el Estado el que supla esa incapacidad. De esta forma, las políticas públicas de actuación obligatoria vienen a eliminar la autonomía de la víctima en el proceso posterior al hecho delictivo. Es cierto que, en algunos casos, las manifestaciones de las políticas públicas de actuación obligatoria (en España, por ejemplo, la irrelevancia de la voluntad de la víctima en el ejercicio de la acción popular por las Administraciones Públicas o la prohibición de la mediación) pueden venir a suplir la subyugación de la víctima respecto del victimario,

sin embargo, hay muchos casos de violencia en la pareja íntima heterosexual que no tienen esas consecuencias en la víctima. En esos supuestos, las políticas públicas de actuación obligatoria no solo no solucionan nada, sino que se convierten en un obstáculo para que la propia víctima pueda superar las consecuencias del delito. En consecuencia, en la primera gran conclusión de esta tesis, se defiende la aplicación de las políticas públicas de actuación obligatoria únicamente en los casos en los que se verifique que, efectivamente, la víctima está en una posición de desequilibrio de *poder* respecto del victimario.

Por otro lado, la producción científica y académica –especialmente en los campos de la sociología y de la psicología– ha hecho aflorar a la luz pública el problema social de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, sin embargo, ha minimizado, cuando no ocultado, otras manifestaciones de la violencia en la pareja íntima, como la violencia sobre el hombre en la pareja íntima heterosexual, la violencia bidireccional en la pareja íntima heterosexual, y la violencia (unilateral o bidireccional) en la pareja íntima LGTBIQ+. De esta forma, se ha ofrecido una imagen distorsionada del problema social que significa la violencia en la pareja íntima, lo que ha hecho que las políticas públicas de actuación obligatoria y todas las políticas de atención y protección a la víctima –al menos, en España– solo tengan como destinatarias a las mujeres heterosexuales víctimas de violencia en la pareja íntima. Así, y como segunda gran conclusión, se sostiene en esta tesis que cualquier política destinada a la persecución penal y a la protección y atención a la víctima debe articularse para todas las manifestaciones de la violencia en la pareja íntima, y ello con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual tanto de la víctima cuanto del victimario.

## **PARTE PRIMERA: La violencia en la pareja íntima y la inaplazable reformulación de la actual política legislativa**

### **- La violencia y los derechos fundamentales**

La violencia –que, desde el punto de vista etimológico, significa trasladar o aplicar la fuerza a algo o a alguien– y que, en todo caso, está asociada al poder, es, por un lado, una forma de comunicarse con la víctima para que esta modifique su comportamiento y, por otro lado, un ataque contra la integridad física y moral de la

víctima. Siguiendo a Galtung, que utiliza un concepto amplio del término, la violencia tiene tres manifestaciones: a) la violencia directa, física y/o verbal; b) la violencia de dominación o estructural, que se concreta en todas las situaciones de explotación, discriminación o marginación; y c) la violencia cultural, entendida, por un lado, como la ofensa a los rasgos culturales y a la identidad colectiva de una comunidad y, por otro lado, como todas las justificaciones que permiten y fomentan la violencia directa y la violencia estructural. En consecuencia, habrá ocasiones en las que la violencia tenga los componentes estructural y cultural, sin embargo, hay supuestos de violencia directa en los que no se dan esos factores. En contra de la *vindicta* y del victimismo, en la tesis se propone (con Galtung) la reconstrucción, la reconciliación y la resolución del conflicto antecedente a la violencia.

La violencia de dominación es la que afecta a los derechos humanos, por lo que los instrumentos de derecho internacional han pretendido, como mayor o menor éxito, establecer los mecanismos de protección y salvaguarda, tanto para toda la ciudadanía (v. gr., Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [1948] y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [1966]), cuanto, especialmente en los últimos años, para las mujeres (v. gr., Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [1979] y Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer [1993]) y, en menor medida, para las personas LGTBIQ+ (v. gr., Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género [2011]). Entre los instrumentos dedicados a los derechos fundamentales de las mujeres, se ha definido la violencia contra las mismas como «todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada».

Como consecuencia de la necesidad de que los Estados cumplan con las obligaciones derivadas de estos instrumentos internacionales, se implanta el *estándar de Debida Diligencia (Due Diligence)*, que atribuye a los Estados la responsabilidad por los actos que puedan cometer el propio o Estado o sus funcionarios, así como los

particulares cuando no se hayan previsto las oportunas acciones de prevención y de persecución del delito. Estos mecanismos se concretan en las 5P's, por sus nombres en inglés: *prevention, protection, prosecution, punishment, y provison of redress*, si bien, se pueden reconducir a tres: prevención, protección y reparación. En España, han cobrado relevancia los casos *González Carreño vs. España* ante el Comité de la CEDAW y, más recientemente, el asunto en el que se declaró la responsabilidad del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (SAN de 30 de septiembre de 2020). No obstante, la protección y la persecución que prevé la LOVG, así como la práctica forense, hace que en la tesis se sostenga que España cumple sobradamente con el estándar de Debida Diligencia.

### **- Los datos de prevalencia que ocultan la verdadera dimensión de la violencia en la pareja íntima**

Como en cualquier ámbito en el que víctima y victimario están unidos por una relación de afectividad (v. gr., violencia intrafamiliar), en la violencia en la pareja íntima (heterosexual o LGTBIQ+) puede darse la violencia común y la violencia de dominación e, igualmente, esa violencia puede ser tanto unilateral cuanto bidireccional. Así, se han señalado cuatro tipos de violencia: a) el terrorismo íntimo, en el que el/la agresor/a es violento/a y controlador/a y la pareja no lo es; b) la resistencia violenta o activa, en la que el/la agresor/a es violento/a, pero no controlador/a; y la pareja es violenta y controladora; c) la violencia circunstancial en la pareja, en la que, aunque el/la agresor/a es violento/a, ninguno de los dos miembros de la pareja es a la vez violento y controlador; y d) la resistencia violenta recíproca (o control violento recíproco), en la que tanto el/la agresor/a cuanto la pareja, son violentos y controladores.

Comúnmente, se hace referencia a las estadísticas e informes de prevalencia oficiales para destacar que la violencia sobre las mujeres en general y, particularmente, la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, es un problema social de tal envergadura, que se hace necesaria una regulación específica para estos fenómenos delincuenciales. Esos datos estadísticos oficiales son los que, en España, han justificado en buena medida la actual política legislativa. Sin embargo, esas estadísticas oficiales

no dan una verdadera panorámica de la violencia en la pareja íntima, por cuanto solo se pregunta a las mujeres heterosexuales. Estos estudios, que aplican a la sociología la denominada *perspectiva de género*, no se interesan por los datos de prevalencia, ni de la violencia bidireccional en la pareja íntima heterosexual, ni de la violencia sobre el hombre heterosexual en la pareja íntima, ni de la violencia (unilateral o bidireccional) en la pareja íntima LGTBIQ+.

Frente a estos estudios, otro sector de la sociología ha obviado la perspectiva de género y ha realizado encuestas de prevalencia incluyendo a los hombres heterosexuales. Los resultados son llamativos, especialmente por lo que se refiere a la violencia bidireccional. Por otro lado, los hombres puntúan más en la violencia física, sin embargo, las mujeres superan a aquellos en la violencia psicológica. Estos estudios vienen a desmontar el arquetipo de que la violencia es masculina y, sobre todo, demuestran que la violencia sobre el hombre heterosexual y sobre las personas LGTBIQ+ en la pareja íntima está subestimada en relación con la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual.

### **- La violencia de dominación en la pareja íntima**

Conforme a los estudios de prevalencia que no aplican la perspectiva de género, la tendencia a la dominación y al control son igualmente prevalentes en cualquier miembro de cualquier tipo de pareja íntima. Para ejercer este control, se utilizan una serie de tácticas, sistematizadas en la *rueda de poder y control* del modelo Duluth, y que incluye todas las manifestaciones de la violencia de dominación, que son, además de la violencia física y la sexual, las coacciones y las amenazas, el control económico, la utilización de los niños como arma, el aislamiento, la violencia psicológica y la intimidación. En estos casos, además, el victimario tiende a minimizar y negar los propios comportamientos y a culpar a la víctima de la violencia. Frente a estas tácticas, el modelo Duluth plantea la *rueda de la igualdad*, en la que se proponen actitudes como la conducta no amenazante, el respeto, la confianza, la economía compartida, etc.

Ahora bien, la violencia de dominación no se produce de forma constante, sino que se desarrolla conforme a un patrón cíclico que, conforme a la teoría de Walker, se

desarrolla en tres fases que se repiten cíclicamente: a) tensión; b) incidente violento; y c) arrepentimiento (o *luna de miel*).

### **- Las doctrinas inspiradoras de la actual política legislativa: el feminismo de la segunda ola**

El movimiento feminista se ha desarrollado a lo largo del tiempo en tres olas o etapas históricas. La primera comprende desde las contestaciones feministas a los revolucionarios franceses hasta las sufragistas del siglo XIX y principios del siglo XX. La segunda se prolonga desde los años sesenta del siglo XX y abarca el feminismo radical y los movimientos de liberación de los años setenta. La tercera se inicia a partir de los años noventa del siglo XX.

El feminismo de la segunda ola, que nace con las obras de De Beauvoir y de Friedan, tiene como idea programática que, al igual que el objetivo final de la revolución socialista no se limitaba a la eliminación de los privilegios de los estamentos económicos, sino que alcanzaba a la eliminación de la distinción misma de clases, el objetivo final de la revolución feminista no debe limitarse –a diferencia de los primeros movimientos feministas– a la eliminación de los privilegios masculinos, sino que debe alcanzar a la distinción misma de sexo; las diferencias genitales entre los seres humanos deberían pasar a ser culturalmente neutras. Las feministas consideraban que los varones, todos los varones y no sólo una elite, reciben beneficios económicos, sexuales y psicológicos por parte de un sistema social basado en el patriarcado. Así, problemas tan enraizados y silenciados en la sociedad que aún hoy no se han solucionado como la violencia sobre la mujer, aparecieron en el debate público gracias al feminismo. En esta ola se diferencia entre el feminismo lesbiano, psicoanalítico, postmodernista, post-estructural, feminismo de la diferencia, y feminismo institucional.

Estos feminismos han cambiado la percepción que la sociedad tenía de ciertas realidades y, especialmente, de los roles, actitudes, comportamientos y funciones que cada sexo debe jugar en la sociedad, por lo que el balance de su actuación es notablemente positivo. Sin embargo, y como denuncia Wolf, explota y fomenta el victimismo de las mujeres, hasta el extremo de asfixiar a las propias mujeres, las cuales, sí o sí, tienen que ser, sentirse y comportarse como víctimas. Es esta apuesta por el

denominado por Wolf «feminismo víctima» el que está en el origen de las políticas públicas de actuación obligatoria.

Para el feminismo de la segunda ola, el género no trae causa de la biología, sino que se adquiere durante el proceso de crecimiento y educación. Por tanto, el género es una construcción social que asigna roles a los hombres y a las mujeres, especialmente, por la asignación del espacio público (trabajo, producción, independencia, poder) a los hombres y el privado a las mujeres (ocio, consumo, dependencia, carencia de poder). En la tesis se concluye que, si se acepta que quien ocupa el espacio público es quien ostenta el poder y quien ejerce la violencia para perpetuar ese poder, como hace la LOVG, entonces –con la emancipación de la mujer y su acceso al mercado laboral y, por tanto, al espacio público, a la producción, a la independencia, etc.–, será esa mujer independiente, trabajadora, etc. –sobre todo, en los supuestos en los que sea ella quien nutra de ingresos a la familia– quien protagonice como sujeto activo la violencia de dominación en la pareja íntima.

Por otro lado, la teoría jurídica del feminismo de la segunda ola puede resumirse en que, si el derecho es poder y si, desde tiempos inmemoriales, el poder lo ostentan los hombres, el derecho responderá a la percepción masculina de la realidad, imponiéndola a las mujeres. En un primer momento, Gilligan (teoría de la diferencia) sostiene que, al ser más solidarias, menos competitivas, menos abstractas y más sensibles que los hombres a la hora de tomar decisiones morales, las mujeres hablan «con una voz diferente». Así, los fundamentos sobre los que basan las mujeres su sentido de la justicia favorecen el desarrollo moral de una manera diferente, menospreciada por la perspectiva masculina de justicia. Esta teoría, calificada más como una posición política que jurídica, no tuvo traslación a las normas jurídicas. No obstante, el denominado feminismo radical –cuyo mayor exponente es MacKinnon– sí tuvo especial incidencia en el legislador. Para MacKinnon, el objetivo no es establecer una normativa que perpetúe el status quo (la desigualdad), sino hacer frente a las desigualdades en las condiciones de las mujeres a través de la ley para cambiarlas.

## - Las políticas públicas de actuación obligatoria en EEUU (*mandatory policies*)

Las *mandatory policies* (políticas públicas de actuación obligatoria), constituyen uno de los legados –el más importante en el ámbito jurídico– del feminismo de la segunda ola por cuanto se tradujeron tanto en una prolija producción normativa cuanto en la modificación o creación de los protocolos para reaccionar en casos de violencia intrafamiliar. Mientras que las perspectivas feministas liberales (la tercera ola del feminismo) destacan la autonomía de las mujeres, desde el feminismo radical se enfatizan los cambios necesarios a nivel social para revertir los prejuicios que, por razón de género, están instalados en la sociedad y en la cultura. En ese sentido, el feminismo radical defiende un enjuiciamiento en el que la voluntad de la víctima quede en un segundo plano para que la violencia aflore y sea considerada un problema público.

Las políticas públicas de actuación obligatoria se manifiestan tanto en las leyes cuanto en los protocolos de actuación de la policía y de los fiscales, y pueden sistematizarse en cuatro grandes grupos: a) las *mandatory arrest*, o detención obligatoria del agresor; b) las *no-drop policies*, u obligación del fiscal de acusar, aunque la víctima no presente cargos o los retire; c) las *protection order*, u orden de protección solicitada por terceras personas ajenas a la víctima, que incluye la imposición obligatoria del alejamiento; y d) las *mandatory reporting*, u obligación de terceras personas a presentar denuncia aun con la negativa de la víctima.

## - Principios rectores de la actual política legislativa

Con una clara influencia de la teoría jurídica de MacKinnon y de las *mandatory policies*, el legislador español ha realizado una prolija producción normativa sustantiva y procesal contra la violencia intrafamiliar y, especialmente, contra la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual.

Desde el punto de vista sustantivo, la actual política legislativa tiene un marcado carácter punitivista, incorporando al Código Penal una auténtica batería de delitos –en ocasiones sin la entidad penal suficiente– contra la violencia en la familia con el propósito de eliminar o erradicar esta violencia. Además, las reformas se centraron en la violencia de baja intensidad, agravando los tipos delictivos, especialmente el de



maltrato simple. Los fundamentos de esta opción legislativa son, por un lado, el adelantamiento de un reproche penal considerable ante las primeras manifestaciones de violencia y, por otro lado, imponer una elevada pena ante las dificultades probatorias que se dan en el enjuiciamiento del maltrato habitual. Esta es la razón por la que no se agravaron las penas en los delitos graves. No obstante, en el año 2015 se introdujo, con carácter general, la agravante de género.

Por otro lado, y después de las primeras reformas legislativas (1989-2003) en las que se legisló sobre la violencia intrafamiliar, con la irrupción de la LOVG, el legislador optó por un derecho penal sexuado y simbólico, imponiendo una pena más elevada cuando el delito de violencia en la pareja íntima es cometido por un hombre heterosexual. En la tesis se sostiene que esta regulación vulnera el principio de igualdad, y ello pese a que fue avalada por el Tribunal Constitucional. Igualmente, se defiende que el propósito de erradicar la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es noble y hasta legítimo, sin embargo, ni la violencia en la familia, ni en la pareja íntima, ni en ningún otro ámbito desaparece por el hecho de que se tipifiquen nuevas conductas o se endurezcan las penas.

En cualquier caso, el verdadero fundamento de la actual política legislativa –que se concreta en: a) recurso preferente al derecho penal sexuado; y b) políticas públicas de actuación obligatoria–, y que tiene su correa de transmisión en la jurisdicción, es la estereotipación que se hace de la violencia. En primer lugar, se estereotipa el hecho delictivo, en la medida en la que cualquier acto violento en la pareja íntima heterosexual es considerado una manifestación de la violencia de dominación, incluso en los casos de violencia bidireccional (agresiones mutuas) sin que, además, quepa prueba en contrario. En segundo lugar, se estereotipa a la víctima, por cuanto se afirma que siempre que una mujer es sujeto pasivo de un delito de violencia en la pareja íntima heterosexual sufre daño psicológico y ve mermada su capacidad volitiva, situándola en una posición de desequilibrio de *poder* respecto del victimario. En tercer y último lugar, se estereotipa al victimario. Cualquier hombre heterosexual que comete un delito en la pareja íntima – con independencia del tipo de delito y de si la violencia es unilateral o bilateral– es considerado como un individuo peligroso al que –como sucede, por ejemplo, con los

terroristas– hay que aplicar un derecho penal diferente –en la terminología de Jakobs, un «derecho penal del enemigo»–.

### **- El paternalismo jurídico del Estado**

Como consecuencia directa de la estereotipación de la víctima, el Estado ha establecido una regulación paternalista, que se caracteriza por actuar de forma coactiva contra un individuo (en este caso, la víctima) por dos razones: a) porque se evitan daños importantes; y b) porque el sujeto sobre el que se ejerce la coacción no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses. En la tesis se concluye que esta regulación no se sustenta, fundamentalmente, porque el Estado no puede conocer los intereses particulares de cada víctima y porque no todas las víctimas son sujetos desvalidos con la capacidad volitiva alterada.

Así, la manifestación más clara del paternalismo del Estado –en realidad, de las políticas públicas de actuación obligatoria– es la prohibición de mediación víctima-agresor en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Además, existen ejemplos en el derecho civil sustantivo, como la prohibición de la guarda y custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté sujeto a un proceso penal por violencia en la pareja íntima o contra los hijos que convivan con ellos, o haya indicios fundados de violencia doméstica (art. 92.7 CC), o la reciente incorporación de la prohibición de establecer (y, en su caso, de llevar a efecto) un régimen de visitas respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos (art. 94 CC con la redacción dada por la Ley 8/2021, de 2 de junio).

Por lo que se refiere al derecho penal sustantivo, el artículo 51.2 CP prevé la imposición automática de la pena accesoria de alejamiento a los condenados por los delitos establecidos en el artículo 57.1 CP. Ahora bien, donde realmente aparece de forma radical el paternalismo del Estado es en el derecho procesal, con manifestaciones como la irrelevancia de la voluntad de la víctima en la personación de las Administraciones Públicas como acusación popular, así como la insistente

reivindicación de que la víctima no pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar regulada en el artículo 416 LECrim.

### **- La pérdida de vigencia de la actual política legislativa y la renuncia del legislador a cambiar la estrategia punitivista y sexuada**

En la tesis se sostiene que la actual política legislativa está agotada.

Por un lado, el legislador ha perdido el asidero que constituía el feminismo de la segunda ola. Frente a este «feminismo víctima», ha aparecido una nueva forma de entender el feminismo que defiende que no es necesario que las mujeres recurran a la guerra de sexos ni a adoptar un papel de víctimas para ser reconocidas, sino que está orgulloso de su condición de mujer y que toma consciencia y acepta las diferencias físicas, religiosas, culturales y económicas en las mujeres, enfrentándose a ellas como unos obstáculos que las mujeres deben afrontar en función de esas diferencias o particularidades. Esta nueva ola del feminismo –la tercera–, que principia con los escritos de Walker, es denominado por Wolf como «feminismo del poder», y propugna la libertad de la mujer para tomar sus propias decisiones en virtud de sus anhelos e intereses. Además, la teoría queer (propugnada por Butler) ha venido a romper no solo el sistema binario sexo-género, sino que supera la concepción del sexo como una construcción natural, haciendo desaparecer las categorías «hombre» y «mujer» como sujetos políticos. En definitiva, los conceptos de sexo y de género, tal y como se definían por el feminismo de la segunda ola han quedado desfasados. De esta forma, en la tesis se concluye que el concepto «violencia por razón de género» ya no es patrimonio de las mujeres.

Por otro lado, la LOVG pudo ser la punta de lanza para que otros países regularan en el mismo sentido, sin embargo, ha quedado aislada internacionalmente. En los instrumentos de derecho internacional, como el Convenio de Estambul, se apuesta por transitar desde las políticas criminocéntricas (persecución y castigo del agresor) a las políticas victimocéntricas (salv guarda de los derechos de las víctimas). Así, este Convenio promulga la «Política 3P» (prevención, protección y persecución). Aún más, en el derecho comparado no existe normativa penal asimilable a la española en Europa. Es cierto que en Suecia sí existe un tipo penal específico para la violencia sobre la

mujer en la pareja íntima heterosexual, sin embargo, la penología es la misma que la prevista cuando la que comete el delito es la mujer. En América Latina existen algunos ordenamientos en los que se han articulado agravantes por parentesco. Igualmente, se han tipificado los delitos de «femicidio» o «feminicidio» (Costa Rica, Chile, Perú, etc.), sin embargo, como en el caso de Suecia, no se agrava la pena respecto de los otros homicidios. La única regulación que podría equipararse es la de Colombia, en la que se reconoce una agravación punitiva para los delitos de homicidio si el hecho «se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer», si bien, –y a diferencia de lo que sucede en España– se reputa necesario probar el elemento subjetivo del tipo.

Por último, la norma ha evidenciado una incuestionable ineficacia. En ese sentido, la doctrina penalista entiende que el recurso al derecho penal simbólico degenera en la pura apariencia de eficiencia y en la falsa sensación de seguridad.

Pese a estos tres claros indicadores del agotamiento de la actual política legislativa, el legislador está instalado en el *sostenella y no enmendalla*. Así, el Pacto de Estado contra la violencia de género, aprobado en diciembre de 2017, redobla la apuesta, con propuestas de carácter sustantivo como, por ejemplo, la supresión de la aplicación de las atenuantes de confesión y de reparación del daño. Igualmente, se reafirma la necesidad de la prohibición absoluta de la mediación víctima-agresor.

## **PARTE SEGUNDA: Manifestaciones de las políticas públicas de actuación obligatoria en el Derecho procesal**

### **- La autonomía de la víctima y la acción popular ejercida por las Administraciones Públicas**

La acción popular, consagrada en el artículo 125 CE, se constituye como un derecho de configuración legal –incardinado por el Tribunal Constitucional en el derecho a la tutela judicial efectiva–, por el que cualquier ciudadano no ofendido por el delito puede sostener la acción penal en los delitos públicos junto con la acusación particular y la acusación oficial del Ministerio Fiscal. El fundamento de la acción popular –que comparte con la acusación particular– es doble: a) la participación de la

ciudadanía en el proceso penal; y b) el control ciudadano ante la posible actuación negligente por parte del Ministerio Fiscal en el sostenimiento de la acusación.

La acción popular tiene en la actualidad una cierta contestación por dos motivos: a) se entiende que, en un proceso penal moderno, la acción penal debe ser ejercida en régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal; y b) en no pocas ocasiones, la acción popular se ha ejercido de forma espuria. En la tesis se defiende la plena vigencia del actual sistema de legitimación para el ejercicio de la acción penal en España.

Por lo que se refiere al ámbito subjetivo, la acción popular puede ser ejercida por los particulares, por las personas jurídicas y por las personas jurídico-públicas. En este último caso, las administraciones públicas pueden ejercer la acción popular siempre que esté previsto legalmente. A este respecto, el artículo 29.2 LOVG regula que la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer «estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia». En la tesis se sostiene que este artículo no es una habilitación legal, sin embargo, el Tribunal Constitucional sí avaló la personación de la Delegación Especial como actor popular en virtud de esa normativa. En cualquier caso, de esta normativa, y de la que la desarrolla, se concluye en la tesis que no se atiende a la voluntad de la víctima a la hora de ejercer la acción popular.

Por otro lado, la práctica totalidad de CCAA han desarrollado normativa al respecto, distinguiendo entre aquellas CCAA donde no se tiene en cuenta la autonomía de la víctima (Islas Baleares, Comunidad Valenciana, Comunidad de Madrid, Castilla y León, Castilla-La Mancha, País Vasco, Extremadura, Navarra y Andalucía), y las que, con distintos grados, sí atienden a la voluntad de la víctima (La Rioja, Canarias, Cantabria, Cataluña y Galicia). Aragón queda en una posición intermedia, por cuanto la voluntad de la víctima se tiene en cuenta en función de la gravedad del hecho delictivo.

En la tesis se sostiene que el ejercicio de la acción popular por las personas jurídico-públicas no responde a los fundamentos de la acción popular. Ni las administraciones públicas son, en sentido estricto, ciudadanos; ni parece lógico que una

administración pública se persone en el proceso penal para controlar al Ministerio Fiscal, que depende de la propia administración.

### **- La autonomía de la víctima y la dispensa del deber de declarar**

La regulación procesal establece la obligación de la ciudadanía de acudir a los tribunales y declarar cuando medie citación judicial. No obstante, se regulan una serie de excepciones y dispensas, entre las que se encuentra la dispensa por parentesco recogida en el artículo 416.1 LECrim.

En la tesis se defiende que la justificación de la dispensa son cuatro: a) la protección general que se hace en la LECrim de ciertos testigos frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses y, en particular, respecto de los parientes; b) la protección de las relaciones familiares; c) la libertad del testigo pariente para actuar con plena autonomía en el proceso; y d) la liberación de la Administración de Justicia de tener que perseguir al testigo pariente que, obligado a declarar, decide mentir.

En los procesos por violencia en la pareja íntima suele haber una dificultad probatoria por varios condicionantes: a) los hechos suelen ocurrir en la clandestinidad del domicilio; b) víctima y victimario están unidos por una relación de afectividad, c) la única prueba directa es la testifical de la víctima y del victimario, d) normalidad “aparente” del agresor, y e) importancia de los elementos probatorios objetivos.

En consecuencia, en los casos en los que la víctima-pariente se acoge a la dispensa del deber de declarar, lo normal es que la sentencia sea absolutoria. Para evitar la impunidad, se han propuesto dos alternativas: a) utilizar las declaraciones sumariales, solución que ha sido descartada por la jurisprudencia; y b) limitar el derecho a la dispensa de la testigo-víctima. A este respecto, la jurisprudencia ha establecido que la víctima que haya estado personada como acusación particular no puede acogerse a la dispensa. En la tesis se sostiene que esta solución no consagra el derecho a la dispensa, por cuanto los derechos procesales no se renuncian, sino que se ejercitan o no en cada momento a lo largo del proceso, proponiéndose que el juez pueda limitar el derecho a la dispensa en aquellos supuestos en los que se verifique, previa pericia, que la víctima tiene la capacidad volitiva anulada.

## **PARTE TERCERA: Manifestaciones de las políticas públicas de actuación obligatoria en el Derecho paraprocesal**

### **- La autonomía de la víctima y la mediación víctima-agresor**

La mediación es, junto con la negociación y la conciliación, un procedimiento autocompositivo de resolución de conflictos complementario al proceso que está informado, entre otros presupuestos, por la voluntariedad y el equilibrio de *poder* entre las partes. Estos procedimientos, junto con el arbitraje, son –conforme a un sector importante de la doctrina– manifestaciones de las ADR, que nacieron, en buena medida, por la crisis de la jurisdicción. Ahora bien, en la tesis se defiende que el verdadero avance que suponen las ADR es que ofrecen a los sujetos inmersos en un conflicto jurídico la libertad para, en primer lugar, decidir que el conflicto se resuelva extramuros de la jurisdicción y, en segundo lugar, para determinar, en la mayoría de sistemas, la propia solución al conflicto.

En el ámbito del derecho penal, la mediación ofrece una serie de ventajas tanto para la víctima (1. La reparación o resarcimiento del daño; 2. La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma de reparación simbólica; y 3. La resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo) cuanto para el victimario (1. El sufrimiento personal por la pérdida de libertad; 2. La interiorización de actitudes manipuladoras y pautas de desconfianza; 3. El nulo aprendizaje de respecto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; 4. La ausencia de responsabilización frente a la conducta infractora; 5. El intenso deterioro de las facultades psicológicas y físicas; y 6. La dificultad para la reinserción social y el incremento de las posibilidades de reiteración delictiva) y para la comunidad (1. Facilita el diálogo comunitario; 2. Reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas; 3. Devuelve el protagonismo a la sociedad civil; y 4. Controla el aumento de la población reclusa).

Pese a esas ventajas, la LOVG prohíbe la mediación (civil y penal) cuando se ha producido un caso de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. De nuevo, la concepción estereotipada de la víctima por parte del legislador hace

irrelevante la voluntad de aquella –en todos los casos, y con independencia del delito y de sus consecuencias– para elegir someterse a mediación. Además, resulta paradigmático que se prohíba la mediación y se permitan otros procedimientos autocompositivos de resolución de controversias, como la negociación y la conciliación.

En la tesis, se defiende la derogación de esta prohibición, dejando en manos del mediador el control de los presupuestos que deben darse en todo momento, especialmente, la voluntariedad y el equilibrio de *poder* de las partes.

### **- REFLEXIÓN FINAL**

Se defiende en la tesis que la actual política legislativa debe ser superada por otra que abandone el carácter punitivo y el derecho penal sexuado, protegiendo y sancionando la violencia en la pareja íntima con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual de la víctima y del victimario. Por otro lado, y conforme a las doctrinas del feminismo de la tercera ola, en la tesis se sostiene que debe garantizarse la autonomía de la víctima en el proceso judicial, estableciendo los oportunos mecanismos de corrección en caso de que se verifique que la violencia ha tenido, entre otras consecuencias, la pérdida de la capacidad volitiva de la víctima.



## RESUMO (*PORTUGUÊS*)

### - As duas principais conclusões da tese

A violência contra a mulher na parceria íntima entre heterossexuais é um problema social que tem captado a atenção da sociedade como um todo nas últimas décadas, graças, em grande parte, ao movimento feminista. Dos postulados do chamado *feminismo radical*, que se situa dentro do feminismo da segunda onda, desenvolveu-se uma prolífica produção científica, acadêmica e normativa, que deu lugar, no que diz respeito à Espanha, a uma política legislativa informada por *políticas públicas de ação obrigatória*. Essas políticas se baseiam numa concepção estereotipada da violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais, sob três perspectivas: a) o ato criminoso (sempre e em qualquer caso, há violência de domínio); b) a vítima (sempre e em qualquer caso, a mulher é um ser desamparado que precisa de ajuda); e c) o perpetrador (sempre e em qualquer caso, o homem é um machista que usa a violência para manter sua posição de domínio no casal íntimo).

Assim, e de acordo com esta concepção de violência, qualquer vítima de violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais está, de qualquer maneira - independentemente do crime sofrido - com sua capacidade volitiva afetada, isto é, sem capacidade de decidir por si mesma, portanto, deve ser o Estado a compensar essa incapacidade. Dessa forma, as políticas públicas de ação obrigatória vêm eliminar a autonomia da vítima no processo que se segue ao ato criminoso. É verdade que, em alguns casos, as manifestações de políticas públicas de ação obrigatória (na Espanha, por exemplo, a irrelevância da vontade da vítima no exercício da ação popular pelas Administrações Públicas ou a proibição de mediação) podem vir a compensar a subjugação da vítima em relação ao autor do crime, no entanto, há muitos casos de violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais que não têm essas

consequências para a vítima. Nesses casos, políticas públicas de ação obrigatória não só não resolvem nada, como se tornam um obstáculo para que a própria vítima supere as consequências do crime. Consequentemente, a primeira grande conclusão dessa tese defende a aplicação de políticas públicas de ação obrigatória somente nos casos em que se verifique que a vítima está de fato numa posição de desequilíbrio de *poder* em relação ao perpetrador.

Por outro lado, a produção científica e acadêmica - especialmente nos campos da sociologia e da psicologia - trouxe à luz pública o problema social da violência contra mulheres em parcerias íntimas heterossexuais, mas minimizou, se não ocultou, outras manifestações de violência contra parceiros íntimos, tais como violência contra homens em parcerias íntimas heterossexuais, violência bidirecional em parcerias íntimas heterossexuais, e violência (unilateral ou bidirecional) em parcerias íntimas LGTBIQ+. Desta maneira, foi oferecida uma imagem distorcida do problema social da violência do parceiro íntimo, o que significou que as políticas públicas de ação obrigatória e todas as políticas de cuidado e proteção à vítima - pelo menos na Espanha - só visam mulheres heterossexuais que são vítimas de violência do parceiro íntimo. Assim, e como segunda grande conclusão, esta tese argumenta que qualquer política voltada para a acusação criminal e proteção e cuidado com as vítimas deve ser articulada para todas as manifestações de violência em parcerias íntimas, independentemente do sexo, gênero e orientação sexual tanto da vítima quanto do perpetrador.

## **PARTE UM: A violência dos parceiros íntimos e a necessidade urgente de reformular a atual política legislativa.**

### **- Violência e direitos fundamentais**

A violência - que, de um ponto de vista etimológico, significa transferir ou aplicar força a algo ou alguém - e que, em qualquer caso, está associada ao poder, é, por um lado, uma forma de comunicação com a vítima para que ela mude seu comportamento e, por outro lado, um ataque à integridade física e moral da vítima. Seguindo Galtung, que usa um conceito amplo do termo, a violência tem três manifestações: (a) violência direta, física e/ou verbal; (b) violência de dominação ou estrutural, que toma a forma de todas as situações de exploração, discriminação, ou marginalização; e (c) violência

cultural, entendida, por um lado, como ofensa aos traços culturais e à identidade coletiva de uma comunidade e, por outro lado, como todas as justificativas que permitem e encorajam a violência direta e a violência estrutural. Por conseguinte, haverá ocasiões em que a violência terá os componentes estrutural e cultural, mas há casos de violência direta em que esses fatores não estão presentes. A contrário da *vindicta* e da vitimização, a tese propõe (com Galtung) a reconstrução, a reconciliação e resolução do conflito que precedeu a violência.

A violência da dominação é aquela que afeta os direitos humanos, e é por isso que os instrumentos do direito internacional têm procurado, com diferentes graus de sucesso, estabelecer mecanismos de proteção e salvaguarda, tanto para todos os cidadãos (por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [1948] e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [1966]) quanto, especialmente nos últimos anos, para as mulheres (por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [1966]). Declaração Universal dos Direitos Humanos, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [1948] e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais [1966]) e, especialmente nos últimos anos, para as mulheres (por exemplo, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [1979] e Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher [1993]) e, em menor medida, para as pessoas LGTBIQ+ (por exemplo, Relatório Anual do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos [1998]) e, em menor medida, para as pessoas LGTBIQ+ (por exemplo, Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher [1998] e Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher [1998]), Relatório Anual do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos sobre leis e práticas discriminatórias e atos de violência cometidos contra pessoas com base em sua orientação sexual e identidade de gênero [2011]). Entre os instrumentos dedicados aos direitos fundamentais da mulher, a violência contra a mulher tem sido definida como «qualquer ato de violência baseada em gênero que resulte em danos físicos, sexuais ou psicológicos reais ou ameaçados, inclusive ameaças, coerção ou privação arbitrária de liberdade, quer ocorram em público ou na vida privada».

Como consequência da necessidade de os Estados cumprirem as obrigações decorrentes destes instrumentos internacionais, é implementada a norma da Due Diligence, que atribui aos Estados a responsabilidade pelos atos que podem ser cometidos pelo próprio Estado ou pelos seus funcionários, bem como por indivíduos quando as ações apropriadas de prevenção e de repressão do crime não foram previstas. Estes mecanismos estão consubstanciados nos 5P's, pelos seus nomes em inglês: *prevention, protection, prosecution, punishment, y provison of redress*, embora possam ser reduzidos a três: prevenção, proteção e reparação. Em Espanha, os casos de González Carreño contra Espanha perante o Comité CEDAW e, mais recentemente, o caso em que foi declarada a responsabilidade do Estado pelo funcionamento anormal da Administração da Justiça (SAN de 30 de setembro de 2020) ganharam relevância. No entanto, a proteção e a acusação previstas no LOVG, bem como a prática forense, levam a tese a argumentar que a Espanha mais do que satisfaz a norma da Due Diligence.

### **- Prevalência de dados que obscurecem a verdadeira extensão da violência do parceiro íntimo**

Como em qualquer área em que vítima e perpetrador estão unidos por uma relação de afeto (por exemplo, violência doméstica), na violência do parceiro íntimo (heterossexual ou LGTBIQ+) pode haver violência comum e violência de dominação e, igualmente, essa violência pode ser tanto unilateral quanto bidirecional. Assim, foram identificados quatro tipos de violência: (a) terrorismo íntimo, no qual o agressor é violento e controlador e o sócio não é; (b) resistência violenta ou ativa, no qual o agressor é violento, mas não controlador; e o sócio é violento e controlador; c) violência situacional do parceiro, na qual, embora o perpetrador seja violento, nenhum dos parceiros é tanto violento quanto controlador; e d) resistência violenta recíproca (ou controle violento recíproco), na qual tanto o perpetrador quanto o parceiro são violentos e controladores.

É comumente feita referência a estatísticas oficiais e relatórios de prevalência para destacar que a violência contra as mulheres em geral, e particularmente a violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais, é um problema social de tal magnitude que uma regulamentação específica desses fenômenos criminosos é

necessária. Essas estatísticas oficiais são as que, na Espanha, justificaram em grande parte a atual política legislativa. No entanto, essas estatísticas oficiais não dão um quadro real da violência dos parceiros íntimos, uma vez que só são pedidas mulheres heterossexuais. Esses estudos, que aplicam a chamada *perspectiva de gênero* à sociologia, não estão interessados em dados de prevalência, nem de violência bidirecional em parcerias íntimas heterossexuais, nem de violência contra homens heterossexuais em parcerias íntimas, nem de violência (unilateral ou bidirecional) em parcerias íntimas LGTBIQ+.

Em contraste com esses estudos, outro setor da sociologia ignorou a perspectiva de gênero e realizou pesquisas de prevalência, inclusive com homens heterossexuais. Os resultados são impressionantes, especialmente no que se refere à violência bidirecional. Por outro lado, os homens têm pontuação mais alta em violência física, mas as mulheres têm desempenho superior aos homens em violência psicológica. Esses estudos desmantelam o arquétipo de que a violência é masculina e, sobretudo, mostram que a violência contra homens heterossexuais e pessoas LGTBIQ+ em parcerias íntimas é subestimada em relação à violência contra mulheres em parcerias íntimas heterossexuais.

### **- A violência de dominação em parcerias íntimas**

De acordo com estudos de prevalência que não aplicam uma perspectiva de gênero, a tendência de dominar e controlar é igualmente prevalente em qualquer membro de qualquer tipo de parceiro íntimo. Para exercer esse controle, são usadas uma série de táticas, sistematizadas na *roda do poder e de controlo* do modelo de Duluth, que inclui todas as manifestações de violência de domínio, que são, além da violência física e sexual, coerção e ameaças, controle econômico, uso de crianças como arma, isolamento, violência psicológica e intimidação. Nesses casos, aliás, o autor tende a minimizar e a negar seus próprios comportamentos e a culpar a vítima pela violência. Contra essas táticas, o modelo de Duluth propõe a *roda da igualdade*, na qual são propostas atitudes como comportamento não ameaçador, respeito, confiança, economia compartilhada, etc.

No entanto, a violência de domínio não ocorre constantemente, mas se desenvolve num padrão cíclico que, de acordo com a teoria de Walker, se desdobra em três fases que se repetem ciclicamente: (a) tensão; (b) incidente violento; e (c) arrependimento (ou *lua-de-mel*).

### **- As doutrinas inspiradoras da política legislativa atual: o feminismo da segunda onda**

O movimento feminista se desenvolveu ao longo do tempo em três ondas ou etapas históricas. A primeira abrange desde as respostas feministas aos revolucionários franceses até as sufragistas do século XIX e do início do século XX. A segunda se estende a partir dos anos sessenta do século XX e inclui também o feminismo radical e os movimentos de libertação dos anos setenta. O terceiro começa nos anos noventa do século XX.

A segunda onda do feminismo, que nasceu com as obras de De Beauvoir e Friedan, tem como ideia programática que, assim como o objetivo final da revolução socialista não se limitou à eliminação dos privilégios das classes econômicas, mas alcançou a eliminação da própria distinção de classes, o objetivo final da revolução feminista não deve se limitar - ao contrário dos primeiros movimentos feministas - à eliminação dos privilégios masculinos, mas deve alcançar a própria distinção de sexo; As diferenças genitais entre os seres humanos deveriam tornar-se culturalmente neutras. As feministas acreditavam que os homens, todos os homens e não apenas uma elite, recebem benefícios econômicos, sexuais e psicológicos de um sistema social baseado no patriarcado. Assim, problemas tão profundamente enraizados e silenciados na sociedade que ainda não foram resolvidos, como a violência contra as mulheres, apareceram no debate público graças ao feminismo. Nessa onda diferenciamos entre feminismo lésbico, feminismo psicanalítico, feminismo pós-modernista, feminismo pós-estrutural, feminismo da diferença, e feminismo institucional.

Esses feminismos mudaram a percepção que a sociedade tinha de certas realidades e, especialmente, dos papéis, atitudes, comportamentos e funções que cada sexo deveria desempenhar na sociedade, de modo que o equilíbrio de seu desempenho é notavelmente positivo. No entanto, como denuncia Wolf, ele explora e encoraja a

vitimização das mulheres, a ponto de sufocar as próprias mulheres, que têm que ser, sentir e comportar-se como vítimas. É esse compromisso com o que Wolf chama de «feminismo vítima» que está na origem das políticas públicas de ação obrigatória.

Para o feminismo da segunda onda, o gênero não é causado pela biologia, mas é adquirido durante o processo de crescimento e educação. Portanto, o gênero é uma construção social que atribui papéis a homens e a mulheres, especialmente ao atribuir espaço público (trabalho, produção, independência, poder) a homens e espaço privado a mulheres (lazer, consumo, dependência, falta de poder). A tese conclui que, se se aceita que quem ocupa o espaço público é aquele que detém o poder e exerce a violência para perpetuar esse poder, como faz a LOVG, então - com a emancipação da mulher e seu acesso ao mercado de trabalho e, portanto, ao espaço público, à produção, à independência, etc. -, será aquela mulher independente, trabalhadora, etc., - especialmente nas suposições da LOVG-, que será aquela que é a mais poderosa. - especialmente nos casos em que ela é a que proporciona renda à família - que será o sujeito ativo da violência da dominação no parceiro íntimo.

Por outro lado, a teoria jurídica do feminismo da segunda onda pode ser resumida da seguinte maneira: se a lei é poder e se, desde tempos imemoriais, o poder é detido pelos homens, a lei responderá à percepção masculina da realidade, impondo-a às mulheres. A princípio, Gilligan (teoria da diferença) argumenta que, sendo mais solidária, menos competitiva, menos abstrata e mais sensível do que os homens ao tomar decisões morais, as mulheres falam «com uma voz diferente». Assim, os fundamentos sobre os quais as mulheres baseiam seu senso de justiça favorecem o desenvolvimento moral de uma maneira diferente, subestimado pela perspectiva masculina de justiça. Essa teoria, descrita como uma posição política e não jurídica, não se traduziu em normas legais. No entanto, o chamado feminismo radical - cujo maior expoente é MacKinnon - teve um impacto especial sobre o legislador. Para MacKinnon, o objetivo não é estabelecer um regulamento que perpetue o status quo (desigualdade), mas enfrentar as desigualdades nas condições das mulheres por meio da lei, a fim de mudá-las.

## - As políticas públicas de ação obrigatória nos EUA (*mandatory policies*)

As *mandatory policies* (políticas públicas de ação obrigatória), constituem um dos legados - o mais importante no campo jurídico - do feminismo da segunda onda porque foram traduzidas tanto em uma produção normativa prolixa quanto na modificação ou criação dos protocolos para reagir em casos de violência intrafamiliar. Quanto às perspectivas feministas liberais (a terceira onda do feminismo) enfatizam a autonomia das mulheres, o feminismo radical enfatiza as mudanças necessárias no nível social para reverter os preconceitos baseados no gênero que se instalam na sociedade e na cultura. Nesse sentido, o feminismo radical defende um processo em que a vontade da vítima é colocada em segundo plano, para que a violência seja considerada um problema público.

As políticas públicas de ação obrigatória são expressas tanto em leis como em protocolos policiais e de acusação, e podem ser divididas em quatro grupos principais: (a) as *mandatory arrest*, ou prisão obrigatória do agressor; (b) as *no-drop policies*, ou obrigação do promotor de acusar mesmo que a vítima não apresente queixa ou as retire; (c) as *protection order*, ou ordem de proteção solicitada por terceiros fora da vítima, que inclui a imposição obrigatória da ordem de restrição; e (d) as *mandatory reporting*, ou obrigação de terceiros de apresentar queixa mesmo com a recusa da vítima.

## - Princípios orientadores da política legislativa atual

Com uma clara influência da teoria jurídica de MacKinnon e das *mandatory policies*, o legislador espanhol produziu uma prolífica produção de legislação substantiva e processual contra a violência doméstica e, especialmente, contra a violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais.

Do ponto de vista substantivo, a atual política legislativa tem um marcado caráter punitivista, incorporando ao Código Penal uma verdadeira bateria de crimes - às vezes sem entidade penal suficiente - contra a violência na família com o objetivo de eliminar ou erradicar essa violência. Além disso, as reformas se concentraram na violência de baixa intensidade, agravando os tipos de crime, especialmente o de maus-tratos simples. As razões para essa opção legislativa são, por um lado, a antecipação de uma



considerável censura penal diante das primeiras manifestações de violência e, por outro lado, a imposição de uma pena elevada, em vista das dificuldades evidentes que ocorrem na acusação dos maus tratos habituais. Esta é a razão pela qual as penas para crimes graves não foram aumentadas. No entanto, em 2015, a circunstância agravante de gênero foi introduzida como regra geral.

Por outro lado, e após as primeiras reformas legislativas (1989-2003) em que se legislou a violência doméstica, com a irrupção do LOVG, o legislador optou por uma lei penal sexuada e simbólica, impondo uma pena mais elevada quando o crime de violência do parceiro íntimo é cometido por um homem heterossexual. A tese argumenta que esse regulamento viola o princípio de igualdade, apesar de ter sido endossado pelo Tribunal Constitucional. Do mesmo modo, na tese é defendido que o propósito de erradicar a violência contra as mulheres nas parcerias heterossexuais é nobre e até legítimo, porém, nem a violência na família, nem no parceiro íntimo, nem em qualquer outra área desaparece pelo fato de que novas condutas são tipificadas ou que as penas são aumentadas.

Em todo caso, a verdadeira base da atual política legislativa - que assume a forma de: a) recurso preferencial para uma lei penal sexuada; e b) políticas públicas de ação obrigatória - e que tem seu cinturão de transmissão na jurisdição, é o estereótipo da violência. Em primeiro lugar, o ato criminoso é estereotipado, na medida em que qualquer ato violento no parceiro íntimo heterossexual é considerado uma manifestação de violência de domínio, mesmo em casos de violência bidirecional (agressões mútuas) sem, além disso, qualquer prova em contrário. Em segundo lugar, a vítima é estereotipada, uma vez que é afirmado que sempre que uma mulher é vítima passiva de um crime de violência no parceiro íntimo heterossexual, ela sofre danos psicológicos e sua capacidade volitiva é prejudicada, colocando-a numa posição de desequilíbrio de *poder* em relação ao perpetrador. Em terceiro e último lugar, o perpetrador é estereotipado. Qualquer homem heterossexual que comete um crime em parceria íntima - independentemente do tipo de crime e se a violência é unilateral ou bilateral - é considerado um indivíduo perigoso a quem - como acontece, por exemplo, com os terroristas - deve ser aplicada uma lei penal diferente - na terminologia de Jakobs, uma «lei penal do inimigo».

## **- O paternalismo legal do Estado**

Como consequência direta do estereótipo da vítima, o Estado estabeleceu uma regulamentação paternalista, que se caracteriza por agir coercivamente contra um indivíduo (neste caso, a vítima) por duas razões: a) porque são evitados danos importantes; e b) porque o sujeito sobre o qual a coerção é exercida não está em condições de cuidar de seus próprios interesses. A tese conclui que esse regulamento não é apoiado, fundamentalmente, porque o Estado não pode conhecer os interesses particulares de cada vítima e porque nem todas as vítimas são súditos indefesos com capacidade volitiva alterada.

Assim, a manifestação mais clara do paternalismo do Estado - de fato, de políticas públicas de ação obrigatória - é a proibição da mediação vítima-infrator na violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais. Além disso, há exemplos no direito civil substantivo, tais como a proibição da guarda conjunta de filhos menores quando um dos pais está sujeito a procedimentos criminais por violência do parceiro íntimo ou violência contra crianças que vivem com eles, ou há indícios bem fundamentados de violência doméstica (art. 92.7 CC), ou a muito recente incorporação da proibição de estabelecer (e, se for caso disso, de executar) um regime de visita em relação ao progenitor envolvido em processo penal iniciado por ameaça à vida, integridade física, liberdade, integridade moral ou liberdade sexual e indemnização do outro cônjuge ou dos seus filhos - proibição relativa -, ou em prisão provisória ou em execução de pena pelos mesmos crimes - proibição absoluta - (art. 94 CC com a redação dada pela Lei 8/2021, de 2 de Junho).

No que diz respeito ao direito penal substantivo, artigo 51.2 CP prevê a imposição automática da pena acessória de medida cautelar aos condenados pelas ofensas estabelecidas no artigo 57.1 PC. No entanto, onde o paternalismo do Estado realmente aparece de maneira radical está no direito processual, com manifestações como a irrelevância da vontade da vítima na aparência das Administrações Públicas como acusação popular, bem como a reivindicação insistente de que a vítima não pode valer-se da isenção do dever de testemunhar regulamentada no artigo 416 LECrim.

**- A perda da validade da atual política legislativa e a renúncia do legislador a mudar a estratégia punitivista e sexista**

A tese argumenta que a política legislativa atual está esgotada.

Por um lado, o legislador perdeu o domínio do feminismo da segunda onda. Diante desse «feminismo vítima», surgiu uma nova maneira de entender o feminismo que defende que não é necessário que as mulheres recorram à guerra dos sexos ou adotem um papel de vítimas para serem reconhecidas, mas que se orgulha de sua condição de mulher e que toma consciência e aceita as diferenças físicas, religiosas, culturais e econômicas das mulheres, enfrentando-as como alguns obstáculos que as mulheres devem enfrentar de acordo com essas diferenças ou particularidades. Essa nova onda de feminismo - a terceira, que começa com os escritos de Walker, é chamada por Wolf de «feminismo do poder», e defende a liberdade das mulheres de tomar suas próprias decisões de acordo com seus desejos e interesses. Além disso, a teoria queer (defendida por Butler) veio para quebrar não só o sistema binário sexo-gênero, mas supera a concepção do sexo como uma construção natural, fazendo desaparecer as categorias «homem» e «mulher» como sujeitos políticos. Em suma, os conceitos de sexo e gênero, tal como definidos pelo feminismo da segunda onda, tornaram-se ultrapassados. Assim, a tese conclui que o conceito de «violência baseada no gênero» não é mais patrimônio das mulheres.

Por outro lado, o LOVG poderia ter sido a ponta de lança para outros países regularem no mesmo sentido, no entanto, permaneceu isolado internacionalmente. Em instrumentos de direito internacional, como a Convenção de Istambul, há um compromisso de passar de políticas crimino-cêntricas (perseguição e punição do agressor) para políticas vitimocêntricas (salvaguarda dos direitos das vítimas). Assim, esta Convenção promulga a «Política 3P» (prevenção, proteção e acusação). Além disso, em direito comparado, não há legislação penal na Europa que possa ser comparada à legislação espanhola. É verdade que na Suécia existe um delito penal específico por violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais, mas as penas são as mesmas que as previstas quando a mulher comete o crime. Na América Latina, há alguns sistemas jurídicos que têm circunstâncias agravantes com base no parentesco.

Da mesma forma, os crimes de «femicídio» ou «feminicídio» foram criminalizados (Costa Rica, Chile, Peru, etc.), porém, como no caso da Suécia, a pena não é agravada com relação a outros homicídios. O único regulamento que poderia ser comparado é o da Colômbia, que reconhece uma punição agravada pelo crime de homicídio se o ato «for cometido contra uma mulher porque ela é mulher», embora, ao contrário do que acontece na Espanha, seja considerado necessário provar o elemento subjetivo do crime.

Finalmente, a regra tem demonstrado uma ineficácia inquestionável. Nesse sentido, a doutrina penal entende que o recurso ao direito penal simbólico degenera em pura aparência de eficiência e em falsa sensação de segurança.

Apesar desses três indicadores claros do esgotamento da política legislativa atual, o legislador está instalado na *sostenella y no enmendalla*. Assim, o Pacto do Estado contra a violência de gênero, aprovado em dezembro de 2017, redobra a aposta, com propostas de natureza substantiva como, por exemplo, a supressão da aplicação dos fatores atenuantes da confissão e a reparação dos danos. Reafirma também a necessidade da proibição absoluta da mediação vítima-infrator.

## **PARTE DOIS: Manifestações de políticas públicas de ação obrigatória em direito processual**

### **- A autonomia da vítima e a ação popular exercida pelas Administrações Públicas**

A ação popular, consagrada no artigo 125 do CE, é constituída como um direito de configuração jurídica -incardinado pelo Tribunal Constitucional no direito à proteção judicial efetiva-, pelo qual qualquer cidadão não ofendido pelo crime pode sustentar a ação penal em crimes públicos junto com a acusação privada e a acusação oficial do Ministério Público. A base da ação popular - que compartilha com a acusação privada - é dupla: a) a participação dos cidadãos no processo penal; e b) o controle do cidadão contra possível negligência por parte do Ministério Público em sustentar a acusação.

A ação popular tem hoje uma certa contestação por duas razões: a) entende-se que, num processo penal moderno, a ação penal deve ser exercida em regime de monopólio pelo Ministério Público; e b) em muitas ocasiões, a ação popular tem sido

exercida de maneira espúria. A tese defende a plena validade do atual sistema de legitimação para o exercício da Ação criminal em Espanha.

Quanto ao alcance subjetivo, a ação popular pode ser exercida por indivíduos, por pessoas jurídicas e por pessoas jurídicas públicas. Neste último caso, as administrações públicas podem exercer a ação popular sempre que isso for legalmente previsto. A este respeito, o artigo 29.2 LOVG regulamenta que a Delegação Especial do Governo contra a Violência contra a Mulher «será legitimada perante órgãos jurisdicionais para intervir na defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, em colaboração e coordenação com as Administrações com competência na matéria». Na tese argumenta-se que esse artigo não é um empoderamento legal, entretanto, o Tribunal Constitucional endossou a aparição da Delegação Especial como ator popular em virtude desse regulamento. Em todo o caso, a partir desse regulamento, e daquele que o desenvolve, conclui-se na tese que a vontade da vítima não é levada em conta no exercício da ação popular.

Por outro lado, quase todas as comunidades autónomas (regiões) desenvolveram regulamentos a esse respeito, fazendo distinção entre as comunidades em que a autonomia da vítima não é levada em conta (Baleares, Comunidade Valenciana, Comunidade de Madrid, Castilha y León, Castilla-La Mancha, País Basco, Extremadura, Navarra e Andaluzia), e aqueles que, em graus diversos, levam em conta a vontade da vítima (La Rioja, Ilhas Canárias, Cantábria, Catalunha e Galiza). Aragão está numa posição intermediária, na medida em que a vontade da vítima é levada em conta de acordo com a gravidade da ofensa.

A tese argumenta que o exercício da ação popular por pessoas jurídicas-públicas não responde aos fundamentos da ação popular. Nem as administrações públicas são, a rigor, cidadãos; nem parece lógico que uma administração pública deva instaurar processos penais para controlar o Ministério Público, que depende da própria administração.

## **- A autonomia da vítima e a renúncia ao dever de testemunhar**

O regulamento processual estabelece a obrigação dos cidadãos de ir ao tribunal e testemunhar quando citados pelo tribunal. No entanto, uma série de exceções e dispensas são regulamentadas, entre as quais a dispensa por parentesco contida no artigo 416.1 LECrim.

A tese argumenta que os fundamentos para a isenção são quatro: a) a proteção geral prevista na LECrim para certas testemunhas contra um possível conflito de consciência ou interesses e, em particular, com respeito aos parentes; b) a proteção das relações familiares; c) a liberdade da testemunha relativa de agir com plena autonomia no processo; e d) a liberação da Administração da Justiça de ter que processar a testemunha relativa que, forçada a testemunhar, decida mentir.

Em casos de violência de parceiros íntimos há geralmente uma dificuldade de prova devido a vários fatores: a) os fatos geralmente ocorrem no sigilo do lar; b) a vítima e o agressor estão ligados por uma relação afetiva, c) a única prova direta é o testemunho da vítima e do agressor, d) a "aparente" normalidade do agressor, e e) a importância dos elementos objetivos da prova.

Consequentemente, nos casos em que a vítima se vale da renúncia ao dever de testemunhar, é normal que a sentença seja absolvida. Para evitar a impunidade, foram propostas duas alternativas: a) o uso de declarações sumárias, solução que foi descartada pela jurisprudência; e b) a limitação do direito de renúncia da testemunha-vítima. A esse respeito, a jurisprudência estabeleceu que a vítima que foi procurador particular não tem direito a uma renúncia. A tese argumenta que essa solução não consagra o direito de renúncia, já que os direitos processuais não são renunciados, mas são exercidos ou não a cada momento do processo, propondo que o juiz possa limitar o direito de renúncia nos casos em que se verifique, após parecer de especialista, que a capacidade volitiva da vítima tenha sido anulada.

## **PARTE TRÊS: Manifestações de políticas públicas de ação obrigatória em direito para-processual**

### **- Autonomia da vítima e mediação vítima-infrator**

A mediação é, juntamente com a negociação e a conciliação, um procedimento autocompositivo de resolução de conflitos complementar ao processo que é informado, entre outras suposições, pela voluntariedade e pelo equilíbrio de *poder* entre as partes. Esses procedimentos, juntamente com a arbitragem, são - de acordo com um importante setor da doutrina - manifestações dos ADR, que nasceram, em grande parte, devido à crise de jurisdição. Entretanto, a tese argumenta que o verdadeiro avanço dos ADR é que eles oferecem aos sujeitos envolvidos em um conflito jurídico a liberdade de, primeiro, decidir que o conflito deve ser resolvido fora da jurisdição e, segundo, determinar, na maioria dos sistemas, a solução do próprio conflito.

No campo do direito penal, a mediação oferece uma série de vantagens tanto para a vítima (1. A reparação ou compensação pelos danos; 2. A recuperação do sentimento de segurança, como forma de reparação simbólica; e 3. A resolução de problemas associados à vitimização secundária derivados do chamado reiterado ao processo da parte ofendida como testemunha) e para o infrator (1. O sofrimento pessoal devido à perda de liberdade; 2. A internalização de atitudes manipuladoras e padrões de desconfiança; 3. A falta de aprender a respeitar os direitos legais protegidos pela lei penal; 4. A dificuldade da reintegração social e o aumento da probabilidade de reincidência) e para a comunidade (1. Facilita o diálogo comunitário; 2. Reconstrói a paz social quebrada pelo crime e minimiza as consequências negativas; 3. Restabelece o papel da sociedade civil; e 4.)

Apesar dessas vantagens, o LOVG proíbe a mediação (civil e criminal) quando houver um caso de violência contra mulheres em parcerias íntimas heterossexuais. Mais uma vez, a concepção estereotipada da vítima pelo legislador torna irrelevante a vontade da vítima - em todos os casos, e independentemente do crime e de suas consequências - de optar por se submeter à mediação. Além disso, é paradigmático que a mediação seja proibida e que outros procedimentos autocompositivos de resolução de disputas, tais como negociação e conciliação, sejam permitidos.

A tese defende a revogação dessa proibição, deixando nas mãos do mediador o controle dos pressupostos que devem ser respeitados a todo o momento, especialmente a voluntariedade e o equilíbrio de *poder* das partes.

## **- REFLEXÃO FINAL**

A tese argumenta que a atual política legislativa deve ser superada por outra que abandone a natureza punitiva e a legislação penal sexual, protegendo e punindo a violência do parceiro íntimo independentemente do sexo, gênero e orientação sexual da vítima e do perpetrador. Por outro lado, e de acordo com as doutrinas do feminismo da terceira onda, a tese argumenta que a autonomia da vítima no processo judicial deve ser garantida, estabelecendo os mecanismos apropriados de correção no caso de se verificar que a violência teve, entre outras consequências, a perda da capacidade volitiva da vítima.



# **INTRODUCCIÓN: JUSTIFICACIÓN, HIPÓTESIS DE TRABAJO, OBJETIVOS, ESTRUCTURA Y CONTENIDO DE LA TESIS DOCTORAL**

La violencia en la pareja íntima –como una manifestación más amplia que la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual– es hoy una realidad que, pese a que la violencia sobre el hombre y la violencia bidireccional en las parejas heterosexuales y la que se produce en las parejas LGTBIQ+ permanecen ocultas, suscita el interés y la preocupación de la sociedad española, por lo que los estudios científicos que se aproximan a este fenómeno delincencial (ya sea desde la ciencia jurídica o desde cualquier otra –la psicología, la sociología, la antropología, etc.–) resultan necesarios por cuanto pueden constituir una fuente para la siempre compleja labor de los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) de dar una respuesta adecuada, efectiva y proporcionada a esta violencia.

La actual política legislativa contra la violencia en la pareja íntima vino a consagrar un nuevo paradigma en la prevención y protección de las víctimas, y en la represión penal de los victimarios, sin embargo, acotó el ámbito de aplicación a los supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, en buena medida, como consecuencia de los datos de prevalencia que se ofrecen en las encuestas e informes públicos, que minusvaloran –cuando no silencian– la violencia sobre el hombre y la violencia bidireccional en la pareja íntima heterosexual, así como la violencia (unidireccional y bidireccional) en las parejas íntimas LGTBIQ+. Además, y en sintonía con los postulados del denominado *feminismo radical* de la segunda ola, la actual política legislativa consigue perpetuar el rol de víctima de las mujeres.

Pasado un tiempo más que prudencial, especialmente desde la entrada en vigor de la LOVG, siguen vigentes las contestaciones a la misma por, entre otras cuestiones, el

tratamiento que se hace en la ley de ciertas instituciones penales y civiles –tanto sustantivas cuanto procesales– que operan en los supuestos que vienen definidos por el legislador como violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Estas previsiones legislativas resultan, cuanto menos, lo suficientemente llamativas –por excepcionales– para justificar, por sí solas, la realización de esta tesis doctoral.

Como consecuencia de lo anterior, se establece como hipótesis de trabajo que la respuesta a la violencia en la pareja íntima no es adecuada, efectiva, ni proporcionada, a partir del hecho de que en la regulación contenida en la LOVG –y en la posterior aplicación jurisprudencial– se establece que cualquier acto de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es sinónimo de violencia de dominación, en la que la mujer siempre sufre daño psicológico y siempre queda en una posición de desequilibrio de *poder* respecto de su victimario.

Los objetivos formales o metodológicos de esta investigación se concretan en que el doctorando: a) domine los métodos de investigación utilizados en las ciencias jurídicas; b) sea capaz de concebir, diseñar, poner en práctica y adoptar un proceso de investigación; c) consiga contribuir a la ampliación de las fronteras del conocimiento a través de una investigación original; y d) conozca y comprenda de forma sistemática y crítica las instituciones sustantivas y procesales que se aplican en el enjuiciamiento de la violencia en la pareja íntima.

Por otro lado, los objetivos materiales de este trabajo, en línea con la hipótesis de trabajo planteada, son: a) analizar el concepto de violencia, poniendo especial atención a si la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual tiene características propias que la diferencian de la violencia en la pareja íntima, de la violencia intrafamiliar, y del resto de manifestaciones de violencia intersubjetiva; b) analizar las doctrinas del feminismo que han inspirado la actual política legislativa, especialmente las que promueven la implantación de las políticas públicas de actuación obligatoria; c) examinar la tutela penal de la violencia en la pareja íntima; y d) escrutar críticamente las manifestaciones de las políticas públicas de actuación obligatoria en España que se aplican –o se pretender aplicar– en el enjuiciamiento de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual.

Para la consecución de estos objetivos, la tesis doctoral está dividida en tres partes<sup>1</sup>. En la primera parte (Capítulos I y II) se analiza la violencia en la pareja íntima y los fundamentos de la actual política legislativa. Así, en el Capítulo I se examina el concepto de violencia, la protección de la violencia de dominación por los instrumentos internacionales, así como los datos de prevalencia de la violencia en la pareja íntima. Posteriormente, en el Capítulo II, se hace una aproximación al movimiento feminista, desentrañando las diferencias entre las tres etapas u olas en las que se divide el feminismo desde los tiempos posteriores a la Ilustración. Especialmente, se analizan las doctrinas del feminismo de la segunda ola, que son las que inspiran la actual política legislativa, caracterizada por un marcado carácter punitivista, y en la que la voluntad de la víctima en el proceso es irrelevante. Por último, se vislumbra la pérdida de vigencia de la actual política legislativa debido a la irrupción del feminismo de la tercera ola, al cambio de paradigma que significa el Convenio de Estambul, y al aislacionismo de la LOVG en el derecho comparado.

La segunda parte de la tesis (Capítulos III y IV) se dedica a algunas de las manifestaciones de las políticas públicas de actuación obligatoria en el derecho procesal, que se concretan en la irrelevancia de la voluntad de la víctima en la personación de las administraciones públicas como acción popular (Capítulo III) y en las propuestas de limitar el ejercicio de la dispensa del deber de declarar contra el pariente por parte de la testigo-víctima (Capítulo IV). En este Capítulo, entre otras cuestiones, se examinan las controversias en relación con la creación jurisprudencial de la prohibición de acogerse a la dispensa cuando el testigo-víctima-pariente ha estado anteriormente personado como acusación particular, y las propuestas de introducir las declaraciones sumariales del testigo-víctima-pariente cuando este se acoge a la dispensa en el acto del juicio.

En la tercera parte (Capítulo V), se analiza, en primer lugar, los distintos métodos de resolución de controversias, poniendo especial atención en las ADR y, particularmente, en la mediación penal. Finalmente, se examina de forma crítica la manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria en el derecho

---

<sup>1</sup> Para un amplio desarrollo del contenido de la tesis, *vid. supra* el resumen en pág. XXXI.

paraprocesal, que se concretan en la prohibición de la mediación víctima-agresor en los supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual.

La tesis doctoral pretende, en atención a lo anteriormente expuesto, dar respuesta a los interrogantes planteados y, tras la investigación, confirmar o no la hipótesis propuesta.

PARTE PRIMERA

**LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA Y LA  
INAPLAZABLE REFORMULACIÓN DE LA ACTUAL  
POLÍTICA LEGISLATIVA**



## CAPÍTULO I

# LA VIOLENCIA EN LA PAREJA ÍNTIMA: FENÓMENO DELINCUENCIAL QUE AFECTA A LOS DERECHOS HUMANOS Y MÁS AMPLIO E IGUALMENTE PREVALENTE QUE LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER EN LA PAREJA ÍNTIMA HETEROSEXUAL

### Introducción

La violencia ha ejercido desde el principio de los tiempos de forma continua e invariable una fascinación sobre el ser humano fuera de lo común, llegando a constituirse como un elemento esencial de nuestras diversiones (cuentos infantiles, literatura universal, cine, etc.) y en un componente fundamental de las instituciones sociales hasta el extremo de que, en la mayor parte del mundo, la violencia está presente en la vida familiar, en los asuntos religiosos y en la historia política<sup>2</sup>. La violencia –y todo lo que rodea a la misma<sup>3</sup>–, por tanto, puede ser sumamente atractiva<sup>4</sup> y la

---

<sup>2</sup> LITKE, R., «Violencia y poder», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, París, n.º 132, junio de 1992, págs. 161-172, cita en pág. 161.

<sup>3</sup> Además de la violencia como hecho de la realidad, también despierta atracción el sujeto que la ejerce, sobre todo entre las personas que han desarrollado conductas pasivas, como ha sucedido históricamente a las mujeres en relación con los hombres. IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 61-91, cita en págs. 75-76.

<sup>4</sup> MELZER, W., y SCHUBARTH, W., en MELZER, W., HERMANN, D., SANDFUCHS, U., SCHÄFER, M., SCHUBARTH, W., y DASCHNER, P. (edits.), *Handbuch Aggression, Gewalt und Kriminalität bei Kinder und Jugendlichen*, Verlag Julius Klinkhardt, Bad Heilbrunn, 2015, pág. 23. Señalan los autores que, por ejemplo, en algunas subculturas juveniles, la conducta violenta se acepta y se idealiza como un rito de iniciación y un medio para la cohesión entre los pares, hasta el punto de que los agresores justifican los actos de violencia y los procesos que se derivan de ellos, contribuyendo a su estabilización síquica, aunque sus actos no sean moralmente justificables; «So gehört in einigen jugendlichen subkulturen gewaltförmigen Verhalten als Initiationsritus und Medium der Gruppenkohäsion in den Peers zu den akzeptierten und idealisierten Verkehrsformen. Gewalthandlungen und die damit verbundenen Anerkennungsprozesse werden von den jungen „Tätern“ gerechtfertigt und tragen zu ihrer psychischen Stabilisierung bei, auch wenn dieses Handeln moralisch nicht zu rechtfertigen ist». *Cfr. Ibid.*, págs. 23-24. A este respecto, en un

pluralidad de escenarios en la que se desarrolla, así como su potencial capacidad para transformar la realidad cotidiana es, en palabras del profesor español de Historia Contemporánea Eduardo González Calleja, «lo que nos cautiva de la violencia, y lo que, al mismo tiempo, nos repele de ella»<sup>5</sup>.

La violencia nos seduce y nos incomoda, en buena medida, porque, pese a ser un término ampliamente utilizado, desconocemos su naturaleza y su magnitud. Analizar el fenómeno de la violencia en la pareja íntima, en consecuencia, nos obliga a aproximarnos en primer lugar al concepto mismo de violencia. Para esta empresa, en este capítulo hacemos, en primer lugar, una delimitación conceptual de la violencia, analizando la etimología del término, las acepciones aportadas por los diccionarios, los elementos definatorios, la asociación de la violencia al poder y las conceptualizaciones amplias y restrictivas que se ha formulado del vocablo, con especial atención a la clasificación de la violencia que hace Johan Galtung, quien en su *triángulo de la violencia* distingue entre la violencia directa –a la que nosotros llamamos *violencia común*–, la violencia estructural –a la que nosotros denominamos *violencia de dominación*– y la violencia cultural, y en los *modelos virtuosos* para la solución de conflictos que propone Galtung.

En segundo lugar, y a partir del concepto de violencia de Galtung, analizamos la distinción –y la vigencia– tanto de la violencia de dominación cuanto de la violencia común, defendiendo que existen casos en los que hay violencia de dominación en función del grupo o estirpe al que pertenecen los sujetos activo y pasivo del delito.

---

interesante estudio sobre la violencia en el fútbol en Argentina, el periodista y antropólogo argentino Federico Czesli y el sociólogo también argentino Diego Murzi, han afirmado que «[s]i el *aguante* está ligado a la identidad de género porque les permite a los individuos distinguir a los *machos* (los verdaderos hombres, aquellos que utilizan la violencia como forma de honor) de aquellos que no la aplican (los *putos*), también es una identidad relacional, ya que a partir de la oposición entre *machos* y *putos* se construye un *nosotros*, una mismidad». Cfr. CZESLI, F., y MURZI, D., «Apuntes sobre una intervención para deconstruir las condiciones que generan la violencia en el fútbol», en *Lúdica Pedagógica*, Universidad Pedagógica Nacional, n.º 21, Bogotá, enero-junio de 2015, págs. 103-112, disponible en <https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/LP/article/view/2699> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 105.

<sup>5</sup> Cfr. GONZÁLEZ CALLEJA, E., «La definición y la caracterización de la violencia desde el punto de vista de las ciencias sociales», en *Arbor: Ciencia, pensamiento, cultura*, CSIC, Madrid, vol. 167, n.º 657, 2000, págs. 153-185, cita en pág. 154. Para una aproximación a las relaciones entre el Derecho y la violencia, de interés, PINA FERSINI, M., «Derecho y violencia: La apuesta de la diferencia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 32, 2016, págs. 265-296, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10026500295](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10026500295) [u. a. 09/06/2021].

Ahora bien, no siempre que coinciden esos sujetos activo y pasivo se da la violencia de dominación, por lo que la respuesta punitiva no puede ser la misma en uno u otro caso.

La violencia de dominación, que es la verdaderamente importante a los efectos de esta investigación, atenta contra los derechos humanos, por lo que, en este capítulo, en tercer lugar, hacemos una aproximación a los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos, tanto los de carácter universal, cuanto los europeos, y tanto los de ámbito general cuanto los que, específicamente, hacen referencia a las mujeres y a las personas LGTBIQ+. En los referentes a las mujeres, expondremos las definiciones que se dan de la violencia sobre la mujer por razón de género. Igualmente, analizamos el Deber de Debida Diligencia de los Estados en la defensa de los derechos humanos y, en especial, de los derechos humanos de las mujeres. Finalmente, hacemos un examen de la situación en España, haciendo especial referencia a la STS de 17 de julio de 2018 y a la SAN de 30 de septiembre de 2020.

Analizados los instrumentos internacionales como primera línea de defensa de los derechos fundamentales, examinamos en este capítulo la prevalencia de la violencia en la pareja íntima y si esta violencia es exclusiva de las parejas heterosexuales, haciendo un examen de las distintas opciones a la hora de realizar y analizar los datos de victimología. Así, estudiamos las diferencias entre aquellos que aplican a los estudios empíricos la perspectiva de género y los que no.

Por último, estudiamos las características y estrategias de la violencia de dominación en la pareja íntima y las propuestas para revertirla (Modelo Duluth), así como el ciclo de esta violencia en el que, en ocasiones, se ven inmersas las víctimas.

## 1. Aproximación al concepto de violencia

El término violencia deriva del latín *vis* –fuerza, vigor, potencia– y *latus*, participio pasado del verbo *ferus* –llevar o transportar–, por lo que, desde un punto de vista puramente etimológico, violencia significa trasladar o aplicar la fuerza a algo o a alguien<sup>6</sup>, si bien, su definición es controvertida debido a las connotaciones que

<sup>6</sup> DEGENAAR, J., «The Concept of Violence», en CHABANI MANGANYI, N., y DU TOIT, A. (edits.), *Political Violence and the Struggle in South Africa*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 1ª ed., 1990, págs. 70-86, cita en pág. 71. En idénticos términos, PLATT, T., «La violencia como concepto



comparte parcialmente con un conjunto de términos que, sin ser sinónimos, están en un campo semántico similar, como agresión, conflicto, poder, etc.<sup>7</sup>.

### 1.1. La problemática definición del término violencia

El filósofo estadounidense Thomas Platt, señala que el *Diccionario Webster* apunta no menos de siete acepciones del término, desde la relativamente precisa «fuerza física empleada para causar daños o heridas», hasta la claramente metafórica de «energía natural o física o fuerza en acción», pasando por la muy ambigua de «uso injusto de la fuerza o el poder, como en el caso de la privación de derechos»<sup>8</sup>. Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española incluye cuatro acepciones<sup>9</sup>: 1. Cualidad de violento; 2. Acción y efecto de violentar o violentarse; 3. Acción violenta o contra el natural modo de proceder; y 4. Acción de violar a una persona.

Atendiendo a estas definiciones aportadas por los diccionarios, parece que la violencia tiene más que ver con los medios que con los fines, por lo que la violencia no puede ser condenada ni rechazada éticamente, ya que el uso de la fuerza, en sí mismo, no es censurable. En todo caso, serán reprobables los resultados que origine su uso o las condiciones en las que se realizan los actos violentos<sup>10</sup>.

---

descriptivo y polémico», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, París, n.º 132, junio de 1992, págs. 173-180, cita en pág. 174. Para la etimología del término violencia, centrado en el concepto alemán *Gewalt*, vid. BORNHAUSER, N., «Consideraciones en torno a la violencia. “Más allá” de las palabras», en *Atenea*, Universidad de Concepción, n.º 506, II semestre de 2012, págs. 137-152, cita en págs. 143-145.

<sup>7</sup> «„Gewalt“ ist ein interdisziplinär, vor allem in den Sozial- und Erziehungswissenschaften sowie in der Kriminologie. verwendeter Begriff, um dessen Definition und Abfrenzung gegenüber benachbarten Termini und Konzepten (z. B. Aggression, Devianz un Delinquenz, Kriminalität, [...]) es seit jeher lebhaftere Kontroversen gibt». Cfr. MELZER, W., y SCHUBARTH, W., en MELZER, W., HERMANN, D., SANDFUCHS, U., SCHÄFER, M., SCHUBARTH, W., y DASCHNER, P. (edits.), *Handbuch Aggression, Gewalt und...*, *óp. cit.*, pág. 23.

<sup>8</sup> PLATT, T., «La violencia como concepto descriptivo y polémico», *óp. cit.*, pág. 173. Concluye el autor que, pese a la multiplicidad de acepciones contenidas en el citado diccionario, no se recogen en el mismo muchos de los usos del término que se hacen en la actualidad.

<sup>9</sup> Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/violencia?m=form> [u. a. 09/06/2021].

<sup>10</sup> IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 66. A este respecto, afirma la autora (*Íd.*) que el término violencia está frecuentemente asociado al de agresividad, que es un derivado de agredir: atacar, lanzarse contra alguien para herirle, golpearle o causarle cualquier daño.

La violencia tiene dos elementos definitorios<sup>11</sup>. En primer lugar, constituye una forma de relacionarse, o lo que es lo mismo, un mecanismo singular de comunicación orientado a alterar el comportamiento de la víctima de forma coercitiva cuando no existen alternativas menos destructivas de relación mutua. Así, la violencia se presenta como una categoría social *sui generis*. En segundo lugar, la violencia es un ataque contra la integridad física y moral de la víctima, a la que se limita gravemente su capacidad de actuar con libertad. De esta forma, el «procedimiento violento» puede ser definido como el hecho tendente a forzar la voluntad de las personas a través del daño físico o moral que se les inflige<sup>12</sup>. Ahora bien, no debemos centrarnos en los efectos que causa la violencia en el receptor, sino en la naturaleza de la fuerza que se utiliza y en el agresor, porque optar por la primera opción nos obliga a desviar nuestra atención hacia la víctima, en lugar de poner el foco en el causante<sup>13</sup>.

En cualquier caso, y más allá de las múltiples acepciones de término, la violencia está asociada al poder<sup>14</sup>. En este sentido, el filósofo inglés Thomas Hobbes señaló en su conocida obra *Leviathan (Leviatán)*, publicada en 1691, que

«[e]l "poder de un hombre", universalmente considerado, consiste en sus medios presentes para obtener algún bien aparente futuro: y es "original" o "instrumental".

El "poder natural" [así denomina también al poder original], es la supremacía de las facultades del cuerpo o de la mente; como la fuerza extraordinaria, la belleza, la prudencia, las artes, la elocuencia, la liberalidad y la nobleza. [el poder] "Instrumental" son aquellas facultades que, adquiridas por las primeras, o por la fortuna, se constituyen en medios e instrumentos para adquirir más, como la riqueza, la reputación, los amigos y los secretos designios de Dios, que es lo que los hombres llaman buena suerte. Porque la naturaleza del

<sup>11</sup> GONZÁLEZ CALLEJA, E., «La definición y la caracterización de la violencia...», *óp. cit.*, págs. 154-155.

<sup>12</sup> CORTINA, A., «El poder comunicativo. Una propuesta intersexual frente a la violencia», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 27-41, cita en pág. 29. La autora expone (*Íd.*) que ese denominado «procedimiento violento» está siendo desautorizado socialmente conforme la moralidad se incrementa en la sociedad. Así, apunta que, tras las atrocidades perpetradas por los médicos en los campos de concentración nazi en forma de experimentos con humanos, es ya una exigencia moral y legal universalmente aceptada que la persona en cuyo cuerpo vaya a intervenir debe prestar su consentimiento.

<sup>13</sup> LITKE, R., «Violencia y poder», *óp. cit.*, pág. 162.

<sup>14</sup> De interés, OTERO PARGA, M. M., «El concepto de poder y su relación con la mujer», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 9, 1992, págs. 189-202, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10018900206](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10018900206) [u. a. 09/06/2021].

poder es en este punto como la fama, que aumenta a medida que avanza; o como el movimiento de los cuerpos pesados, que cuanto más avanzan, más velocidad adquieren.

El mayor de los poderes humanos es el que se integra junto con los poderes de la mayoría de los hombres, unidos de común acuerdo en una sola persona, natural o civil, que tiene el uso de todos sus poderes, como es el poder del Estado; o en función de las voluntades de un gran número de personas, como es el poder de una facción o de varias facciones unidas. Por tanto, tener siervos, es poder; tener amigos, es poder porque son fuerzas unidas»<sup>15</sup>.

Por su parte, el filósofo estadounidense Robert Litke enuncia que el poder puede definirse, en primer lugar –apoyándose en Hobbes–, como la capacidad de actuar. En segundo lugar, el poder implica una capacidad concreta, como, por ejemplo, «el poder de expresión». Por último, conceptualiza el poder como la «capacidad de controlar y mandar», señalando que esta última acepción es la que ayuda a comprender por qué la violencia es un fenómeno generalizado<sup>16</sup>.

Uno de los debates más interesantes en relación con la definición de la violencia es el carácter extenso o restrictivo del término. Por un lado, el sociólogo y matemático noruego Johan Galtung, propugna un concepto amplio de violencia. Así, la define como el conjunto de amenazas evitables contra la satisfacción de las necesidades humanas básicas y, más en general, a la vida, reduciendo el nivel real de satisfacción de

---

<sup>15</sup> «The “power of a man,” to take it universally, is his present means; to obtain some future apparent good: and is either “original” or “instrumental”.

“Natural power,” is the eminence of the faculties of body or mind; as extraordinary strength, form, prudence, arts, eloquence, liberality, nobility. “Instrumental” are those power, which acquired by these, or by fortune, are means and instruments to acquire more: as riches, reputation, friends, and the secret working of God, which men can good luck. For the nature of power is in this point like to fame, increasing as it proceeds; or like the motion of heavy bodies, which the further they go, make still the more haste.

The greatest of human powers, is that which is compounded of the powers of most men, united by consent, in one person, natural or civil, that has the use of all their powers depending on his will; such as is the power of a commonwealth: or depending on the wills of each particular; such as is the power of a faction or of divers factions leagued. Therefore to have servants, is power; to have Friends, is power: for they are strengths united». Cfr. HOBBS, T., *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, George Routledge and sons, 4ª ed., Manchester - Nueva York, 1894, pág. 45.

<sup>16</sup> LITKE, R., «Violencia y poder», *óp. cit.*, págs. 164-165. Respecto de esta última categoría, que tiene entre sus manifestaciones la negación de la víctima, apunta que no es conveniente dominar al prójimo de manera que se le prive de capacidades tan fundamentales como su capacidad volitiva, de comprensión racional, de juicio moral, de actividad emocional para la amistad o para el amor, etc. Así, concluye que «[e]n efecto, quien domina a otro de manera tal que le hace imposible interactuar con él en el futuro (al destruir capacidades fundamentales), pierde así acceso a todos los beneficios que podría arrojar la interactividad en el futuro». Cfr. *Ibid.*, pág. 171.

necesidades por debajo de lo que es potencialmente posible<sup>17</sup>. Por el contrario, el filósofo australiano Cecil Anthony John Coady, refutando a Galtung, sostiene que cualquier intento de caracterización de la violencia debe conducir a un concepto de violencia lo menos extenso posible<sup>18</sup>. En este último sentido, Platt defiende la utilidad de un concepto restringido de violencia por cuanto un aumento poco selectivo de la extensión del término ayuda a disminuir su valor descriptivo y explicativo. Así, afirma que «a medida que el término se hace más extenso, su intensidad disminuye. Para decirlo de un modo ligeramente distinto, a medida que aumenta la gama de significados de un término, su fuerza descriptiva se contrae»<sup>19</sup>.

## 1.2. *Violencia directa, violencia estructural y violencia cultural: el triángulo de la violencia de Galtung*

No obstante, y sin entrar en valoraciones acerca de la vigencia de estas teorías – que se alejan del campo de estudio propio de nuestra disciplina –, por el interés que tiene para nuestro estudio, vamos a seguir a Galtung<sup>20</sup>, quien distingue tres tipos de violencia

---

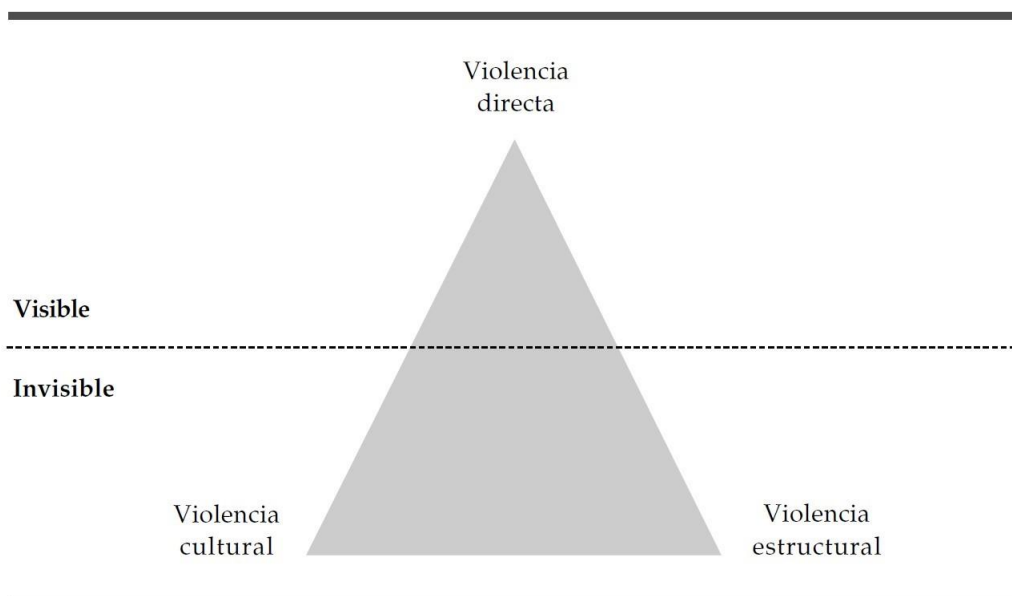
<sup>17</sup> «I see violence as avoidable insults to basic human needs, and more generally to life, lowering the real level of needs satisfaction below what is potentially possible. Threats of violence are also violence». Cfr. GALTUNG, J., «Cultural Violence», en *Journal of Peace Research*, Sage Publications, vol. 27, n.º 3, agosto de 1990, págs. 291-305, cita en pág. 292. El autor establece que las cuatro necesidades humanas básicas, y sus respectivos resultados de anulación a través de la violencia, son: supervivencia (muerte, mortalidad); bienestar (miseria, morbilidad); identidad (alienación); y libertad (opresión); «The four classes of basic needs - an outcome of extensive dialogs in many parts of the world (Galtung, 1980a) - are: *survival needs* (negation: death, mortality); *well-being needs* (negation: misery, morbidity); *identity, meaning needs* (negation: alienation); and *freedom needs* (negation: repression)». Cfr. *Íd.* En términos parecidos, la filósofa estadounidense, nacionalizada francesa, Susan George, define la violencia como todo aquello que impide a las personas satisfacer sus necesidades fundamentales –alimentación, vivienda, vestido, etc.– y conservar la dignidad; «Violence is also whatever prevents people from satisfying their fundamental needs – for food, shelter, and clothing, yes, but also for dignity». Cfr. GEORGE, S., Prólogo a SALMI, J., *Violence and Democratic Society: New approaches to Human Rights*, Zed Books, Londres - Nueva Jersey, 1993, págs. IX-X, cita en pág. X.

<sup>18</sup> COADY, C. A. J., «The Idea of Violence», en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 3, n.º 1, marzo de 1986, págs. 3-19, cita en pág. 4. En el artículo se hace una crítica a la teoría estructuralista de Galtung y a la legitimista del también filósofo estadounidense Robert Paul Wolff. Defendiendo, igualmente, una concepción restringida de la violencia, ARÓSTEGUI, J., «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia», en *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, Asociación de Historia Contemporánea, n.º 13, 1994, págs. 17-55, disponible en <http://revistaayer.com/articulo/1126> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 22. Este artículo del profesor español de Historia Contemporánea Julio Aróstegui se constituye como una excepcional aproximación al concepto de violencia desde la historiografía. Este campo de la ciencia era – conforme afirmaba el autor en 1994– «la excepción más clamorosa entre los campos del estudio social desde el que se ha abordado el fenómeno de la violencia». Cfr. *Ibíd.*, pág. 18.

<sup>19</sup> PLATT, T., «La violencia como concepto descriptivo y polémico», *óp. cit.*, pág. 176.

<sup>20</sup> Es cierto que Galtung plantea su teoría en relación con los conflictos sociales (guerras, grupos

en los conflictos sociales: la violencia directa, la violencia estructural y la violencia cultural, representándolas –a modo de iceberg– en su *Triángulo de la violencia*<sup>21</sup>.



**FUENTE:** GALTUNG, J., (TODA, T., trad.), *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998, pág. 15.

insurgentes, terrorismo, etc.), por lo que cabría pensar que, tal vez, el análisis de esta tipología de violencia trasciende al objeto del presente trabajo, sin embargo, la violencia en la pareja íntima tiene muchos puntos de conexión con estos conflictos. Como muestra, Galtung expone que «se ha analizado qué hacer *antes de la violencia*. En relación con ello, resultaba útil un pequeño triángulo, el triángulo ABC, en el que A representa actitudes/suposiciones, B es las conductas y C la contradicción subyacente en el conflicto, el choque de objetivos de las partes, los temas de fondo (del inglés, A, *attitudes*, B, *behavior*, C, *contradiction*). C es el *conflicto de raíz*. Pero según va fluyendo el conflicto, A y B empiezan a tomar mal aspecto: desde el odio que corroe las entrañas hasta la depresión en A, el estado interno de las partes implicadas; desde la violencia física y verbal más rabiosa hasta la retirada, la apatía, en B. A y B, especialmente B, constituyen el *metaconflicto*, el conflicto que emana de, o surge tras, el conflicto de raíz, la capa superior. Sólo es visible B, las conductas abiertamente violentas.

[...]

Antes de la violencia las emociones estaban más constreñidas. Tenía sentido aproximarse al conflicto de raíz como un problema intelectual que requería altos niveles de creatividad. Tras la violencia todo eso ha cambiado. Las emociones retenidas se han desatado en un frenesí de locura humana colectiva. Hay destrucción masiva de todo tipo. ¡Y bajo las ruinas, permanece el conflicto que está en la raíz!». Cfr. GALTUNG, J. (TODA, T., trad.), *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998, pág. 14. El autor se refiere a los conflictos sociales, sin embargo, descontextualizados, ambos párrafos pueden ser perfectamente aplicables a la violencia en la pareja íntima.

<sup>21</sup> Para el análisis, seguimos al autor en *ibid.*, págs. 15-18. Para profundizar en la teoría de conflictos de Galtung, *vid.* CALDERÓN CONCHA, P., «Teoría de conflictos de Johan Galtung», en *Revista de Paz y Conflictos*, Instituto de la Paz y los Conflictos. Universidad de Granada, n.º 2, Granada, 2009, págs. 60-81, disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/432/477> [u. a. 09/06/2021].

La violencia directa, física y/o verbal, se hace visible en forma de conductas. Ahora bien, la acción humana no nace de la nada, sino que está enraizada a una cultura de violencia (heroica, patriótica, patriarcal, etc.), y a una estructura social que, en sí misma, es violenta por demasiado represiva. Galtung rechaza la teoría de que «la violencia está en la naturaleza humana», defendiendo que el potencial para la violencia –como para el amor– está en la naturaleza humana, pero las circunstancias condicionan la realización de ese potencial<sup>22</sup>.

Por su parte, el profesor español de Sociología José María Tortosa, ha señalado un total de nueve tipologías distintas de violencia directa en función del actor y del destinatario de los comportamientos violentos, sistematizando la propuesta en el siguiente cuadro:

---

<sup>22</sup> A este respecto, cabe reseñar que los sociólogos, los biólogos, los antropólogos y científicos de otras especialidades difieren acerca de qué tipo de actos constituyen violencia y cómo se explica. Siguiendo a los filósofos estadounidenses Patricia Turrise y Michael J. Shaffer, el estudio científico de la violencia utiliza actualmente una docena de teorías importantes que se dividen en cuatro categorías principales para explicar la violencia entre humanos. La mayoría asume que la violencia es desviada y causada por factores que presiden a la persona, ya sea interna o externamente. Las teorías naturales atribuyen la violencia a causas congénitas como la genética, las condiciones hormonales, el género o patologías como la esquizofrenia o la enfermedad bipolar. Las condiciones biológicas que, se dice, explican el comportamiento violento incluyen el daño cerebral, el abuso físico y la desnutrición. Las teorías que atribuyen la violencia a causas externas afirman que las acciones violentas surgen de la socialización de género, la enfermedad mental o las condiciones en el hogar, la escuela y la sociedad. La violencia inducida por los medios es una teoría popular entre los sociólogos, mientras que algunos neurosicólogos estudian la influencia de la exposición a actos violentos en los estados neurológicos. Como excepción a los teóricos que encuentran que la violencia es desviada, los antropólogos de primates tienden a explicar la violencia como una adaptación evolutiva normal. Las teorías restantes sostienen que la violencia es aleatoria, inexplicable o simplemente «loca»; en otras palabras, impermeable a toda explicación. Para las distintas teorías, *vid.* TURRISI, P., y SHAFFER, M. J., «Theories of Violence and the Explanation of Ultra-Violent Behaviour», en LEVIN, T. (edit.), *Violence: 'Mercurial Gestalt'*, Rodopi, Amsterdam - Nueva York, 2008, págs. 13-27. De interés, respondiendo a si existe un substrato biológico en el comportamiento violento y analizando los mecanismos genéticos implicados en la conducta antisocial, *vid.* DARBRA ARGES, S., y MARTÍ-CARBONELL, S., «Psicobiología de la conducta antisocial», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 43-60.



		Destinatario		
		Individuo	Grupo	Estado
Agente	Individuo	Suicidio Homicidio, asesinato Agresión Violencia doméstica	Asesinato “en serie” Agresión racista Agresión fóbica (por ej. homofobia)	Terrorismo individualista
	Grupo	Atentado Linchamiento “Pandillismo” Mutilación (ablación del clítoris, etc.)	Guerra civil Limpieza étnica “Pandillismo”	Terrorismo Guerrilla
	Estado	Tortura Cárcel Pena de muerte	Terrorismo de Estado Genocidio Limpieza étnica	Guerra Terrorismo internacional

**FUENTE:** TORTOSA, J. M., *El largo camino: De la violencia a la paz*, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2001, pág. 32.

Coincidimos con Tortosa en que analizar la violencia directa visualizando conjuntamente los nueve tipos en el cuadro propuesto facilita no perder la perspectiva, situación que se puede dar con facilidad cuando se centra el debate de forma fragmentada atendiendo únicamente a algunos casos. Así, afirma que «[e]s violencia directa la de Eritrea y Somalia y la violencia doméstica, pero, igualmente, es violencia directa la pena de muerte y el aborto»<sup>23</sup>.

Volviendo al concepto de violencia que estamos manejando, Galtung sitúa en la base de su *triángulo*, la violencia estructural, conceptualizada como todas aquellas situaciones de explotación, discriminación, marginación o dominación<sup>24</sup>. Adoptamos el término de *violencia de dominación* para referirnos a la violencia estructural que –a los efectos de nuestro trabajo– se da en la pareja íntima, ya sea por razón de género o por cualquier otra razón. Esta violencia de dominación no hay que vincularla a la violencia directa de carácter psicológico, pese a que en la literatura científica se suele producir esta confusión, en parte, por el carácter intangible o invisible de ambas manifestaciones de la

<sup>23</sup> TORTOSA, J. M., *El largo camino: De la violencia a la paz*, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2001, págs. 32-33. Cita textual en pág. 33.

<sup>24</sup> TORTOSA, J. M., *Sociología del sistema mundial*, Tecnos, Madrid, 1992, pág. 137. En palabras de Galtung: «la suma total de todos los choques incrustados en las estructuras sociales y mundiales, y cementados [sic.], solidificados, de tal forma que los resultados injustos, desiguales, son casi inmutables». Cfr. GALTUNG, J. (TODA, T., trad.), *Tras la violencia*, 3R..., óp. cit., pág. 16.

violencia<sup>25</sup>. De esta forma, la violencia psicológica en la pareja íntima no es sinónimo – en todo caso– de violencia de dominación.

Por último, la violencia cultural puede entenderse desde dos perspectivas. La primera, es violencia todo ataque contra los rasgos culturales y la identidad colectiva de una comunidad; y la segunda, todas las justificaciones que permiten y fomentan las distintas formas de violencia directa y estructural<sup>26</sup>.

En conclusión, los tres tipos de violencia se retroalimentan, por cuanto la violencia directa trae causa de la violencia cultural y de la violencia estructural y, a su vez, el ejercicio de aquella consolida a las dos últimas. Es por esto que la violencia no puede combatirse con violencia, por cuanto se caería en un círculo vicioso. Así, Galtung propone convertir los círculos viciosos en «círculos virtuosos», apostando por la *reconstrucción* tras la violencia directa; la *reconciliación* de las partes en conflicto; y la *resolución* del conflicto subyacente, raíz del conflicto<sup>27</sup>. A este respecto, Galtung formula el siguiente cuadro como esquema para la resolución de la violencia.

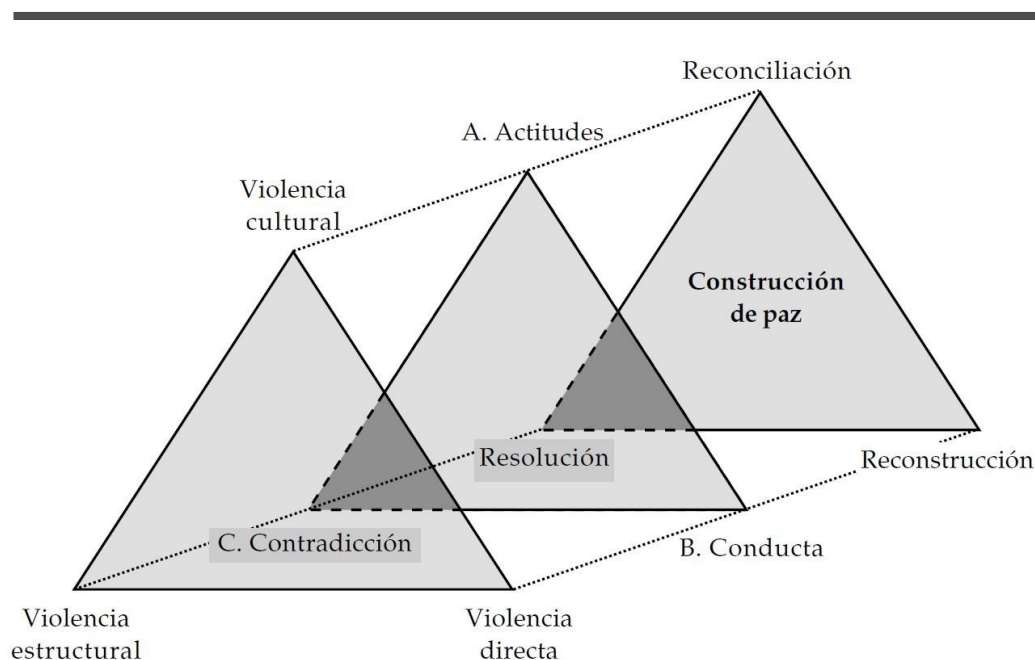
---

<sup>25</sup> «There is a tendency in the literature to slide from psychological violence to structural violence, but this seems to embody a confusion since it rests on the tendency to think of psychological violence as impalpable and then to feel that its admission endorses the even more impalpable structural violence». Cfr. COADY, C. A. J., «The Idea of Violence», *óp. cit.*, pág. 16.

<sup>26</sup> ESPINAR RUIZ, E., *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006, pág. 25.

<sup>27</sup> GALTUNG, J. (TODA, T., trad.), *Tras la violencia, 3R...*, *óp. cit.*, pág. 17.





**FUENTE:** GALTUNG, J., (TODA, T., trad.), *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998, pág. 18.

De la propuesta de Galtung se extraen dos modelos. El primero confía, de forma paralela, la *reconstrucción* a los «desarrolladores», la *reconciliación* a los teólogos-sicólogos, y la *resolución* a los juristas-diplomáticos-políticos. En el segundo de los modelos, los tres cometidos se funden y se parte de la hipótesis de que el mejor escenario para la *reconciliación* se da cuando las partes cooperan en la *resolución* y en la *reconstrucción*. Sin lugar a dudas, un mecanismo en el que se trabajan al mismo tiempo los tres lados del vértice con el protagonismo de los sujetos protagonistas de la violencia es necesario en cualquier escenario y, más aún, en los supuestos de violencia en la pareja íntima. En palabras de la profesora española de Sociología Eva Espinar, «[l]a paz, como reverso del triángulo de la violencia, no puede reducirse a la mera ausencia de violencia directa; sino que implica la actuación sobre los tres vértices del triángulo»<sup>28</sup>.

En ese sentido, resulta llamativo y ciertamente criticable que la LOVG deje vedada cualquier posibilidad de que la víctima y el agresor puedan reconciliarse, hasta el punto de, por ejemplo, prohibir la mediación. Como ingenuamente preguntó una

<sup>28</sup> ESPINAR RUIZ, E., *Violencia de género y procesos...*, *óp. cit.*, pág. 26.

mujer en un procedimiento tramitado en el JVM: «–Señoría, si usted no deja que mi marido hable conmigo, ¿cómo vamos a arreglar las cosas–»<sup>29</sup>.

### 1.3. *Dos planos en la violencia intersubjetiva: la violencia de dominación y la violencia común*

Del concepto amplio de violencia que hemos adoptado cabe colegir que es un hecho incuestionable que ha existido y sigue existiendo en la actualidad una *violencia de dominación* que es ejercida por sujetos que pertenecen a ciertos grupos, etnias o colectividades –en ocasiones de forma institucionalizada, incluso por el Estado– contra miembros de otros grupos, etnias o colectividades considerados históricamente inferiores con el objetivo primordial, entre otros, de mantener y perpetuar su posición de dominio y en la que, sin lugar a dudas, se dan las violencias directa, estructural y cultural<sup>30</sup>. Esta realidad, se da con carácter general contra hombres y mujeres –de forma institucionalizada o por los particulares; ya sea en el ámbito público o privado– con independencia de su sexo, de su género y de su orientación sexual, si bien, en este contexto, las mujeres<sup>31</sup> y las personas LGTBIQ+<sup>32</sup> son víctimas de esta violencia de dominación por el hecho mismo de ser mujeres o personas LGTBIQ+.

<sup>29</sup> Cfr. ORGA LARRÉS, J. C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª ed., 2008, pág. 11. El autor, magistrado, expone que esa pregunta fue formulada por una víctima en el JVM en el que él ejercía como titular, constituyendo el origen de que se planteara la posibilidad de escribir el libro.

<sup>30</sup> A lo largo de la historia encontramos ejemplos paradigmáticos de esta violencia, como el genocidio contra el pueblo armenio por el gobierno de los Jóvenes Turcos en el Imperio otomano (1915-1923) y el holocausto judío en la Alemania nazi (1941-1944), y más cercano en el tiempo, el genocidio camboyano a manos del régimen maoísta de los Jemeres Rojos (1975-1979). En la actualidad, por ejemplo, la matanza de cristianos coptos por parte del grupo paramilitar insurgente Estado islámico de Irak y el Levante (Daesh) en Egipto (2017). Para un análisis histórico de las peores matanzas de la historia desde la Segunda guerra persa hasta los genocidios de Ruanda y El Congo, *vid.* WHITE, M. (SALLERAS PUIG, R. M., y FURIÓ CASTELLVÍ, S., trads.), *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*, Crítica, 1ª ed., Barcelona, 2012, y centrado en el siglo XX, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *Los genocidios del siglo XX*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2017.

<sup>31</sup> Ejemplos de este tipo de violencia en las que fueron víctimas las mujeres por el hecho de ser mujeres se dieron, entre otras ocasiones, durante las guerras yugoslavas por motivos étnico-religiosos (1991-2001), en cuyo marco las tropas paramilitares lideradas por Radovan Karadzic cometieron de forma sistemática abusos sexuales y violaciones contra entre 20.000 y 44.000 mujeres no serbias. Para un completo análisis de los procedimientos derivados de las demandas presentadas en EEUU en virtud del *Alien Tort Statute* (ATS) en este y en otros casos similares de violencia sobre las mujeres, *vid.* REQUEJO ISIDRO, M., «Violencia de género contra la mujer: una particular reacción desde el ámbito civil», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 727-750. Más cercanos en el tiempo, resultan paradigmáticos los casos de la utilización como esclavas sexuales de un número indeterminado de niñas yazidíes por parte del grupo

Ahora bien, resulta igualmente incuestionable que en el ámbito de la violencia intersubjetiva existe una violencia, a la que denominamos *violencia común*, en la que un sujeto puede ejercer violencia sobre otro sin ningún objetivo de mantener ni de perpetuar ninguna posición de dominio, y ello con independencia de que el agresor forme parte de un grupo, etnia o colectividad que pudiera llegar a considerarse superior a aquel grupo, etnia o colectividad al que pertenezca la víctima, por lo que no estaríamos ante la misma realidad que la referida anteriormente y, en consecuencia, la respuesta represora del Estado debe ser distinta a la prevista para la violencia de dominación. Así, en la violencia ejercida por un hombre sobre una mujer –ya sea en la pareja íntima o no– o por parte de un o una heterosexual sobre una persona LGTBIQ+ (o de un payo sobre un gitano, o de un blanco sobre un negro, etc.) no siempre se dan los tres vértices del triángulo de Galtung. En definitiva, cuando en estos supuestos de violencia intersubjetiva, se ejerce violencia directa –física o psicológica– no siempre se está ejerciendo la violencia de dominación. En consecuencia, resulta censurable que la LOVG haya instaurado un sistema por el que toda la violencia ejercida por un hombre contra una mujer en la pareja íntima heterosexual sea categorizada como violencia de dominación, en este caso, *por razón de género*.

---

paramilitar insurgente Estado islámico de Irak y el Levante (Daesh) en Irak (2014-2017) y el secuestro y esclavización por parte del grupo terrorista Boko Haram de alrededor de 300 niñas en un colegio femenino al nordeste de Nigeria (2014). Para un estudio de la violencia sobre las mujeres en conflictos armados, con ejemplos concretos profusamente desarrollados, *vid.* GILES, W., y HYNDMAN, J. (edits.), *Sites of Violence. Gender and Conflict Zones*, University of California Press, Berkeley - Los Ángeles - Londres, 2004. En la misma línea, SJOBERG, L. (edit.), *Gender and International Security. Feminist perspectives*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2010. En la literatura española, para la inseguridad de las mujeres en conflictos armados y de las mujeres desplazadas y refugiadas, *vid.* CHUECA SANCHO, A., «Vulnerabilidad de las mujeres, principio de igualdad y no discriminación y derechos humanos», en MARINO, F. M. (dir.), y ALCOCEBA GALLEGU, A., y QUISPE REMÓN, F. (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 37-53, cita en págs. 38-44.

<sup>32</sup> Esta realidad se ha verificado, por ejemplo, en 2001, cuando las autoridades de la ahora Serbia y Montenegro no protegieron a los participantes en los actos organizados con ocasión del Día del Orgullo Gay, celebrado por primera vez en Serbia, permitiendo que fueran agredidos. El primer ministro serbio justificó la inactividad policial en el convencimiento de que Serbia no estaba preparada para tolerar la homosexualidad. En la actualidad, son ejemplos la existencia en Chechenia, desde 2017, de campos de concentración para hombres presuntamente homosexuales o bisexuales. Para un análisis de la violación de derechos humanos por la orientación sexual, *vid.* REID, G., «Lucha global por los derechos de las personas LGBT», en *Política exterior*, Estudios de Política Exterior, vol. 28, n.º 157, 2014, págs. 118-128. Desde la historia, y para el asesinato impune de homosexuales en la Alemania nazi, *vid.* PRETZEL, A., «Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos Nazis de la justicia berlinesa», en *Orientaciones: revista de homosexualidades*, Fundación Triángulo, n.º 5, 2003, págs. 55-72.

## 2. La violencia de dominación y cultural en los instrumentos internacionales de derechos humanos

La violencia de dominación y la violencia cultural, que afectan a los derechos y principios relativos a la igualdad, la seguridad, la libertad, la integridad y la dignidad de las víctimas (los derechos humanos), han encontrado respuesta –con mayor o menor éxito– en distintos instrumentos internacionales tras la II Guerra Mundial, si bien, en el período de entreguerras (1918-1939) ya se había intentado, de manera fallida, proclamar a nivel internacional el principio de igualdad entre los individuos<sup>33</sup>.

### 2.1. Los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos

Entre estos instrumentos de carácter general y universal podemos destacar –entre otros–, la Declaración Universal de Derechos Humanos, hecha en París por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948<sup>34</sup>, así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y

---

<sup>33</sup> Sobre estos intentos de garantizar el principio de igualdad entre las personas, considerado uno de los principios básicos de los derechos humanos, *vid.* CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1ª reimp., 1993, págs. 23-28.

<sup>34</sup> Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/> [u. a. 15/10/2020]. Para el contexto histórico e institucional en el que se proclamó la Declaración, *vid.* GIMBERNAT, J. A., «La declaración de Derechos Humanos de 1948 y su raíz histórica», en *Tiempo de Paz*, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad – Spain, n.º 90, 2008, págs. 21-26. El autor, teólogo y filósofo español, y durante años presidente de la Asociación Pro Derechos Humanos de España y de la Federación de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos de España, señala, por un lado, que «[e]n 1945, la humanidad salía del espantoso trauma que había supuesto la Segunda Guerra Mundial. Los Estados de todo el mundo –también los nacidos en los países perdedores de la guerra– consideraban que era imprescindible crear doctrinas jurídicas e institucionales que imposibilitaran una repetición de lo acontecido». *Cfr. Ibid.*, pág. 21. Por otro lado, apunta que el objetivo fue que, por primera vez, se proclamara una Declaración de ámbito y pretensión universal en consonancia con la recién creada Organización de las Naciones Unidas (*ibid.*, pág. 22). Respecto del contenido de la Declaración, el jurista italiano Antonio Cassese, siguiendo la intervención ante la Asamblea General de la ONU de René Cassin –considerado uno de los padres de la Declaración– sistematiza el contenido de la Declaración en cinco grupos de derechos: 1. Los derechos de la persona (derecho a la igualdad, a la vida, a la libertad, a la seguridad, etc.); 2. Los derechos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forman parte (derecho a la intimidad en la vida familiar y derecho a contraer matrimonio, a la libertad de movimiento dentro del Estado nacional o en el extranjero, a poseer una nacionalidad, a la propiedad y a la libertad religiosa); 3. Los derechos políticos que se ejercen para contribuir a la formación de los órganos estatales o para participar en sus actividades (libertad de pensamiento y reunión, derecho de electorado activo y pasivo, derecho a tener acceso al gobierno y a la administración de la cosa pública); 4. Los derechos económicos y sociales, relacionados con el trabajo y la producción y referidos también a la educación (derecho al trabajo y a una justa retribución, derecho al descanso, derecho a la asistencia sanitaria, etc.); y 5. El derecho a un orden social e internacional en el que las libertades y los derechos contenidos en la Declaración puedan realizarse plenamente. *Vid.* CASSESE, A., *Los derechos humanos...*, *óp. cit.* pág. 47.

el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos hechos en Nueva York por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2200 A (XXI), de 19 de diciembre de 1966 y ratificados por España el 13 de abril de 1977<sup>35</sup>. En el ámbito europeo<sup>36</sup> puede señalarse el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente, y ratificado por España el 10 de octubre de 1979<sup>37</sup>; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada en Niza el 7 diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión<sup>38</sup>, y vinculante en la Unión Europea con la entrada en vigor del Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y ratificado por España el 26 de septiembre de 2008<sup>39</sup>.

#### 2.1.1. *La defensa de los derechos humanos de las mujeres*

En relación con los derechos de las mujeres<sup>40</sup>, con la Declaración Universal de Derechos Humanos anteriormente citada, las mujeres pasaron a convertirse «en sujetos

---

<sup>35</sup> Para un exhaustivo análisis de estos instrumentos, *vid.* MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.-coords.), *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Comares, Albolote, 2014.

<sup>36</sup> Para los instrumentos de protección de los derechos humanos en Europa, *vid.* PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 23<sup>a</sup> ed., Madrid, 2019, págs. 223-235; y SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos humanos en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000.

<sup>37</sup> Para el Convenio, *vid.* CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, 1<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003.

<sup>38</sup> Para el entonces original y novedoso procedimiento de elaboración de la Carta, así como para el contenido de la misma, *vid.* LIROLA DELGADO, I., «La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, año X, n.º 20, 2004, págs. 93-111, cita en págs. 97-100.

<sup>39</sup> Para el Tratado, *vid.* FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y DÍAZ BARRADO, C. M. (dirs.), y ALCOCEBA GALLEGU, M. A., y MANERO SALVADOR, A. (coords.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008; y ASHIAGBOR, D., COUNTOURIS, N., y LIANOS, I., (edits.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge - Nueva York - Melbourne - Madrid - Cape Town - Singapur - São Paulo - Delhi - Ciudad de Méjico, 2012. Para una interesante visión desde el Derecho administrativo, *vid.* GIRÓN LARRUCEA, J. A., *El sistema jurídico de la Unión Europea: la reforma realizada en el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

<sup>40</sup> Pese a que, como se verá a continuación, los instrumentos internacionales utilizan la locución «la mujer», nos decantamos por emplear el plural «las mujeres» cuando se trata de derechos y de la



explícitos de atención en el ámbito internacional, en igualdad de condiciones y con los mismos derechos que los hombres»<sup>41</sup>, sin embargo, los primeros instrumentos internacionales a los que hemos hecho referencia no incluían previsiones específicas respecto de la violencia sobre las mujeres<sup>42</sup>, por lo que se llegó a afirmar en 1990 que el abuso contra las mujeres por el hecho de ser mujeres ha sido el más desatendido y constituye el mayor desafío en el campo de los derechos humanos<sup>43</sup>. Finalmente, y

---

violencia ejercida sobre las mismas por el hecho de ser mujeres. Usar «la mujer» es criticable por cuanto, con el advenimiento del Estado moderno y la atribución de la ciudadanía, a las mujeres se les negó la condición de ciudadanía y, contra toda la corriente individualista de la modernidad, «todas las mujeres son «la mujer» y lo que se afirme de ese «la mujer» es válido sin fisuras para todas y cada una de ellas, se adapten al caso o no. Comenzó así y entonces el proceso de fabricación de «la mujer» como «lo absolutamente otro»». Cfr. VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Cátedra, 4ª ed., Madrid, 2008, pág. 27. Para esta cuestión, vid. AMORÓS, C., «Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individualización», en *Arbor: Ciencia, pensamiento, cultura*, CSIC, Madrid, vol. 128, n.º 503, 2007, págs. 113-127. Por el contrario, cuando analicemos la violencia en la pareja íntima heterosexual, utilizaremos los términos «el hombre» y «la mujer», por cuanto estamos ante una situación individualizada en los sujetos concretos de esa relación, como sucede en las parejas formadas por personas LGTBIQ+.

<sup>41</sup> COMINS MINGOL, I., «Los Derechos Humanos y la eliminación de la violencia contra la mujer», en *Tiempo de Paz*, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad – Spain, n.º 90, 2008, págs. 49-60, cita en pág. 49. Con carácter general, para la importancia otorgada a los derechos humanos de las mujeres desde un contexto político e histórico, con una serie de propuestas de reforma de los instrumentos internacionales, vid. EDWARDS, C., *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, y más recientemente, HENN, E. V., *International Human Rights Law and Structural Discrimination. The Example of Violence against Women*, Springer-Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2019, págs. 74-85.

<sup>42</sup> Se han señalado dos posibles razones para esta ausencia de atención. Por un lado, la violencia sobre las mujeres se ha circunscrito tradicionalmente al ámbito privado y, por otro lado, los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos fueron articulados por hombres conforme a los actos temidos por estos, desechando la violencia sexual por cuanto no suponía una preocupación para ellos. CHOWDHURY, R., «Kadic v. Karazic – Rape as a Crime against Women as a Class», en *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, University of Minnesota, vol. 20, n.º 1, artículo 3, 2002, págs. 91-124, cita en pág. 98. Por otro lado, la profesora estadounidense de Estudios de género Charlotte Bunch, y en relación con la represión política –de la que son víctimas tanto las mujeres cuanto los hombres–, apunta que las mujeres son, a menudo, invisibilizadas porque el perfil dominante en la clase política en nuestro mundo es masculino; «Of course, women sometimes suffer abuses such as political repression that are similar to abuses suffered by men. In these situations, female victims are often invisible, because the dominant image of the political actor in our world is male». Cfr. BUNCH, CH., «Women’s Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights», en *Human Rights Quarterly*, Johns Hopkins University Press, vol. 12, 1990, págs. 486-498, cita en pág. 486. Además, se ha afirmado que reconducir la violencia sobre las mujeres a la teoría de los derechos humanos no es fácil debido a que, en un gran número de casos, esta violencia se comete por particulares y no por el Estado, que es el destinatario tradicional de estos instrumentos internacionales. REQUEJO ISIDRO, M., «Violencia de género contra la mujer: una particular...», *óp. cit.*, pág. 739.

<sup>43</sup> «gender-related abuse has been most neglected and offers the greatest challenge to the field of human rights today». Cfr. BUNCH, CH., «Women’s Rights as Human...», *óp. cit.*, pág. 486. Añade la autora que los enfoques tradicionales de los derechos humanos deben agregar las experiencias específicas de las mujeres para hacerlas más visibles y transformar el concepto y la práctica de los derechos humanos; «The concept of human rights, like all vibrant visions, is not static or the

como el resultado más significado de la movilización internacional de los movimientos feministas de la época<sup>44</sup>, la violencia de dominación contra las mujeres fue objeto de singularización por los organismos internacionales bien entrada la segunda mitad del siglo XX, y ello para garantizar, en palabras de la profesora española de Antropología Social Virginia Maquieira, «[l]a inclusión de la mitad de la humanidad en la categoría de lo humano y el reconocimiento de los derechos de las mujeres como prueba del ideal civilizatorio de los derechos humanos [...]»<sup>45</sup>.

Entre estos instrumentos destacan, con carácter universal, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 34/180, de 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España el 16 de diciembre de 1983<sup>46</sup>. El artículo 1 de la Convención establece que la

«la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

---

property of any one group; rather, its meaning expands as people reconceive of their needs and hopes in relation to it. In this spirit, feminists redefine human rights abuses to include the degradation and violation of women. The specific experiences of women must be added to traditional approaches to human rights in order to make women more visible and to transform the concept and practice of human rights in our culture so that it takes better account of women's lives». Cfr. *Ibid.*, pág. 487. Para un análisis crítico de la dicotomía de las categorías hombre-mujer en la regulación de los derechos humanos, vid. ELSUNI, S., *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte: Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011, págs. 139-152.

<sup>44</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «La violencia de género: Una cuestión de Derechos Humanos», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015, págs. 57-68, cita en pág. 59.

<sup>45</sup> MAQUIEIRA, V., Introducción a MAQUIEIRA, V. (edit.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2010, págs. 15-40, cita en pág. 15.

<sup>46</sup> De interés, HELLMUM, A., y AASEN, H. S. (edits.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013. Para un análisis sobre la institución jurídica de la Reserva en los instrumentos internacionales y las realizadas a la Convención, vid. VELÁZQUEZ BORGES, S. M., «Las Reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 41, n.º 115, Medellín, julio-diciembre de 2011, págs. 427-449, disponible en <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3716> [u. a. 09/06/2021].

A este respecto, coincidimos con quienes afirman que la Convención impone la obligación de trabajar por la igualdad de hombres y mujeres, no sólo respecto a los derechos humanos y las libertades fundamentales expresamente recogidos en la propia Convención, sino igualmente en relación con otros derechos no establecidos en la misma, como el derecho a la vida, a la libertad de expresión o a la intimidad, por cuanto las obligaciones generales –especialmente las recogidas en el artículo 2<sup>47</sup>– imponen de hecho tales garantías<sup>48</sup>.

Junto con la Convención, cabe señalar la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 de 20 de diciembre de 1993<sup>49</sup>, en la que se realiza uno de los primeros intentos de sistematizar la violencia sobre la mujer.

Así, en el artículo 1 se define la «violencia contra la mujer» como

«todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las

---

<sup>47</sup> El citado artículo regula que «[l]os Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer».

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ MANZANO, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Catarata, Madrid, 2008, pág. 101.

<sup>49</sup> Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/violenceagainstwomen.aspx> [u. a. 09/06/2021]. Para la Declaración, *vid. Ibid.*, págs. 179-182. Sobre los informes de la Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de Naciones Unidas en relación con la Declaración, *vid. MERINO-SANCHO, V.*, «La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos: la labor de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n.º 22, Zaragoza, enero-junio de 2008, págs. 6-11.



amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

En consecuencia, conforme a este precepto, el ámbito de aplicación del término «violencia sobre la mujer» es el de la violencia ejercida contra las mujeres por el hecho de serlo, con lo que se excluye del concepto la violencia ejercida contra una mujer por otros motivos. En definitiva, conforme a la Declaración –y así sucede con todos los instrumentos internacionales dictados con posterioridad– no toda la violencia sobre la mujer está motivada por el hecho de ser mujer.

Por otro lado, en el artículo 2 se establece que se entenderá que la violencia sobre la mujer comprende

«los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos<sup>50</sup>: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Nótese que la propia Declaración no ofrece un catálogo cerrado de actos que puedan ser considerados violencia sobre la mujer, lo que da a entender la dificultad para establecer un concepto único y la posibilidad de incluir como actos de violencia sobre la mujer otros no recogidos en la Declaración. Y es que, como han afirmado Teresa Freixes y Laura Román –en este caso, a cuenta de la trasposición a los ordenamientos nacionales de la Orden Europea de Protección–, «[s]umergirse en el ámbito de la violencia de género, empero, supone adentrarse en un terreno pantanoso, donde por la abundante casuística no siempre convergen las causas con las consecuencias, los orígenes con sus manifestaciones, los medios destinados a combatirla con el fin último de eliminarla en los distintos países que conforman la Unión. Es por ello que para combatir esta especie de “meta-violencia” (de múltiples violencias en una) hace falta algo más que simple voluntad política. Se exige una profunda revisión tanto ad intra, en el seno de los propios Estados miembros, como ad extra, en el plano supranacional, que hasta ahora no ha resultado pacífica pese a todos los esfuerzos institucionales dirigidos a luchar contra esta lacra». Cfr. FREIXES, T. y ROMÁN, L., Presentación a FREIXES, T., y ROMÁN, L. (edits.), *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Estudio preliminar de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2014, págs. 7-8, cita en pág. 7.

<sup>51</sup> Para un interesante análisis de las distintas manifestaciones de la violencia sobre la mujer, vid. VV. AA., *The concept and measurement of violence against women and men*, Bristol University Press-Policy Press, 1ª ed., Bristol, 2017.

El tercero de los instrumentos internacionales que interesa reseñar es la Declaración y Plataforma de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995<sup>52</sup>, en la que se define la «violencia contra la mujer» como

«todo acto de violencia basado en el género que tiene como resultado posible o real un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad, ya sea que ocurra en la vida pública o en la privada».

La verdadera relevancia de esta Declaración de Beijing es que, por primera vez, se establece que la «violencia contra la mujer» se refiere a todo acto de violencia basado «en el género», en lugar de «en la pertenencia al sexo femenino» como hacía la Declaración de 1993. En consecuencia, y pese a lo que se ha afirmado<sup>53</sup>, en la Declaración no se acuña el término «violencia de género» sino que se establece que la «violencia contra la mujer» tiene su origen en el género y no en el sexo femenino como se había hecho hasta ese momento.

Por último, sobresale de entre los instrumentos de protección de los derechos fundamentales de las mujeres el Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, adoptado en Nueva York por la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/54/4 de 6 de octubre de 1999 y ratificado por España el 29 de junio de 2001.

En el ámbito europeo, se puede señalar el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 y ratificado por España el 18 de marzo de 2014<sup>54</sup>. Este Convenio es uno de los instrumentos internacionales más completos<sup>55</sup> y viene a

<sup>52</sup> Vid. Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996, disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [u. a 09/06/2021]. Cfr. la definición de la «violencia contra la mujer» en el párrafo 113 del Anexo II (Plataforma), pág. 51.

<sup>53</sup> LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves Prácticas de los Procesos por Violencia de Género*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2016, pág. 27; MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectivas de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ. Madrid, 2004, pág. 23; y MONTALBÁN HUERTAS, I., «Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico», en VV. AA., *II Congreso sobre violencia doméstica y de género: Granada, 23 y 24 de febrero de 2006*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 91-110, cita en pág. 97.

<sup>54</sup> Para un análisis del Convenio, vid. *infra*, pág. 207.

<sup>55</sup> FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «La violencia de género: Una cuestión de Derechos Humanos», *op. cit.*, pág. 62.

establecer una clarificación de las distintas violencias que se pueden dar en el ámbito de la pareja íntima, recuérdese, objeto del presente trabajo.

### 2.1.2. La defensa de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+

Por último, la protección específica de los derechos humanos de las personas LGTBIQ+ se recoge en los distintos instrumentos generales, si bien, ha comenzado a recibir la atención de los organismos internacionales de forma expresa, siquiera, tímidamente y con una notable oposición de una parte importante de la comunidad internacional<sup>56</sup>. Entre las actuaciones realizadas, cabe señalar el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra las personas por su orientación sexual e identidad de género, de 17 de noviembre de 2011<sup>57</sup>. En el citado Informe se hacen una serie de consideraciones que son especialmente relevantes:

1. «En todas las regiones, hay personas que sufren violencia y discriminación debido a su orientación sexual o identidad de género. En muchos casos, la sola percepción de homosexualidad o identidad transgénero pone a las personas en situación de riesgo. Las vulneraciones consisten, entre otras, en asesinatos, violaciones y agresiones físicas, torturas, detenciones arbitrarias, denegación de los derechos de reunión, expresión e información y discriminación en el empleo, la salud y la educación»;
2. «Todas las personas, incluidas las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, tienen derecho a gozar de la protección de las normas internacionales de derechos humanos, en particular con respecto a los derechos a la vida, la seguridad de la persona y la intimidad, el

<sup>56</sup> Para esta cuestión, *vid.* ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, Derechos Humanos y Naciones Unidas», en *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 67, n.º 1, Deusto, enero-junio de 2019, págs. 127-163, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1613> [u. a. 09/06/2021]. Para el progresivo reconocimiento por parte del TEDH de los derechos y libertades fundamentales de las personas pertenecientes a minorías sexuales en el marco de los países signatarios del CEDH, *vid.* MANZANO BARRAGÁN, I., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. 64, n.º 2, julio-diciembre de 2012, págs. 49-78. Afirma el autor (*Ibid.*, págs. 49-50) que este reconocimiento comenzó garantizando los derechos básicos de las personas LGTBIQ+, mediante la despenalización de las relaciones sexuales entre las personas del mismo sexo y la igualdad de la edad del consentimiento. Toda vez que estas personas no son consideradas criminales se colige que no se les pueden negar los derechos fundamentales, especialmente el derecho a no ser tratados de modo discriminatorio por su orientación sexual. Por último, se les reconoce legalmente el matrimonio en pie de igualdad con las parejas heterosexuales.

<sup>57</sup> Disponible en [https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41\\_spanish.pdf](https://www.ohchr.org/documents/issues/discrimination/a.hrc.19.41_spanish.pdf) [u. a. 05/05/2020]. *Cfr.* citas textuales en págs. 3, 4, 8-9, y 9, respectivamente.

derecho a no ser sometido a torturas ni detenciones arbitrarias, el derecho a no ser sometido a discriminación y el derecho a la libertad de expresión, asociación y reunión pacífica»; y

3. «En todas las regiones se han registrado episodios de violencia homofóbica y transfóbica. Esa violencia puede ser física (a saber, asesinatos, palizas, secuestros, violaciones y agresiones sexuales) o psicológica (a saber, amenazas, coacciones y privaciones arbitrarias de la libertad)».

Finalmente, interesa destacar que el propio Informe establece que «[e]stas agresiones constituyen una forma de violencia de género, impulsada por el deseo de castigar a quienes se considera que desafían las normas de género». De esta forma, podría pensarse que se rompe la tendencia inaugurada por la Conferencia de Beijing que, como se apuntó anteriormente, inició la asimilación del género al sexo femenino<sup>58</sup>, sin embargo, el concepto *género* es distinto al de *rol de género*, y a los de *identidad de género* y *orientación sexual*, que son a los que hace referencia el Informe<sup>59</sup>.

Con posterioridad, en el Informe «Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género» de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, de 4 de mayo de 2015<sup>60</sup> se recomienda a los Estados, entre otras acciones, que para combatir la violencia:

«a) Promulguen leyes sobre los delitos motivados por prejuicios que establezcan la homofobia y la transfobia como factores agravantes a los efectos de la determinación de las penas; b) Investiguen sin demora y de manera exhaustiva los incidentes de violencia motivada por el odio y de tortura de personas LGBT, exijan responsabilidades a los autores y proporcionen reparación a las víctimas; c) Recaben y publiquen datos sobre el número y los tipos de incidentes registrados, velando al mismo tiempo por la seguridad de los denunciantes; d) Prohíban la incitación al odio y la violencia por motivos de orientación sexual e identidad de género, y exijan responsabilidades a quienes pronuncien esos discursos de odio. [...]».

Por otro lado, y para luchar contra la discriminación, se recomienda a los Estados, entre otras medidas:

<sup>58</sup> En este sentido, RUEDA MARTÍN, M. Á., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012, pág. 35.

<sup>59</sup> Para esta cuestión, *vid. infra*, pág. 92.

<sup>60</sup> Disponible en <https://www.refworld.org/es/docid/557157c44.html> [u. a. 09/06/2021]. *Cfr.* citas textuales en págs. 22 y 23, respectivamente.

«a) Revisar las leyes penales para destipificar las conductas sexuales consentidas entre personas del mismo sexo y otros delitos utilizados para detener y castigar a personas por su orientación sexual y su identidad o expresión de género; ordenar una moratoria inmediata sobre los enjuiciamientos conexos; y eliminar los antecedentes penales de quienes hayan sido declarados culpables de dichos delitos; b) Derogar las denominadas leyes «antipropaganda» y cualquier otra ley que imponga restricciones discriminatorias a la libertad de expresión, asociación y reunión; c) Velar por que la legislación contra la discriminación incluya la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación y proteja también a las personas intersexuales contra la discriminación. [...]».

Por último, destacamos la Resolución 32/2, del Consejo de Derechos Humanos, de 30 de junio de 2016, sobre protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género<sup>61</sup>, en la que, tras reafirmar que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y que toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición», y deplorar profundamente «los actos de violencia y discriminación que, en todas las regiones del mundo, se cometen contra personas por su orientación sexual o identidad de género», se crea la figura del *Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*<sup>62</sup>.

<sup>61</sup> Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/RES/32/2> [u. a. 09/06/2021]. Cfr. citas textuales en pág. 2. Resulta inquietante, cuanto no frustrante, que una resolución de estas características fuera aprobada por una exigua mayoría de 23 votos a favor frente a 18 votos en contra y 6 abstenciones. Votaron a favor: Albania, Alemania, Bélgica, Bolivia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Eslovenia, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Georgia, Letonia, México, Mongolia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República de Corea, Suiza, Venezuela y Vietnam. Por el contrario, votaron negativamente: Arabia Saudita, Argelia, Bangladesh, Burundi, China, Congo, Côte d'Ivoire, Emiratos Árabes Unidos, Etiopía, la Federación de Rusia, Indonesia, Kenia, Kirguistán, Maldivas, Marruecos, Nigeria, Qatar y Togo. Se abstuvieron: Botsuana, Filipinas, Ghana, India, Namibia y Sudáfrica. Cfr. pág. 3. A este respecto, Álvarez Rodríguez afirma que no es casualidad que los países que votaron en contra son aquellos en los que el respeto a los derechos humanos es notablemente mejorable respecto de la población en general y, más acuciantemente, respecto de las personas LGTBIQ+. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI...», *óp. cit.*, pág. 141. En este sentido, el antropólogo y profesor sudafricano Graeme Reid ha afirmado que «los derechos de las personas LGBT son de manera casi invariable una piedra de toque de la situación de los derechos humanos en general, y su represión suele tener lugar en el contexto de una represión más amplia». Cfr. REID, G., «Lucha global por los derechos...», *óp. cit.*, pág. 128.

<sup>62</sup> Se atribuye al Experto un mandato específico que se divide en varias áreas. La primera se centra en

Ahora bien, todas las declaraciones de Derechos que se han citado pueden quedar en papel mojado si, de alguna forma, no se compele a los Estados a cumplir con sus obligaciones en defensa de los mismos. A partir de esta necesidad, nace el concepto de Debida Diligencia.

## 2.2. El deber de Debida Diligencia de los Estados en la defensa de los derechos humanos

Con carácter general, el estándar de la debida diligencia tiene una larga trayectoria en el derecho internacional<sup>63</sup>, si bien, se ha señalado que esta institución jurídica se instauró en 1988 con el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, en cuya sentencia se estableció que la responsabilidad del Estado va más allá de la actuación directa de un

---

el examen de la aplicación de los instrumentos internacionales vigentes de derechos humanos relacionados con los medios de superar la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y la identificación de las mejores prácticas y de las deficiencias. La segunda está orientada a la concienciación de la población acerca de la violencia y la discriminación contra las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género, y a la determinación y abordaje de las causas fundamentales de la violencia y la discriminación. La tercera pone el acento en el establecimiento de un diálogo con los Estados y otros interesados pertinentes, incluidos los organismos, programas y fondos de las Naciones Unidas, los mecanismos regionales de derechos humanos, las instituciones nacionales de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones académicas, y la celebración de las pertinentes consultas con todos esos organismos e instituciones. La cuarta establece el mandato de trabajar, en cooperación con los Estados, para promover la aplicación de medidas que contribuyan a la protección de todas las personas contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. La quinta se orienta a afrontar las formas múltiples, interrelacionadas y agravadas de violencia y discriminación con que se enfrentan las personas por causa de su orientación sexual o identidad de género. Y la sexta se centra en la organización, facilitación y apoyo a la prestación de servicios de asesoramiento, asistencia técnica, fomento de la capacidad y cooperación internacional en apoyo de las iniciativas nacionales de lucha contra la violencia y la discriminación de las personas por motivos de orientación sexual o identidad de género.

<sup>63</sup> ERTÜRK, Y., «The Due Diligence Standard: What Does It Entail for Women’s Rights?», en BENNINGER-BUDEL, C. (edit.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Martinus Nihoff Publishers, Leiden - Boston, 2008, págs. 27-46, cita en pág. 37. La autora, profesora turca de Sociología y Relatora Especial sobre la Violencia contra la Mujer de la ONU entre agosto de 2003 y julio de 2009, afirmó en 2006 que «se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer». *Cfr.* Informe «Integración de los Derechos Humanos de la Mujer y la perspectiva de género: Violencia contra la Mujer. La norma de la Debida Diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer» de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias [E/CN.4/2006/61], publicado el 20 de enero de 2006, disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2006/4169.pdf?view=1> [u. a. 09/06/2021], P. 2.



poder del Estado, sino que también alcanza a la falta de prevención y persecución de los hechos<sup>64</sup>. Así, se afirma en la citada resolución judicial que

«[e]s, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención»<sup>65</sup>.

En definitiva, la debida diligencia atribuye al Estado la responsabilidad por los actos que puedan cometer tanto el propio Estado cuanto los particulares que actúan en su nombre, y por los actos cometidos por los particulares, cuando no se hayan previsto las oportunas acciones de prevención y el delito no se persiga adecuadamente. No se ha formulado una definición clara y precisa para determinar cuándo un Estado ha sido o no diligente en el cumplimiento de sus obligaciones de vigilancia y protección, ya que deberán tenerse en cuenta, en todo caso, las circunstancias particulares del caso

<sup>64</sup> MANERO SALVADOR, A., «España ante la debida diligencia en violencia de género», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, vol. 35, 2019, págs. 591-616, cita en pág. 593.

<sup>65</sup> Cfr. SCIDH, de 29 de julio de 1998, Serie C, n.º 4, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, P. 172. Los hechos del caso se producen en un contexto en el cual, durante los años de 1981 a 1984, entre 100 y 150 personas desaparecieron sin que de muchas de ellas se haya vuelto a tener alguna noticia. Tales desapariciones tenían un patrón muy similar, que se iniciaba mediante el secuestro violento de las víctimas, muchas veces a la luz del día y en lugares poblados, por parte de hombres armados, vestidos de civil y disfrazados, en vehículos sin identificación oficial y con cristales polarizados, sin placas o con placas falsas. Al respecto, la población consideraba como un hecho público y notorio que los secuestros se perpetraban por agentes militares, o por policías o por personal bajo su dirección. Manfredo Velásquez era un estudiante de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras. Desapareció el 12 de septiembre de 1981 en un estacionamiento de vehículos en el centro de Tegucigalpa, secuestrado por varios hombres fuertemente armados, vestidos de civil, que utilizaron un vehículo Ford de color blanco y sin placas. El secuestro fue llevado a cabo por personas vinculadas con las Fuerzas Armadas o bajo su dirección. Se interpusieron tres recursos de exhibición personal y dos denuncias penales. No obstante, los tribunales de justicia no efectuaron las investigaciones necesarias para encontrar a Manfredo Velásquez o sancionar a los responsables.

concreto<sup>66</sup>. De esta forma, la noción de debida diligencia se conceptúa como una estándar y ha sido definida por Lozano Contreras como el

«[n]ivel de cuidado objetivo que, atendidas todas las circunstancias de cada caso, un Estado dotado de las infraestructuras mínimas exigidas por el Derecho internacional tiene el deber de desplegar en el marco de su jurisdicción en espacios libres de soberanía estatal, con el fin de salvaguardar, de las conductas que pudieran llevar a cabo particulares que no actúan por cuenta del Estado o personas asimiladas a esta categoría, un bien o interés protegido por una obligación internacional, ya sea previniendo su lesión, ya sea persiguiendo a los autores de la misma»<sup>67</sup>.

### 2.2.1. El estándar de Debida Diligencia respecto de la violencia sobre las mujeres

La Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de 1993 – anteriormente citada– desarrolla el principio de debida diligencia (vigilancia y protección) en relación con la protección de los derechos humanos de las mujeres, hasta el extremo de que el incumplimiento de este deber es considerado, en sí mismo, una violación de los derechos humanos. Así, el artículo 4 c) regula que los Estados deben «[p]roceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares». Igualmente, el Convenio de Estambul regula el deber de los Estados de aprobar las medidas necesarias «para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales» (art 5.2), así como para «proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia» (art. 18.1)<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> BALLESTEROS MOYA, V., *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, J. M. Bosch Editor, 2016, pág. 83.

<sup>67</sup> LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007, pág. 308.

<sup>68</sup> De interés, con jurisprudencia del TEDH, RUIZ LÓPEZ, C., «TEDH y violencia contra las mujeres: Diligencia debida y responsabilidad del Estado», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 765-792. Igualmente, con jurisprudencia latinoamericana, TORRES SÁNCHEZ, X., «Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia», en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, septiembre-diciembre de 2020, págs. 177-213, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6764> [u. a. 09/06/2021].



Ahora bien, cabe plantearse cuál es estándar de la debida diligencia en la violencia sobre la mujer. A este respecto, la abogada sudafricana Rashida Manjoo, Relatora Especial de la ONU sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias entre agosto de 2009 y julio de 2015, establece una distinción entre la *diligencia debida individual* y la *diligencia debida sistémica*<sup>69</sup>. En primer lugar, la diligencia debida individual hace referencia «a las obligaciones que tienen los Estados hacia ciertos individuos, o grupos de individuos, de prevenir, proteger, castigar y proporcionar recursos efectivos para cada caso». Esta categoría «requiere flexibilidad, ya que los procedimientos adoptados en estos casos deben reflejar las necesidades y preferencias de los individuos afectados». Además, se exige a los Estados «que castiguen no solo a los autores de delitos, sino también a aquellos que no cumplan con su deber de responder ante la comisión de violaciones». En segundo lugar, la diligencia debida sistémica se refiere a

«las obligaciones de los Estados de asegurar un modelo integral y sostenido de prevención, protección, castigo y reparación de los actos de violencia contra la mujer. A un nivel sistémico, los Estados pueden cumplir su responsabilidad de proteger, prevenir y castigar, mediante, entre otras cosas, la adopción o modificación de leyes; la elaboración de estrategias, planes de acción y campañas de sensibilización, y la prestación de servicios; el refuerzo de la capacidad y facultad de la policía, fiscales y jueces; la asignación de los recursos necesarios para las iniciativas de cambios transformadores; y la rendición de cuentas por parte de aquellos que no aseguren la protección y prevención y de quienes vulneren los derechos humanos de la mujer. Asimismo, los Estados tienen que participar de forma más concreta en la transformación de la sociedad en general para combatir la desigualdad de género y la discriminación estructurales y sistémicas».

En atención a lo anterior, la debida diligencia incluye las denominadas «5P's»<sup>70</sup>, si bien, en la doctrina española han sido sistematizadas en tres: en primer lugar, y con carácter previo al hecho delictivo, la prevención; y en segundo lugar, a posteriori, la

<sup>69</sup> Vid. Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias [A/HRC/23/49], de 14 de mayo de 2013, disponible en <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/23/49> [u. a. 09/06/2021], citas en PP. 70 y 71.

<sup>70</sup> Por sus nombres en inglés: *prevention, protection, prosecution, punishment, y provision of redress*. Para un excelente y completísimo análisis de las 5P's, vid. ABDUL AZIZ, Z., y MOUSSA, J., *Due Diligence Framework: State Accountability Framework for Eliminating Violence against Women*, International Human Rights, 2ª impr., Malasia, 2016, págs. 11-76.

protección; la investigación, enjuiciamiento y castigo; y, por último, la reparación<sup>71</sup>. En este sentido, el Comité de la CEDAW ha precisado cuál es el contenido de la Debida Diligencia respecto de la violencia sobre la mujer por razón de género<sup>72</sup>. En el párrafo 25, el Comité establece las obligaciones de los Estados en tres ámbitos:

1. En el plano legislativo, los Estados «están obligados a adoptar legislación que prohíba todas las formas de violencia por razón de género contra las mujeres y las niñas, a fin de armonizar la legislación nacional con la Convención», vedando las «disposiciones basadas en actitudes o prácticas discriminatorias o estereotipadas que permiten la violencia por razón de género contra la mujer o mitigan las condenas en ese contexto». Puede entenderse, en este sentido, que se está prohibiendo cualquier regulación basada en los estereotipos de género, por lo que, tal vez, la LOVG infrinja este mandato por cuanto, de forma estereotipada, toda la violencia ejercida por un hombre sobre una mujer en la pareja íntima heterosexual es considerada como violencia sobre la mujer por razón de género, o lo que es lo mismo, el legislador español estereotipa a todos los hombres como maltratadores por razón de género, en lo que consideramos un ejemplo del Derecho penal del enemigo<sup>73</sup>;

2. En el plano ejecutivo, los Estados «deben adoptar y proporcionar adecuadamente recursos presupuestarios para diversas medidas institucionales, en coordinación con los poderes del Estado pertinentes»; y

3. En el plano judicial, «todos los órganos judiciales tienen la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional». En el

---

<sup>71</sup> MANERO SALVADOR, A., «España ante la debida diligencia...», *óp. cit.*, pág. 595. La autora desarrolla las tres manifestaciones en las págs. 596-608.

<sup>72</sup> Recomendación general núm. 35 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19 [CEDAW/C/GC/35], disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf> [u. a. 09/06/2021].

<sup>73</sup> *Vid. infra*, pág. 175.

mismo sentido de lo que hemos afirmado en el punto 1, *a contrario sensu*, los juzgados y tribunales no pueden –como sí ha hecho la jurisprudencia española, pese a la línea jurisprudencial minoritaria tanto en el Tribunal Supremo cuanto en la jurisprudencia menor<sup>74</sup>– establecer, de forma estereotipada, que siempre que se prueba que existe violencia de un hombre heterosexual sobre su pareja, el hombre es un maltratador de género, o lo que es lo mismo, que todos los hombres se sienten superiores a sus mujeres y cometen ese acto delictivo para perpetuar esa posición de dominio.

Muchos Estados han adoptado o reformado su legislación –especialmente en el ámbito del Derecho penal– con el objetivo de modificar o derogar las prácticas discriminatorias y, así, cumplir con la obligación impuesta por la diligencia debida de investigar y sancionar las vulneraciones de los derechos humanos. Sin embargo, existen numerosos ejemplos de Estados que no cumplen con este deber. Así, las mujeres, a menudo, reportan que, por parte de las autoridades públicas y de los servicios sociales, se les desanima a denunciar, privilegiando las «soluciones sociales» sobre la adopción de medidas civiles y penales. Incluso cuando los casos llegan a los tribunales, todavía hay un número alarmante de sentencias muy limitadas o inapropiadas para estos crímenes. Por ejemplo, el código penal de muchos países prevé una suspensión de la ejecución de la sentencia condenatoria en casos de violación si la víctima acepta casarse con el agresor<sup>75</sup>.

### 2.2.2. *La situación en España: especial referencia a la STS de 17 de julio de 2018 y a la SAN de 30 de septiembre de 2020*

España es uno de los Estados con una regulación más avanzada en la consecución de las 5P's en el ámbito de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>76</sup>, si bien, aquí sí de forma amplia, el ámbito de la normativa legal

---

<sup>74</sup> *Vid. infra*, pág. 153.

<sup>75</sup> ERTÜRK, Y., «The Due Diligence Standard...», *óp. cit.*, pág. 38. La autora señala (*íd.*) que los Estados, para cumplir con el estándar de la Diligencia Debida, deben implementar una legislación efectiva para la defensa de los derechos humanos de las mujeres, utilizando múltiples enfoques e interviniendo en los niveles del individuo, de la comunidad, del Estado y del ámbito transnacional.

<sup>76</sup> Para un análisis de la situación en España poco tiempo después de la aprobación de la LOVG, *vid. NAREDO MOLERO, M.*, «Spain: More Rights, but the Obstacles Remain», en BENNINGER-BUDEL, C. (edit.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden - Boston, 2008, págs. 185-190. El artículo está basado en el Informe de Amnistía Internacional España *Más derechos, los mismos obstáculos: La protección efectiva de los derechos*

trasciende a esa específica violencia. A modo meramente enunciativo, podemos subrayar la introducción de la orden de protección regulada por la Ley 27/2003, de 31 de julio para la violencia doméstica, y la modificación de los presupuestos para adoptar la medida de prisión provisional operada por la LO 15/2003, de 25 de noviembre. De esta forma, en el ámbito de la violencia doméstica, y conforme al artículo 503.1 3º c) de la LECrim, se podrá acordar la prisión provisional de la persona investigada por delitos tales como el maltrato del artículo 153 CP, cuando se revele de la instrucción un grave riesgo de que esta pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima sin que el delito lleve aparejada una pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión.

Exclusivamente en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, cabe apuntar la LOVG, que modificó de forma sustancial el Código Penal para crear unos tipos penales específicos en relación con la violencia menos grave, y que implementó un extenso conjunto de medidas penales, civiles y asistenciales<sup>77</sup>. En relación con la protección, el Ministerio del Interior, en cumplimiento de los artículos 31<sup>78</sup> y 32<sup>79</sup> de la LOVG, creó el Sistema de Seguimiento Integral en los casos de

---

*humanos de las mujeres un año después de la plena entrada en vigor de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, junio de 2006, disponible en [http://www.cmpa.es/v\\_juventud/informacion/informacionver.asp?cod=31192&te=5946&idage=36537](http://www.cmpa.es/v_juventud/informacion/informacionver.asp?cod=31192&te=5946&idage=36537) [u. a. 09/06/2021].

<sup>77</sup> Para una somera aproximación a las medidas de toda índole contenidas en la LOVG, *vid.* MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: Balance de los diez años de vigencia de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», en MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 159-175. En relación con las medidas penales, *vid. infra*, pág. 146.

<sup>78</sup> «1. El Gobierno establecerá, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, unidades especializadas en la prevención de la violencia de género y en el control de la ejecución de las medidas judiciales adoptadas.

2. El Gobierno, con el fin de hacer más efectiva la protección de las víctimas, promoverá las actuaciones necesarias para que las Policías Locales, en el marco de su colaboración con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cooperen en asegurar el cumplimiento de las medidas acordadas por los órganos judiciales cuando éstas sean algunas de las previstas en la presente Ley o en el artículo 544 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el artículo 57 del Código Penal.

3. La actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrá de tener en cuenta el Protocolo de Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y de Coordinación con los Órganos Judiciales para la protección de la violencia doméstica y de género.

4. Lo dispuesto en el presente artículo será de aplicación en las Comunidades Autónomas que cuenten con cuerpos de policía que desarrollen las funciones de protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden y la seguridad ciudadana dentro del territorio autónomo, en los términos previstos en sus Estatutos, en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y en sus leyes de policía, y todo ello con la finalidad de hacer más efectiva la protección de las víctimas».

Violencia de Género (VioGén), que consiste en una aplicación informática que tiene por objetivos: a) Aglutinar a las diferentes instituciones públicas que tienen competencias en materia de violencia de género; b) Integrar toda la información de interés que se estime necesaria; c) Hacer predicción del riesgo; d) Atendiendo al nivel de riesgo, realizar seguimiento y protección a las víctimas en todo el territorio nacional; y d) Efectuar una labor preventiva, emitiendo avisos, alertas y alarmas, a través del "Subsistema de Notificaciones Automatizadas", cuando se detecte alguna incidencia o acontecimiento que pueda poner en peligro la integridad de la víctima<sup>80</sup>.

Con posterioridad a la LOVG, podemos señalar la modificación del artículo 544 ter LECrim establecida por la LEVD en relación con las medidas provisionales de carácter civil y, finalmente, el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto. Este RD-ley desarrolló legislativamente el Eje de actuación recogido en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, que preveía «[e]l perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las mujeres víctimas de la violencia de género y a sus hijos e hijas». A través del RD-ley se modificó el artículo 20 de la LOVG para la mejora de la

---

<sup>79</sup> «1. Los poderes públicos elaborarán planes de colaboración que garanticen la ordenación de sus actuaciones en la prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar a las administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los servicios sociales y organismos de igualdad.  
2. En desarrollo de dichos planes, se articularán protocolos de actuación que determinen los procedimientos que aseguren una actuación global e integral de las distintas administraciones y servicios implicados, y que garanticen la actividad probatoria en los procesos que se sigan.  
3. Las administraciones con competencias sanitarias promoverán la aplicación, permanente actualización y difusión de protocolos que contengan pautas uniformes de actuación sanitaria, tanto en el ámbito público como privado, y en especial, del Protocolo aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.  
Tales protocolos impulsarán las actividades de prevención, detección precoz e intervención continuada con la mujer sometida a violencia de género o en riesgo de padecerla.  
Los protocolos, además de referirse a los procedimientos a seguir, harán referencia expresa a las relaciones con la Administración de Justicia, en aquellos casos en que exista constatación o sospecha fundada de daños físicos o psíquicos ocasionados por estas agresiones o abusos.  
4. En las actuaciones previstas en este artículo se considerará de forma especial la situación de las mujeres que, por sus circunstancias personales y sociales puedan tener mayor riesgo de sufrir la violencia de género o mayores dificultades para acceder a los servicios previstos en esta Ley, tales como las pertenecientes a minorías, las inmigrantes, las que se encuentran en situación de exclusión social o las mujeres con discapacidad».

<sup>80</sup> Para un análisis del sistema, *vid.* GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., «Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (sistema VioGén)», en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, Dirección General de la Guardia Civil, 3ª época, n.º 56, 2018, págs. 83-102, disponible en <https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=20653> [u. a. 09/06/2021].

asistencia jurídica gratuita a las víctimas, y el artículo 23 del mismo cuerpo normativo en relación con la acreditación de las situaciones de violencia de género.

Además, el RD-ley modificó el artículo 156 CC<sup>81</sup> para que cuando «uno de los progenitores» sea condenado por un delito contra el otro progenitor, la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad. Nótese que esta previsión, que se anuda a las recogidas, por ejemplo, en los artículos 94<sup>82</sup> y 92.7 CC<sup>83</sup>, no está regulada para los casos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, sino que se establece con independencia de quién sea la persona agresora y de si la pareja íntima es heterosexual o LGTBIQ+.

Conforme a lo anterior, podemos afirmar que España cumple con el estándar de Debida Diligencia en relación con la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Es cierto que el Comité de la CEDAW hace un balance crítico de la situación en España, afirmando que «el Comité está alarmado por la prevalencia en el Estado parte de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, y por el alto porcentaje de mujeres que han muerto como resultado de la violencia de género en las

---

<sup>81</sup> «Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos».

<sup>82</sup> «No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paternofilial.

No procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior».

<sup>83</sup> «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica».



relaciones de pareja»<sup>84</sup>. Esta realidad denunciada por el Comité debe hacer que España –como se hizo con el Pacto de Estado– continúe en la senda de mejorar e implementar nuevas medidas. Ahora bien, el número de fallecimientos no puede llevarnos a concluir que España no cumple con el estándar de la debida diligencia<sup>85</sup>. Disminuir los datos de prevalencia es un objetivo legítimo, sin embargo, la debida diligencia se establece para articular una *debida prevención* de los delitos y una *debida respuesta* cuando estos se cometan.

Ahora bien, el estándar de debida diligencia no es estático, sino que debe ser aplicado por los agentes estatales. En este sentido, el objetivo de que los agentes del Estado actúen de forma infalible en la aplicación concreta de las medidas de debida diligencia implementadas es inalcanzable, por lo que, en los casos en los que el sistema no da una oportuna respuesta, el Estado responde a través de la responsabilidad patrimonial.

Uno de los casos más conocidos a este respecto es el de Ángela González Carreño. Tras tres años de matrimonio, en el que se sucedieron episodios de malos tratos por parte de su marido, en 1999, y tras ser amenazada de muerte con un chuchillo en presencia de la hija común menor de edad, la víctima abandonó el domicilio familiar y denunció los hechos ante la Guardia Civil y ante el Juzgado competente. Días más tarde, solicitó ante el juzgado la separación provisional, en la que interesaba la guarda y custodia exclusiva de su hija y un régimen de visitas restringido entre la menor y el padre y con vigilancia de los servicios sociales en atención a los problemas síquicos que padecía el progenitor paterno, renunciando al uso del domicilio familiar. Tras decretarse la separación, los actos de malos tratos no cesaron, multiplicándose las denuncias. Además, y ante el impago de la pensión de alimentos a la que venía obligado el padre, la señora González Carreño solicitó la atribución del uso de la vivienda conyugal para sí y para su hija. Por otro lado, durante el régimen de visitas, el padre hablaba mal de la

---

<sup>84</sup> Cfr. *Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados de España*, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, de 29 de julio de 2015 [CEDAW/C/ESP/CO/7-8], disponible en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10847.pdf?file=fileadmin/Documentos/BDL/2016/10847> [u. a. 09/06/2021]

<sup>85</sup> En sentido contrario, MANERO SALVADOR, A., «España ante la debida diligencia...», *óp. cit.*, pág. 609.

madre a la hija, lo que generaba tensión y angustia en la menor. Pese a todos estos antecedentes, el marido solo fue condenado a una irrisoria multa de 45€ por una falta de vejaciones y, pese a las solicitudes de la madre, solo una de las órdenes de alejamiento impuestas incluyó a la menor. Estas órdenes de alejamiento eran sistemáticamente incumplidas por el marido. En una de las visitas de la menor con su padre, éste la asesinó y, posteriormente, se suicidó.

Un año después de la muerte de su hija, la señora González Carreño presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio de Justicia por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, alegando negligencia e interesando una indemnización como forma de reparación. El Gobierno rechazó la reclamación, fundamentalmente, porque se trataría, en todo caso, de un caso de error judicial que debería ser declarado, con carácter previo, por el Tribunal Supremo. Posteriormente, la señora González Carreño presentó, en primer lugar, un recurso de reposición, siendo también rechazado; en segundo lugar, un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, que corrió la misma suerte; y, en tercer lugar, un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que fue desestimado. Finalmente, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, que también fue rechazado<sup>86</sup>.

Tras agotar la vía interna, la señora González Carreño acudió al Comité de la CEDAW, quien resolvió acerca de si las autoridades españolas aplicaron correctamente los principios relativos al estándar de debida diligencia, adoptando medidas razonables orientadas a proteger a la Sra. González Carreño y a su hija. El Estado argumentó que no era posible prever que existiera riesgo para la menor, sin embargo, el Comité entiende que sí se podía inferir ese riesgo a partir de la situación de violencia existente, del incumplimiento de las órdenes de alejamiento sin consecuencias jurídicas, de los informes tanto de los servicios sociales como psicológicos, o del incumplimiento del

---

<sup>86</sup> Para los antecedentes del caso, *vid.* LOUSADA, F., «El Caso González Carreño contra España», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n.º 37, Zaragoza, julio-diciembre de 2015, págs. 6-15, cita en págs. 7-8; y Comunicación núm. 47/2012, de 15 de agosto de 2015, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer [CEDAW/C/58/D/47/2012], disponible en <https://undocs.org/es/CEDAW/C/58/D/47/2012> [u. a. 09/06/2021], P.2.



pago de la pensión de alimentos<sup>87</sup>. Por otro lado, sin audiencia a la madre y sin oír a la hija, se modificó el régimen de visitas de la menor con el padre, dejando de ser vigiladas. Esta circunstancia, junto con otras, es considerada por el Comité como

«un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad»<sup>88</sup>.

En relación con la investigación, el Comité afirma que, pese a que España

«ha adoptado un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica [...], para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada [...] debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte. Estas obligaciones incluyen la obligación de investigar la existencia de fallos, negligencias u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas. El Comité considera que, en el presente caso, esta obligación no se cumplió»<sup>89</sup>.

Por último, en relación con la reparación, el Comité verifica que los esfuerzos realizados por la señora González Carreño «por obtener una reparación han resultado infructuosos», lo que supone una violación de la Convención<sup>90</sup>.

Declarada la responsabilidad del Estado por la no observancia del estándar de la debida diligencia, la señora González Carreño inició un nuevo peregrinar por la jurisdicción española invocando el Informe del Comité CEDAW. Este tránsito administrativo y judicial comenzó con un recurso de revisión contra la Resolución del Ministerio de Justicia que negó, por primera vez, la responsabilidad patrimonial del Estado. El Ministerio, de nuevo, negó la indemnización, fundamentalmente, porque que

---

<sup>87</sup> *Ibid.*, P. 9.3.

<sup>88</sup> *Cfr. Ibid.*, P. 9.4. Recuerda el Comité que, en los supuestos de adopción de medias paterno-filiales, debe primar el interés del menor. Para el interés superior del menor en los procesos de medidas paterno-filiales, de interés, CALAZA LÓPEZ, S., «La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial», en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 7, tercer trimestre de 2015, s. p.

<sup>89</sup> *Cfr.* Comunicación núm. 47/2012, de 15 de agosto de 2015, del Comité..., *cit.*, P. 9.9.

<sup>90</sup> *Ibid.*, P. 9.8.

el Informe del Comité de la CEDAW no es vinculante ni puede considerarse una interpretación auténtica del Convenio. Téngase presente, además, que en nuestro ordenamiento jurídico no existe un procedimiento que permita ejecutar los dictámenes de los órganos de la ONU<sup>91</sup>, por lo que, en todo caso, estaríamos ante una cuestión de voluntad política<sup>92</sup>.

Este peregrinar al que aludimos finalizó con el dictado de la STS de 17 de julio de 2018<sup>93</sup>. La cuestión fundamental a determinar por el Tribunal Supremo fue «si el cauce

<sup>91</sup> Salvando las distancias, esto es lo que ocurriría con las resoluciones del TEDH en relación con el recurso extraordinario de revisión de sentencias. A partir de la STEDH, Gran Sala, de 21 de octubre de 2013 [ECLI:CE:ECHR:2013:1021JUD004275009], Del Rfo Prada vs. España, el Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 21-10-2014, sobre la viabilidad del Recurso de Revisión como vía procesal para dar cumplimiento a las resoluciones del TEDH en el que se haya declarado una vulneración de derechos fundamentales que afecten a la inocencia de la persona concernida, estableció que el medio procesal más adecuado para dar cumplimiento a las sentencias del TEDH era el recurso de revisión, pese a que no había previsión legislativa (Acuerdo disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-21-10-2014--sobre-la-viabilidad-del-Recurso-de-Revision-como-via-procesal-para-dar-cumplimiento-a-las-resoluciones-del-TEDH-en-el-que-se-haya-declarado-una-vulneracion-de-derechos-fundamentales-que-afecten-a-la-inocencia-de-la-persona-concernida> [u. a. 09/06/2021]). Este acuerdo fue aplicado, por ejemplo, en los ATS, Sala de lo Penal, de 21 de octubre de 2014 [ECLI:ES:TS:2014:8922A], ponente: Antonio del Moral García, RJ Único; y ATS, Sala de lo Penal, de 10 de marzo de 2015 [ECLI:ES:TS:2015:1867A], ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda, RRJJ 2º y 3º. Finalmente, la LO 7/2015, de 21 de julio introdujo el nuevo artículo 5 bis de la LOPJ, por el que «[s]e podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el TEDH haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión». En idénticos términos se reguló el artículo 954.3 LECrim introducido por la Ley 41/2015, de 5 de octubre. De interés, MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 567-581; y SIMARRO PEDREIRA, M., «El nuevo motivo del recurso de revisión (Especial referencia en el Orden Jurisdiccional Penal)», en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, Facultad de Derecho. Universidad de León, n.º 3, 2016, págs. 27-54, disponible en <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/view/5013/3854> [u. a. 09/06/2021].

<sup>92</sup> LOUSADA, F., «El Caso González Carreño contra España», *óp. cit.*, pág. 15. Se interroga el autor – desde nuestro punto de vista, con razón–: «¿por qué el Estado español ratifica un Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no va a cumplir sus recomendaciones? ¿por qué el Estado español se molesta en defenderse frente a las comunicaciones si considera que no le vinculan las decisiones del CEDAW? ¿dónde está la lógica de que en el Protocolo Facultativo se exija agotar las vías internas cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva el CEDAW?». *Cfr. Ibid.*

<sup>93</sup> STS, Sala de lo Contencioso, 1263/2018, de 17 de julio [ECLI:ES:TS:2018:2747], ponente: Antonio Jesús Fonseca-Herrero Raimundo. Para un comentario a sentencia, *vid.* FERNÁNDEZ NIETO, J., «Diligencia debida en violencia de género y errores de la Administración de Justicia: Una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. Comentario a la STS de la Sala del

de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia es adecuado o no para obtener una decisión administrativa que permita obtener ese cumplimiento del Dictamen 47/2012 del Comité de la CEDAW» (FD 7º, 3ª). A este respecto, en la sentencia se concluyó (FJ 8º):

«1º) que la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en La Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes.

2º) que, no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse».

El asunto de la señora González Carreño no ofrece ninguna duda acerca de la deficiente aplicación del estándar de debida diligencia por parte del Estado. Más dudas ofrece, a nuestro entender, el asunto resuelto recientemente por la Audiencia Nacional<sup>94</sup>, en la que se condena al Ministerio del Interior por la inadecuada protección que la Guardia Civil otorgó a una mujer que solicitó una orden de protección como víctima de violencia en la pareja íntima.

En este caso, tras la denuncia de la mujer, la Guardia Civil le instruyó sobre sus derechos como víctima, levantó la correspondiente acta y citó a la mujer para la celebración de un juicio rápido. Igualmente, la Guardia Civil realizó la valoración del riesgo a través del Sistema VioGén, arrojando como resultado un nivel de «NO APRECIADO». Esta calificación del riesgo fue determinante para que, en primer lugar, el Ministerio Fiscal interesara la desestimación de la orden de protección solicitada, y

---

Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 48, mayo de 2019, cita en págs. 7-26.

<sup>94</sup> SAN, Sala de lo Contencioso, de 30 de septiembre de 2020 [ECLI: ES:AN:2020:2350], ponente: María Alicia Sánchez Cordero.

para que, posteriormente, el juzgado la denegara. Además del nivel de riesgo no apreciado, se tuvo en cuenta la existencia de versiones contradictorias por cuanto la mujer y el hombre refirieron haber sido agredidos por el otro, y ambos presentaron partes médicos, y la carencia de antecedentes del denunciado. La resolución judicial por la que se denegó la orden de protección no fue recurrida por la interesada. Un mes más tarde, la mujer fue asesinada por el investigado.

Se presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante el Ministerio del Interior en nombre de los padres y de los dos hijos menores, que es desestimada. Ante la desestimación de la reclamación, se interpone recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en el que se concreta el anormal funcionamiento de la Administración en la deficiente actuación de la Guardia Civil al emitir el informe en el que no se apreciaba riesgo y que, a juicio de los demandantes, es la causa directa para que el juzgado denegara la orden de protección<sup>95</sup>. El recurso fue estimado por la ya citada sentencia de 30 de septiembre de 2020, en la que los magistrados concluyen que la protección que se asignó a la víctima fue insuficiente. Tras recordar el contenido del artículo 282 de la LECrim<sup>96</sup>, se señala (FD 3º) que

«la actuación de los agentes ante situaciones de violencia de género no debería quedar limitada a aspectos formales de atención a la denunciante, asistencia, información de derechos y citación a juicio, sino que su actuación exige una atención preferente de asistencia y protección de las mujeres que han sido objeto de comportamientos violentos en

<sup>95</sup> Los demandantes no reclaman por la decisión judicial de denegar la orden de protección solicitada por cuanto estaríamos ante un supuesto de error judicial. Para el error judicial, de interés, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por error judicial», en PAREJO ALFONSO, L., y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 973-1006. Téngase presente, por otro lado, que el error judicial solo puede estar fundado en una decisión adoptada por el juez, y no por el Letrado de la Administración de Justicia. Vid. STS, Sala de lo Civil, 236/2016, de 8 de abril [ECLI: ES:TS:2016:1637], ponente: Antonio Salas Carceller, FD 3º. Para un comentario a esta sentencia, vid. FONTESTAD PORTALÉS, L., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 236/2016, de 8 de abril. Error judicial», en *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, vol. 4, n.º 2, diciembre de 2016, págs. 284-287, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15337> [u. a. 09/06/2021].

<sup>96</sup> La D.F. 1.6 de la LEVD añadió el siguiente contenido al primer párrafo del citado artículo: «Cuando las víctimas entren en contacto con la Policía Judicial, cumplirá con los deberes de información que prevé la legislación vigente. Asimismo, llevarán a cabo una valoración de las circunstancias particulares de las víctimas para determinar provisionalmente qué medidas de protección deben ser adoptadas para garantizarles una protección adecuada, sin perjuicio de la decisión final que corresponderá adoptar al Juez o Tribunal».

el ámbito familiar, a los efectos de prevenir y evitar, en la medida de lo posible, las consecuencias del maltrato».

En relación con el sistema VioGén, se afirma (FD 3º) que

«[e]s indudable que el sistema de medición de la intensidad del nivel de riesgo, aunque se trate de la evaluación inicial, da una predicción no sólo para aplicar las medidas de protección policial adecuadas a cada nivel de riesgo, sino que proporciona información relevante a la autoridad judicial que tiene que adoptar la orden de protección. La medición policial del riesgo no es decisiva para el juez, pero es información especializada de asesoramiento útil para la valoración judicial de la «situación objetiva de riesgo para la víctima» que exige la ley procesal en la adopción de medidas cautelares de protección, junto con otros instrumentos de valoración».

Por último, a los efectos de la responsabilidad patrimonial del Estado, se establece una conexión directa entre un hipotético resultado final y los datos que manejaron los agentes en el momento de la denuncia. Se expone, a este respecto (FD 3º), que

«[l]o que está en cuestión en el asunto ahora examinado no es el cumplimiento del citado protocolo en cuanto a la realización de las valoraciones policiales del riesgo, medidas adoptadas e información dada a la víctima, que consta se cumplió, sino si la propia estimación inicial de la situación de riesgo asignando el nivel más bajo «no apreciado» que conlleva una mínima protección policial, resultó inadecuada, a resultas del asesinato de la denunciante por su marido un mes después de interponer la denuncia, resultado fatal que es el que todos estos protocolos tratan de impedir».

En buena medida, la resolución judicial acoge el voto particular del Dictamen del Consejo de Estado en el que se afirma que «[e]n el presente caso, existe de entrada un elemento incuestionable que permitiría concluir, sin otros añadidos, que la valoración del nivel de riesgo fue incorrecta, a saber, la muerte violenta de la víctima a manos de su marido un mes después de la denuncia». El argumento es ciertamente criticable, por cuanto se establece una conexión entre el riesgo percibido y la acción fatal del agresor – que no tiene porqué ser esperable—. Es tanto como decir, por ejemplo, que el pavimento de una calle está en mal estado por el hecho de que un transeúnte tropiece y caiga, sin entrar a valorar si ha sido víctima de una zancadilla por parte de otro viandante.

La realidad fáctica hace que este caso no se parezca ni por asomo al de la señora González Carreño, y más allá de las indemnizaciones que debe afrontar el Estado, puede

suponer el inicio de una peligrosa senda hacia un automatismo en la adopción de medidas de protección, por cuanto los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado –aun excluyendo el dolo, la culpa o la negligencia grave– pueden tender a sobredimensionar la valoración del riesgo a fin de evitar demandas de estas características y una posible acción de regreso por parte de la Administración<sup>97</sup>.

### 3. La violencia de dominación y la violencia común en la pareja íntima

La violencia de dominación es una realidad a la que debemos enfrentarnos y los instrumentos internacionales que se han analizado anteriormente son el primer eslabón de una cadena que debe tener su desarrollo a través de las legislaciones nacionales y de todas las políticas públicas. Por otro lado, la violencia de dominación en la pareja íntima –bien por razón de género, bien por cualquier otra razón–, y la violencia común en la pareja íntima son otras realidades a las que se debe dar respuesta, si bien, solo la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual está presente en el debate público y en la agenda política en la actualidad, hasta el punto de que este tipo de violencia es en el que la mayoría de la sociedad piensa cuando se utiliza el término *violencia doméstica*<sup>98</sup>.

#### 3.1. La violencia en la pareja íntima: un escenario para dos realidades

Como ya hemos afirmado anteriormente, la violencia en la pareja íntima puede manifestarse a través de la violencia de dominación e, igualmente, mediante la violencia

<sup>97</sup> La acción de regreso se regula en el artículo 36 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre. El número 2 del precepto establece que «[l]a Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio a sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del correspondiente procedimiento». No obstante, y pese a su reconocimiento legislativo, la acción de regreso no es utilizada por la Administración frente a su personal, hasta el punto de que se ha afirmado que «[l]a acción de regreso de la Administración respecto a su personal no existe». Cfr. SAURA FRUCTUOSO, C., «La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad», en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 2, enero-diciembre de 2015, s. p., disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10271> [u. a. 09/06/2021]. De interés, igualmente, y defendiendo que la Administración debería ejercer la acción de regreso cuando los daños hayan sido causados dolosamente, DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2008, Barcelona, abril de 2008, s. p., disponible en <https://indret.com/por-que-la-administracion-nunca-ejerce-la-accion-de-regreso-contra-el-personal-a-su-servicio/> [u. a. 09/06/2021].

<sup>98</sup> JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, Northeastern University Press, Boston, 2008, s. p.



común. En este sentido, el sociólogo estadounidense Michael P. Johnson, afirmó en un primer momento (1995) que, atendiendo, por un lado, a los estudios académicos que inciden en la violencia en la familia y, por otro, a los que ponen el acento en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>99</sup>, en la pareja íntima heterosexual se pueden dar dos fenómenos delincuenciales<sup>100</sup>. El primero, al que denominó «Patriarchal Terrorism» (terrorismo patriarcal), es un producto de las tradiciones patriarcales que han dado a los hombres el derecho a controlar a «sus» mujeres y que se traduce, no solo en el uso sistemático de la violencia, sino también en el control social, económico, etc. Este tipo de violencia es a la que nosotros llamamos *violencia de dominación en la pareja íntima por razón de género*. La segunda forma de violencia en la pareja íntima, a la que Johnson denomina «Common Couple Violence» (violencia común en la pareja íntima) –término que adoptamos plenamente–, se caracteriza porque puede ser ejercida por uno o los dos miembros de la pareja íntima y porque no se dan las notas de subordinación, dependencia y vulnerabilidad propias de la violencia de dominación. En esta segunda manifestación de la violencia en la pareja íntima, el conflicto –señaló Johnson– muy rara vez «se va de las manos», lo que generalmente conduce a formas de violencia «menores», además de que será muy infrecuente que mute a formas de violencia grave.

Por otro lado, se ha propuesto la existencia de tres tipos de violencia en función de la forma en la que esta se expresa: En el extremo de mayor gravedad está el «terrorismo íntimo»; y en el extremo opuesto, la «violencia episódica», en la que las mujeres refieren comportamientos físicamente violentos, pero no se reconocen comportamientos de violencia emocional; y un tipo intermedio, denominado «violencia física intimidatoria»<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Sobre la discusión entre los estudios que aplican la perspectiva de género y los que no, *vid. infra*, pág. 55.

<sup>100</sup> Para la existencia de ambos fenómenos, *vid.* JOHNSON, M. P., «Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Form of Violence against Women», en *Journal of Marriage and Family*, National Council on Family Relations, vol. 57, n.º 2, mayo de 1995, págs. 283-294, cita en págs. 284-285.

<sup>101</sup> RAMOS LIRA, L., y SALTIJERAL MÉNDEZ, M. T., «¿Violencia episódica o terrorismo íntimo? Una propuesta exploratoria para clasificar la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja», en *Salud Mental*, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, vol. 31, n.º 6, noviembre-diciembre de 2008, págs. 469-478, cita en págs. 476-477.

No hay duda de que la violencia común se puede dar en cualquier pareja íntima, ya sea heterosexual o LGTBIQ+, y ser producida por cualquiera de los miembros de la pareja íntima, o por los dos. Ahora bien, debemos detenernos a analizar, por un lado, si la violencia de dominación en la pareja íntima es exclusiva de las parejas heterosexuales; y por otro, si solo se ejerce por parte del hombre sobre la mujer.

A este respecto, al profesora estadounidense de Estudios de la Familia Loreen N. Olson<sup>102</sup> comprobó en 2002 que en las parejas heterosexuales, cuando la víctima es el hombre y la victimaria la mujer, y en las parejas LGTBIQ+ también se da un tipo de relación abusiva, caracterizada por la asimetría en el poder entre los dos miembros de la pareja, y en cuyo seno sucede una violencia de dominación similar a la del *terrorismo patriarcal* planteado por Johnson. Olson acuña una nueva categoría, el «Abusive terrorism» (terrorismo abusivo), que centra con mayor precisión la atención en las cuestiones clave del control de un miembro de la pareja respecto del otro, y ello con independencia del sexo y del género de víctima y victimario, y de la naturaleza heterosexual o no de la pareja.

Finalmente, el propio Johnson, en 2008, sistematiza cuatro tipos de violencia en la pareja íntima<sup>103</sup>:

1. «Intimate Terrorism» (Terrorismo íntimo), en el que el/la agresor/a es violento/a y controlador/a y la pareja no lo es.

2. «Violent Resistance» (Resistencia violenta o activa), en la que el/la agresor/a es violento/a, pero no controlador/a; y la pareja es violenta y controladora.

3. «Situational Couple Violence» (Violencia circunstancial en la pareja), en la que, aunque el/la agresor/a es violento/a, ninguno de los dos miembros de la pareja es a la vez violento y controlador. Esta categoría coincide con la violencia común en la pareja.

---

<sup>102</sup> Vid. OLSON, L. N., «Exploring “common couple violence” in heterosexual romantic relationships», en *Western Journal of Communication (includes Communication Reports)*, Routledge-Taylor & Francis Group, vol. 66, nº 1, Londres - Nueva York, 2002, págs. 104-128, cita en págs. 122-123.

<sup>103</sup> JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence...*, *óp. cit.*, s. p.



4. «Mutual Violent Resistance» o «Mutual violent control» (Resistencia violenta recíproca o Control violento recíproco), en la que tanto el/la agresor/a cuanto la pareja, son violentos y controladores.

En definitiva, podemos afirmar que, en el ámbito de la pareja íntima, existe la violencia común y la violencia de dominación, y ambas, a su vez, pueden producirse de forma unidireccional o bidireccional, y ello con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual de los miembros de la pareja íntima.

### 3.1.1. *Los datos estadísticos que verifican la existencia de las dos modalidades de violencia y de la violencia bidireccionalidad en la pareja íntima*

Los datos oficiales de la violencia sobre las mujeres son apabullantes. A nivel global, ONU Mujeres<sup>104</sup> apunta que se estima que el 35% de las mujeres de todo el mundo ha sufrido violencia física y/o sexual por parte de un compañero sentimental o violencia sexual por parte de otra persona distinta a su compañero sentimental. En el ámbito de la Unión Europea, el informe publicado en 2014<sup>105</sup> revela que 13 millones de mujeres experimentaron violencia física (7% de las mujeres entre 18 y 74 años) y 2,7 millones sufrieron violencia sexual (2%) durante los 12 meses anteriores a la entrevista. Ahora bien, esos porcentajes se elevan al 31 y 11%, respectivamente, al tener en cuenta la violencia (física o sexual) sufrida por esas mismas mujeres en algún momento de su vida desde que tenían 15 años.

En España, la «Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2019»<sup>106</sup> revela que el 57,3% de las mujeres residentes en España de 16 años o más han sufrido

<sup>104</sup> Cfr. <https://www.unwomen.org/es/what-we-do/ending-violence-against-women/facts-and-figures> [u. a. 09/06/2021].

<sup>105</sup> El informe, que lleva por título «Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE» (disponible en [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_es.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_es.pdf) [u. a. 09/06/2021]) fue realizado por la *European Union Agency for fundamental rights* y está basado en entrevistas realizadas a 42.000 mujeres en los 28 Estados miembros de la UE, en las que se preguntó a las mujeres sobre sus experiencias en relación con la violencia física, sexual y psicológica, incluidos los incidentes de violencia por parte de la pareja, así como sobre el acoso, el acoso sexual y la función que desempeñan las nuevas tecnología en las experiencias de abuso.

<sup>106</sup> La Macroencuesta, con la que se pretende proporcionar una visión detallada y actual de la extensión y las formas de la violencia sobre la mujer, así como los aspectos relacionados con la misma, se realiza por la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de Género aproximadamente cada cuatro años. Para la de 2019, publicada en septiembre de 2020 (disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [u. a. 09/06/2021]) se realizaron entrevistas presenciales a un total de 9.568 mujeres

violencia a lo largo de sus vidas por ser mujeres, ascendiendo al 19,8% el porcentaje de las que han sufrido violencia en los 12 meses anteriores a la entrevista. Además, cabe señalar, por un lado, que el 11,0% ha sufrido violencia física<sup>107</sup> por parte de alguna pareja íntima actual o pasada en algún momento de su vida (3,0% en los 4 años anteriores a la entrevista y 1,0% en los 12 meses anteriores a la entrevista), siendo el porcentaje del 13,4% fuera del ámbito de la pareja (2,6% en los 4 años anteriores a la entrevista y 0,9% en los 12 meses anteriores a la entrevista). Por otro lado, y en relación con la violencia sexual<sup>108</sup>, el 8,9% de las mujeres entrevistadas ha sufrido este tipo de violencia por parte de alguna pareja actual o pasada en algún momento de su vida (2,9% en los 4 años anteriores a la entrevista y 1,3% en los 12 meses anteriores a la entrevista), ascendiendo los porcentajes al 6,5% (1,4% en los 4 años anteriores a la entrevista y 0,5 en los 12 meses anteriores a la entrevista) para los casos de violencia sexual fuera de la pareja. Combinando ambos parámetros (violencia en la pareja y fuera de la pareja), el 21,5% de las entrevistadas ha sufrido violencia física a lo largo de la vida (1,7% en los

---

representativas de la población residente en España a partir de una de edad de 16 años. Como principales novedades de la edición de 2019 respecto de la de 2015 puede destacarse: 1. La introducción de un módulo de preguntas para medir el acoso sexual y otro módulo para medir el acoso reiterado o *stalking*; 2. La ampliación del módulo de violencia sexual fuera de la pareja para preguntar por todas las formas posibles de violencia sexual, conocer las denuncias, la petición de ayuda formal e informal, la satisfacción con la ayuda recibida, etc. (preguntas que hasta ahora solo se hacían para la violencia en la pareja), y saber detalles sobre los episodios de violencia sexual como las agresiones en grupo o el lugar de la agresión; 3. La ampliación de los ítems para medir la violencia sexual, psicológica y económica en la pareja; 4. Las preguntas para saber si la discapacidad, de aquellas mujeres que la tienen, es consecuencia de los episodios de violencia; y 5. Las nuevas preguntas sobre lesiones, ingreso hospitalario, bajas laborales y diversas consecuencias físicas o psicológicas de la violencia.

<sup>107</sup> Para cribar a las mujeres que han sufrido violencia sexual se les preguntó si el/la agresor/a: 1. Le ha abofeteado o tirado algo que pudiese hacerle daño; 2. Le ha empujado, agarrado o tirado del pelo; 3. Le ha golpeado con su puño o con alguna otra cosa que pudiese hacerle daño; 4. Le ha dado patadas, arrastrado o pegado una paliza; 5. Le ha intentado asfixiar o quemar a propósito; 6. Ha amenazado con usar o ha usado una pistola, cuchillo u otra arma o substancia peligrosa contra la entrevistada; y 7. Ha usado la fuerza contra la entrevistada, de cualquier otra manera de las mencionadas anteriormente, de forma que le ha hecho daño o podría haberle hecho daño.

<sup>108</sup> Para cribar a las mujeres que han sufrido violencia sexual se les preguntó: 1. Si el/la agresor/a ha obligado a la mujer a mantener relaciones sexuales (penetración vaginal o anal con pene u objetos, o sexo oral) amenazándole, sujetándola o haciéndole daño de alguna manera; 2. Si el/la agresor/a ha hecho mantener relaciones sexuales a la entrevistada cuando era incapaz de rechazarlas debido a que estaba bajo la influencia del alcohol o las drogas; 3. Si la mujer ha mantenido relaciones sexuales sin desearlo porque tenía miedo de lo que le podría hacer el/la agresor/a si se negaba; 4. Si el/la agresor/a ha obligado a la entrevistada a mantener relaciones sexuales cuando no quería; 5. Si el/la agresor/a ha intentado obligar a la mujer a tener relaciones sexuales contra su voluntad sin conseguirlo; 6. Si el/la agresor/a ha tocado las partes íntimas (genitales o pecho) de la mujer o le ha realizado algún otro tipo de tocamiento de tipo sexual cuando esta no quería; 7. Si el/la agresor/a ha hecho alguna vez a la mujer tocarle sus partes íntimas (genitales o pecho) o la ha obligado a realizar al hombre algún otro tipo de tocamiento de tipo sexual cuando la entrevistada no quería; y 8. Si el/la agresor/a ha obligado a realizar alguna otra práctica de tipo sexual no mencionada anteriormente.

12 meses anteriores a la entrevista) y el 13,7% ha experimentado violencia sexual a lo largo de la vida (1,8% en los 12 meses anteriores a la entrevista)<sup>109</sup>.

Estos datos no reflejan la realidad porque no existe un parámetro común que, por un lado, englobe a todas las violencias sobre las mujeres con componente de género<sup>110</sup> y, por otro, deje fuera de las estadísticas aquellas violencias sobre la mujer sin ese factor, como la violencia común en la pareja íntima. En este sentido, tal vez los resultados incluyan en la categoría de maltrato situaciones de conflictividad, lo que llevaría a una sobreestimación de la violencia de dominación y a un error de diagnóstico y, en consecuencia, de intervención<sup>111</sup>. En consecuencia, desde el punto de vista estadístico, se antoja esencial diferenciar las situaciones en las que, en el ámbito de la pareja íntima, existe violencia de dominación y aquellas en las que se da la violencia común<sup>112</sup>. A este respecto, ya desde la Macroencuesta del Instituto de la Mujer de 2000 se produjo una hiperinflación del concepto *maltrato*, incluyendo situaciones que solo pueden ser consideradas como de maltrato a partir de un concepto extensivo del concepto violencia<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> Para un interesante y exhaustivo análisis de los datos de la violencia en la de pareja íntima desde una perspectiva socio-victimológica, *vid.* HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 125-174.

<sup>110</sup> A este respecto, se ha señalado con acierto que «la dispersión terminológica y conceptual acaba siendo uno de los motivos que dificulta la erradicación de la violencia: si el concepto de partida es erróneo, su regulación jurídica y las medidas fácticas que se adopten no van a ser efectivas». *Cfr.* VENTURA FRANCH, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 97, septiembre-diciembre de 2016, págs. 179-208, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17622> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 182.

<sup>111</sup> HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica...*, *óp. cit.*, pág. 153. Se ha defendido que uno de los retos a futuro de los estudios sobre violencia doméstica y de género es la necesidad de diferenciar empíricamente las agresiones a personas en situación de debilidad (abuso/maltrato) de las agresiones entre personas con capacidad de respuesta equivalente (conflicto/pelea). GONDA, J., «La prevalença de la violència contra la dona. El debat internacional i la situació a Catalunya», en *Apunts de seguretat*, Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya, n.º 12, Barcelona, noviembre de 2013, págs. 33-62, cita en pág. 50.

<sup>112</sup> Desde la siquiatria se ha destacado la importancia de establecer fórmulas en la recogida de datos para no cometer el error de catalogar como de abuso síquico actos comunes que ocurren en las interacciones entre los miembros de la pareja. *Vid.* FOLLINGSTAD, D. R., «Rethinking current approaches to psychological abuse: Conceptual and methodological issues», en *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, Elsevier Science, n.º 12, 2007, págs. 439-458, cita en págs. 452-455.

<sup>113</sup> OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las “cifras de la violencia”: una cuestión política», en *Empiria: Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, UNED, n.º 15, enero-junio de 2008, págs.

Aún más, los datos estadísticos oficiales no reflejan la realidad de la violencia en la pareja íntima porque se minimizan, cuando no se ocultan o ni tan siquiera se recogen, ni los datos de la violencia ejercida sobre el hombre heterosexual en la pareja íntima, ni la violencia bidireccional en la pareja íntima heterosexual, ni la violencia (unilateral o bidireccional) en la pareja íntima LGTBIQ+, ya sea de dominación o común<sup>114</sup>.

El análisis empírico de los datos acerca de la violencia bidireccional en la pareja íntima y el de la violencia doméstica ejercida por mujeres contra otras mujeres tal vez vendría a desmontar el andamiaje sobre el que se sustenta la LOVG y haría colegir – como así hacemos nosotros – que el problema al que hay que dar respuesta es el de la violencia de dominación en la pareja íntima sin distinción ni de sexo, ni de género, ni de orientación sexual.

La violencia en la pareja íntima ejercida por la mujer sobre el hombre en la pareja íntima heterosexual y la perpetrada por cualquier miembro sobre el otro en la pareja íntima LGTBIQ+ es invisible socialmente<sup>115</sup>. Además, resulta contradictoria con el

---

99-124 <http://revistas.uned.es/index.php/empiria/article/view/1201> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 113-111.

<sup>114</sup> En este sentido, resulta llamativo –cuanto no alarmante–, que el CGPJ viniera publicando anualmente informes en los que se hacía un análisis sobre las sentencias dictadas relativas a homicidios y/o asesinatos entre los miembros de la pareja o ex pareja y de menores a manos de sus progenitores, disponibles en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Victimas-mortales-de-violencia-de-genero-y-violencia-domestica-en-ambito-de-la-pareja-o-ex-pareja/> [u. a. 09/06/2021], y que en el último de estos informes publicado –que recoge datos de los años 2016 a 2018–, disponible en <http://www.poderjudicial.es/stfls/ESTADISTICA/FICHEROS/V%C3%ADctimas%20mortales%20VG%20y%20VD%20C3%A1mbito%20pareja%20y%20ex-pareja/Informe%20sobre%20v%C3%ADctimas%20mortales%20de%20la%20violencia%20de%20g%C3%A9nero%202016-2018.pdf> [u. a. 09/06/2021], solo se analicen las sentencias dictadas relativas a homicidios y/o asesinatos de mujeres heterosexuales en la pareja íntima, olvidando otras violencias en la pareja que sí eran con anterioridad objeto de análisis. En nuestra opinión, el CGPJ debería hacer el esfuerzo de contextualizar el problema analizando todas las sentencias dictadas relativas a homicidios y/o asesinatos en la pareja íntima con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual tanto del agresor cuanto de la víctima. Contrasta esta metodología con la del Departamento de Justicia de EEUU, que estimaba en 1986 que alrededor del 50% de la violencia sufrida por las mujeres y el 30% de la padecida por los hombres sucedía en el ámbito doméstico. Vid. BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G., Introducción a BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G. (eds.), *Domestic Violence: The Changing Criminal Justice Response*, Greenwood Publishing Group, 1ª ed., Westport, 1992, págs. vii-xxii, cita en pág. vii.

<sup>115</sup> Aún más, se ocultan los datos de la violencia ejercida por las mujeres contra otras mujeres en el ámbito doméstico. En este sentido, la profesora española de Sociología Raquel Osborne, analizando los datos de las Macroencuestas de 2000 a 2006, afirma que «[I]as cifras –«menores» al lado de las grandes cifras que corresponden a la violencia de hombre a mujer– nos hablan de la violencia femenina, pero sin embargo a la hora del manejo de los datos por los expertos y, de paso, en el

arquetipo de la subyugación femenina a la que son sometidas las mujeres por parte de la *maldad* masculina. En este sentido, casi en forma de denuncia, se ha afirmado que una característica notable de la literatura científica sobre la violencia en la pareja es el hecho de que, a pesar de que las agresiones de mujeres sobre hombres son una realidad y que existen situaciones en las que la víctima es en exclusiva el hombre, nunca se ha realizado un gran análisis sobre este fenómeno<sup>116</sup>.

---

imaginario público, parece como si no existiera violencia por parte de las mujeres. ¿Qué sucede, pues, con esta violencia, que se da de mujer a hombre, hacia otras mujeres, hacia las personas mayores, hacia la infancia? Que los resultados de esas cifras menores no vengan desagregados en las Macroencuestas indica la falta de voluntad de investigar ese tipo de violencia. Que en la de 2000 el 48% de las mujeres que se declaran maltratadas lo sean no por su pareja sino por otros familiares resulta altamente significativo. [...] En la Macroencuesta 2006 el maltrato declarado era, como es lógico pensar, de nuevo causado mayoritariamente por la pareja o ex pareja —un 57,3%—, pero si nos fijamos en «otros familiares», se repite que el único porcentaje desagregado por sexo es el maltrato causado por los padres —un 6,8%— y por las madres —un 7,9%—, que en cifras absolutas representa 53.510 mujeres que se declaran maltratadas por sus progenitoras». Cfr. OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las...», *óp. cit.*, págs. 116-117.

<sup>116</sup> GEORGE, M. J., «Invisible touch», en *Agression and Violent Behavior*, Elsevier, n.º 8, 2003, págs. 23-60, cita en pág. 44. Señala (*ibíd.*, págs. 44-45) que son varios los factores que sostienen el mito de la no agresividad de la mujer tanto en la opinión pública cuanto en la doctrina científica. Entre ellos, destaca la conceptualización de la violencia como «masculina», hasta el punto de que la violencia ejercida por una mujer, a menudo se presenta como una desviación incompatible con la feminidad, y ello, pese a que desde la psicología se indica que las mujeres tienden a ser tan agresivas como los hombres en determinadas situaciones. Nótese la ironía por la similitud del título del artículo citado con la canción homónima del afamado grupo británico de pop, Génesis (disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=XgcfxxNWQxs> [u. a. 09/06/2021]). El tema cuenta la historia de un hombre que se enamora perdidamente de una mujer pese a saber que a ella no le gusta perder y que tiene un *don invisible* —algo misterioso en lo que no puede confiar— para conseguir todo lo que quiere, para coger su corazón y destrozarle lentamente, y para que no vuelva a ser el mismo. Una historia tantas veces contada y cantada a la inversa pero que, rara vez, presenta a un hombre como víctima de una mujer con ese *don invisible* (la maldad) asociado generalmente a la masculinidad. A este respecto, se ha señalado que no hay factores de orden físico, sean genéticos u hormonales, que nieguen la posibilidad de ser violentas a las mujeres o de dejar de serlo a los hombres. IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 75. En este sentido, y a los solos efectos ilustrativos, podemos destacar, por ejemplo, que no todos los verdugos del nazismo —paradigma de la maldad y del uso de la violencia— fueron hombres. Así, se ha afirmado que «[s]i los hombres de Hitler fueron perversos, ellas, las «guardianas» de los campamentos de concentración, supusieron la mano ejecutora e implacable de la justicia aria. No hubo juez más atroz que María Mandel, Ilse Koch, Irma Grese, Hermine Braunsteiner, Dorothea Binz y así hasta 19 nombres. Todas y cada una de ellas establecieron un patrón de entrenamiento para enseñar a sus secuaces cómo debían golpear, apalear, fustigar, maltratar y vejar a sus reclusas hasta el óbito. Durante esta fase de instrucción, llevada a cabo principalmente en el campo de Ravensbrück, las futuras asesinas aprendieron a practicar sacrificios y a comportarse como animales salvajes. La inhumanidad fue su ilustre pilar». Cfr. GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., *Guardianas nazis: el lado femenino del mal*, Edaf, 1ª ed., Madrid, 2012, pág. 10. De hecho, las primeras matanzas en masa las protagonizaron las enfermeras en los hospitales del Reich, exterminando con drogas o con inyecciones letales —cuando no recurriendo a la desnutrición— a millares de niños con malformaciones y de adolescentes. Vid. LOWER, W., *Hitler's furies: German women in the nazi killing fields*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston - Nueva York, 2013, pág. 120. Entre los muchos ejemplos de esta *maldad femenina*, Lower relata (*ibíd.*, págs. 133-135) los episodios ocurridos entre la primavera de 1942 y el verano de 1943 en el campo de concentración de Janowska (Ucrania). Liesel Willhaus, esposa del *Untersturmführer* de las SS Gustav Willhaus —que había sido nombrado



Siguiendo a Hernández Hidalgo<sup>117</sup>, la investigación internacional ha desvelado que la violencia en la pareja íntima es un fenómeno social y criminológico con una participación similar de hombres y mujeres, hasta el punto de que, analizando las encuestas realizadas en Estados Unidos sobre violencia en la pareja íntima se llegó a las siguientes conclusiones: 1ª. La mayor parte de la violencia se produce entre dos miembros que agreden y que necesitan intervención<sup>118</sup>; 2ª. Las mujeres son tan propensas a agredir a la pareja como lo son los hombres y éstos son tan proclives a ser víctima como aquéllas<sup>119</sup>; 3ª. Las mujeres sufren con mayor probabilidad daños físicos<sup>120</sup>; y 4ª. El maltratador que agrede de forma repetida, sistemática y grave, es atípico<sup>121</sup>. Como nos ilustra Osborne,

«[c]uando se analiza la violencia de mujer a hombre es evidente que la violencia física es mucho menor en estos casos, y cuando se produce, a veces es una violencia defensiva, *pero no siempre*. Nos referimos aquí a la violencia que se hace por sadismo, de forma consciente y para hacer daño. Algunos estudios que sí han analizado la cuestión hablan de que las mujeres son tan protagonistas como los hombres en el maltrato psicológico [...]»<sup>122</sup>.

En España, en 2007 se publicó un interesante estudio acerca de los comportamientos violentos de carácter psicológico y físico en las relaciones de noviazgo

---

comandante del campo– hizo construir una terraza en la villa en la que vivían, desde donde disparaba a los prisioneros «por puro placer» para hacer las delicias de sus invitados mientras su hija, Heike, aplaudía enérgicamente ante el espectáculo.

<sup>117</sup> HERNÁNDEZ HIDALGO, P., «Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimodogmático», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-05, 2015, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/17/recpc17-05.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 3.

<sup>118</sup> En este sentido, Johnson afirma que los analistas del *National Family Violence Surveys* informan de un patrón en el que dos tercios de las familias en las que el esposo ha sido violento también involucran a una esposa violenta. JOHNSON, M. P., «Patriarchal Terrorism and Common...», *óp. cit.*, pág. 287. Además, se ha señalado que, en los casos en que el poder y el control están más equilibrados entre los dos miembros de la pareja, es más probable que la agresión sea recíproca. OLSON, L. N., «Exploring “common couple violence” in...», *óp. cit.*, pág. 121.

<sup>119</sup> Aún más, los estudios concluyen que las mujeres inician la violencia con tanta frecuencia como los hombres. Cfr. STETS, J. E., y STRAUSS, M. A., «Gender differences in Reporting Marital Violence and Its Medical and Psychological Consequences», en STRAUSS, M. A., y GELLES, R. J. (edits.), *Physical violence in American families: Risk Factors and Adaptations to Violence in 8,145 Families*, Transaction Publishers, New Brunswick, 1990, págs. 151-166, cita en pág. 161 (citado por JOHNSON, M. P., «Patriarchal Terrorism and Common...», *óp. cit.*, pág. 287).

<sup>120</sup> En la violencia en la pareja íntima, la probabilidad de lesión o miedo está influenciada por las diferencias de tamaño: una bofetada de una mujer todavía se percibe como un acto completamente diferente a la de un hombre. Vid. JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence...*, *óp. cit.*, s. p.

<sup>121</sup> Este último dato empírico es especialmente significativo por cuanto indica que la violencia de dominación es atípica en la pareja íntima, o lo que es lo mismo, es abrumadoramente mayoritaria la violencia común.

<sup>122</sup> Cfr. OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las...», *óp. cit.*, pág. 118.

en una muestra de jóvenes universitarios españoles con edades comprendidas entre los 18 y los 27 años<sup>123</sup>. Los resultados demuestran que existe una alta prevalencia de agresiones físicas y psicológicas y que, teniendo en cuenta el número de agresiones, hombres y mujeres se agreden en medida similar, si bien, hay diferencias cuando se atiende a la gravedad de esas agresiones. En cuanto a la violencia psicológica, en la categoría de «agresiones verbales», las mujeres puntúan más en «insultos» (58,3 % frente al 42,7 % de los hombres) y en «comentarios para disgustar y molestar a la pareja» (83,4% por 77,3% en los hombres). A su vez, en el apartado de «comportamientos dominantes», las mujeres arrojan un resultado superior al de los hombres en «tratar de romper la relación si la pareja no satisface sus deseos» (44,5% frente a 38,5%). Por último, en la categoría de «comportamientos celosos», las mujeres superan a los hombres en «sentir celos de otro chico o chica» (72,3% frente a un 63,7%). En relación con la violencia física, en el apartado de «agresiones leves», las mujeres registran un porcentaje superior al de los hombres en «empujones» (14,7% frente 12,8%) y en «bofetadas» (6% frente 2,3%).

Posteriormente, en 2014<sup>124</sup>, el análisis de los datos obtenidos de una muestra de 3.578 parejas heterosexuales de edades comprendidas entre los 18 y los 80 años, arrojaron una serie de resultados ciertamente llamativos. En primer lugar, el 90% de las parejas íntimas informaron de que no habían experimentado agresiones físicas, mientras que el 4% refirieron violencia física del hombre sobre la mujer y el 4,5% violencia física de la mujer sobre el hombre. Por otro lado, en el 4% de las parejas íntimas, tanto el hombre cuanto la mujer reportaron ser agresores físicos mutuos, mientras que aproximadamente el 19% afirmaron ser «solo agresores» y el 19% «solo víctimas». Este estudio, igualmente, llama la atención porque las mujeres puntúan más en algunos ítems de la categoría de violencia psicológica sobre la pareja, como «insultar y maldecir»

<sup>123</sup> MUÑOZ-RIVAS, M. J., GRAÑA GÓMEZ, J. L., O'LEARY, K. D., y GONZÁLEZ LOZANO, P., «Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students», en *Psicothema*, Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, vol. 19, n.º 1, 2007, págs. 102-107, disponible en <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=3334> [u. a. 09/06/2021].

<sup>124</sup> GRAÑA GÓMEZ, J. L., y CUENCA MONTESINO, M. L., «Prevalence of psychological and physical intimate partner aggression in Madrid (Spain): A dyadic analysis», en *Psicothema*, Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, vol. 26, n.º 3, 2014, págs. 343-348, disponible en <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=4198> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 346.

(39,3% frente a 35,4%); «gritar y chillar» (48,9% por 45,7%); «salir de la habitación, la casa o el patio durante una discusión» (29,3% frente a 26,4%); «hacer algo para fastidiar a la pareja» (29,7% por 27,6%); y «amenazar con golpear o arrojar algo a la pareja» (3,8% por 2,5%).

Por último, interesa reseñar un estudio realizado en Portugal desde la perspectiva médico-forense<sup>125</sup>, en el que, tras analizar 535 casos sospechosos de que hombres mayores de 18 años pudieran haber sido víctimas de violencia en la pareja íntima entre 2007 y 2009, se llegó a las siguientes conclusiones: 1. Los hombres pueden ser víctimas de violencia en la pareja íntima y representan una proporción significativa (11,5%) de las víctimas observadas en la *Delegação do Norte* del Instituto Nacional de Medicina Legal del país luso; 2. En estos casos, las mujeres fueron responsables de este tipo de violencia en todos los casos estudiados; 3. Fue frecuente la historia previa de violencia física y psicológica (81,6%); 4. Los mecanismos de agresión más comunes consistieron en actos menores de violencia física, que tuvieron como resultado lesiones leves (76,6%), 35,8% de ellas en miembros superiores; y 5. Casi todas las víctimas no presentaron secuelas físicas.

A modo de conclusión, podemos afirmar que en la violencia psicológica y en la violencia física de baja intensidad, la prevalencia de la violencia ejercida por los hombres y por las mujeres en la pareja íntima es similar. Ahora bien, y por atípica que sea, la violencia de dominación existe, y no ocultamos que, aun contando con los casos de violencia de dominación bidireccional, y en aquellos en los que la víctima es el hombre, de las investigaciones realizadas se concluye que la violencia de dominación es ejercida, en las parejas íntimas heterosexuales, mayoritariamente por el hombre frente a la mujer<sup>126</sup>. Johnson, a partir de los datos recogidos en la década de los años 70 del siglo XX por la socióloga estadounidense Irene H. Frieze, aporta los siguientes datos:

---

<sup>125</sup> CARMO, R., GRAMS, A., y MAGALHÃES, T., «Men as victims of intimate partner violence», en *Journal of Forensic and Legal Medicine: An International journal of Forensic and Legal Medicine*, Elsevier-Faculty of Forensic and Legal Medicine of the Royal College of Physicians, Londres, vol. 18, n.º 8, noviembre de 2011, págs. 355-359.

<sup>126</sup> JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence...*, óp. cit., s. p.



	Hombres	Mujeres
Terrorismo íntimo	89%	11%
Resistencia violenta	15%	85%
Violencia común en la pareja	55%	45%
Resistencia violenta recíproca <sup>127</sup>	50%	50%

Igualmente, en Gran Bretaña se hicieron estudios –siguiendo las mismas técnicas que Johnson– con resultados muy parecidos<sup>128</sup>, arrojando los siguientes resultados:

	Hombres	Mujeres
Terrorismo íntimo	87%	13%
Resistencia violenta	10%	90%
Violencia común en la pareja	45%	55%
Resistencia violenta recíproca	50%	50%

En relación con la violencia en la pareja íntima LGTBIQ+, se constata que también existe violencia con un porcentaje significativo que estaría situado desde el 25 al 60%, destacando que la violencia más ejercida es la psicológica y la psicológica/emocional<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> La Resistencia violenta recíproca o Control violento recíproco es simétrico, por definición, en las parejas íntimas heterosexuales.

<sup>128</sup> Vid. GRAHAM-KEVAN, N., y ARCHER, J., «Intimate Terrorism and Common Couple Violence: A Test of Johnson's Predictions in Four British Samples», en *Journal of Interpersonal Violence*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 18, n.º 11, noviembre de 2003, págs. 1247-1270, cita en pág. 1256.

<sup>129</sup> Para un prolijo análisis de los estudios al respecto, vid. RODRÍGUEZ OTERO, L. M., RODRÍGUEZ CASTRO, Y., LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., y CARRERA FERNÁNDEZ, M. V., «Violencia en parejas Gays, Lesbianas y Bisexuales: una revisión sistemática 2002-2012», en *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, UNED, n.º 13, 2017, págs. 49-71, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/comunitania/article/view/18946> [u. a. 09/06/2021]. Señalan los autores que «[l]os principales factores de invisibilidad de este tipo de violencia son debidos sobre todo a la homofobia, el discrimen y el sexismo en torno a las personas homosexuales y bisexuales que permea en nuestra sociedad, la negación del problema por parte de las personas miembros de la comunidad LGB (motivadas por el temor a fomentar ataques homofóbicos provenientes de la comunidad heterosexual), la existencia de infinidad de mitos sobre el colectivo y este tipo de relaciones, el énfasis que esta comunidad puso en otros problemas con un mayor calado social, la opresión que experimentaban a manos de organizaciones políticas de derecha y grupos religiosos, el hecho de que las víctimas sean reacias a acudir a instituciones como la policía, el sistema judicial, o escenarios que ofrecían servicios de salud física y mental. Así como el nivel de prejuicios, hostilidad y a la falta de interés que perciben ciertas víctimas por parte de los profesionales del ámbito sociosanitario y judicial y la multitud de mitos existentes sobre las relaciones intragénero y este tipo de violencia». Cfr. *Ibid.*, págs. 65-66.

Con los datos estadísticos aportados, y aceptando que la violencia en la pareja íntima es ejercida mayoritariamente por los hombres heterosexuales, ya avanzamos que esta realidad no puede significar una opción legislativa que favorezca a unas víctimas respecto de otras y sancione penalmente a unos victimarios más que a otros. Ese *mayoritariamente ejercida* señalado por Johnson descarta el *exclusivamente ejercida*, porque cuando la víctima de la violencia en la pareja íntima es un hombre heterosexual o una persona LGTBIQ+, no hay estadísticas que justifiquen que tendrán unos derechos menores de los que gozan las víctimas mujeres heterosexuales por el mero hecho de ser, precisamente, mujeres heterosexuales.

### 3.1.2. *La perspectiva de género y la pretendida e inexistente «ceguera de género» como argumentos para desvirtuar la realidad*

Como ya hemos tenido ocasión de apuntar, la metodología utilizada en la toma y análisis de los datos relativos a la violencia en la pareja íntima tiene una incidencia directa en los resultados de estos estudios y, en consecuencia, en el enfoque y en las soluciones que se puedan proponer desde cualquier ámbito –social, legislativo, jurisdiccional, etc.–, hasta el punto de llegar a resultados y soluciones que podrían considerarse antagónicas. A este respecto, existe un intenso debate en el ámbito de la psicología entre los que aplican a los estudios la *perspectiva de género* y aquellos que analizan la violencia en la pareja íntima de forma amplia y sin sesgo alguno, y que son acusados por los primeros de tener *ceguera de género*. Nos posicionamos con estos segundos y hacemos nuestras las palabras de Osborne cuando afirma:

«Macroencuestas que sólo preguntan a las mujeres –y no a los varones– no permiten ajustar entre los sexos las situaciones reales de maltrato «técnico» no ya sólo en el seno de la pareja sino en el más amplio ámbito de lo doméstico. Amalgamar todas las agresiones sin puntualizar a la hora de presentar los resultados contribuye a reforzar indebidamente la ya de por sí grande cifra de los hombres maltratadores y a invisibilizar otras violencias que las mujeres no sólo padecen sino que también cometen. Matizar los resultados rompería la visión exclusivamente victimista de las mujeres cuya contrapartida ineludible es la (excesiva) demonización de los varones»<sup>130</sup>.

<sup>130</sup> Cfr. OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las...», *óp. cit.*, págs. 121-122.

Como punto de partida de la discusión, se defiende que existe una visión del mundo, el *androcentrismo*, que –según se afirma– toma al hombre como centro y medida de todas las cosas, partiendo de la idea de que la mirada masculina es la única posible y universal, por lo que se generaliza para toda la humanidad<sup>131</sup>. Las profesoras españolas de psicología Victoria Aurora Ferrer-Pérez y Esperanza Bosch-Fiol<sup>132</sup> defienden que la perspectiva de género, que recibe otras denominaciones como *enfoque de género*, *visión de género* o *mirada de género*, puede ser definida como una visión crítica, explicativa y alternativa al androcentrismo que proviene del feminismo y que genera «un marco de análisis que toma en consideración las diferencias y desigualdades entre mujeres y hombre en cualquier actividad o ámbito del devenir social, de la investigación y de las políticas públicas».

Para las autoras, aplicar la perspectiva de género implica reconocer y tener en cuenta que: a) entre varones y mujeres han existido y aún existen desigualdades y discriminaciones históricas que generan brechas de género; b) se establecen unas determinadas relaciones de poder, en general, favorables a los varones como grupo social y discriminatorias para las mujeres; y c) estas relaciones han sido construidas social e históricamente, condicionan la vida y los roles desempeñados por mujeres y hombres, atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras, como las que se derivan de la clase social, la etnia, la edad, la preferencia sexual o la religión.

Conforme a esta concepción, y en relación con violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, aplicar la perspectiva de género supone, en primer lugar,

---

<sup>131</sup> FERRER-PÉREZ, V. A., y BOSCH-FIOL, E., «Violencia contra las mujeres», en BARBERÁ, E., y MARTÍNEZ BENLLOCH, I., *Psicología y Género*, Pearson Educación, Madrid, 2004, págs. 241-270, cita en pág. 253. Afirman las autoras que esta visión supone una invisibilización de las mujeres y de lo femenino hasta el punto de «ocultar» sus aportaciones en todas las esferas de las ciencias, del saber y de las artes, así como, por supuesto, en los diversos ámbitos de la vida cotidiana (la construcción de las ciudades, la organización social, las relaciones laborales, sociales y afectivas, etc.), y supone también la introducción de sesgos sexistas en el análisis de la realidad social». Por su parte, el Diccionario de la Real Academia Española define el androcentrismo –en su única acepción–, como la [v]isión del mundo y de las relaciones sociales centrada en el punto de vista masculino». Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/androcentrismo?m=form> [u. a. 09/06/2021].

<sup>132</sup> Vid. FERRER-PÉREZ, V. A., y BOSCH-FIOL, E., «El Género en el Análisis de la Violencia contra las Mujeres en la Pareja: de la “Ceguera” de Género a la Investigación Específica del Mismo», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 69-76, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 72.

partir de modelos teóricos que integren el género y las desigualdades de género como núcleos explicativos clave para esta violencia. Sin embargo, y pese a que estas autoras asumen la distinción que hemos defendido entre violencia de dominación y violencia común en la pareja íntima, concluyen que la perspectiva de género es la clave explicativa de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Por otro lado, entienden que la investigación que no tiene en cuenta la perspectiva de género está «ciega de género». Así, la profesora española de sicometría Carmen Delgado Álvarez afirma que:

«Las definiciones del constructo «violencia en la pareja» continúan sin incorporar los hallazgos de los Gender Studies. Dichos hallazgos en un saber paralelo condescientemente tolerado en el mejor de los casos. Sus resultados contrastados, y obtenidos según los métodos y técnicas científicas de cada disciplina, ni afectan ni modifican las teorías dominantes, cuyas estructuras de conocimiento permanecen resistentemente inalteradas. La violencia en la pareja constituye pues un caso paradigmático de la diversidad de sesgos que afectan a las investigaciones realizadas bajo paradigmas ciegos al género. Parafraseando a Kahneman (2014), muchas investigaciones psicológicas siguen reproduciendo «*la ceguera (al género) inducida por la teoría (patriarcal)*»<sup>133</sup>.

De hecho, se afirma que defender –como hacemos nosotros– que el género es una causa más de la violencia de dominación, pero que, en todo caso, no toda la violencia de dominación que sufre una mujer en la pareja íntima heterosexual trae causa del género, implica «de facto, invisibilizar la existencia de los tipos de violencia descritos»<sup>134</sup>. Frente a estas posiciones, el profesor español de psicología clínica Enrique Echeburúa afirma que sostener la existencia, en ocasiones, de una violencia bidireccional no

<sup>133</sup> Cfr. DELGADO-ÁLVAREZ, C., «Por qué la violencia de género es algo diferente: reenfocando el concepto», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015, págs. 41-56, *óp. cit.*, pág. 43. Parafrasea la autora al psicólogo israelo-estadounidense Daniel Kahneman, que se sirve de la expresión «ceguera inducida por la teoría» para explicar la negativa a reformular los postulados teóricos previos pese a que los datos puedan resultar contradictorios con aquellos. En ese sentido, afirma Kahneman que «[c]uando hemos aceptado una teoría y la hemos usado como herramienta en nuestro pensamiento, es extraordinariamente difícil apreciar sus fallos. Si en alguna ocasión observamos algo que no parece ajustarse al modelo, suponemos que ha de haber una perfecta explicación que de algún modo se nos escapa. Concedemos a la teoría el beneficio de la duda porque confiamos en la comunidad de expertos que la han aceptado». Cfr. KAHNEMAN, D. (CHAMORRO MIELKE, J., trad.), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, 6ª ed., 5ª reimp., Barcelona, 2018, pág. 361.

<sup>134</sup> Cfr. FERRER-PÉREZ, V. A., y BOSCH-FIOL, E., «El Género en el análisis de la Violencia...», *óp. cit.*, pág. 73.

implica invisibilizar las diferencias de género ni detener las políticas sociales de igualdad, sino evitar una explicación simple a un fenómeno complejo. La violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual debe analizarse de forma individualizada si se quiere ofrecer un tratamiento efectivo inscrito «en un marco subyacente de igualdad de género y de evitación de cualquier tipo de discriminación»<sup>135</sup>.

En relación con la perspectiva de género, la profesora española de psicología Noemí Pereda Beltrán y Tamarit Sumalla –con los que nos posicionamos– contestan que, del trabajo de Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, se deduce que la perspectiva de género es «sencillamente, obviar uno de los géneros, concretamente al masculino, en la investigación sobre victimización en las relaciones de pareja e, incluso, obviar el género femenino en los estudios sobre comisión de conductas violentas»<sup>136</sup>. Igualmente, exponen que por las autoras criticadas se «reduce la multiplicidad de factores de riesgo vinculados a la comisión de conductas violentas a una causa única, como es pertenecer al sexo femenino, asociado a la cultura patriarcal y los valores machistas»<sup>137</sup>. Efectivamente, el gran error de los autores que adolecen de «ceguera ante la evidencia empírica sobre la violencia en las relaciones de pareja» –que parten de la visión estereotipada del hombre como agresor y de la mujer como víctima– es defender que toda la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual trae causa del género, sin querer ver la evidencia empírica que demuestra que no siempre es así.

<sup>135</sup> ECHEBURÚA, E., «Sobre el Papel del Género en la Violencia de Pareja contra la Mujer. Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2019», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 77-79, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 79.

<sup>136</sup> PEREDA, N., y TAMARIT, J. M., «¿Ciegos ante la Perspectiva de Género o Ciegos ante la Evidencia Empírica sobre la Violencia en las Relaciones de Pareja? Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 85-87, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 85. Esta formulación es contestada por Delgado-Álvarez con el mero argumento de que el género es una categoría analítica –lo que no discutimos– pero que no es una ideología «como se proclama desde ciertas posiciones sociopolíticas, éstas sí, ideológicas» [sic.]. Cfr. DELGADO-ÁLVAREZ, C., «La Ceguera al Género Inducida por la Ceguera a los Estándares de Medición. Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2019», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 30, n.º 1, 2020, págs. 93-96, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2020/30/1> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 94. La autora reclama que lo que debería ser explicado son las resistencias a incorporar el género como categoría analítica, cuando no se niega por nadie su utilización. Ahora bien, lo que no se puede explicar –porque no tiene explicación– es que se nos acuse de que defender que el género es una categoría analítica en el mismo plano que cualquier otra de las que explican la violencia de dominación en la pareja íntima sea equivalente a negar la existencia de esa categoría.

<sup>137</sup> PEREDA, N., y TAMARIT, J. M., «¿Ciegos ante la Perspectiva de Género o Ciegos ante...», *óp. cit.*, pág. 86.

Ahora bien, esta ceguera no es una enfermedad que nace de forma espontánea, sino que tiene una serie de motivos que fueron apuntados por el profesor norteamericano de sociología Murray A. Strauss<sup>138</sup>: 1. Se suprime toda aquella evidencia que demuestre lo contrario de lo que se defiende desde la ideología imperante. Así, no se presentan los resultados de la violencia ejercida por las mujeres contra los hombres en la pareja íntima ni en los medios de comunicación ni en los artículos científicos que se publican por aquellos autores que defienden la denominada perspectiva de género; 2. Se evita obtener datos que puedan contradecir a la teoría dominante, por lo que las encuestas oficiales de victimización se hacen solo a mujeres y no incluyen preguntas sobre una posible conducta violenta de éstas; 3. Únicamente se citan en los artículos científicos y en los informes aquellos estudios que muestren la violencia cometida por el hombre contra la mujer, sin hacer mención a aquellos estudios que muestran violencia bidireccional o cometida por mujeres; 4. Se concluye que los resultados confirman las creencias establecidas, aun cuando no sea así, sino que se basan en una errónea interpretación de los mismos; 5. Se crea una falsa evidencia al citar repetidamente trabajos que no demuestran lo que se afirma pero que, tras ser citados en numerosas ocasiones, se acaban considerando evidencia; 6. Se dificulta la publicación de artículos y la obtención de becas y proyectos subvencionados que puedan contradecir la creencia según la cual, el principal factor sobre el que hay que incidir ante la violencia en las relaciones de pareja es la desigualdad de roles entre varones y mujeres basada en una cultura patriarcal; y 7. Se acosa, amenaza y se penaliza a aquellos investigadores que aportan evidencias que contradicen las creencias imperantes<sup>139</sup>.

De todas estas patologías cabe destacar la señalada como n.º 5 por Strauss, es decir, la tendencia a generar publicaciones sin base real –cuando no falsas– que, a base de ser repetidas, son adoptadas como dogmas de fe. A modo de denuncia, la filósofa estadounidense Christina Hoff Sommers –en el libro con el sugerente título: *Who Stole Feminism? (¿Quién nos robó el feminismo?)*– enumera tres ejemplos del desafortunado

---

<sup>138</sup> STRAUSS, M. A., «Processes Explaining the Concealment and Distortion of Evidence on Gender Symmetry in Partner Violence», en *European Journal on Criminal Policy and Research*, Springer, n.º 13, 2007, págs. 227-231, cita en págs. 228-231.

<sup>139</sup> De interés, la autobiografía de Strauss. Vid. STRAUSS, M. A., «Bucking the tide in family violence research», en *Trauma, violence & abuse*, Sage Publications, vol. 9, n.º 4, octubre de 2008, págs. 191-213.



nivel de «la calidad de la información que estamos obteniendo sobre muchos temas de mujeres de parte de investigadoras feministas, defensores de las mujeres y periodistas»<sup>140</sup>. En primer lugar, señala que algunas de las más reputadas «feministas best-seller» han tratado de remover conciencias en relación con la anorexia, afirmando que 150.000 mujeres mueren al año por este desorden, al que sitúan como una consecuencia inevitable de una sociedad misógina que degrada a las mujeres. Pese a que la cifra de 150.000 hace referencia al número de casos de anorexia (no de fallecimientos –en realidad, en 1991 solo se registraron 54 fallecimientos por anorexia, frente a los 101 de 1983 y los 67 de 1988–) el dato de 150.000 mujeres fallecidas se da por bueno, hasta el punto de que se emplea en manuales académicos e, incluso, en los medios de comunicación de masas, como en el caso de Ann Landers en su famosa columna de consejos<sup>141</sup>.

En segundo lugar, Sommers ejemplifica este comportamiento con el caso de Deborah Louis, presidenta del *National Women's Studies Association*, quien el 4 de noviembre de 1992 publicó un mensaje en el *Women's Studies Electronic Bulletin*, en el que –citando un reportaje publicado en la revista *March of Dimes*– afirmó que la violencia doméstica sobre mujeres embarazadas era la principal causa de malformaciones en los fetos. Este argumento fue reproducido el 23 de febrero de 1993 durante una entrevista por Patricia Ireland, presidenta de la *National Organization of Women*, quien afirmó que la violencia sobre las mujeres embarazadas es la primera causa de malformaciones de fetos en Estados Unidos. Igualmente, un gran número de medios de comunicación social, como el *Boston Globe*, la revista *Time*, el *Chicago Tribune*, etc. se hicieron eco de estas afirmaciones. Tras las investigaciones de la propia Sommers, resultó que el reportaje de *March of Dimes* en el que se situaba el origen de esta noticia, nunca fue publicado.

---

<sup>140</sup> Vid. SOMMERS, CH. H., *Who Stole Feminism?: How Women Have Betrayed Women*, Simon & Schuster, Nueva York, 1994, cita textual en pág. 15. Esta autora es una de las más críticas con las, así las denomina, «feministas de género». Cfr. *Ibíd.*, pág. 16.

<sup>141</sup> «Every year, 150,000 American women die from complications associated with anorexia and bulimia». Cfr. columna publicada en el *Chicago Tribune* el 29 de abril de 1992, disponible en <https://www.chicagotribune.com/news/ct-xpm-1992-04-29-9202070891-story.html> [u. a. 09/06/2021]. Ann Landers es el seudónimo de Esther Pauline “Eppie” Lederer, quien publicaba en más de 1.200 diarios de todo el mundo una columna de consejos, titulada «Ask Ann Landers» sobre distintos problemas con una audiencia de 90 millones de personas en el mundo. Sobre la dimensión del personaje de Ann Landers, vid. KOGAN, R., *America's Mom: The Life, Lessons, and Legacy of Ann Landers*, Thorndike Press, Waterville, Maine, 2004.

Por último, Sommers pone el ejemplo de la información publicada en varios medios de comunicación en enero de 1993, quienes afirmaban que la incidencia de la violencia doméstica tendía a aumentar un 40% el día en el que se juega la final de la Super Bowl (*Super Bowl Sunday*). A partir de esas noticias, las feministas iniciaron una campaña preventiva alertando de la violencia doméstica que podría suceder el 31 de enero, día de la final de ese año, abonando la idea de que el machismo y la violencia sobre las mujeres son sinónimos. La NBC, cadena que retransmitía el partido ese año – dando por buenos los datos estadísticos– se unió a la campaña pidiendo a los hombres que estuvieran calmados. Incluso una investigadora de la *Harvard School of Public Health* escribió en el *Boston Globe* que el *Super Bowl Sunday* «[e]s un día para que los hombres se deleiten con su masculinidad y, desafortunadamente, para muchos hombres eso incluye ser violentos con las mujeres si así lo desean». Periodistas de todo Estados Unidos continuaron ofreciendo información en este sentido, salvo Ken Ringle, reportero de *The Washington Post*, quien decidió comprobar las fuentes. Resultó que esos datos estadísticos no se correspondían con la realidad y que no existía ningún estudio que afirmara que durante el *Super Bowl Sunday* aumentara en un 40% la violencia doméstica. Pese al trabajo de Ringle, de aquellas informaciones quedó en el imaginario de miles de mujeres norteamericanas que los hombres, especialmente los aficionados al deporte, son una especie peligrosa y violenta.

Parece difícil entender cómo este tipo de información errónea y sin soporte empírico puede ser difundida y aceptada de forma tan amplia. Ahora bien, coincidimos con los que opinan que parte de la justificación de este fenómeno deriva de que estos hechos e ideas –aunque erróneos– se ajustan a los distintos estereotipos que se tienen sobre la masculinidad y la feminidad<sup>142</sup>. La cuestión, por tanto, es –tal y como se pregunta Sommers–: ¿Por qué son todos tan crédulos?, ¿Por qué ciertas feministas están tan ansiosas por poner a los hombres bajo un foco negativo? Para la autora, con la que coincidimos plenamente, la respuesta a estas interrogantes se encuentra en que:

«[e]l feminismo estadounidense está dominado actualmente por un grupo de mujeres que buscan persuadir al público de que las mujeres estadounidenses no son las criaturas libres

<sup>142</sup> WARD, D., «Escuchando voces. El mito de los juicios de género», en *Revista de Psicología Política*, Promolibro, n.º 10, mayo de 1995, págs. 63-83, disponible en <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N10.htm> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 64.



que creemos que somos. Las líderes y teóricas del movimiento de mujeres creen que nuestra sociedad se describe mejor como un patriarcado, una "hegemonía masculina", un "sistema de sexo/género" en el que el género dominante trabaja para mantener a las mujeres acobardadas y sumisas. Las feministas que tienen esta visión divisoria de nuestra realidad social y política creen que estamos en una guerra de género y están ansiosas por difundir historias de atrocidades diseñadas para alertar a las mujeres sobre su difícil situación. Las "feministas de género" (como las llamaré) creen que todas nuestras instituciones, desde el estado hasta la familia y las escuelas primarias, perpetúan el dominio masculino. Creyendo que las mujeres están virtualmente sitiadas, las feministas de género naturalmente buscan reclutas para su bando en la guerra de género. Buscan apoyo. Buscan la reivindicación. Buscan munición.

No todos, incluidas muchas mujeres que se consideran feministas, están convencidos de que las mujeres estadounidenses contemporáneas viven en una opresiva "hegemonía masculina". Para confundir a los escépticos y persuadir a los indecisos, las feministas de género están constantemente buscando pruebas, la pistola humeante, el hecho revelador que hará ver al público cuán profundamente está manipulado el sistema contra las mujeres. Para unir a las mujeres a su causa, no es suficiente recordarnos que muchos hombres brutales y egoístas dañan a las mujeres. Deben persuadirnos de que el propio sistema sanciona la brutalidad masculina. Deben convencernos de que la opresión de la mujer, sostenida de generación en generación, es un rasgo estructural de nuestra sociedad»<sup>143</sup>.

En cualquier caso, el verdadero drama al que nos enfrentamos es que la ceguera ante la evidencia producida por la perspectiva de género –imperante, por ejemplo, en los poderes legislativo y ejecutivo– ofrece una visión sesgada y adulterada del fenómeno de

---

<sup>143</sup> «American feminism is currently dominated by a group of women who seek to persuade the public that American women are not the free creatures we think we are. The leaders and theorists of the women's movement believe that our society is best described as a patriarchy, a "male hegemony", a "sex/gender system" in which the dominant gender works to keep women cowering and submissive. The feminist who hold this divisive view of our social and political reality believe we are in a gender war, and they are eager to disseminate stories of atrocity that are designed to alert women to their plight. The "gender feminist" (as I shall call them) believe that all our institutions, from the state to the family to the grade schools, perpetuate male dominance. Believing that women are virtually under siege, gender feminists naturally seek recruits to their side of the gender war. They seek support. They seek vindication. They seek ammunition. Not everyone, including many women who consider themselves feminist, is convinced that contemporary American women live in an oppressive "male hegemony". To confound the skeptics and persuade the undecided, the gender feminist are constantly on the lookout for proof, for the smoking gun, the telling fact that will drive home to the public how profoundly the system is rigged against women. To rally women to their cause, it is not enough to remind us that many brutal and selfish men harm women. They must persuade us that the system itself sanctions male brutality. They must convince us that the oppression of women, sustained from generation to generation, is a structural feature of our society». Cfr. SOMMERS, CH. H., *Who Stole Feminism?...*, *óp. cit.*, pág. 15.

la violencia en la pareja íntima. Esta realidad tiene como consecuencia directa que con las soluciones que se articulan ni tan siquiera se puede aspirar a mejorar la situación ni a ser eficaces. Desde el punto de vista asistencial, no se ofrece ningún recurso ni a los hombres heterosexuales víctimas de violencia en la pareja íntima, ni a las víctimas de la violencia en la pareja íntima LGTBIQ+.

Igualmente, los resultados estadísticos que de forma sesgada ofrecen los informes y estudios que toman como elemento principal la perspectiva de género, hacen que la violencia sobre la mujer heterosexual en la pareja íntima esté sobredimensionada y que la violencia sobre el resto de víctimas en la pareja íntima (el hombre en la pareja íntima heterosexual y cualquier miembro de una pareja íntima LGTBIQ+) esté invisibilizada o, cuanto menos, minusvalorada.

La tendencia a la dominación y al control sobre el otro miembro de la pareja íntima –se quiera o no se quiera admitir– puede darse tanto en hombres cuanto en mujeres, y tanto en parejas íntimas heterosexuales cuanto en parejas íntimas LGTBIQ+, por lo que el patriarcado, como explicación de la victimización de la mujer, carece de fundamento<sup>144</sup>. Sentado esto, tiempo es ahora, de analizar en qué consiste y qué consecuencias tiene la violencia de dominación en el ámbito de la pareja íntima.

### 3.2. Las tácticas de poder y control (modelo Duluth)

El control coercitivo es la clave para comprender las diferencias entre los tipos básicos de violencia en la pareja íntima. Una vez que sabemos que alguien ha sido violento con su pareja, lo siguiente que necesitamos conocer es si esa violencia se llevó a cabo en un contexto general de poder y control<sup>145</sup>. Johnson afirma que un patrón de violencia no puede identificarse atendiendo a la violencia o a un incidente de forma aislada, sino a partir de la información sobre el uso de múltiples tácticas de control a lo largo del tiempo. Solo así se puede verificar si el agresor está intentando ejercer un control general sobre la víctima a partir del uso de estos controles parciales.

<sup>144</sup> HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica...*, óp. cit., pág. 203.

<sup>145</sup> JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence...*, óp. cit., s. p.

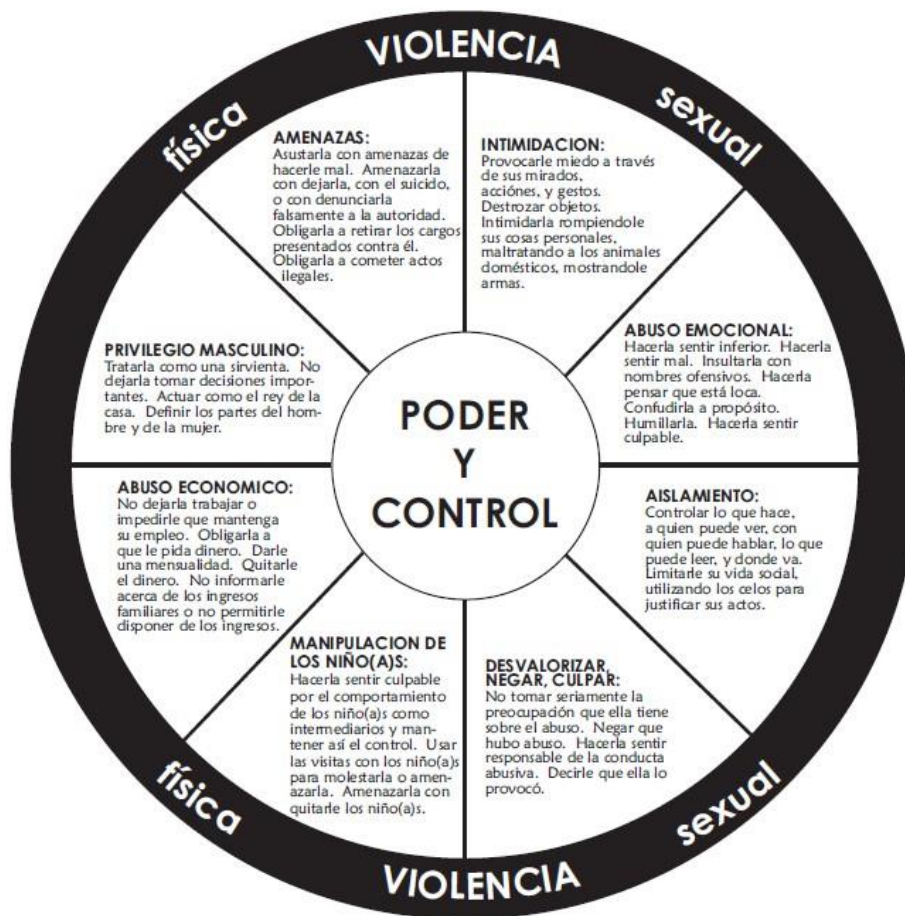
Estas tácticas fueron sistematizadas en un diagrama, conocido como la *rueda de poder y control*<sup>146</sup> del modelo Duluth<sup>147</sup>, que incluye todas las manifestaciones de la violencia de dominación, que son, además de la violencia física y la sexual, las coacciones y las amenazas, el control económico, la utilización de los niños como arma, el aislamiento, la violencia psicológica<sup>148</sup> y la intimidación. En estos casos, además, el victimario tiende a minimizar y negar los propios comportamientos y a culpar a la víctima de la violencia.

---

<sup>146</sup> La adaptación al español que se ofrece a continuación fue realizada por el National Center on Domestic and Sexual Violence, disponible en <https://www.loudoun.gov/DocumentCenter/View/16588/Diagrama-del-Poder-y-el-Control?bidId> [u. a. 09/06/2021].

<sup>147</sup> El modelo Duluth fue desarrollado en 1984 como marco de referencia a partir de las entrevistas realizadas a un grupo de alrededor de 200 mujeres para describir la conducta de los hombres que habían abusado física y psicológicamente de ellas.

<sup>148</sup> Para un interesante análisis de la violencia psicológica en la pareja íntima, *vid.* ALMENDROS, C., GÁMEZ-GUADIX, M., CARROBLES, J. A., RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, A., y PORRÚA, C., «Abuso psicológico en la pareja: aportaciones recientes, concepto y medición», en *Behavioral Psychology / Psicología Conductual: Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*, Fundación VECA para el Avance de la Psicología Clínica Conductual, vol. 17, n.º 3, 2009, págs. 433-451, disponible en <https://www.behavioralpsycho.com/producto/abuso-psicologico-en-la-pareja-aportaciones-recientes-concepto-y-medicion/> [u. a. 09/06/2021]. Afirman los autores que, de la misma forma que la violencia física, la violencia psicológica en la pareja íntima tiene una importancia capital por cuatro motivos: 1. Suele ser un antecedente de la violencia física; 2. Tiene un impacto sobre la salud mental de la víctima asimilable al de la violencia física; 3. Es más persistente en el tiempo que otras formas de abuso; y 4. Podría ejercer una influencia clave en la percepción que tiene la víctima sobre la relación y podría influir en los procesos de toma de decisiones que conducen a abandonar la situación abusiva. *Vid. Ibid.*, pág. 435.



**FUENTE:** PENCE, E., y PAYMAR, M., *Education Groups for Men Who Batter: The Duluth Model*, Springer Publishing Company, Nueva York, 1993, pág. 3 (adaptada al español por el National Center on Domestic and Sexual Violence).

Ahora bien, Ellen Pence y Michael Paymar –que adaptaron el modelo– afirman que estas estrategias son un reflejo de las utilizadas habitualmente por grupos o individuos en posición de poder<sup>149</sup>, por lo que podemos afirmar –en línea con lo que estamos defendiendo a lo largo de esta investigación– que la rueda de poder y control, como modelo de comportamiento que origina la violencia de dominación, se da, indudablemente, en la violencia que se ejerce por el hombre en la pareja íntima heterosexual, y de forma igualmente indudable, en la ejercida por la mujer heterosexual sobre su pareja íntima y en las parejas íntimas LGTBIQ+.

<sup>149</sup> PENCE, E., y PAYMAR, M., *Education Groups for Men Who Batter: The Duluth Model*, Springer Publishing Company, Nueva York, 1993, pág. 2.

En el ámbito de la pareja íntima heterosexual y cuando el agresor es el hombre, las tácticas de dominación que aparecen en la *rueda de poder y control* se identifican –a grandes rasgos– con los denominados «micromachismos», definidos por el siquiatra y sicoterapeuta Luis Bonino como los

«[m]icroabusos y microviolencias que atentan contra la autonomía personal de la mujer, en los que los varones, por efecto de su socialización de género, son expertos; socialización que, como sabemos, está basada en el ideal de masculinidad tradicional: autonomía, dueño de la razón, el poder y la fuerza, ser para sí, y definición de la mujer como inferior y a su servicio»<sup>150</sup>.

El mismo autor<sup>151</sup> sistematiza las distintas manifestaciones del micromachismo, distinguiendo:

- *Micromachismos utilitarios*: No responsabilizarse sobre lo doméstico; no implicación; seudo implicación; implicación ventajosa; aprovechamiento y abuso de las capacidades «femeninas» de servicio; naturalización y aprovechamiento del rol de cuidadora; delegación del trabajo del cuidado de vínculos y personas; requerimientos abusivos solapados; negación de la reciprocidad; naturalización y aprovechamiento de la “ayuda” al marido; y amiguismo paternal.

- *Micromachismos encubiertos*: Creación de falta de intimidad; silencio; aislamiento y malhumor manipulativo; puesta de límites, avaricia de reconocimiento y disponibilidad, inclusión invasiva de terceros; seudointimidad y seudocomunicación, comunicación defensiva-ofensiva; engaños y mentiras; seudonegociación; desautorización; descalificación-desvalorización; negación de lo positivo; colisión con

<sup>150</sup> Cfr. BONINO MÉNDEZ, L., «Develando los micromachismos en la vida conyugal», en CORSI, J., DOHMEN, M. L., y SOTÉS, M. A., *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires, 1995, págs. 191-208, cita en pág. 195-196.

<sup>151</sup> Vid. BONINO MÉNDEZ, L., «Las microviolencias y sus efectos. Claves para su detección», en RUIZ-JARABO QUEMADA, C., y BLANCO PRIETO, P. (dirs.), *La violencia contra las mujeres: Prevención y detección*, Ediciones Díaz de Santos, reimp., 2005, págs. 83-102, cita en págs. 98-100. De interés, FERRER PÉREZ, V. A., BOSCH FIOL, E., CAPILLA NAVARRO, G., RAMIS PALMER, M. C., y GARCÍA BUADES, M. E., «Los micromachismos o microviolencias en la relación de pareja: Una aproximación empírica», en *Anales de Psicología*, Universidad de Murcia, vol. 24, n.º 2, diciembre de 2008, págs. 341-352, disponible en <https://revistas.um.es/analesps/article/view/42961> [u. a. 09/06/2021].

terceros; microterrorismo misógino; paternalismo<sup>152</sup>; manipulación emocional; dobles mensajes afectivo/agresivos; enfurruñamiento; abuso de confianza; inocentizaciones; inocentización culpabilizadora; autoindulgencia y autojustificación; hacerse el tonto (y el bueno); impericia y olvidos selectivos; comparación ventajosa; minusvaloración de los propios errores; y echar balones fuera.

- *Micromachismos de crisis*: Hipercontrol; pseudoapoyo; resistencia pasiva y distanciamiento; rehuir la crítica y la negociación; prometer y hacer méritos; victimismo; darse tiempo: dar lástima.

En el modelo Duluth se propone un plan de 26 semanas diseñado para que el agresor deje de usar el comportamiento sistematizado en la rueda de poder y control, que deriva en la violencia de dominación. Se plantea como principal objetivo que el victimario sustituya las tácticas de poder y de control por los comportamientos desarrollados en la *rueda de la igualdad*<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> Dejamos apuntado el paternalismo como una manifestación de la cultura represora de las mujeres, por cuanto esa es –como se verá más adelante– la opción que adoptaron las feministas radicales y el feminismo institucional, especialmente en el caso de España, que con la LOVG inauguró una regulación absolutamente paternalista con la mujer víctima de violencia en la pareja íntima heterosexual. Sobre el paternalismo del Estado, *vid. infra*, pág. 166.

<sup>153</sup> La adaptación al español fue realizada por el National Center on Domestic and Sexual Violence. Disponible en <http://www.ncdsv.org/images/Spanish%20Equality%20wheel%20NO%20SHADING.pdf> [u. a. 09/06/2021].





**FUENTE:** PENCE, E., y PAYMAR, M., *Education Groups for Men Who Batter: The Duluth Model*, Springer Publishing Company, Nueva York, 1993, pág. 8 (adaptada al español por el National Center on Domestic and Sexual Violence).

### 3.2.1. El ciclo de la violencia de dominación y su incidencia en el proceso judicial

La violencia de dominación no se produce de forma constante, sino que se desarrolla conforme a un patrón cíclico que se concreta en tres fases<sup>154</sup>. En la primera, denominada *fase de tensión* (*tension-building* en el texto de Walker), se produce una escalada de la tensión a través de actos de violencia de baja intensidad, como insultos, en los que el agresor expresa insatisfacción y hostilidad, pero no de forma extrema o explosiva. Por su parte, la víctima intenta aplacar al maltratador haciendo lo que cree

<sup>154</sup> La teoría del ciclo de la violencia de género fue planteada en 1979 por la psicóloga estadounidense Lenore Walker. Para las tres fases del ciclo seguimos la tercera edición de la publicación de la autora. Vid. WALKER, L. E. A., «Descriptions of Violence and the Cycle of Violence», en WALKER, L. E. A. (edit.), *The Battered Woman Syndrome*, 3ª ed., Springer Publishing Company, Nueva York, 2009, págs. 85-105, cita en págs. 91-96.

que puede agradarle, calmarlo o, al menos, no aumentar la tensión<sup>155</sup>. A menudo, afirma Walker, la víctima tiene éxito durante un tiempo, lo que refuerza su poco realista creencia de que puede controlar a su victimario.

En la segunda fase, la llamada *fase del incidente de maltrato agudo* (*the acute battering incident*)<sup>156</sup>, la tensión continúa en aumento y la víctima se vuelve más temerosa por el peligro inminente de un episodio violento. Así, la víctima es incapaz de sostener el patrón de comportamiento adoptado en la primera fase y la tensión se hace insostenible, por lo que el incidente de maltrato agudo resulta inevitable. En ocasiones, es la víctima la que precipita los acontecimientos para controlar dónde y cómo ocurre la violencia, lo que le permite tomar mejores precauciones para minimizar sus lesiones. El victimario suele desplegar una multitud de agresiones verbales y físicas y es, en esta fase, donde se producen las lesiones. Es también, el período del ciclo donde, si es requerida, intervendrá la policía y, en consecuencia, la Administración de Justicia. La fase de maltrato agudo concluye cuando el maltratador se detiene, generalmente produciendo una reducción fisiológica de la tensión, lo que apunta a la idea de que la violencia funciona y es recomendable porque hace desaparecer la tensión.

En la tercera fase, llamada *fase de arrepentimiento* (*loving-contrition*) –también conocida como «fase de luna de miel»–, el agresor puede disculparse de forma insistente, mostrar bondad y remordimiento, tratar de ayudar a la víctima y colmarla de regalos y/o promesas. El victimario puede llegar a creer que nunca más volverá a mostrarse de forma violenta. La víctima, por su parte, quiere creerle y, al menos durante las primeras repeticiones del ciclo, puede renovar la esperanza de que el agresor cambiará, lo que convierte esta fase en un refuerzo positivo para permanecer en la relación íntima, si bien, la tensión psicológica no desaparece, hasta el punto de que, en ocasiones, la percepción de tensión y peligro permanece muy alta, lo que constituye una señal de que el riesgo de un incidente letal es muy alto. Afirma Walker que, del

---

<sup>155</sup> Se afirma, a este respecto, que la actitud de la víctima de dejar de hacer cosas que incomodan a este tiene como respuesta que el victimario le acusará de no valer para nada, de ser un mueble, etc. CHICANO, E., y NAREDO, C., «Violencia contra las mujeres. Violencia de género», en *Documentación Social*, Cáritas Española Editores, nº 131, abril-diciembre de 2003, págs. 191-208, cita en pág. 202.

<sup>156</sup> Algunas autoras, aun siguiendo a Walker, adoptan la terminología de esta fase como de «violencia física», *Cfr. Íd.* Esta denominación resulta especialmente llamativa por incompleta ya que parece descartar que se produzcan agresiones verbales en esta fase.



resultado de su investigación, se observa que, a lo largo del tiempo, la primera y la tercera fase se harán más breves, hasta que la tercera, la del arrepentimiento, llega a desaparecer<sup>157</sup>.

Este ciclo de la violencia –recuérdese, en los supuestos de violencia de dominación en la pareja íntima– se antoja fundamental para entender ciertas actuaciones de la víctima, como la retirada de la denuncia o la negativa a declarar. Un proceso judicial pasa por muchas fases y se alarga en el tiempo, y en la práctica, no es infrecuente que víctima y victimario sigan manteniendo la relación íntima mientras se tramita el proceso judicial. De esta forma, es más que probable que las tres fases del ciclo de la violencia sigan sucediéndose constante el procedimiento. En este sentido, y como ya tuvimos ocasión de afirmar en relación con la testifical de la víctima<sup>158</sup>, no será infrecuente que se dé una disparidad en el relato de los hechos entre la declaración ante la policía o en la instrucción, en la que la pareja íntima puede estar en la fase del incidente de maltrato agudo, y la que preste tiempo después en la vista, momento en el que la pareja íntima puede estar en la fase de arrepentimiento y en la que la víctima podría tender a desnaturalizar los episodios sucedidos con anterioridad.

### Reflexión final

La violencia, asociada al concepto de poder, puede manifestarse como violencia directa, como violencia de dominación y como violencia cultural. Pese a que los estudios de prevalencia que no aplican la denominada *perspectiva de género* demuestran que, en la pareja íntima, se puede dar tanto la violencia directa cuanto la violencia de dominación, el legislador español ha formulado una política legislativa que tiene como mantra que cualquier hecho delictivo sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es considerado como una manifestación de la violencia de dominación. Esta opción legislativa no hace más que perpetuar los roles que han ocupado históricamente la masculinidad y la feminidad.

<sup>157</sup> WALKER, L. E. A., «Descriptions of Violence and the Cycle...», *óp. cit.*, pág. 98.

<sup>158</sup> PÉREZ TORTOSA, F., «La prueba testifical de la víctima en los delitos de violencia de género», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 100, 2013, págs. 60-71, cita en pág. 64.

## CAPÍTULO II

# LA FALTA DE JUSTIFICACIÓN Y DE VIGENCIA DE LA ACTUAL POLÍTICA LEGISLATIVA

### Introducción

La noción de *problema social* ha sido definida por la sociología desde dos perspectivas o teorías<sup>159</sup>. En la primera –la objetiva–, se pone el acento en los perjuicios objetivos que se derivan de un problema, y ello con independencia de que una gran parte de la sociedad perciba o no el problema como tal. Así, los sociólogos norteamericanos Richard C. Fuller y Richard R. Myers enuncian que un problema social es una «condición que es definida como tal por un número considerable de personas como una desviación de alguna norma social que valoran»<sup>160</sup>. En la misma línea, el también sociólogo estadounidense Melvin L. Kohn manifiesta que un problema social es «un fenómeno social que tiene un impacto negativo en las vidas de un segmento considerable de población»<sup>161</sup>.

---

<sup>159</sup> Vid. BOSCH FIOL, E., y FERRER PÉREZ, V. A., «La violencia de género: De cuestión privada a problema social», en *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 9, n.º 1, Madrid, 2000, págs. 7-19, disponible en <https://journals.copmadrid.org/pi/art/8038da89e49ac5eabb489cfc6cea9fc1> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 8-9; MARTÍNEZ VERDÚ, R., «La violencia de género: un problema social», en *Revista d'Estudis de la Violència*, Institut Català d'Estudis de la Violència, n.º 2, julio-octubre de 2007, págs. 1-19, cita en págs. 4-5; y AGUILAR IDÁÑEZ, M. J., *Trabajo social: concepto y metodología*, Paraninfo-Consejo General del Trabajo Social, 2013, pág. 36.

<sup>160</sup> «A social problem is a condition which is defined by a considerable number of person as a deviation from some social norm which they cherish». Cfr. FULLER, R. C., y MYERS, R. R., «The Natural History of a Social Problem», en *American Sociological Review*, American Sociological Association, vol. 6, n.º 3, junio de 1941, págs. 320-329, cita en pág. 320.

<sup>161</sup> «[...] any social phenomena that have a seriously negative impact on the lives of sizeable segments of the population». Cfr. KOHN, M. L., «Looking Back-A 25-Year Review and Appraisal of Social Problems Research», en *Social Problems*, Oxford University Press, vol. 24, n.º 1, octubre de 1976, págs. 94-112, cita en pág. 94 (en nota al pie).

Por otro lado, desde la segunda teoría –la subjetiva– se defiende que solo estamos ante un problema social cuando un grupo relevante de la sociedad percibe una situación como tal y se organiza para implementar soluciones. Así, superando la anterior teoría, el sociólogo estadounidense Herbert Blumer afirma que

«[L]os problemas sociales no son el resultado de un mal funcionamiento intrínseco de una sociedad, sino que son el resultado de un proceso de definición en el que una determinada condición es elegida e identificada como problema social. Un problema social no existe para una sociedad a menos que ésta reconozca su existencia. Al no ser consciente de un problema social, una sociedad no lo percibe, ni lo aborda, ni lo discute, ni hace nada al respecto»<sup>162</sup>.

Desde la misma perspectiva, para Thomas J. Sullivan, Kenrick S. Thompson, Richard D. Wright, George S. Gross y Daler Spady, «[s]e puede decir que existe un problema social cuando un grupo influyente es consciente de una condición social que amenaza sus valores y que puede ser remediada mediante una acción colectiva»<sup>163</sup>.

Esta última teoría implica, en consecuencia, la concurrencia de una serie de circunstancias necesarias para que una condición se perciba como un problema social: a) la conciencia de un grupo de que hay un problema que les afecta; b) la influencia de este grupo para conseguir que el problema ubicado sea considerado como tal por otros agentes sociales; y c) la posibilidad de actuar para buscar la solución, es decir, la posibilidad (y deseabilidad) de la transformación de la condición problemática<sup>164</sup>.

En este sentido, no es infrecuente que algunos de estos grupos, en la legítima aspiración de transformar un determinado problema social, gocen de tanto predicamento

---

<sup>162</sup> «Social problems are not the result of an intrinsic malfunctioning of a society but are the result of a process of definition in which a given condition is picked out and identified as a social problem. A social problem does not exist for a society unless it is recognized by that society to exist. In not being aware of a social problem, a society does not perceive it, address it, discuss it, or do anything about it». Cfr. BLUMER, H., «Social Problems as Collective Behavior», en *Social Problems*, Oxford University Press, vol. 18, n.º 3, invierno de 1971, págs. 298-306, cita en págs. 301-302.

<sup>163</sup> «A social problem may be said to exist when an influential group is aware of a social condition that threatens its values and that may be remedied by collective action». Cfr. SULLIVAN, T. J., THOMPSON, K. S., WRIGHT, R. D., GROSS, G. R., y SPADY, D., *Social Problems: Divergent Perspectives*, John Wiley and Sons, Nueva York - Chichester - Brisbane - Toronto, 1980, cita en pág. 10.

<sup>164</sup> MONTENEGRO MARTÍNEZ, M., en MUSITO OCHOA, G., HERRERO OLAIZOLA, J., CANTERA ESPINOSA, L. M., y MONTENEGRO MARTÍNEZ, M., *Introducción a la psicología comunitaria*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2004, pág. 60.

que consigan una suerte de legislación *ad hoc* que, en muchos casos, pueden llegar a poner en peligro la coherencia de las normas procesales. Así, en la actualidad estamos inmersos en una crisis de coherencia de las normas procesales que está originada, en buena medida, por la presión de estos grupos, que han generado una tendencia legislativa a crear «estatutos privilegiados» de naturaleza procesal para particulares grupos o categorías de personas. En este sentido, Taruffo afirma que la

«unitariedad del sistema procesal se rompe cada vez que el legislador tiene intención de sustraer determinados sujetos o grupos de sujetos al funcionamiento –a menudo ineficiente– de la ley procesal «general». Esto comporta, normalmente, una mejora en la satisfacción de los derechos de estos sujetos, pero tiene efectos críticos sobre el sistema globalmente entendido»<sup>165</sup>.

La violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es, sin lugar a dudas, un problema social, si bien, como hemos demostrado en el capítulo anterior, está sobredimensionado en comparación, por ejemplo, con el problema social que constituye la violencia sufrida por el resto de víctimas de la violencia en la pareja íntima (el hombre en la pareja íntima heterosexual y cualquier miembro de una pareja íntima LGTBIQ+). La razón de esta situación, conforme a la concepción subjetivista del término *problema social*, es la influencia decisiva que ha tenido el movimiento feminista en defensa de los derechos de las mujeres y, por lo que a este trabajo se refiere, en la ascendencia de este movimiento –especialmente, los feminismos radical e institucional– primero, en la sociología, en los medios de comunicación de masas, etc., y, finalmente, en el legislador, hasta el punto de que bien podría parecer que la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es la única manifestación de la violencia doméstica digna de una especial protección.

---

<sup>165</sup> TARUFFO, M. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., trad.), «Racionalidad y crisis de la ley procesal», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 22, 1999, págs. 311-320, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-racionalidad-y-crisis-de-la-ley-procesal> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 313. Estas consideraciones son expuestas en relación con el proceso civil, si bien, el propio autor señala que son predicables, con pocas variaciones, al proceso penal. Concluye el autor que existe una tendencia por la que la política procesal trae causa de los intereses de categorías o grupos de sujetos. *Vid. Ibid.*, pág. 317.

En este sentido, las mujeres heterosexuales han encontrado en el feminismo<sup>166</sup> la punta de lanza para la visualización de la violencia que sufren en el ámbito de la pareja íntima, mientras que el resto de las manifestaciones de la violencia en la pareja íntima permanecen invisibilizadas o, cuanto menos, minusvaloradas. Tal vez, la diferencia está en que, como sucedía con el coronel de García Márquez, las personas LGTBIQ+ y los hombres heterosexuales *no tienen quien les escriba*.<sup>167</sup>

## 1. El denominado feminismo radical como elemento propulsor de la actual política legislativa

Si el feminismo es un hijo no querido de la Ilustración<sup>168</sup>, la actual política legislativa –cuyo máximo exponente es la LOVG– es la hija *modélica* buscada y deseada por el denominado *feminismo radical* en la legítima aspiración de reprimir la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de que las víctimas tengan una adecuada protección integral. Ahora bien, los postulados de la actual política legislativa son tan radicales y tan alejados de ciertos principios inherentes a una sociedad democrática (igualdad, equidad, proporcionalidad, intervención mínima del Derecho penal, etc.) que la LOVG, llamada a ser la primogénita de muchas leyes

<sup>166</sup> La Real Academia Española define el feminismo –en su segunda acepción– como el «[m]ovimiento que lucha por la realización efectiva en todos los órdenes del feminismo», remitiendo a la primera acepción, que lo define como «[e]l principio de igualdad de derechos de la mujer y el hombre». Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/feminismo?m=form> [u. a. 17/09/2020]. El feminismo es un término que despierta toda clase de sentimientos y evoca todo tipo de estereotipos, identificándose en muchos casos como un insulto y una etiqueta empleada usualmente para referirse a lesbianas, amantes frustradas y ninfómanas. BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad, las particularidades y las diferencias son lo que cuenta», en *Revista Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, secc. Cariátide, México D.F., septiembre de 2004, págs. 65-70, disponible en <http://www.uam.mx/difusion/revista/sep2004/biswas.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 65. Se defiende que es tal el grado de rechazo que genera el concepto feminismo, que bastantes investigaciones «de género» son, en realidad, filosofía política, social y moral feminista. Así, se afirma que «[l]a palabra prohibida y objeto de rechazo no aparece, pero sí se presenta la panoplia completa de análisis y conceptos que el feminismo ha utilizado y utiliza. En ese caso debo entender las circunstancias de su ocultación. Durante al menos un par de décadas y dependiendo de los contextos culturales, en grandes zonas del mundo «género» ha sustituido a la palabra innombrable, *feminismo*». Cfr. VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008, pág. 175. No obstante, y como veremos, hay tantos feminismos que, efectivamente, el rechazo a unas determinadas posiciones defendidas por alguno de los feminismos en particular – como la estereotipación de las mujeres como víctimas desvalidas– no pueden considerarse, en todo caso, como un rechazo al movimiento feminista globalmente considerado que, en nuestra opinión, merece el mayor de los reconocimientos.

<sup>167</sup> Como veremos más adelante, las personas LGTBIQ+ sí han roto amarras gracias a la Teoría queer. *Vid. infra*, pág. 200.

<sup>168</sup> *Ibid.*, pág. 61.

nacionales de otros países ha quedado en cuasi-unigénita. Hora es de reformular ciertos dogmas con el objetivo de reconducir a esa niña –hoy una adolescente ya casi mayor de edad– para que sirva de forma adecuada a los fines para los que fue engendrada.

Los postulados de la actual política legislativa coinciden con los del denominado como feminismo radical, que se engloba dentro del feminismo de la segunda ola. A este respecto, cabe señalar que el movimiento feminista se ha desarrollado a lo largo del tiempo en tres olas o etapas históricas<sup>169</sup>. La primera abarca desde las contestaciones feministas a los revolucionarios franceses hasta las sufragistas del siglo XIX y principios del siglo XX. La segunda se prolonga desde los años sesenta del siglo XX y abarca también el feminismo radical y los movimientos de liberación de los años setenta. La tercera se inicia a partir de los años noventa del siglo XX, en la que las aportaciones del feminismo radical se integran en parte como propuestas que aceptan sectores sociales más amplios, cobrando protagonismo la «nueva generación que pretende conseguir un enfoque más perspicaz en los asuntos concernientes a las zozobras femeninas por medio del estudio de las particularidades de cada grupo y la exaltación de la diversidad cultural, social, religiosa, racial y sexual»<sup>170</sup>.

### 1.1. Antecedentes: la primera ola del feminismo o feminismo moderno

La primera ola del feminismo<sup>171</sup> nace como respuesta al democratismo excluyente propuesto por, entre otros teóricos, el escritor, pedagogo y filósofo suizo francófono Jean-Jacques Rousseau, quien plasmó sus teorías en el libro de 1762 *Du contrat social, ou Principes du droit politique* (*El contrato social: o los principios del derecho político*; conocido simplemente como *El contrato social*) y, centrado en la educación, en *Émile, ou De l'éducation* (*Emilio, o De la educación*) publicado en 1762. Para Rousseau, la igualdad entre los varones se asienta en su preponderancia sobre las mujeres. Estos

<sup>169</sup> Vid. PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, Catarata, Madrid, 2011, págs. 224-225. En la misma línea, GUTIÉRREZ ESTEBAN, P., y LUENGO GONZÁLEZ, M. R., «Los feminismos en el siglo XXI. Pluralidad de pensamientos», en *Brocar: Cuadernos de investigación histórica, Universidad de La Rioja*, n.º 35, 2011, págs. 335-351, disponible en <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/brocar/article/view/1610/1506> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 335-336; y BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad...», *óp. cit.*, págs. 66-67. Sin embargo, se ha defendido la existencia de una ola más, al dividir la primera etapa en dos. Vid. VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, pág. 48.

<sup>170</sup> BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad...», *óp. cit.*, págs. 66-67.

<sup>171</sup> Seguimos a VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, págs. 49-64.



teóricos inspiraron las declaraciones de derechos americana y francesa en las que las mujeres no obtuvieron el estatus de ciudadanía y, por lo tanto, fueron excluidas de los derechos consagrados para los varones en la ilustración, como la educación, el voto, etc.<sup>172</sup>

Con anterioridad a Rousseau, y de forma totalmente opuesta, el escritor, filósofo cartesiano y sacerdote católico francés –posteriormente convertido al protestantismo– François Poulain de la Barre publicó en 1673 –eso sí, de forma anónima por las posibles represalias– *De l'égalité des deux sexes, discours physique et moral où l'on voit l'importance de se défaire des préjugés (La igualdad de los sexos: Discurso físico y moral en el que se destaca la importancia de deshacerse de los prejuicios)*, en el que se hacen reivindicaciones feministas como las del sacerdocio, el ejercicio de la judicatura, del poder político, de las cátedras universitarias, etc. por parte de las mujeres. Poulain de la Barre afirma en esta obra que

«la diferencia de los sexos concierne solamente al cuerpo, sin afectar propiamente más que a esa parte que sirve para la producción de los hombres; y como la mente no hace sino prestar a ello su consentimiento, y lo hace en todos de la misma manera, se puede concluir que la mente no tiene sexo»<sup>173</sup>.

Con posterioridad a los postulados de Rousseau, la escritora y filósofa política francesa Olympe de Gouges (seudónimo de Marie Gouze) publicó en 1791 la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadanía*, en la que remedando la

<sup>172</sup> De interés, para el concepto de ciudadanía y la atribución a las mujeres, ESQUEMBRE VALDÉS, M. DEL M., «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 8, diciembre de 2006, págs. 35-51, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos\\_15\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos_15_12.pdf) [u. a. 09/06/2021]. Para un estudio crítico y riguroso sobre la obra de Rousseau desde la perspectiva feminista, vid. COBO, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.

<sup>173</sup> Citado en AMORÓS, C., «El feminismo: senda no transitada de la Ilustración», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, CSIC, n.º 1, 1990, págs. 139-150, cita en pág. 147. A este respecto, se ha afirmado que el cartesiano Poulain de la Barre se encuentra «en el camino que lleva de Descartes a Rousseau, curiosa senda *perdida* en la que se producen unas inflexiones características: el *bon sens* es entendido como salud moral en que pensamientos y sentimientos se encuentran en su «situación natural». Cfr. AMORÓS, C., *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2000, pág. 127. Para un interesante estudio sobre la obra de Poulain de la Barre, vid. LEÓN, S., «François Poulain de la Barre: Feminismo y Modernidad», en *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2010, págs. 257-270, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/239029/321290> [u. a. 09/06/2021]. Igualmente, para una teorización acerca de si Rousseau leyó las obras de Poulain de la Barre, vid. AMORÓS, C., «El feminismo: senda no transitada de la Ilustración», *óp. cit.*, págs. 147-148.



*Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* –proclamada el 26 de agosto de 1789 y texto fundamental de la Revolución francesa– propone la igualdad de derechos y la equiparación jurídica y legal entre los hombres y las mujeres. Por otro lado, la escritora y filósofa inglesa Mary Wollstonecraft, escribió en 1792 *A Vindication of the Rights of Woman (Vindicación de los derechos de la mujer)*, en la que expone en clave feminista la recepción de la Revolución francesa por el círculo de los radicales ingleses y se muestra contraria a que el sexo sea un elemento de exclusión de derechos. Los planteamientos de Wollstonecraft no tuvieron repercusión más allá de pequeños círculos intelectuales y la escritora fue objeto de todo tipo de difamaciones y sátiras. Ahora bien, y pese a las aportaciones de estas y otras autoras, Poulain de la Barre puede ser considerado el verdadero iniciador de este movimiento feminista por el tiempo en el que escribió sus obras y por los postulados que defendía en las mismas. En este sentido, se ha afirmado que las propuestas de De Gouges y de otras feministas, con algunas matizaciones, «no superan formalmente el techo ideológico marcado por Poulain de la Barre»<sup>174</sup>.

Por otro lado, esta primera ola del feminismo centró parte de su agenda teórica en la educación femenina<sup>175</sup>, destacando la obra, de nuevo, de Poulain de la Barre, quien en 1674 publicó, de nuevo de forma anónima, *De l'éducation des dames pour la conduite de l'esprit dans les sciences et dans les mœurs (De la educación de las damas para la formación del espíritu en las ciencias y en las costumbres)*, en la que propugna que las mujeres reciban una verdadera educación que les abra las puertas de todas las carreras, incluidas las científicas. Por último, cabe destacar la obra *Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain (Bosquejo de un cuadro histórico de los progresos del espíritu humano)* publicada en 1793 de forma póstuma, tras la muerte en prisión del autor, el filósofo, científico, matemático, político y politólogo francés Nicolás de Caritat, marqués de Condorcet. En esta obra, el autor demandó, entre otras reivindicaciones, el reconocimiento del papel social de las mujeres.

---

<sup>174</sup> Cfr. *Ibíd.*, pág. 140. Amorós llega incluso a situar a Poulain de la Barre por encima de Wollstonecraft, al afirmar que, en *A Vindication of the Rights of Woman*, la escritora inglesa «nos aparecerá en sus alegatos más tímida y moderada que el cartesiano francés». Cfr. *Ibíd.*, pág. 143.

<sup>175</sup> GUTIÉRREZ ESTEBAN, P., y LUENGO GONZÁLEZ, M. R., «Los feminismos en el siglo XXI. Pluralidad de pensamientos», *óp. cit.*, pág. 336.

A modo de conclusión, podemos afirmar que, pese al escaso recorrido de las propuestas y el ataque a las personas que defendían estos postulados, el feminismo ilustrado supuso un primer intento de poner en la agenda política la igualdad entre hombres y mujeres. A este respecto, Valcárcel afirma que

«[e]l feminismo, que es un hijo no querido del racionalismo y la Ilustración, quiso siempre convertir en público, en objeto de leyes y acuerdos, lo que sus enemigos querían a toda costa que no saliera de la esfera privada. Se le acusó de corromper las costumbres porque, en efecto, quería abolir bastantes leyes y usos que las refrendaban. Se enfrentó al fundamentalismo religioso, adalid profundo de la tradición, a la soberbia del estado y a la hipocresía de la sociedad. Denunció como miserias cosas que otros consideraban sacras. Se amparó para ello, exclusivamente, en la fuerza del buen sentido. Y aún lo hace, sin haber dejado de recibir sobre sí, desde sus inicios hace tres siglos, constantes andanadas y oleadas de vejaciones, violencia e insultos. Cerré en esta su primera ola su fase polémica con lo que nos pueden parecer tímidos, por no decir nulos, resultados de agenda. Pero había logrado lo principal: la variación del marco conceptual que hizo posible proseguir la argumentación»<sup>176</sup>.

Posteriormente, con la revolución industrial, el capitalismo incorporó de forma masiva a las mujeres al trabajo industrial, sin embargo, en la burguesía, las mujeres se vieron relegadas al hogar, siendo esta situación un símbolo de estatus y éxito profesional del marido, lo que provocó una creciente indignación entre estas mujeres, que eran consideradas una propiedad legal de sus maridos<sup>177</sup>. En 1848 se inicia el movimiento liberal-sufragista<sup>178</sup> con la *Declaración de sentimientos y resoluciones* adoptada por alrededor de setenta mujeres y treinta varones de distintos movimientos y asociaciones políticas de corte liberal en la capilla wesleyana del barrio neoyorkino de Seneca Falls liderados por las abolicionistas y feministas norteamericanas Elizabeth Cady-Stanton y Lucretia Mott, quienes, más tarde, fueron compiladoras del libro *The Woman's Bible (La Biblia de las mujeres)*, considerado un texto clásico del sufragismo en el que, en sus dos partes (publicadas en 1895 y 1898 respectivamente), se desafió la

<sup>176</sup> VALCÁRCCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, págs. 61-62.

<sup>177</sup> DE MIGUEL, A., «Mujeres y movimientos sociales del siglo XIX: sufragismo, socialismo y anarquismo», en PULEO, A. (coord.), *Papeles sociales de mujeres y hombres: optativa E.S.O.*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1995, págs. 59-62, disponible en <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/1457/19/0> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 59.

<sup>178</sup> Seguimos a VALCÁRCCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, págs. 65-76.

tradicional posición de la ortodoxia religiosa que establecía que la mujer debe estar subordinada al hombre.

Esta *Declaración de Seneca Falls* ha sido considerada como el punto de partida del primer movimiento feminista organizado y consciente, superando las pioneras iniciativas espontáneas e individuales que caracterizaron al feminismo con anterioridad<sup>179</sup>. La Declaración toma como referencia la Declaración de Independencia de 1776 y contiene, por un lado, las exigencias para alcanzar la ciudadanía civil para las mujeres y, de otro, los principios que deben modificar las costumbres. Desde un punto de vista constitucional, la Declaración introdujo en el debate la situación de subordinación de las mujeres, evidenciando la posición de poder y dominación de los hombres en la sociedad<sup>180</sup>. Así, el sufragismo fue

«un movimiento de agitación internacional, presente en todas las sociedades industriales, que tomó dos objetivos concretos: el derecho al voto y los derechos educativos, y consiguió ambos en un periodo de ochenta años, lo que supone que al menos tres generaciones militantes empeñadas en el mismo proyecto, de las cuales obvio es decirlo, el menos dos no llegaron a ver ningún resultado»<sup>181</sup>.

En relación con el acceso a la educación, a partir de 1880, diversas universidades europeas comenzaron a admitir mujeres en las aulas, si bien, las egresadas encontraron la negativa de los colegios profesionales a que pudieran ejercer como médicos o juristas, aunque esta situación propició que muchas mujeres destacaran en el ámbito de la investigación, como el caso de la científica polaca nacionalizada francesa Marie Curie, primera persona en recibir dos premios Nobel y primera mujer en acceder como profesora a la Universidad de París. Por lo que se refiere al derecho al voto, el movimiento sufragista intensificó el número de convenciones, reuniones y desfiles e instauró una nueva forma de colaboración para la obtención de los objetivos, cual es la

<sup>179</sup> FUSTER GARCÍA, F., «La Declaració de Sentiments y Resolucions de Seneca Falls», en *L'Espill*, Publicacions de la Universitat de València, 2ª época, n.º 27, 2007, págs. 103-110, disponible en <file:///C:/Users/Dell/Downloads/L'ESPILL%2027.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 103.

<sup>180</sup> GARAY MONTAÑEZ, L., «Investigación y docencia en derecho constitucional: Apuntes y materiales para la comprensión de un constitucionalismo inclusivo», en *Revista de Educación y Derecho. Education and law review*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2015, disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/11989/14766> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 18. El texto original de la Declaración está disponible en <https://archive.org/details/declarationofsen01amer/page/n31/mode/2up> [u. a. 09/06/2021].

<sup>181</sup> VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, págs 70.

«solidaridad», entendida como la colaboración entre las mujeres de distintos países e ideologías.

El derecho al voto se reconoció en algunos países y en algunos estados de Estados Unidos entorno a la I Guerra Mundial y, finalizada la Segunda Gran Guerra, en los países que no eran dictaduras. En buena medida, este reconocimiento tuvo su origen en el hecho de que, en las dos guerras, y ante el reclutamiento de los hombres, fueron las mujeres las que sostuvieron la economía, la producción y la administración pública de los países contendientes. En España, el voto femenino fue reconocido con el advenimiento de la II República, el 1 de octubre de 1931, si bien, la primera vez que las mujeres pudieron ejercer el derecho al voto fue en las elecciones del 19 de noviembre de 1933. No obstante, este reconocimiento no estuvo exento de polémica por las pocas resistencias que se dieron incluso dentro del propio republicanismo<sup>182</sup>.

## 1.2. El feminismo de segunda ola o feminismo contemporáneo

*Le deuxième sexe (El segundo sexo)* publicado en 1949 por la escritora y filósofa francesa Simone de Beauvoir<sup>183</sup>, junto con el ensayo *The feminine mystique (La mística de la feminidad)*<sup>184</sup> editado en 1963 por la escritora y activista estadounidense Betty

<sup>182</sup> Para esta controversia, *vid.* RAMOS, D., «Luces y sombras en torno a una polémica. La concesión del voto femenino en España (1931-1933)», en *Baetica. Estudios de arte, geografía e historia*, Universidad de Málaga, n.º 11, 1988, págs. 563-574, disponible en <https://revistas.uma.es/index.php/baetica/article/view/780/744> [u. a. 09/06/2021]. De interés, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «El sufragio femenino en la II República», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 22, 2018, págs. 131-158, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/22282/18212> [u. a. 09/06/2021]. Por otro lado, para los antecedentes en España desde la Restauración, *vid.* SÁNCHEZ COLLANTES, S., «Antecedentes del voto femenino en España: el republicanismo federal pactista y los derechos políticos de las mujeres (1868-1814)», en *Historia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Oviedo, n.º 15, 2014, págs. 445-469, disponible en <http://www.unioviedo.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/409/368> [u. a. 09/06/2021].

<sup>183</sup> Para una breve aproximación a la contribución fundamental de De Beauvoir a la filosofía feminista actual y al primer marco teórico del feminismo de la segunda ola, *vid.* GUERRA PALMERO, M. J., «La mujer-filósofo o la más “antinatural” de las criaturas. El torno a Simone de Beauvoir y a su obra *El Segundo Sexo*», en *Valenciana: estudios de Filosofía y Letras*, Universidad de Guanajuato, n.º 7, 2016, págs. 131-146, disponible en <http://www.revistavalenciana.ugto.mx/index.php/valenciana/article/view/229> [u. a. 09/06/2021].

<sup>184</sup> Para una interesante recensión sobre este libro, *vid.* la presentación de Amelia Valcárcel a la versión en español, en FRIEDAN, B. (MARTÍNEZ SOLIMÁN, M., trad.), *La mística de la feminidad*, Cátedra, 1ª ed., Madrid, 2009, págs. 9-16 [Nota: La primera edición de *The feminine mystique* fue publicada por W. W. Norton en Nueva York en 1963. La versión traducida que se ha citado incluye la Introducción a la edición del décimo aniversario, de 1973 (págs. 41-45) y la «Metamorfosis: dos generaciones después» para la edición de 1997 (págs. 17-39)]. Destaca Valcárcel la decisiva

Friedan<sup>185</sup>, pueden ser considerados como el punto de partida de un nuevo paradigma en el feminismo que contribuyó a que millones de mujeres se repensaran a sí mismas y se movilizaran para exigir cambios que pusieran fin a la situación de desigualdad de que eran objeto<sup>186</sup>.

Friedan, en un artículo de 1968 titulado *Our Revolution Is Unique (Nuestra revolución es única)*, formula un auténtico y enardecedor manifiesto feminista, en el que se llama a las mujeres a hacer su propia revolución aprovechando las enseñanzas recibidas de las experiencias previas del movimiento por los derechos civiles de los afroamericanos en Estados Unidos, eso sí, enfocando el conflicto desde otra perspectiva, ya que proclama que la ideología del movimiento feminista debe basarse en la realidad histórica, biológica, económica y psicológica de una sociedad dividida en dos sexos.

«Las nuevas feministas hemos empezado a definirnos –existencialmente– a través de la acción. Hemos aprendido que, aunque teníamos mucho que aprender del movimiento de los derechos civiles de los negros y de su revolución contra la opresión económica y racial, nuestra propia revolución es única: debe definir su propia ideología.

No podemos tomar ningún atajo; estamos, en efecto, donde la revolución negra estaba quizás hace cincuenta años; pero la velocidad con la que nuestra revolución se mueve ahora es nuestro inmerecido beneficio histórico de lo que ha ocurrido en esa revolución. Sin embargo, no podemos hacernos la ilusión de que una ideología separatista copiada del poder negro vaya a funcionar para nosotras. Nuestra táctica y estrategia y, sobre todo, nuestra ideología, deben estar firmemente cimentadas en la realidad histórica, biológica, económica y psicológica de nuestro mundo de dos sexos, que no es la misma que la de los negros y es diferente también de la realidad de la primera ola feminista.

Gracias a las primeras feministas, quienes hemos desarrollado esta segunda etapa de la revolución feminista hemos crecido con el derecho al voto, aunque lo hayamos usado poco

---

contribución de este ensayo a la consecución de la posición y autoconciencia de las mujeres como grupo, uno de los cambios sociales más determinantes del siglo XX. *Ibid.*, pág. 9.

<sup>185</sup> Para una sucinta a la par que interesante biografía de Friedan, *vid.* DUNCAN, J., *Shapers of the great debate on women's rights: a biographical dictionary*, Greenwood Press, Westport - Londres, 2008, págs. 127-130. La autora hace a lo largo del libro un recorrido biográfico de todas las mujeres que han destacado en el movimiento feminista en Estados Unidos, desde Frances Wright (1795-1852) hasta Andrea Dworkin (1946-2005). Además, ofrece una amplia y recomendable selección de bibliografía. *Ibid.*, págs. 211-223.

<sup>186</sup> CARABÍ, À., «Construyendo nuevas masculinidades», en SEGARRA, M., y CARABÍ, À. (eds.), *Nuevas masculinidades*, Icaria, Barcelona, 2000, págs. 12-28, cita en pág. 15.

para nuestros propios propósitos. Hemos crecido con el derecho a la educación superior y al empleo, y con algunos, no todos, de los derechos legales de igualdad. En la medida en que nos hemos movido en la periferia de la mayoría de la sociedad, con las habilidades y el conocimiento para conseguir sus salarios, aunque sean insuficientes, y para tomar decisiones, aunque no sean consultadas más allá de las tareas domésticas; comenzamos a tener una imagen de nosotras mismas, como mujeres, no sólo en relación sexual con los hombres, sino como seres humanos plenos en la sociedad. Somos capaces, al menos algunas de nosotras, de ver a los hombres, en general o en particular, sin rencor ciego ni hostilidad, y de enfrentarnos a la opresión tal y como se revela en nuestra experiencia concreta con los políticos, los jefes, los sacerdotes o los maridos. No necesitamos reprimir nuestras justas quejas. Ahora tenemos suficiente valor para expresarlas. Y, sin embargo, somos capaces de concebir la posibilidad de una expresión plena para el hombre. El hombre no es el enemigo, sino el compañero víctima de la actual igualdad a medias. Cuando hablamos, actuamos, nos manifestamos, testificamos y aparecemos en la televisión sobre asuntos como la discriminación por razón de sexo en el empleo, los alojamientos públicos, la educación, la reforma del divorcio-matrimonio o la derogación del aborto, escuchamos a los hombres que sienten que pueden ser liberados para alcanzar una mayor realización personal en la medida en que las mujeres sean liberadas de las ataduras que ahora las limitan.

Este sentido de la liberación de los hombres como la otra mitad de la liberación de las mujeres siempre ha estado ahí, incluso en los primeros escritos de Mary Wollstonecraft, Elizabeth Stanton y el resto; nuestra nueva conciencia creada por la acción lo ha confirmado.

Otro punto del que somos conscientes en el nuevo feminismo es que somos una revolución para todos, no para unos pocos excepcionales. Esto, por encima de todo, nos distingue de las portavoces simbólicas elegidas en el período posterior a la obtención del voto por parte de las mujeres, las Tías Tom que consiguieron hacerse un hueco en la sociedad, y que fueron, creo, seducidas forzosamente a adoptar una postura acomodaticia, ayudando a mantener a las demás calladas. Empezamos a saber que ninguna mujer puede lograr un verdadero avance sola, mientras exista la discriminación sexual en el empleo, en la ley, en la educación, en las costumbres y en la denigración de la imagen de la mujer.

... No podemos decir que las mujeres americanas quieren la igualdad, porque sabemos que las mujeres, como todos los oprimidos, han aceptado la denigración tradicional de la sociedad. Algunas mujeres se han visto demasiado perjudicadas por la denigración de los demás, por la autodenigración, por la falta de experiencias, educación y formación necesarias para moverse en la sociedad como seres humanos iguales, para tener la confianza de que pueden desenvolverse como tales en una sociedad competitiva. Dicen que



no quieren la igualdad: tienen que ser felices, adaptarse a las cosas como son. Esas mujeres nos encuentran amenazadoras. La igualdad les resulta tan aterradora que deben desear que las nuevas feministas no existieran. Y, sin embargo, advertimos muy claramente por parte de las mujeres más jóvenes y las estudiantes que en la medida en que avancemos y creemos oportunidades de movimiento en la sociedad, creando en el proceso las "nuevas mujeres" que son primero personas, en esa medida la amenaza desaparecerá.

No hablamos en nombre de todas las mujeres de Estados Unidos, pero hablamos en nombre del derecho de todas las mujeres de Estados Unidos a llegar a ser todo lo que son capaces de llegar a ser, por sí mismas y/o en asociación con un hombre. Y ya sabemos que no hablamos ni por unos pocos, ni por cientos, ni por miles, sino por millones, especialmente por millones de la generación más joven que ha probado más igualdad que sus mayores. Lo sabemos simplemente por la repercusión, por así decirlo, que nuestras acciones han despertado en la sociedad...»<sup>187</sup>.

---

<sup>187</sup> «We new feminists have begun to define ourselves – existentially– through action. We have learned that while we had much to learn from the black civil rights movement and their revolution against economic and racial oppression, our own revolution is unique: it must define its own ideology. We can cut no corners; we are, in effect, where the black revolution was perhaps fifty years ago; but the speed with which our revolution is moving now is our unearned historical benefit from what has happened in that revolution. Yet there can be no illusion on our part that a separatist ideology copied from black power will work for us. Our tactics and strategy and, above all, our ideology must be firmly based in the historical, biological, economic, and psychological reality of our two-sexed world, which is not the same as the black reality and different also from the reality of the first feminist wave.

Thanks to the early feminists, we who have mounted this second stage of the feminist revolution have grown up with the right to vote, little as we may have used it for our own purposes. We have grown up with the right to higher education and to employment, and with some, not all, of the legal rights of equality. Insofar as we have moved on the periphery of the mainstream of society, with the skills and the knowledge to command its paychecks, even if insufficient, and to make decisions, even if not consulted beyond housework; we begin to have a self-respecting image of ourselves, as women, not just in sexual relation to men, but as full human beings in society. We are able, at least some of us, to see men, in general or in particular, without blind rancor or hostility, and to face oppression as it reveals itself in our concrete experience with politicians, bosses, priests, or husbands. We do not need to suppress our just grievances. We now have enough courage to express them. And yet we are able to conceive the possibility of full affirmation for man. Man is not the enemy, but the fellow victim of the present half-equality. As we speak, act, demonstrate, testify, and appear on television on matters such as sex discrimination in employment, public accommodations, education, divorce-marriage reform, or abortion repeal, we hear from men who feel they can be freed to greater self-fulfillment to the degree that women are released from the binds that now constrain them.

This sense of freeing men as the other half of freeing women has always been there, even in the early writings of Mary Wollstonecraft, Elizabeth Stanton, and the rest; our action-created new awareness has confirmed this.

Another point we are conscious of in the new feminism is that we are a revolution for all, nor for an exceptional few. This, above all, distinguishes us from those token spokeswomen of the period since women won the vote, the Aunt Toms who managed to get a place for themselves in society, and who were, I think, inevitably seduced into an accommodating stance, helping to keep the others quiet. We are beginning to know that no woman can achieve a real breakthrough alone, as long as sex discrimination exists in employment, under the law, in education, in mores, and in denigration of the image of women.



Así, este nuevo paradigma constituye una evolución o, tal vez, una revolución en el movimiento feminista que se conoce como *la segunda ola del feminismo* o *feminismo contemporáneo*.

En este feminismo contemporáneo destacaron obras como *Sexual Politics* (*Política Sexual*), publicado por la escritora, profesora, artista y activista estadounidense Kate Millet; y *The dialectic of sex: The Case for Feminist Revolution* (*La dialéctica del sexo: en defensa de la revolución feminista*), obra de la escritora y activista canadiense-estadounidense Shulamith Firestone. En la misma, la autora defiende que, del mismo modo que para asegurar la eliminación de las clases económicas es necesaria una revuelta de la clase inferior (el proletariado) y, mediante una dictadura temporal, la confiscación de los medios de producción; para asegurar la eliminación de las clases sexuales se necesita una revuelta de la clase inferior (mujeres) y la confiscación del control de la reproducción. Afirma, asimismo, que, al igual que el objetivo final de la revolución socialista no se limitaba a la eliminación de los privilegios de los estamentos económicos, sino que alcanzaba a la eliminación de la distinción misma de clases, el objetivo final de la revolución feminista no debe limitarse –a diferencia de los primeros movimientos feministas– a la eliminación de los privilegios masculinos, sino que debe alcanzar a la distinción misma de sexo; las diferencias genitales entre los seres humanos

---

... We cannot say that alt American women want equality, because we know that women, like all oppressed people, have accepted the traditional denigration by society. Some women have been too much hurt by denigration from others, by self-denigration, by lack of the experiences, education, and training needed to move in society as equal human beings, to have the confidence that they can so move in a competitive society. They say they don't want equality – they have to be happy, adjust to things as they are. Such women find us threatening. They find equality so frightening that they must wish the new feminists did not exist. And yet we see so clearly from younger women and students that to the degree that we push ahead and create opportunities for movement in society, in the process creating the "new women" who are *people* first, to that degree the threat will disappear. We do not speak for every woman in America, but we speak for the *right* of every woman in America to become all she is capable of becoming – on her own and/or in partnership with a man. And we already know that we speak nor for a few, not for hundreds, not for thousands, but for millions-especially for millions in the younger generation who have tasted more equality than their elders. We know chis simply from the resonance, if you will, that our actions have aroused in society...». Cfr. FRIEDAN, B., «Our Revolution Is Unique (1968)», en DOLBEARE, K. M., y CUMMINGS, M. S., (edits.), *American Political Thought*, Congressional Quarterly Press, 5ª ed., Washington, 2004, págs. 450-455, cita en págs. 450-451.

deberían pasar a ser culturalmente neutras<sup>188</sup>. En estas obras fueron definidos conceptos esenciales en la teoría feminista, como patriarcado, género y casta sexual<sup>189</sup>.

El feminismo de la segunda ola acuñó el lema «lo personal es político»<sup>190</sup> e identificó como centros de la dominación áreas de la vida que hasta entonces se consideraban «privadas». Igualmente, revolucionaron la teoría política al analizar las relaciones de poder que estructuran la familia y la sexualidad<sup>191</sup>. Las feministas consideraban que los varones, todos los varones y no sólo una elite, reciben beneficios económicos, sexuales y psicológicos por parte de un sistema social basado en el patriarcado<sup>192</sup>. Así, problemas tan enraizados y silenciados en la sociedad que aún hoy no se han solucionado como la violencia sobre la mujer, aparecieron en el debate público gracias al feminismo. Si lo personal es político, las leyes no se pueden quedar a la puerta de casa<sup>193</sup>. Esta oleada rompió tabúes intocables hasta entonces y aportó nuevas perspectivas y valores que se pueden considerar aceptados por amplios sectores ciudadanos en las sociedades democráticas. Las feministas de la segunda ola, al cuestionar las fronteras de lo privado, transformaron las relaciones y vivencias entre

<sup>188</sup> Cfr. FIRESTONE, S., *The dialectic of sex: The Case for Feminist Revolution*, William Morrow and Company Inc., Nueva York, 1970, págs. 10-12.

<sup>189</sup> Para, en palabras de la autora, «unas notas encaminadas hacia una teoría del patriarcado», *vid.* MILLET, K., *Sexual Politics*, Simon & Schuster Inc., Nueva York, 3ª ed., 1990, págs. 24-58.

<sup>190</sup> Se ha señalado que el eslogan fue utilizado por la *Students for a Democratic Society* a principios de la década de los años 60 del siglo XX. SMITH, D. M., *Poets Beyond the Barricade: Rhetoric, Citizenship, and Dissent after 1960*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2012, pág. 153. Ahora bien, fue popularizado por la activista estadounidense Carol Hanisch, quien utilizó el término como título de un afamado ensayo titulado *The Personal is Political (Lo personal es político)*. En el texto, la autora refuta la creencia de que el sexo, la apariencia, el aborto, el cuidado de los niños, y la división del trabajo doméstico eran temas meramente personales sin importancia política. Para hacer frente a estos y otros problemas, instó a las mujeres a dejar de culparse a sí mismas, discutir sus situaciones entre ellas, y organizarse colectivamente en contra de la dominación masculina en la sociedad. Hanisch no utiliza la frase *lo personal es político* en el ensayo, sin embargo, afirma que «los problemas personales son problemas políticos. No hay soluciones personales en este momento. Solo hay acción colectiva para una solución colectiva»; «personal problems are political problems. There are no personal solutions at this time. There is only collective action for a collective solution». Cfr. HANISCH, C., «The Personal is Political», en FIRESTONE, S., y KOEDT, A. (eds.), *Notes From The Second Year: Women's Liberation. Major Writings on the Radical Feminists*, Nueva York, 1970, págs. 76-78, cita en pág. 76.

<sup>191</sup> VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, 1ª ed., Barcelona, octubre de 2008, págs. 165-167. La lucha por el derecho al aborto libre y gratuito centra la actividad del movimiento de aquellos años. Afirma la autora que «acabar con el poder exigía recuperar el propio cuerpo. [...] Había que liberar una sexualidad constreñida y reprimida que estaba limitada a la normativa de la pareja heterosexual y de la familia y que, restringida por unos fines reproductivos, concebía la sexualidad femenina como algo inexistente». Cfr. *Ibíd.*, pág. 165.

<sup>192</sup> DE MIGUEL, A., «Feminismos», en AMORÓS PUENTE, C. (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Verbo Divino, 1ª ed., Estella, 1995, págs. 217-256, cita en pág. 242.

<sup>193</sup> VARELA, N., *Feminismo para principiantes, óp. cit.*, pág. 106.

sexos, incluso dentro de la familia, porque, según su lema –recordamos– «lo personal es político»<sup>194</sup>.

A partir de la década de los años 80 del siglo XX se produce una división en el feminismo, surgiendo una gran variedad de opciones que, se ha defendido, conforman el denominado *Postfeminismo*, que nace como una evolución hacia la madurez del movimiento feminista<sup>195</sup>.

Las diferentes corrientes que integran el postfeminismo son<sup>196</sup>:

- Feminismo lesbiano. Defiende que el lesbianismo no es solo una cuestión de orientación sexual o de derechos civiles, sino una forma de vida que combina lo personal con lo político. Fueron las primeras que denunciaron públicamente la gravedad de la violencia sobre las mujeres y propusieron la creación de centros de acogida. Su influencia en la sociedad actual ha sido decisiva.

- Feminismo sicoanalítico. Analiza el modo en que afecta a la vida emocional y la sexualidad de las mujeres la opresión que sufren. Afirma que las raíces de esta opresión están ancladas en la sique y para liberarse es necesario llevar a cabo una revolución interior.

- Feminismo postmodernista. Se centra en buscar los fundamentos que demuestren que la filosofía y las teorías del conocimiento no son unitarias.

- Feminismo post-estructural. Estudia la actuación del patriarcado en todas sus manifestaciones: ideológicas, institucionales, organizativas y subjetivas. Defiende que los distintos significados de «ser mujer» se modifican y cambian a consecuencia de las variaciones y cambios discursivos en la cultura y en la historia, y, por lo tanto, hay que ofrecer a las mujeres un espacio discursivo propio en el que puedan exponer sus puntos de vista.

---

<sup>194</sup> PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, *óp. cit.*, pág. 223.

<sup>195</sup> BROOKS, A., *Postfeminisms: Feminism, cultural theory and cultural forms*, Routledge, 1ª ed., Londres - Nueva York, 1997, pág. 1.

<sup>196</sup> Seguimos a GUTIÉRREZ ESTEBAN, P., y LUENGO GONZÁLEZ, M. R., «Los feminismos en el siglo XXI. Pluralidad de pensamientos», *óp. cit.*, págs. 336-338.

- Feminismo de la diferencia. Se fundamenta en la diferencia sexual para crear un programa de liberación de las mujeres que alcance su auténtica identidad. Una de sus portavoces más notables es la francesa Luce Irigaray, quien junto con Kristeva y Cixous pretendieron demostrar en los años 80, las contradicciones internas de los sistemas de pensamiento predominantes, así como reinterpretar la teoría y la práctica psicoanalítica freudiana. El feminismo de la diferencia hace una crítica al feminismo de la igualdad porque considera que éste equipara las mujeres a los varones, instalándose de nuevo dentro de la dinámica de la dominación masculina<sup>197</sup>.

- Feminismo institucional. Sus inicios se remontan al feminismo internacional de entreguerras, tras el Informe Mundial sobre el Estatus de la Mujer, realizado por la Liga de Naciones. A partir de ahí la situación de las mujeres fue asumida por los organismos internacionales, hasta el punto de que en 1946 se crea al amparo de Naciones Unidas la Comisión sobre el Estatus de las Mujeres. Hasta entonces, el feminismo se había desarrollado alejado del poder. Es entonces cuando van teniendo lugar sucesivamente las distintas conferencias mundiales de la ONU sobre la Mujer en México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985), Beijing (1995) y Nueva York (2000)<sup>198</sup>.

Sin lugar a dudas, el papel relevante de estos feminismos ha venido a cambiar la percepción que tanto las mujeres cuanto los hombres –en realidad, la sociedad en su conjunto– tenía de ciertas realidades y, especialmente, de los roles, actitudes, comportamientos y funciones que cada sexo debe jugar en la sociedad. Sin embargo, intentó establecer un matriarcado y una sociedad conformada únicamente por mujeres<sup>199</sup> y, lo más importante a los efectos de este trabajo, explotó y fomentó el victimismo de las mujeres, hasta el extremo de asfixiar a las propias mujeres, las cuales, sí o sí, tienen que ser, sentirse y comportarse como víctimas. Así lo denuncia la escritora

---

<sup>197</sup> Para el feminismo de la diferencia, *vid.* RUBIO CASTRO, A., «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 70, Madrid, octubre-diciembre de 1990, págs. 185-207, disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=227> [u. a. 09/06/2021].

<sup>198</sup> Se ha señalado que este feminismo institucional ha supuesto un vuelco en la esfera pública y social por cuanto las mujeres, por primera vez en la historia, han pasado de estar en los márgenes del poder a intervenir directamente en los distintos espacios de gobierno del mundo político, educativo y cultural, aunque mucho menos en el mundo laboral y económico. PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, *óp. cit.*, pág. 233.

<sup>199</sup> BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad...», *óp. cit.*, pág. 68.

estadounidense Naomi Wolf, quien sistematiza el ideario de lo que define como «feminismo víctima» («victim feminism»):

«Insta a las mujeres a que se identifiquen con la impotencia incluso aunque esa identificación les impida asumir la responsabilidad del poder que sí poseen.

Es un juicio sexual, incluso antisexual.

Idealiza la capacidad de crianza de las mujeres como prueba de que las mujeres son mejores que los hombres.

Depende de la influencia o la persuasión más que de la búsqueda de influencia de una manera sencilla.

Cree que las mujeres son no competitivas, cooperativas y amantes de la paz de forma natural.

Considera que las mujeres están más cerca de la naturaleza que los hombres.

Exalta la intuición, el "lenguaje de las mujeres" y las "formas de conocimiento de las mujeres", no como complementos, sino a expensas de la lógica, la razón y la voz pública.

Denigra el liderazgo y valora el anonimato.

Es abnegado y, por lo tanto, fomenta el resentimiento o el reconocimiento y los placeres de los demás.

Considera que el dinero es contaminante.

Antepone la comunidad a sí misma, por lo tanto, tiende al pensamiento grupal, así como a la hostilidad hacia los logros individuales.

Juzga la sexualidad y la apariencia de otras mujeres.

Se cree en posesión de "la verdad", que debe difundirse con fervor misionero.

Proyecta la agresión, la competitividad y la violencia sobre los "hombres" o el "patriarcado", mientras que sus devotos son ciegos a esas cualidades en sí mismos.

Está obsesionado con la pureza y la perfección, por lo tanto, es farisaico.

Considera que las mujeres son buenas y ataca a los hombres como malos.

Tiene una psicología de escasez: solamente hay un tanto para todos, por lo que la ganancia de una mujer es la pérdida de otra. Si hay inequidad, quiere que las mujeres "igualen hacia abajo", por ejemplo, que se eliminen los "privilegios heterosexuales" al no casarse, en lugar de ampliar los derechos civiles; renunciar a la belleza, en lugar de ampliar su definición.

Quiere que todas las demás mujeres compartan sus opiniones.

Pensamiento terrible: cree que la sensualidad no puede coincidir con la seriedad; teme que divertirse demasiado represente una amenaza para la revolución»<sup>200</sup>.

Para la filósofa polaca Justyna Włodarczyk, Wolf presenta una versión grotesca de la segunda ola del feminismo al crear una estructura monolítica en lugar de representar las múltiples corrientes presentes en el feminismo<sup>201</sup>. Desde luego, a algunos feminismos de la segunda ola no se les pueden aplicar algunos de los caracteres presentados por Wolf, sin embargo, lo que hace Wolf en realidad es sistematizar las características más importantes de la segunda ola globalmente considerada. Si se acepta

---

<sup>200</sup> «Charges women to identify with powerlessness even at the expense of taking responsibility for the power they do possess.  
Is sexually judgmental, even antisexual.  
Idealizes women's childrearing capacity as proof the women are better than men.  
Depends on influence or persuasion rather than on seeking clout in a straightforward way.  
Believes women to be naturally noncompetitive, cooperative, and peace loving.  
Sees women as closer to nature than men are.  
Exalts intuition, "women's speech," and "women's ways of knowing," not as complements to, but at the expense of, logic, reason, and the public voice.  
Denigrates leadership and values anonymity.  
Is self-sacrificing, and thus fosters resentment or others' recognition and pleasures.  
Sees money as contaminating.  
Puts community first and self later, hence tends toward groupthink, as well as toward hostility toward individual achievement.  
Is judgmental of other women's sexuality and appearance.  
Believes it is possessed of "the truth," which must be spread with missionary zeal.  
Projects aggression, competitiveness, and violence onto "men" or "patriarchy," while its devotees are blind to those qualities in themselves.  
Is obsessed with purity and perfection, hence is self-righteous.  
Casts women themselves as good and attacks men themselves as wrong.  
Has a psychology of scarcity: There is only so much to go around, so one woman's gain is another's loss. If there is inequity, wants women to "equalize downward" –e.g., to give up "heterosexual privilege" by not marrying, instead of extending civil rights; to give up beauty, instead of expanding the definition.  
Wants all other women to share its opinions.  
Thinks dire: believes sensuality cannot coincide with seriousness; fears that to have too much fun poses a threat to the revolution». Cfr., WOLF, N., *Fire with Fire: The New Female Power and How it Will Change the 21st Century*, Random House, 1ª ed., Nueva York, 1993, págs. 136-137.

<sup>201</sup> «All in all, Wolf's "victim feminism" is a grotesque version of second wave feminism. She creates a monolithic structure, instead of representing the manifold currents present within feminism». Cfr. WŁODARCZYK, J., *Ungrateful Daughters: Third Wave Feminist Writings*, Cambridge Scholars Publishing, 1ª ed., New Castle, 2010, pág. 27.

la clasificación histórica del feminismo por olas, entonces hay que aceptar que se pueda hacer una caracterización de cualquiera de las tres olas. A mayor abundamiento, las características que presenta Wolf son las que, a la postre, han tenido un mayor recorrido legislativo.

En consecuencia, nos unimos a las críticas que hace Wolf a la apuesta del feminismo de la segunda ola por el victimismo y por la estereotipación de la mujer como víctima. Es cierto que ese victimismo podría llegar a servir para hacer visible el problema de la desigualdad entre hombres y mujeres y de la violencia que estas padecen –en muchas ocasiones, por razón de género–, sin embargo, impide que cada mujer pueda afrontar un episodio de violencia con autonomía. En este sentido, la profesora estadounidense de Derecho Martha Mahoney afirma que

«[c]entrarse en la victimización puede inducir a error: las imágenes de las mujeres como víctimas son el resultado de muchas presiones sociales y legales. Las feministas deben identificar las estructuras y el estereotipo que hacen que incluso los relatos complejos de la vida de las mujeres se entiendan como relatos de victimización. En lugar de centrarnos en evitar o promover el discurso excesivo de las víctimas, debemos buscar tácticas, problemas y descripciones de la experiencia de las mujeres que revelen la naturaleza sistémica de la opresión y las fases de nuestra experiencia tal como las vivimos»<sup>202</sup>.

No obstante, y pese a las más que discutibles consecuencias legislativas y de otra índole que ha generado en ocasiones este ideario victimista, el balance de la actuación del feminismo es altamente positivo. Así, coincidimos con el siquiatra Luis Rojas Marcos cuando afirma que

«[d]e todos los cambios sociales que han transformado las relaciones de familia quizá el más importante sea la liberación del sexo femenino. Como he mencionado, en los últimos veinticinco años la mujer ha abierto una brecha definitiva en el poder social, económico y político masculino, y ha desafiado al varón a cambiar su personalidad y a adaptarse a una nueva dinámica familiar. De hecho, la metamorfosis que han experimentado las mujeres ha

---

<sup>202</sup> «A focus on victimization can be misleading: images of women as victims are the result of many social and legal pressures. Feminist need to identify the structures and stereotype that cause even complex accounts of women's lives to be understood as accounts of victimization. Instead of focusing on avoiding or promoting excessive victim-talk, we need to seek tactics, issues, and descriptions of women's experience that reveal the systemic nature of oppression and the phases of our experience as we live them». Cfr. MAHONEY, M. R., «Victimization or Oppression? Women's Lives, Violence, and Agency», en FINEMAN, M. A., y MYKITIUK, R. (edits.), *The Public nature of private violence*, Routledge, Nueva York - Londres, 1994, págs. 59-92, cita en pág. 61.



provocado enormes cambios de ajuste en los hombres. Y mientras ellas se distancian de los estereotipos opresivos e injustos del pasado, ellos tratan de deshacerse de un papel duro, machista y trasnochado que ya no tiene sentido»<sup>203</sup>.

De esta forma, y abonando esa idea del género como elemento opresor tanto para mujeres cuanto para hombres –con la que nos posicionamos indisimuladamente–, resulta incuestionable que:

«- Por cada mujer fuerte cansada de aparentar debilidad, hay un hombre débil cansado de parecer fuerte.

- Por cada mujer cansada de tener que actuar como una tonta, hay un hombre agobiado por tener que aparentar saberlo todo.

- Por cada mujer cansada de ser calificada como “hembra emocional”, hay un hombre a quien se le ha negado el derecho a llorar y a ser delicado.

- Por cada mujer catalogada como poco femenina cuando compite, hay un hombre obligado a competir para que no se dude de su masculinidad.

- Por cada mujer cansada de ser un objeto sexual, hay un hombre preocupado por su potencia sexual.

- Por cada mujer que se siente atada por sus hijos, hay un hombre a quien le ha sido negado el placer de la paternidad.

- Por cada mujer que no ha tenido acceso a un trabajo o a un salario satisfactorio, hay un hombre que debe asumir la responsabilidad económica de otro ser humano.

- Por cada mujer que desconoce los mecanismos del automóvil, hay un hombre que no ha aprendido los secretos del arte de cocinar.

- Por cada mujer que da un paso hacia su propia liberación, hay un hombre que redescubre el camino hacia la libertad»<sup>204</sup>.

---

<sup>203</sup> ROJAS MARCOS, L., *Nuestra felicidad: Según un Chamán de Nueva York*, Espasa, 3ª ed., Madrid, marzo de 2001, pág. 182.

<sup>204</sup> Anónimo. Citado en ARANA, M. J., «Recuperar lo femenino para re-animar la tierra», en *Cuadernos CJ*, Centre d'estudis Cristianisme i Justícia, n.º 78, 1997, disponible en <https://www.cristianismeijusticia.net/es/recuperar-lo-femenino-para-re-animar-la-tierra> [u. a. 09/06/2021], pág. 2.

### 1.2.1. El concepto de género

Resulta sorprendente que, hasta el Convenio de Estambul, no se definiera el género en los instrumentos internacionales, hasta el punto de que se recurriera a un eufemismo, afirmándose que, a los efectos de los instrumentos internacionales y de la regulación jurídica, el vocablo «debe interpretarse igual que en su uso ordinario y generalmente aceptado»<sup>205</sup>, lo que nos puede dar una idea de lo problemático que puede llegar a ser el establecimiento de una definición pacífica del término.

Para la lengua española, la Real Academia Española define el género, en su tercera acepción –que es la que interesa a estos efectos–, como el «[g]rupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico»<sup>206</sup>. Ahora bien, el término género es un anglicismo que no tiene una traducción exacta del inglés<sup>207</sup>, sin embargo, nos situamos entre los que defienden que lo importante es la realidad a la que se da respuesta con el término, más que los debates puramente lingüísticos<sup>208</sup>.

---

<sup>205</sup> Así se afirma en la «Declaración de la presidenta de la Conferencia sobre la interpretación más generalizada del término “género”», recogida en el Anexo IV (pág. 232) del Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer: Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, Naciones Unidas, Nueva York, 1996, disponible en <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf> [u. a. 09/06/2021].

<sup>206</sup> Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/g%C3%A9nero?m=form> [u. a. 09/06/2021].

<sup>207</sup> En el ámbito anglosajón, el feminismo tuvo que adaptar igualmente la semántica previa. VALCÁRCCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, pág. 170. Para una crítica sobre la evolución que ha tenido la utilización del concepto género y la pervisión del mismo desde el momento en el que se utiliza como herramienta política, *vid.* PALOMAR VERA, C., «Veinte años de pensar el género», en *Debate Feminista*, Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones y Estudios de Género, vol. 52, Ciudad de México, diciembre de 2016, págs. 34-49, disponible en [http://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/2081/1873](http://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/2081/1873) [u. a. 09/06/2021].

<sup>208</sup> Se ha afirmado, en este sentido, que «[s]i el castellano admite o no la traslación de «gender» es un asunto en el que, por mi parte, mantengo que cabe hacerla, pues ello depende mucho de otros factores extralingüísticos. Pero no es ese debate el que me resulta significativo. Lo que me importa es la cosa en sí: ¿hay diferencia entre *women studies*, *gender studies* y *feminist studies*?». Cfr. VALCÁRCCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, pág. 170. Para una aproximación desde la lingüística, *vid.* GARCÍA MOUTON, P., «Género como traducción de *gender*: ¿anglicismo incómodo?», en VIGARA TAUSTE, A. M., y JIMÉNEZ CATALÁN, R. M. (edits.), *‘Género’, ‘sexo’, ‘discurso*», Ediciones del Laberinto, Madrid, 2002, págs. 133-150. La autora, profesora española de Filología, observando la cuestión con una notable perspectiva, afirma que «[l]o mejor, como pasa tantas veces con la lengua, sería esperar. Dejemos subir y bajar la marea, y veamos después qué es lo que queda. ¿Qué se puede hacer mientras tanto? Entrecomillar este *género*, como dice Molina Foix, escribirlo en cursiva, ponerlo junto a su equivalente inglés, lo que sea. Pero, sobre todo,

Por su parte, y como decíamos, el Convenio de Estambul conceptualiza el género como «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres». En esa línea, podemos afirmar –haciendo nuestra la definición de la profesora alemana de Derecho internacional público Elisabeth V. Henn– que, conforme al marco legal internacional,

«el género se entiende como los roles, comportamientos, actividades y atributos construidos socialmente que una sociedad determinada considera apropiados para los diferentes sexos. Estos roles pueden cambiar con el tiempo, el lugar<sup>209</sup> y la etapa de la vida»<sup>210</sup>.

---

observarlo. Seamos ecológicos también con nuestra lengua. Sabemos que el uso es el que manda y que poco se puede mandar en él, porque destierra en poco tiempo lo que no es sostenible. Pero también sabemos que se puede planificar, mejor dicho, orientar el uso, aunque a la larga nunca dé buenos resultados una planificación contra el sentido natural de la propia lengua. Si este *género* no progresa solo –es decir, si los hablantes y su cultura no lo necesitan–, dejémoslo vivir en su gueto, donde todos saben qué significa y cumple una función, pero no impongamos al hablante usos que vayan contra su competencia lingüística, ni intentemos implementar desde arriba un uso elitista que vaya contra el general. Ahora bien, si este *género* nuevo progresa y se hace un hueco en la lengua, ella misma reequilibrará sus esquemas para hacerle sitio, y entonces sería absurdo querer luchar contra un uso asentado que, al fin y al cabo, tampoco estaría tan mal». Cfr. *Ibíd.*, págs. 149-150. Para una introducción amplia pero selectiva desde la lingüística sobre el género y el discurso, en el que se analiza la relación entre el discurso y la construcción del género y las relaciones entre el género y el habla, así como propuestas para el estudio –entre otras materias– de las relaciones entre el género y las comunicaciones electrónicas, vid. WEST, C., LAZAR, M. M., y KRAMARAE, C., «Gender in Discourse», en VAN DIJK, T. A. (edit.), *Discourse as Social Interaction. A multidisciplinary introduction. Volume 2*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, 1997, págs. 119-143.

<sup>209</sup> En relación con el lugar, interesa la obra de la geógrafa británica Linda McDowell, quien se plantea, entre otras cuestiones, la relación del género y la geografía, la dependencia de las relaciones entre hombres y mujeres de la zona del mundo en la que habitan, y la variación de la feminidad y la masculinidad en el tiempo y en el espacio. Vid. MCDOWELL, L., *Gender, Identity, and Place: Understanding Feminist Geographies*, Polity Press, Cambridge, reimp. 2004. Afirma la autora que «[e]s de sentido común que hay una geografía de las relaciones de género porque hay enormes diferencias entre los países, o dentro de un mismo país, en el grado de subordinación o de autonomía relativa de las mujeres y, en consecuencia, en el poder y la dominación de los hombres. También hay una evidente multiplicidad en la construcción social del género, en sus divisiones y en los significados simbólicos asociados a la feminidad y a la masculinidad»; «In a commonsense way, there is a clear geography to gender relations because there are enormous variations between and within nations in the extent of women's subordination and relative autonomy, and correspondingly in male power and domination; there is as well an evident multiplicity in the social construction of gender, in gender divisions and in the symbolic meanings associated with femininity and masculinity». Cfr. *Ibíd.*, pág. 12.

<sup>210</sup> «Under the international legal framework, gender is understood as the socially constructed roles, behaviors, activities and attributes that a given society considers appropriate for the different sexes. These roles can change over time, place and life stage». Cfr. HENN, E. V., *International Human Rights Law...*, *óp. cit.*, pág. 14 (en nota al pie).

### 1.2.1.1. El género como dimensión sicosocial

Como categoría de análisis, el concepto de género es utilizado por primera vez por el psicólogo y sexólogo estadounidense Jon Money a mediados de los años 50 del siglo XX. Money, estudiando a pacientes hermafroditas, acuñó los conceptos de *género*, *identidad de género* y *rol de género* con la finalidad de explicar cómo las personas que presentan estados intersexuales desarrollan una identidad sexual definida que puede estar en contradicción con el sexo biológico<sup>211</sup>.

Posteriormente, tuvo especial relevancia el trabajo del psiquiatra estadounidense Robert J. Stoller. Al estudiar la transexualidad, Stoller comenzó a utilizar el término *sexo* para la atribución de características biológicas y el vocablo *género* para la adscripción de masculinidad y femineidad conforme a consideraciones sociales, posibilitando el estudio de la constitución del género a partir de prácticas sociales, legales, culturales y no exclusivamente a través de los parámetros suministrados por la biología a las ciencias naturales. Tras distinguir el género de la *identidad de género*, que define como el conocimiento y conciencia, ya sea consciente o inconsciente, de que uno pertenece a un sexo y no a otro, y del *rol de género*, que conceptualiza como el comportamiento manifiesto que uno muestra en la sociedad para establecer su posición en relación con otras personas en función del género, afirma el autor que estas tres categorías son, habitualmente, sinónimos, sin embargo, no sucede lo mismo en ciertos casos<sup>212</sup>. En el mismo sentido, la socióloga británica Ann Oakley, afirmó en 1972 que el sexo es una palabra que se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres,

---

<sup>211</sup> Vid. MONEY, J., «Hermaphroditism, gender and precocity in hyperadrenocorticism: Psychologic findings», en *Bulletin of The Johns Hopkins Hospital* 96, 1955, págs. 253-264 (citado por TUBERT, S., «La crisis del concepto de género», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., y RUBIO, A. (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 89-127, cita en pág. 89).

<sup>212</sup> «While gender, gender identity, and gender role are almost synonymous in the usual person, in certain abnormal cases they are at variance». Cfr. STOLLER, R. J., *Sex and gender. The Development of Masculinity and Femininity*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2019, págs. 9-10. Cfr. cita textual en pág. 10. (Nota: La primera edición de este libro fue publicada en 1968 por la editorial H. Karnac (Books) Ltd.). Sobre la distinción entre sexo y género, de interés MIKKOLA, M., «Feminist Perspectives on Sex and Gender», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 12 de mayo de 2008 (rev. 25 de octubre de 2017), s. p., disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/> [u. a. 09/06/2021]. Para una aproximación a la cuestión desde la biología, vid. FAUSTO-STERLING, A., *Sex/Gender. Biology in a Social World*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2012. Afirma la autora que los cambios en las respuestas culturales al género infantil pueden tardar varias generaciones. Por el contrario, los cambios en las estructuras sociales y jurídicas basadas en el género pueden ocurrir en una generación o en algo más de tiempo. *Ibid.* págs. 121-123.

que se hacen visibles en los genitales y en la función reproductora. El género, sin embargo, es una cuestión cultural que se refiere a la clasificación social en masculino y femenino<sup>213</sup>.

Por último, el propio Money, junto a la psicóloga estadounidense Anke Ehrhardt, popularizaron la idea de que sexo y género son dos categorías diferenciadas. Igualmente definen la *identidad de género* como la expresión privada del *rol de género*, que, a su vez, es la expresión pública de la identidad de género<sup>214</sup>. Así, podemos concluir que la identidad de género es la íntima percepción que cada individuo tiene de su género, que puede coincidir o no con su sexo biológico; mientras que el rol de género queda vinculado a cómo el individuo muestra su género a la sociedad a través del comportamiento, la forma de interactuar, la vestimenta, el nombre, etc.<sup>215</sup>. Además, por las repercusiones jurídicas que tiene –especialmente, en el ámbito de la normativa sobre igualdad y no discriminación–, conviene apuntar que el término *orientación sexual* se refiere a un patrón duradero de atracción emocional, romántica y/o sexual hacia otros que se puede manifestar desde la heterosexualidad exclusiva hasta la homosexualidad exclusiva, incluyendo diversas formas de bisexualidad<sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> OAKLEY, A., *Sex, Gender and Society*, Ashgate Publishing, Farnham - Burlington, 2015, págs. 21-22 (Nota: La edición original de 1972 fue publicada por Maurice Temple Smith en asociación con New Society). Afirma la autora en la introducción a esta edición revisada (*ibíd.*, pág. 1) que la formulación central del libro –separar nuestras dotes corporales de nuestro posicionamiento cultural– sigue siendo fundamental en el trabajo académico, así como en la política y en las elecciones personales. *Ibíd.*, pág. 1. Por otro lado, y tras comparar las sociedades occidentales y africanas para demostrar que la polarización de los roles sexuales se ha convertido en un elemento estructural primario donde el sexo es el elemento principal para la organización de la estructura social que juega un papel importante en la determinación de los roles sociales, generalmente jerárquico, señala, que la sociedad se organiza en torno a las diferencias más que a las similitudes entre los sexos y que estos dos extremos de masculinidad y feminidad se repetirán, confirmando la creencia de que provienen de una causa biológica. *Ibíd.*, pág. 149.

<sup>214</sup> «*Gender Identity*: The sameness, unity, and persistence of one's individuality as male, female, or ambivalent, in greater or lesser degree, especially as it is experienced in self-awareness and behavior: gender identity is the private experience of gender role, and gender role is the public expression of gender identity.

*Gender Role*: Everything that a person says and does, to indicate to others or to the self the degree that one is either male, or female, or ambivalent; it includes but is not restricted to sexual arousal and response; gender role is the public expression of gender identity, and gender identity is the private experience of gender role», Cfr. MONEY, J., y EHRHARDT, A. A., *Man & Woman Boy & Girl: The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore-Londres, 1972, pág. 4.

<sup>215</sup> Para los procesos de adquisición y desarrollo de la identidad de género con inclusión de los agentes socializadores que participan en la transmisión de esa identidad, *vid.* JAYME ZARO, M., «La identidad de género», en *Revista de psicoterapia*, Revista de Psiquiatría y Psicología Humanista, vol. X, n.º 40, 1999, págs. 5-22, cita en págs. 13-20.

<sup>216</sup> Cfr. la definición de la *American Psychological Association*, disponible en

El género, en consecuencia, no es algo con lo que se nace ni que se tiene de forma biológica, sino que se crea<sup>217</sup> y está tan profundamente arraigado en nuestras instituciones, en nuestras acciones, en nuestras creencias y en nuestros deseos que resulta completamente natural para la sociedad<sup>218</sup>. En ese sentido, el género es una dimensión sicosocial (quién soy, quién creo que soy, quién quisiera ser, quién creen que soy y quién quisieran que fuera) asociada a las diferencias anatómicas entre los sexos<sup>219</sup>.

#### 1.2.1.2. La delimitación del concepto por el feminismo de la segunda ola

En el feminismo, el antecedente inmediato del concepto de género puede situarse en *Le deuxième sexe (El segundo sexo)* de De Beauvoir, en el que la autora proclama que «no se nace mujer: se llega a serlo»<sup>220</sup>, infiriéndose que la feminidad (como la

---

<https://www.apa.org/centrodeapoyo/sexual#> [u. a. 05/10/2021].

<sup>217</sup> WEST, C., y ZIMMERMAN, D. H., «Doing gender», en *Gender & Society*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 1, n.º 2, junio de 1987, págs. 125-151, cita en pág. 126. En el mismo sentido, ECKERT, P., y MCCONNELL-GINET, G., *Language and Gender*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pág. 10. Proponen las autoras el siguiente ejemplo para entender bien la construcción del género: Imagine a un niño pequeño siguiendo con orgullo a su padre. Mientras se pavonea y saca pecho, está haciendo todo lo posible para ser como su padre, para ser un hombre. Casi con total seguridad, su padre no sea un fanfarrón, pero el niño está creando una personalidad que encarna lo que está interiorizando como modelo masculino adulto. Lo mismo ocurre con una niña pequeña que se pone los zapatos de tacón de su madre, se maquilla el rostro y se pasea presumida con pasitos cortos por la habitación. A partir de estas premisas, las autoras defienden que lo más probable es que cuando estos niños crezcan no se pavoneen ni presuman, respectivamente, pero sus actos infantiles contienen elementos que sin duda aflorarán en sus comportamientos masculinos y femeninos adultos. Ahora bien, puede ocurrir que la niña se pavonee como un hombre, y los adultos, casi con total seguridad, se limitarán a no considerar ese comportamiento tan «lindo» como su acto de presumir con los tacones y maquillada. Por el contrario, si el niño decide maquillarse y ponerse los tacones de su madre no será considerado «lindo» en ningún caso. De esta forma, concluyen las autoras que las representaciones de género están disponibles para todos, pero existe una limitación sobre quién puede interpretar según qué personajes sin consecuencias. Y aquí es donde el género y el sexo se unen, ya que la sociedad intenta hacer coincidir las formas de comportamiento con las asignaciones sexuales biológicas.

<sup>218</sup> *Ibid.*, pág. 9.

<sup>219</sup> IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 71.

<sup>220</sup> «No se nace mujer, se llega a serlo. Ningún destino biológico, síquico o económico define la figura de la mujer humana en la sociedad; es el conjunto de la civilización el que elabora este producto intermedio entre el varón y el castrado, que se califica de femenino»; «On ne naît pas femme : on le devient. Aucum destin biologique, psychique, économique ne définit la figure que revêt au sein de la société la femelle humaine; c'est l'ensemble de la civilization qui élabore ce produit intermédiaire entre le mâle et le castrat qu'on qualifie de féminin». Cfr. DE BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe: II. L'expérience vécue*, Gallimard, 1949, pág. 13. Desde la crítica literaria se ha visto en la De Beauvoir escritora –como en Marguerite Duras– «la marca de cierta escritura femenina. Escritura de la desesperación –aun cuando sea gozosa–; escritura que nace de los desgarramientos –aun cuando parezca reparadora–. Quizá deba decir que, desde mi perspectiva, lo femenino en la escritura tiene más que ver con el trabajo textual, con una cierta subversión a lo establecido, que con el sexo de quien escribe». Cfr. LORENZANO, S., «Entre la habitación propia y la plaza de todos: o Simone de Beauvoir como pretexto», en *Revista Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, secc.



masculinidad) no trae causa de la biología, sino que se adquiere tras un proceso que tiene como resultado hacer de una persona del sexo femenino (o masculino) una mujer (o un hombre). Se ha afirmado, a este respecto, que De Beauvoir «inicia la crítica a los argumentos naturalistas y deterministas que justificaban la inferioridad del sexo femenino, al tiempo que enfatiza la importancia desempeñada por la cultura, las tradiciones o la historia para que las mujeres se conviertan en el segundo sexo»<sup>221</sup>. Así, se ha destacado que el hecho de que De Beauvoir hablara desde lo personal hace que se produzca un cambio en la tradicional concepción de lo público (reservado a los hombres) y lo privado (previsto por la sociedad para las mujeres)<sup>222</sup>.

Posteriormente, la antropóloga cultural estadounidense Gayle Rubin sistematizó en 1975 el sistema sexo-género en su trabajo *The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex (El tráfico de mujeres: notas sobre la "economía política" del sexo)*<sup>223</sup>. Para esta autora, todas las relaciones sociales están basadas en el género – no en la biología–, y es ese fundamento de las relaciones –y no el sexo– el que oprime a las mujeres. Esta es la tesis que defiende después de interrogarse

«¿[q]ué es una mujer domesticada? Una hembra de la especie. Una explicación es tan buena como la otra. Una mujer es una mujer. Sólo se convierte en doméstica, en esposa, en mercancía, en conejita de Playboy, en prostituta o en dictáfono humano en determinadas relaciones. Fuera de esas relaciones no es más compañera del hombre que el oro en sí mismo es dinero... etc. ¿Cuáles son entonces esas relaciones en las que una mujer se convierte en una mujer oprimida?»<sup>224</sup>.

---

Laberinto, México D.F., abril de 2004, págs. 14-19, disponible en <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2004/lorenzano.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 15-16.

<sup>221</sup> MAYOBRE RODRÍGUEZ, P., «La formación de la identidad de género: una mirada desde la filosofía», en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Universidad Central de Venezuela. Centro de Estudios de la Mujer, vol. 12, n.º 28, Caracas, 2007, s. p., disponible en [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-37012007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es) [u. a. 09/06/2021]. De interés, CARABÍ, À.,

«Construyendo nuevas masculinidades», *óp. cit.*, págs. 15-16.

<sup>222</sup> LORENZANO, S., «Entre la habitación propia y...», *óp. cit.*, pág. 17.

<sup>223</sup> RUBIN, G., «The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex», en REITER, R. R. (edit.), *Toward an Anthropology of Women*, Monthly Review Press, Nueva York - Londres, 1975, págs. 157-210.

<sup>224</sup> «What is a domesticated woman? A female of the species. The one explanation is as good as the other. A woman is woman. She only becomes a domestic, a wife, a chattel, a playboy bunny, a prostitute, or a human Dictaphone in certain relations. Torn from these relationships, she is no more the helpmate of man than gold in itself is money... etc. What then are these relationship by which a female becomes an oppressed woman?». *Cfr. Ibid.*, pág. 158. Rubin se hace esa pregunta parafraseando a Marx (con cita del autor) quien se había cuestionado: «¿Qué es un esclavo negro?»



Para Rubin, esas relaciones son el parentesco, que está controlado por los varones. Así, la opresión de las mujeres no es un hecho natural, sino que es una construcción social que ella bautiza como *sistema sexo-género*. De esta forma, afirma –para concluir dando la definición del sistema sexo-género– que

«[u]n grupo humano debe reproducirse de generación en generación. Las necesidades de sexualidad y procreación deben satisfacerse tanto como la necesidad de comer, y una de las deducciones más obvias que se pueden hacer de los datos de la antropología es que esas necesidades casi nunca se satisfacen de forma "natural", lo mismo que la necesidad de alimento. El hambre es el hambre, pero lo que computa como alimento se determina y se obtiene de forma cultural. Toda sociedad tiene alguna forma de actividad económica organizada. El sexo es el sexo, pero lo que computa como sexo también es determinado y obtenido culturalmente. Toda sociedad tiene también un sistema de sexo-género –un conjunto de disposiciones por las que la materia prima biológica del sexo humano y la procreación es conformada por la intervención humana y social y satisfechas de manera convencional, por muy extrañas que sean algunas de las convenciones»<sup>225</sup>.

Apoyándose en *Las estructuras elementales de parentesco* del antropólogo y filósofo francés Claude Lévi-Strauss, Rubin señala<sup>226</sup> que, en las sociedades primitivas, la organización social de la actividad económica, política, ceremonial y sexual se estructuraba en torno al parentesco, en el que sobresale como elemento clave el *regalo* o *don*. En esas sociedades primitivas se establecían intercambios de ciertas cosas (alimentos, hechizos rituales, palabras, nombres, adornos, herramientas y poderes) en las que ninguna de las partes ganaba nada en la medida en la que la transacción estaba

---

Un hombre de raza negra. Una explicación es tan buena como la otra. Un negro es un negro. Sólo se convierte en esclavo en determinadas relaciones. Una devanadora de algodón es una máquina para ovillar algodón. Solo se convierte en *capital* en determinadas relaciones. Fuera de esas relaciones no es capital, igual que el oro en sí no es dinero ni el precio del azúcar es azúcar»; «What is a Negro slave? A man of the black race. The one explanation is as good as the other. A Negro is a Negro. He only becomes a slave in certain relation. A cotton spinning jenny is a machine for spinning cotton. It becomes *capital* only in certain relations. Torn from these relationships it is no more capital than gold in itself is money or sugar is the price of sugar». Cfr. *Íd.*

<sup>225</sup> «A human group must also reproduce itself from generation to generation. The need to of sexuality and procreation must be satisfied as much as the need to eat, and one of the most obvious deductions which can be made from the data of anthropology is that these needs are hardly ever satisfied in any "natural" form, any more than are the needs for food. Hunger is hunger, but what counts as food is culturally determined and obtained. Every society has some form of organized economic activity. Sex is sex, but what counts as sex is equally culturally determined and obtained. Every society also has a sex/gender system –a set or arrangements by which the biological raw material of human sex and procreation is shaped by human, social intervention and satisfied in a conventional manner, no matter how bizarre some or the conventions may be». Cfr. *Íd.*

<sup>226</sup> *Ibid.*, págs. 171-177.

informada por el principio de reciprocidad. No obstante, el principal *regalo* que podía hacerse era una mujer para contraer matrimonio. En ese caso, la relación entre los participantes en la transacción era distinta, por cuanto la relación no se establecía sobre la base de la reciprocidad, sino por el parentesco. Además, las mujeres son el regalo, por lo que no participan de los beneficios de la transacción.

«Si el objeto del intercambio son las mujeres, son los hombres quienes las dan y las toman, los que se vinculan, siendo la mujer el hilo conductor de una relación más que una participante en la misma como interesada. El intercambio de mujeres no implica necesariamente la cosificación de la mujer, en el sentido moderno, ya que los objetos en el mundo primitivo están imbuidos de cualidades muy personales. Pero sí implica una distinción entre el regalo y quien hace el regalo. Si las mujeres son los regalos, los hombres son quienes participan en el intercambio. Y son los participantes, no los regalos, a quienes el intercambio recíproco confiere su poder casi místico de vinculación social. Las relaciones en un sistema de este tipo son tales que las mujeres no están en posición de recibir los beneficios de su propia circulación. Mientras las relaciones especifiquen que los hombres intercambian a las mujeres, son los hombres los que se benefician del producto de ese sistema social de intercambios»<sup>227</sup>.

De esta forma, para Rubin el origen de la opresión de las mujeres no se sitúa en la biología, sino el ámbito social (en el parentesco)<sup>228</sup>. Así, afirma que mientras que los hombres son intercambiados como esclavos, siervos, etc., pero no por ser hombres; las mujeres son objeto de transacción como esclavas, siervas, prostitutas, etc., y, además,

---

<sup>227</sup> «If it is women who are being transacted, then it is the men who give and take them who are linked, the woman being a conduit of a relationship rather than a partner to it. The exchange of women does not necessarily imply that women are objectified, in the modern sense, since objects in the primitive world are imbued with highly personal qualities. But it does imply a distinction between gift and giver. If women are the gifts, then it is men who are the exchange partners. And it is the partners, not the presents, upon whom reciprocal exchange confers its quasi-mystical power of social linkage. The relations of such a system are such that women are in no position to realize the benefits of their own circulation. As long as the relations specify that men exchange women, it is men who are the beneficiaries of the product of such exchanges-social organization». Cfr. *Ibid.*, pág. 174.

<sup>228</sup> Posteriormente, Rubin parece corregirse ya que en *The Traffic in Women* –reconoce– no distinguió entre género y sexualidad. En primer lugar, expone que la palabra inglesa «sex» tiene dos significados muy distintos: por un lado, sexo significa género e identidad de género, como el sexo femenino o el sexo masculino; y, por otro lado, significa actividad, deseo, relación y excitación sexuales (como en «to have sex»). En segundo lugar, afirma haber podido trasladar la idea de que el sexo es una realidad natural, inmutable y ajena a la historia, cuando es una realidad política y organizada en sistemas de poder que alientan determinadas prácticas o individuos en la medida que castigan o reprimen a otros. Vid. RUBIN, G., «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality», en VANCE, C. S. (edit.), *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*, Routledge & Kegan Paul, 1ª ed., Boston - Londres - Melbourne - Henley, pags. 267-319, cita en pags. 307-308.

por el simple hecho de ser mujeres<sup>229</sup>. Rubin finaliza revelando el ideal que sustenta su tesis: «El sueño que me parece más atractivo es el de la sociedad andrógina y sin género (aunque no sin sexo), en que la anatomía sexual no tenga ninguna importancia para lo que uno es, lo que uno hace y con quién hace el amor»<sup>230</sup>.

Se ha afirmado que con el sistema sexo-género, el feminismo adoptó un concepto de género que se reveló en principio muy liberador para las mujeres al favorecer la discusión de las tesis biologicistas que supeditaba el estatus y el rol de las mujeres a su anatomía. No obstante, este sueño liberador se convierte «más bien en una pesadilla» para las teóricas de la diferencia sexual<sup>231</sup>.

Efectivamente, con la llegada del postfeminismo, se rechaza el sistema sexo-género de Rubin y la pretendida neutralización del sexo. La lingüista, filósofa y psicoanalista francesa Luce Irigaray señala que reclamar la igualdad como mujeres es equivocado, en la medida de que se pregunta a qué deben igualarse las mujeres. Para Irigaray, la neutralización del sexo,

«de ser posible, significaría el fin de la especie humana. La especie está dividida en *dos géneros* que aseguran su producción y su reproducción. Querer suprimir la diferencia sexual implica el genocidio más radical de cuantas formas de destrucción ha conocido la Historia. Lo realmente importante, al contrario, es definir los valores de la pertenencia a un género que resulten aceptables para cada uno de los sexos. Lo indispensable es elaborar una cultura de lo sexual, aún inexistente, desde el respeto a los dos géneros»<sup>232</sup>.

Por otro lado, la abogada y profesora estadounidense de Derecho Catharine MacKinnon construye una tesis en la que se incluye la sexualidad en el pensamiento feminista. Para la autora,

«[I]a sexualidad es para el feminismo lo que el trabajo es para el marxismo: [...] La teoría feminista lleva implícito un argumento paralelo: el moldeado, la dirección y la expresión de la sexualidad organizan la sociedad en dos sexos –mujeres y hombres–, división que subyace a la totalidad de las relaciones sociales. La sexualidad es el proceso social que

<sup>229</sup> RUBIN, G., «The Traffic in Women: Notes...», *óp. cit.*, págs. 175-176.

<sup>230</sup> «The dream I find most compelling is one of an androgynous and genderless (though not sexless) society, in which one's sexual anatomy is irrelevant to who one is, what one does, and with whom one makes love». *Cfr. Ibid.*, pág. 204.

<sup>231</sup> MAYOBRE RODRÍGUEZ, P., «La formación de la identidad de género...», *óp. cit.*, s. p.

<sup>232</sup> IRIGAY, L. (LINARES, P., trad.), *Yo, tú, nosotras*, Cátedra, Madrid, 1992, pág. 10.

crea, organiza, expone y dirige el deseo, creando los seres sociales que conocemos como mujeres y hombres, ya que sus relaciones crean la sociedad»<sup>233</sup>.

MacKinnon critica la consideración del género como una diferencia en lugar de una jerarquía, por cuanto considerarlo una diferencia significa tratarlo como una distinción bipolar en la que cada polo se define en contraste con el otro por atributos intrínsecos opuestos<sup>234</sup>. De esta forma, el núcleo del pensamiento de MacKinnon –que luego se verá reflejado en su teoría jurídica feminista– reside en que

«[e]l hombre y la mujer se crean a través de la erotización de la dominación y la sumisión. La diferencia hombre/mujer y la dinámica de dominación/sumisión se definen mutuamente. Este es el significado social del sexo y el relato distintivo feminista de la desigualdad de género»<sup>235</sup>.

En este sentido, la filóloga española Àngels Carabí ha defendido que el binomio superior/inferior en que se ha basado la ética patriarcal ha determinado la concepción jerárquica, especialmente, en lo que respecta a las políticas de género, raza y orientación sexual. Conforme al pensamiento de notables filósofos y pensadores como Schopenhauer, Nietzsche, Hegel y Kierkegaard, el varón fue considerado superior a la mujer. De esta forma, las mujeres fueron conformadas a modo de espejo de las necesidades de los hombres, encarnando la sumisión, la pasividad, la belleza y la capacidad nutricia, enraizada esta última con el «arquetipo de Deméter» que se caracteriza, entre otras cualidades, por tener en la maternidad la función más importante y lo que da sentido a la vida, por una necesidad profunda de nutrir física, emocional,

---

<sup>233</sup> «Sexuality is to feminism what work is to marxism: [...] Implicit in feminist theory is a parallel argument: the molding, direction, and expression of sexuality organizes society into two sexes – women and men– which division underlies the totality of social relations. Sexuality is that social process which creates, organizes, expresses, and directs desire, creating the social beings we know as women and men, as their relations create society». Cfr. MACKINNON, C. A., «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», en *Signs*, The University of Chicago Press, vol. 7, n.º 3, primavera de 1982, págs. 515-544, cita en págs. 515-516. En la segunda parte de este artículo, la autora señala que, en buena medida, su tesis se asienta en que «[u]so sexo y género de forma relativamente indistinta»; «I use sex and gender relatively interchangeably». Cfr. MACKINNON, C. A., «Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence», en *Signs*, The University of Chicago Press, vol. 8, n.º 4, verano de 1983, págs. 635-658, cita en pág. 635 (en nota al pie).

<sup>234</sup> MACKINNON, C. A., *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts - Londres, 1987, pág. 3.

<sup>235</sup> «Male and female are created through the erotization of dominance and submission. The man/woman difference and the dominance/submission dynamic define each other. This is the social meaning of sex and the distinctively feminist account of gender inequality». Cfr. MACKINNON, C. A., «Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist...», *óp. cit.*, pág. 635.

sicológica y espiritualmente a los demás, y por una excesiva preocupación por el bienestar de los suyos. Así, las mujeres fueron vinculadas culturalmente al cuidado de los hijos y de la familia, mientras que a los hombres se les dio licencia para desatender el cuidado familiar. La mujer se conformó en una ética relacional; el varón, en cambio, asumió el individualismo como valor de éxito<sup>236</sup>.

Históricamente, la asignación de determinados espacios y atributos a los hombres y a las mujeres se ha hecho conforme a una distinción binaria que, siguiendo a McDowell, se puede sistematizar de la siguiente forma:

<u>Masculino</u>	<u>Femenino</u>
Público	Privado
Fuera	Dentro
Trabajo	Casa
Trabajo	Ocio/diversión
Producción	Consumo
Independencia	Dependencia
Poder	Carencia de poder <sup>237</sup>

La propia McDowell –a la que nos unimos– afirma que los espacios y atributos asignados a las mujeres son considerados, por un lado, naturales, por lo que no necesitan explicación; y, por otro lado, triviales, por lo que no son merecedores de un análisis académico riguroso<sup>238</sup>. En definitiva, podemos concluir que esta distinción entre lo público y lo privado sirve para construir, controlar, disciplinar, confinar, excluir y suprimir la diferencia de género preservando la tradición de las estructuras de poder. En este sentido, la también geógrafa británica Nancy Duncan señala que «[e]stá claro que la distinción entre lo público y lo privado está condicionada por el género. Esta oposición

<sup>236</sup> CARABÍ, À., «Construyendo nuevas masculinidades», *óp. cit.*, págs. 15-16. Para un interesante análisis del arquetipo de Deméter, *vid.* SANDE, J. A., y MAYORGA, L., *Arquetipos femeninos y esencias florales: Las diosas de cada mujer y para cada varón*, Continente, 1ª ed., Buenos Aires, 2012, págs. 76-88.

<sup>237</sup> «The masculine / The feminine: Public / Private; Outside / Inside; Work / Home; Work / Leisure/pleasure; Production / Consumption; Independence / Dependence; Power / Lack of Power». *Cfr.* MCDOWELL, L., *Gender, Identity, and...*, *óp. cit.*, pág. 13.

<sup>238</sup> «The characteristics and attributes associated with the women and the feminine side are assumed either to be 'natural' and so to need no explanation, or to be trivial and so unsuitable for serious academic analysis». *Cfr. Íd.*

binaria se emplea para legitimar la opresión y la dependencia en función del género; también se ha utilizado para regular la sexualidad»<sup>239</sup>.

Ahora bien, si aceptamos –como hacemos, sin discusión– que quien ocupa el espacio público es quien ostenta el poder y, por tanto, quien ejerce la violencia para perpetuar ese poder, como hace la LOVG<sup>240</sup>, entonces –con la emancipación de la mujer y su acceso al mercado laboral y, por tanto, al *espacio público*, a la *producción*, a la *independencia*, etc.–, será esa mujer independiente, trabajadora, etc. –sobre todo, en los supuestos en los que sea ella quien nutre de ingresos a la familia– quien protagonice como sujeto activo la violencia de dominación en la pareja íntima. Si la violencia es *masculina* por el hecho de que quien trabaja (históricamente el hombre) es quien recurre a la violencia para dominar al otro sujeto de la pareja íntima, en la medida en que la mujer se *masculiniza*, ejercerá ese mismo tipo de violencia, tal vez, incluso, con mayor virulencia<sup>241</sup>. Claro está, esta realidad sucederá, igualmente, en las parejas íntimas LGTBIQ+. En román paladino, y como gráficamente enseña el refranero español; «quien paga, manda», y –añadimos nosotros– quien manda, en ocasiones, utiliza la violencia para seguir mandando, con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual del agresor y de la víctima.

A modo de conclusión, el género no tiene sexo, sin embargo, tampoco es un término absolutamente neutro por cuanto puede llegar a situar a las mujeres en clara dependencia de los hombres. Ahora bien, el género no lo es todo, y mucho menos en relación con la violencia en la pareja íntima. En las relaciones de pareja –cualquiera que

---

<sup>239</sup> «It is clear that the public-private distinction is gendered. This binary opposition in employed to legitimate oppression and dependence on the basis of gender; it has also been used to regulate sexuality». Cfr. DUNCAN, N., «Renegotiating gender and sexuality in public and private spaces», en DUNCAN, N. (edit.), *Bodyspace: destabilizing geographies of gender and sexuality*, Routledge, Londres - Nueva York, 1996, págs. 127-145, cita en pág. 128.

<sup>240</sup> Vid. *infra*, pág. 130.

<sup>241</sup> A este respecto, la socióloga española María Jesús Izquierdo Benito ha afirmado que «[d]ado que el lugar por excelencia de los hombres es la llamada «esfera pública», es lógico que tengan un papel preponderante en el ejercicio de la violencia desde la institucional a la sancionada por el código penal. Cuando las mujeres participan en actividades masculinas, observamos que tienden a adoptar conductas masculinas. Se produce su asimilación cultural, y como todo neoconverso, pueden llegar a actuar con mayor ahínco que los propios hombres, del mismo modo en que un travestí resulta más femenino que una mujer, una policía o una delincuente puede actuar con mayor agresividad que un hombre en la misma situación. Así pues en relación a la violencia, es más importante el componente del género que el componente del sexo». Cfr. IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 75.



sea su naturaleza, heterosexual o LGTBIQ+ se establecen roles que no siempre están fundamentados en un sistema binario sexual<sup>242</sup>. Además, si se infiere que el género es una forma de dominación por cuanto unos (los hombres) han ocupado el espacio público y otras (las mujeres) han quedado relegadas históricamente al hogar, en el medida en que las mujeres han accedido al mercado laboral y han ocupado, igualmente, el espacio público, la violencia de dominación por razón de género no siempre será del hombre sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, sino del miembro de la pareja íntima –con independencia del sexo, del género y de la orientación sexual– que ocupa el espacio público sobre el que ocupa el espacio privado.

### 1.2.2. La teoría jurídica del feminismo de la segunda ola

La teoría jurídica feminista, conocida igualmente por el término *feminist jurisprudence* o *teoría feminista del derecho* puede resumirse en que, si el derecho es poder y si, desde tiempos inmemoriales, el poder lo ostentan los hombres, el derecho responderá a la percepción masculina de la realidad, imponiéndola a las mujeres. Esta teoría no es un preciso movimiento, sino un conjunto de doctrinas que tienen en común tan sólo unos puntos básicos, que son, en palabras de García Amado:

«[e]ntender que la mujer sigue en nuestras sociedades ocupando una posición de subordinación, que tal situación es injusta y que el derecho, no sólo como sistema de normas, sino como conjunto complejo de reglas, métodos, principios y procedimientos, coadyuva de modo importante en el mantenimiento de semejante realidad discriminatoria»<sup>243</sup>.

De esta forma, desde el feminismo de la segunda ola se hace una crítica no solo a la supuesta imparcialidad, neutralidad y objetividad del derecho, sino que, además, se afirma que los fundamentos de imparcialidad, neutralidad y objetividad son principios masculinos que se desarrollan con el fin de disimular la parcialidad de la ley y la

---

<sup>242</sup> RODRÍGUEZ OTERO, L. M., RODRÍGUEZ CASTRO, Y., LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., y CARRERA FERNÁNDEZ, M. V., «Violencia en parejas Gays, Lesbianas y...», *óp. cit.*, pág. 50.

<sup>243</sup> Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 9, 1992, págs. 13-42, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10001300042](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10001300042) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 14.



preferencia de esta por los varones y por la visión masculina del mundo<sup>244</sup>. Para la filósofa argentina Malena Costa,

«[e]l debate fundacional del área se enciende con la advertencia de que la desigualdad se produce y mantiene no sólo por medio de la exclusión o mediante la discriminación dentro de las estructuras sociales y políticas existentes. Las leyes y procedimientos neutrales también pueden generar desigualdades, sobre todo por cuanto que las condiciones de vida de las mujeres difieren de las del ideal sujeto del derecho. Negar esas diferencias equivale a desestimar aquello que caracteriza a quienes no se ajustan al modelo de lo humano implícito en el derecho, es decir, supone invisibilizar a quienes no se correspondan con un sujeto mentado sobre una idea determinada de humanidad»<sup>245</sup>.

### 1.2.2.1. *La teoría de la diferencia a través de la interpretación a Gilligan: el feminismo cultural*

La crítica feminista a la neutralidad del derecho trae causa, en buena medida, de las propuestas de la filósofa y psicóloga estadounidense Carol Gilligan<sup>246</sup>, quien en sus publicaciones *In a Different Voice (Con una voz diferente)* de 1977 y 1982<sup>247</sup>, afirma que las mujeres tienen formas especiales de lidiar con los dilemas morales. Sostiene que, al ser más solidarias, menos competitivas, menos abstractas y más sensibles que los hombres a la hora de tomar decisiones morales, las mujeres hablan *con una voz diferente*.

En estos trabajos, Gilligan revisa los resultados de las investigaciones sobre el desarrollo moral del psicólogo estadounidense Lawrence Kohlberg –con quien Gilligan

<sup>244</sup> KOHEN, B., «El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual», en BIRGIN, H. (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho: el debate actual*, Biblos, Buenos Aires, 2000, págs. 73-105, cita en pág. 85.

<sup>245</sup> Cfr. COSTA, M., «El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX», en *Asparkia: Investigación feminista*, Universitat Jaume I, n.º 26, 2015, págs. 35-49, disponible en <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/asparkia/article/view/1479> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 39-40.

<sup>246</sup> Se ha situado a Gilligan como representante del *feminismo cultural*. COSTA, M., «El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 15, junio de 2010, págs. 235-252, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos\\_15\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos_15_12.pdf) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 243, y como la gran influencia –junto a MacKinnon– en el trabajo feminista desafiante del discurso aceptado en el derecho. WHITMAN, C. B., «Feminist Jurisprudence (Review Essay)», en *Feminist Studies*, University of Maryland, vol. 17, n.º 3, College Park, otoño de 1991, págs. 493-507, cita en pág. 499.

<sup>247</sup> GILLIGAN, C. «In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality», en *Harvard Educational Review*, vol. 47, n.º 4, noviembre de 1977, págs. 841-517; y GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge - Londres, 1982.

había colaborado en sus investigaciones– y del epistemólogo y biólogo suizo Jean Piaget –a quien previamente había seguido Kohlberg–.

Kohlberg establece un modelo de desarrollo moral resultado de una investigación realizada durante veinte años en las que se preguntaba a los encuestados (chicos varones de entre 10 y 16 años) sobre situaciones de la vida cotidiana que producen dificultades en la toma de decisiones a causa de los dilemas morales que plantean (por ejemplo, el *dilema de Heinz*<sup>248</sup>). Este modelo se concretó en tres etapas de razonamiento moral que

- 
- <sup>248</sup> «Dilema III: En Europa, una mujer estaba a punto de morir de un tipo de cáncer muy raro. Había una medicación que los médicos pensaron que la podría salvar. Era una forma de radio que un farmacéutico de la misma ciudad había descubierto recientemente. La medicina era cara de producir pero el farmacéutico cobraba diez veces de lo que a él le había costado elaborarla. El marido de la enferma, Heinz, acudió a todo el que conocía para pedir dinero prestado, e intentó todos los medios legales pero sólo pudo conseguir unos 2000 dólares, que es justamente la mitad de lo que costaba. Heinz le dijo al farmacéutico que su mujer se estaba muriendo y le pidió que le vendiera el medicamento más barato o que se lo dejara pagar más adelante. Pero el farmacéutico dijo: «No, yo descubrí la medicación y voy a sacar dinero de ella.» Así pues, habiendo intentado todos los medios legales, Heinz desespera y considera el entrar por la fuera en la tienda del hombre para robar mediación para su esposa.
1. ¿Debe Heinz robar la medicación?
  - 1a. ¿Por qué o por qué no?
  - \*2. (La siguiente pregunta está diseñada para sonsacar el tipo moral del sujeto y se puede considerar optativa). ¿Está bien o mal que él robe la medicación?
  - \*2a. (La siguiente pregunta está diseñada para sonsacar el tipo moral del sujeto y se puede considerar optativa) ¿Por qué está bien o mal?
  3. ¿Tiene Heinz el deber o la obligación de robar la medicación?
  - 3a. ¿Por qué o por qué no?
  4. Si Heinz no ama a su mujer, ¿debe robar la medicación para ella? (Si el sujeto está a favor de no robar, preguntar: ¿Existe alguna diferencia en lo que Heinz debería de hacer tanto si quiere a su mujer como si no?
  - 4a. ¿Por qué o por qué no?
  5. Supón que la persona que está muriendo no es su esposa sino un extraño. ¿Debe robar la mediación para el desconocido?
  - 5a. ¿Por qué o por qué no?
  - \*6. (Si el sujeto está a favor de robar la medicación para un desconocido) Supón que es un animal al que él quiere. ¿Debería Heinz de robar para salvar al animal?
  - \*6a. ¿Por qué o por qué no?
  7. ¿Es importante que la gente haga todo lo que pueda para salvar la vida de otro?
  - 7a. ¿Por qué o por qué no?
  - \*8. El que Heinz robe va en contra de la ley. ¿Lo hace eso estar moralmente mal?
  - \*8a. ¿Por qué o por qué no?
  9. En general, ¿debería la gente de hacer todo lo posible por obedecer la ley?
  - 9a. ¿Por qué o por qué no?
  - 9b. ¿Cómo se aplica esto a lo que Heinz debería de hacer?
  - \*10. (La siguiente pregunta está diseñada para sonsacar la orientación del sujeto y se la considera optativa) Al pensar de nuevo en el dilema, ¿qué dirías que es lo más responsable que Heinz haga? 10a. ¿Por qué?». Cfr. KOHLBERG, L. (ZUBIAUR ZÁRATE, A., trad.), *Psicología del desarrollo moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992, págs. 589-591. Para Kohlberg (*ibíd.*, pág. 604) en el dilema de Heinz se esperaría que el tipo autónomo escogiera robar en contra de obedecer la ley, orientarse hacia el derecho a la vida y la relación mutua con la esposa que se está muriendo, percibir la

correspondían a tres niveles de desarrollo, subdivididos a su vez en dos estadios por nivel. Son los siguientes:

«Nivel A. Premoral:

Estadio 1. Orientación al castigo y obediencia.

Estadio 2. Ingenuo hedonismo instrumental.

Nivel B. Moralidad de conformidad con el rol convencional.

Estadio 3. Moralidad de mantenimiento de buenas relaciones, aprobadas por parte de otros.

Estadio 4. Moralidad del mantenimiento de la autoridad.

Nivel C. Moralidad de principios morales autoaceptados.

Estadio 5. Moralidad de compromiso, de derechos individuales y de la democracia aceptada.

Estadio 6. Moralidad de principios individuales de conciencia»<sup>249</sup>.

Gilligan censura que tanto Kohlberg cuanto Piaget –anteriormente– no entrevistaron a mujeres, por lo que estas investigaciones no pueden ser válidas para analizar el distinto desarrollo moral de los hombres y de las mujeres<sup>250</sup> y desarrolla una investigación transversal con 144 personas (utilizando igualmente el *dilema de Heinz*) de edades comprendidas entre los 6 y los 60 años, en los que el 50% son hombres y el otro 50% son mujeres, y con un amplio espectro respecto de la ocupación profesional, nivel de inteligencia, etc. La conclusión a la que llega es que las mujeres tienden a

---

demanda del farmacéutico como injusta, etc. De interés, REIMER, J., PAOLITTO, D. P., y HERSH, R. H., *Promoting moral growth: From Piaget to Kohlberg*, Waveland Press, 2ª ed., Illinois, 1990.

<sup>249</sup> Cfr. KOHLBERG, L. (ZUBIAUR ZÁRATE, A., trad.), *op. cit.*, pág. 35.

<sup>250</sup> Una de las críticas que se hacen a la investigación de Kohlberg es la universalidad del modelo, en la medida en la que realiza las investigaciones con chicos varones, de entre 10 y 16 años, de origen social normalizado y, sin embargo, apunta que el modelo de desarrollo moral es universal. Para Kohlberg, el individuo es capaz de desarrollar todas sus capacidades, con independencia del entorno en el que vive. ALONSO ALONSO, R., y FOMBUENA VALERO, J., «La ética de la justicia y la ética de los cuidados», en *Portularia: revista de trabajo social*, Universidad de Huelva, vol. 6, n.º 1, 2006, págs. 7-19, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/517> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 12. La crítica respecto de Kohlberg es cierta, sin embargo, distinta suerte debe correr la que hace a Piaget, porque no es cierto que este último no entrevistara a niñas, además de que, Gilligan hace una interpretación interesada de las conclusiones de Piaget. Sobre esta cuestión, de interés, WARD, D., «Escuchando voces. El mito...», *op. cit.*, págs. 65-69.

emplear el estadio 3 (*moralidad de mantenimiento de buenas relaciones, aprobadas por parte de otros*) como modo dominante de razonamiento frente a los hombres, que se sitúan en los estadios 4 (*moralidad del mantenimiento de la autoridad*) y 5 (*moralidad de compromiso, de derechos individuales y de la democracia aceptada*). En ese sentido, afirma que, para las mujeres, «la moralidad surge de la experiencia de la concepción y es concebida como un problema de inclusión más que de equilibrio»<sup>251</sup>.

Esta es la diferencia básica entre Kohlberg y Gilligan. Para el primero, la manera que tienen las mujeres de preocuparse por los demás es excesivamente concreta y directa, no requiere de unos principios universales. Para Gilligan, los cuidados sobre los que basan las mujeres su sentido de la justicia favorecen el desarrollo moral de una manera diferente, menospreciada por la perspectiva masculina de la justicia. En este sentido, para las mujeres es importante decidir las acciones más justas a llevar a cabo, teniendo en cuenta, por ejemplo, no hacer daño a nadie, o sintiendo las dificultades de otras personas, pudiendo llegar así a una cierta autonomía moral, que privilegia el nivel contextual<sup>252</sup>.

Gilligan acuña el término «ética del cuidado» («ethics of care») que deviene contrapuesta a la ética de la justicia. Para la autora,

«[L]a ética de los derechos [de la justicia] se funda en el concepto de igualdad y en la equidad del juicio, mientras la ética de la responsabilidad [del cuidado] se basa en el concepto de justicia distributiva, en el reconocimiento de la diversidad de necesidades. Si bien la ética de los derechos es una manifestación del respeto debido a cualquiera y se

---

<sup>251</sup> «morality is seen by these women as arising from the experience of connection and conceived as a problem of inclusion rather than one of balancing claims». Cfr. GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological...*, *óp. cit.*, pág. 160.

<sup>252</sup> ALONSO ALONSO, R., y FOMBUENA VALERO, J., «La ética de la justicia y la ética de los cuidados», *óp. cit.*, pág. 14. En relación con las personas LGTBIQ+, Guerrero Galván y González Romero han concluido que «los homosexuales, en un discurso argumentativo directamente relacionado con las éticas del cuidado y la justicia, en una identificación de un rol *sui generis*, se permiten romper las reglas determinadas por sus roles de género para moverse en el *continuum* con mayor facilidad, sin restricciones en torno a aquello que es, tradicionalmente, femenino o masculino». Cfr. GUERRERO GALVÁN, A. V., y GONZÁLEZ ROMERO, M. H., «Paradigmas de género: el lenguaje de la ética de la justicia y la ética del cuidado en ámbitos de confianza y no confianza en un grupo de jóvenes profesionistas homosexuales de la ciudad de Monterrey, México», en *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, Tecnológico de Monterrey. Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencia Política, vol. 6, nº 12, agosto-diciembre de 2010, págs. 125-156, disponible en <https://confines.mty.itesm.mx/> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 154-155.

orienta a encontrar un equilibrio entre las demandas del otro y las propias, la ética de la responsabilidad se basa en una comprensión que hace nacer la compasión y el cuidado»<sup>253</sup>.

En definitiva, lo que Gilligan propuso fue describir dos modelos alternativos de evolución moral, diferenciándolos sin jerarquizarlos ni valorizarlos en la medida en la que, para la autora –enmendando al neurólogo austriaco Sigmund Freud–, la configuración particular de la moral femenina no es expresión de una menor capacidad intelectual de las mujeres respecto de los hombres<sup>254</sup>.

Ahora bien, el hecho de que Kohlberg realizara sus observaciones solo en varones, que Gilligan incluyera a las mujeres en sus estudios y que esta última sistematizara la desviación peculiar en las respuestas femeninas, ha inspirado conclusiones radicales en algunas autoras feministas, quienes han enfatizado que la ética de la diferencia es exclusivamente femenina<sup>255</sup>. En consecuencia, la popularidad del concepto de Gilligan de *una voz diferente* es más una posición política e ideológica que intelectual<sup>256</sup>. Sin duda, como denuncia Sommers, este planteamiento «es indigno de un feminismo digno»<sup>257</sup>.

Efectivamente, el debate entre Kohlberg y Gilligan –en sus justos y desapasionados términos– no supone la existencia de una ética femenina, específica, diferente a la ética masculina. Así, para las profesoras españolas de Trabajo Social Rosario Alonso y Josefa Fombuena,

<sup>253</sup> «The morality of rights is predicated on equality and centered on the understanding of fairness, while the ethic of responsibility relies on the concept of equity, the recognition of differences in need. While the ethic of rights is a manifestation of equal respect, balancing the claims of other and self, the ethic of responsibility rests on an understanding that gives rise to compassion and care». Cfr. GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological...*, *óp. cit.*, págs. 164-165.

<sup>254</sup> *Ibid.*, págs. 171-172.

<sup>255</sup> DURÁN PALACIOS, N. M., «La ética del cuidado: una voz diferente», en *Revista Fundación Universitaria Luis Amigó*, Universidad Católica Luis Amigó, vol. 2, n.º 1, enero-junio de 2015, Medellín, págs. 12-21, disponible en <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RFunlam/article/view/1476> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 16.

<sup>256</sup> MEDNICK, M. T., «On the Politics of Psychological Constructs: Stop the Bandwagon, I Want to Get Off», en *American Psychologist*, vol. 44, n.º 8, agosto de 1989, págs. 1118-1123, cita en pág. 1118. La autora concluye que *la voz diferente* resulta ser un símbolo para un grupo de creencias sociológicas ampliamente aceptadas que defienden la diferencia de las mujeres por razones distintas a las del mérito científico. «The belief in a "different voice" persists; it appears to be a symbol for a cluster of widely held social beliefs that argue for women's difference, for reasons that are quite independent of scientific merit». Cfr. *Ibid.*, pág. 1120.

<sup>257</sup> «Promoting a gynocentric critique of knowledge is unworthy of a dignified feminism». Cfr. SOMMERS, CH. H., *Who Stole Feminism?...*, *óp. cit.*, pág. 78.

«[n]o se trata de plantear un enfrentamiento entre la ética y la vida buena, entre lo público y lo privado, lo imperativo y lo voluntario. Se trata de enfatizar la importancia imperativa del vínculo afectivo, de comprender que las relaciones humanas son todas relaciones de dependencia, siempre frágiles y discontinuas. Estas relaciones son fundamentales para la adquisición de las competencias éticas y para convertirnos en seres humanos autónomos. La mayor aportación de Gilligan está en dar cuenta de que existe otra posibilidad de enfocar el desarrollo moral»<sup>258</sup>.

Más allá de estas consideraciones, el feminismo cultural no tuvo especial reflejo en las reformas legales. Así, la profesora estadounidense de Derecho Christina Whitman señala como motivo que

«[L]as juristas feministas han llegado tarde a la cuestión de la diferencia. [...] El libro de Gilligan *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* se publicó justamente en el momento en el que la doctrina legal buscaba una alternativa a la teoría jurídica del derecho neutral de los años setenta»<sup>259</sup>.

En cualquier caso, las tesis del feminismo cultural de Gilligan han dado lugar a que algunas feministas dieran su apoyo a ciertos procedimientos judiciales, como la mediación en el plano del derecho de familia, considerando tal medida una modalidad más flexible y que contempla la singularidad de las situaciones a resolver<sup>260</sup>.

Con estas propuestas, se abre una disyuntiva entre igualdad (*Equal treatment*) y diferencia (*Special treatment*). Ambos modelos, por cuanto a la producción normativa se refiere, han mostrado sus carencias después de ser implementadas reformas inspiradas en cada uno de ellos, lo que ha generado en el pensamiento feminista un escepticismo en relación al derecho como instrumento capaz de traducir sus valores, sus exigencias y sus elecciones de vida<sup>261</sup>. En este sentido, la filósofa india Gayatri

<sup>258</sup> ALONSO ALONSO, R., y FOMBUENA VALERO, J., «La ética de la justicia y la ética de los cuidados», *óp. cit.*, pág. 17.

<sup>259</sup> «Legal feminists came late to the question of difference. [...] Gilligan's *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development* was published just at the time when legal scholars were looking for an alternative to the gender-neutral jurisprudence of the 1970s». *Cfr.* WHITMAN, C. B., «Feminist Jurisprudence...», *óp. cit.*, pág. 499.

<sup>260</sup> COSTA, M., «El debate igualdad/diferencia...», *óp. cit.*, pág. 244.

<sup>261</sup> FACCHI, A., «El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl», en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 3, n.º 6, primavera de 2005, págs. 27-47, disponible en [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/pub\\_ra\\_n6.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n6.php) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 34.



Chakravorty Spivak –hablando en nombre de los marginados de una manera transcultural– describe el liberalismo (y otras manifestaciones emancipadoras contemporáneas) como «aquello que no podemos no querer»<sup>262</sup>, con lo que, desde el punto de vista de los derechos de las mujeres, el derecho es algo que no se puede no querer, aunque sea, para el feminismo de la segunda ola, un derecho *masculinizado*<sup>263</sup>.

En este dilema se encierra, en cualquier caso, el compromiso por la igualdad. Así, la profesora estadounidense de Derecho Martha Minow señala que

«[s]i a veces las feministas parecen contradictorias, argumentando, por un lado, a favor del derecho de las mujeres a ser incluidas y tratadas como los hombres, y por otro lado, por el derecho de tener tratamiento especial (que valore las diferencias de las mujeres), las feministas tienen una explicación. La inconsistencia yace en un mundo y un conjunto de construcciones simbólicas que simultáneamente han usado a los hombres como la norma y denigrado cualquier desvío de la misma. Así, el feminismo demanda una estrategia que genere un doble desafío: por un lado, desafiar las asunciones de que las mujeres son demasiado diferentes de la norma inespecífica masculina como para disfrutar de los privilegios masculinos y, por otro, desafiar las pretensiones de que las diferencias de las mujeres realmente justifican la negación de esos privilegios o beneficios»<sup>264</sup>.

---

<sup>262</sup> «that which we cannot not want». Citada en BROWN, W., «Suffering the Paradoxes of Rights», en BROWN, W., y HALLEY, J. (edits.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, Durham - Londres, 2002, págs. 420-434, cita en pág. 420.

<sup>263</sup> Para esta paradoja, de interés, *ibíd.*, págs. 420-434. Para la autora, la «lista de nuestros problemas históricos y su mínima reparación durante el último siglo a través de la proliferación de derechos para las mujeres, también nos recuerda que los derechos casi siempre operan como una mitigación – pero no una resolución– de los poderes que nos subordinan. Si bien los derechos pueden atenuar la subordinación y las violaciones a las que somos vulnerables las mujeres en un régimen social, político y económico masculinizado; no pueden vencer ni al régimen ni a sus mecanismos de reproducción»; «[...] this very list of our historical woes and their minimal redress over the past century through a proliferation of rights for women also recalls that rights almost always serve as a mitigation - but not a resolution - of subordinating powers. Although rights may attenuate the subordination and violation to which women are vulnerable in a masculinist social, political, and economic regime, they vanquish neither the regime nor its mechanisms of reproduction». *Cfr. Ibid.*, pág. 422.

<sup>264</sup> «If, at times, feminists appear contradictory, arguing both for the right of women to be included and treated like men and for the right to have special treatment (which valorizes women's differences), feminists have an explanation. The inconsistency lies in a world and set of symbolic constructs that have simultaneously used men as the norm and denigrated any departure from the norm. Thus, feminism demands the dual strategy of challenging the assumptions that women are too different from the unstated male norm to enjoy male privileges and that women's differences actually justify denial of privileges or benefits». *Cfr. MINOW, M.*, «Feminist Reason: Getting It and Losing It», en *Journal of Legal Education*, Association of American Law Schools, vol. 38, n.º 1, 1988, págs. 47-60, cita en pág. 49.



El objetivo de la igualdad (entre los sexos, entre las razas, etc.) es un anhelo legítimo al que, como no puede ser de otra forma, nos sumamos. Ahora bien, lo importante es la igualdad real –la igualdad reconocida y vivida en la sociedad– y no solo la igualdad de todos ante la ley. Como nos ilustró de forma especialmente brillante el novelista ruso León Tolstoi,

«¿Igualdad ante la ley? Pero ¿acaso la vida entera del ser humano se desarrolla en los dominios de la ley? Sólo una milésima parte de su vida está sometida a las leyes; el resto está fuera de ellas, está en los dominios de las costumbres y del concepto de la sociedad»<sup>265</sup>.

#### 1.2.2.2. La teoría jurídica feminista de MacKinnon: el feminismo radical

Al feminismo cultural inspirado en las teorías de Gilligan se contraponen habitualmente el feminismo radical<sup>266</sup>. MacKinnon constituye el exponente más significativo de esta teoría. La autora parte de la afirmación de que tanto el feminismo que aboga por la igualdad cuanto el que demanda un trato diferenciado, como el feminismo cultural de Gilligan, miden la igualdad o la diferencia en función de patrones masculinos o, lo que es lo mismo, toman como parámetro de igualdad o de diferencia el derecho masculino, que se constituye como una forma de opresión<sup>267</sup>. Así, para MacKinnon,

«[q]uienes detentan el poder en la sociedad civil, que no son las mujeres, diseñan sus normas y sus instituciones, que se convierten en *status quo*. Quienes detentan el poder, que normalmente no son mujeres, escriben constituciones, que se convierten en el patrón más elevado de la ley. Quienes detentan el poder en unos sistemas políticos que no diseñaron las

<sup>265</sup> TOLSTOI, L. N., «Lucerna (del “diario” del príncipe Nejludov)», en TOLSTOI, L. N. (ANDRESCO, I., y ANDRESCO, L., trads.), *Obras. Tomo III*, Aguilar, Madrid, 1981, págs. 590-604, cita en pág. 603.

<sup>266</sup> FACCHI, A., «El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido...», *óp. cit.*, pág. 35. Este feminismo radical es una manifestación del denominado *feminismo de la dominación*. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-04, 2018, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-04.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 7.

<sup>267</sup> La opresión de un grupo social engloba cinco conceptos: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia: «exploitation, marginalization, powerlessness, cultural imperialism, and violence». Cfr. YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1990, pág. 40. Para el desarrollo de estos aspectos, *vid. ibíd.*, págs. 48-63. Además, y tal y como anuncia Young en la Introducción (*ibíd.*, pág. 10), el libro busca demostrar que la negación de la diferencia contribuye a la opresión del grupo social.

mujeres y de los que se ha excluido a las mujeres redactan la legislación, que establece los valores dominantes»<sup>268</sup>.

MacKinnon plantea la defensa de una igualdad que devenga «significativa para las mujeres»<sup>269</sup>. En ese sentido, aporta un enfoque alternativo en la medida en la que, afirma, la desigualdad no es una cuestión de identidad y de diferencia, sino de dominio y subordinación, o lo que es lo mismo, que la desigualdad tiene que ver con el poder (con su definición y su incorrecta distribución) y con su jerarquía. En conclusión, MacKinnon considera que el derecho debe reconocer las desigualdades –que, como se ha visto, son relaciones de poder– y defiende que «[e]l objetivo no es hacer categorías legales que rastreen y atrapen el *status quo*, sino hacer frente a las desigualdades en las condiciones de las mujeres a través de la ley para cambiarlas»<sup>270</sup>. Igualmente, advierte que la crítica de subjetividad de la ley feminista se invalida con la subjetividad de la ley actual (la masculina)<sup>271</sup>.

A modo de alegato final, en el que apuesta por la implementación de normas basadas en la *feminist jurisprudence*, MacKinnon clama que «[s]e dirá que la ley feminista no puede ganar y que no funcionará, pero es algo Prematuro. Sus posibilidades no pueden valorarse en abstracto, sino que deben estar en el mundo. La Teoría Feminista del Estado apenas se ha imaginado; nunca se ha probado»<sup>272</sup>.

---

<sup>268</sup> «Those with power in civil society, not women, design its norms and institutions, which become the status quo. Those with power, not usually women, write constitutions, which become law's highest standards. Those with power in political system that women did not design and from which women have been excluded write legislation, which sets ruling values». Cfr. MACKINNON, C. A., *Toward a feminist theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts - Londres, 1989, pág. 238.

<sup>269</sup> La autora señala que «[l]a igualdad entre los sexos en la ley no hay sido definida de manera significativa para las mujeres, pero se ha definido y limitado desde el punto de vista masculino para ajustarse a la realidad social existente de la desigualdad entre los sexos»; «Sex equality in law has not been meaningfully defined for women, but has been defined and limited from the male point of view to correspond with the existing social reality of sex inequality». Cfr. *Ibid.*, pág. 242.

<sup>270</sup> «Where mainstream equality law is abstract, this approach is concrete; where mainstream equality law is falsely universal, this approach remains specific. The goal is not to make legal categories that trace and trap the status quo, but to confront by law the inequalities in women's condition in order to change them». Cfr. *Íd.*

<sup>271</sup> *Ibid.*, pág. 249.

<sup>272</sup> «It will be said that feminist law cannot win and will not work. But this is premature. Its possibilities cannot be assessed in the abstract but must engage the world. A feminist theory of the state has barely been imagined; systematically, it has never been tried». Cfr. *Íd.*

### 1.2.3. Precedentes inspiradores de la actual política legislativa en EEUU: las ‘mandatory policies’

Las *mandatory policies* (políticas públicas de actuación obligatoria), constituyen uno de los legados –el más importante en el ámbito jurídico– del feminismo de la segunda ola por cuanto se tradujeron tanto en una prolija producción normativa cuanto en la modificación o creación de los protocolos dirigidos a la policía y a la fiscalía para reaccionar en casos de violencia doméstica<sup>273</sup>.

Mientras que las perspectivas feministas liberales destacan la autonomía de las mujeres, desde el feminismo radical se enfatizan los cambios necesarios a nivel social para revertir los prejuicios que, por razón de género, están instalados en la sociedad y en la cultura<sup>274</sup>. En ese sentido, el feminismo radical defiende un enjuiciamiento en el que la voluntad de la víctima quede en un segundo plano para que la violencia aflore y sea considerada un problema público. Así, la profesora norteamericana de Derecho Cheryl Hanna ha afirmado que «[l]os beneficios sociales obtenidos a través de esta respuesta de la justicia penal a la violencia doméstica superan con creces cualquier coste a corto plazo para la autonomía y la seguridad colectiva de las mujeres»<sup>275</sup>.

Se defiende, en definitiva, que, por ejemplo, la persecución por la fiscalía, aunque la víctima no quiera presentar cargos, puede tener un valor muy significativo, en la medida en la que tendrá como resultado el castigo del maltratador, el aumento de la seguridad de la víctima y la prevención de la violencia doméstica en general<sup>276</sup>. En ese sentido, el enjuiciamiento sin el concurso de la víctima «victimless prosecutions», se afirma, promueve la libertad de las futuras víctimas y, además, tiene el potencial de mejorar la libertad de las víctimas individuales liberándolas de la responsabilidad de la

<sup>273</sup> Esta doble vía de concreción de las *mandatory policies* (leyes y protocolos) es la que justifica que nos decantemos por traducir *policies* por *políticas públicas*, puesto que la traducción por *protocolos* no abarcaría toda la dimensión del concepto.

<sup>274</sup> NICHOLS, A. J., «No-Drop Prosecution in Domestic Violence Cases: Survivor-Defined and Social Change Approaches to Victim Advocacy», en *Journal of Interpersonal Violence*, Sage Publications, vol. 29, n.º 11, 2 de enero de 2014, págs. 2114-2142, cita en pág. 2120.

<sup>275</sup> «The societal benefits gained through this criminal justice response to domestic violence far outweigh any short-term costs to women's autonomy and collective safety». Cfr. HANNA, C., «No right to choose: Mandated victim participation in domestic violence prosecutions», en *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 8, junio de 1996, págs. 1849-1910, cita en pág. 1857.

<sup>276</sup> DEMPSEY, M. M., «Toward a Feminist State: What Does ‘Effective’ Prosecution of Domestic Violence Mean?», en *Modern Law Review*, vol. 70, n.º 6, noviembre de 2007, págs. 908-935, cita en pág. 912.

toma de decisiones y la carga reconocida de participación, así como prometiéndoles la posibilidad de estar libres de más violencia<sup>277</sup>. Sin embargo, como veremos, este enjuiciamiento tiene una serie de consecuencias, como el alejamiento obligatorio, que no siempre se compaginan con los intereses subjetivos de la víctima, especialmente en los casos de violencia de baja intensidad.

Las perspectivas feministas radicales también sostienen que cuando el enjuiciamiento se traslada de la víctima al Estado –un delito público en lugar de un asunto privado– aumentan las opciones de las víctimas, ya que los agresores no pueden obligarlas a retirar los cargos<sup>278</sup>.

Las políticas públicas de actuación obligatoria se manifiestan, como hemos señalado, tanto en las leyes cuanto en los protocolos de actuación de la policía y de los fiscales, y pueden sistematizarse en cuatro grandes grupos: a) Las *mandatory arrest*, o detención obligatoria del agresor; b) las *no-drop policies*, u obligación del fiscal de acusar aunque la víctima no presente cargos o los retire; c) las *protection order*, u orden de protección solicitada por terceras personas ajenas a la víctima, que incluye la imposición obligatoria del alejamiento; y d) las *mandatory reporting*, u obligación de terceras personas a presentar denuncia aun con la negativa de la víctima.

#### 1.2.3.1. *Mandatory arrest: Detención obligatoria del agresor*

Con anterioridad a la implementación de las *mandatory policies* era habitual que, ante un suceso de violencia doméstica, los departamentos de policía, en la medida en la que tenían el convencimiento de que la violencia doméstica era un asunto privado, ignoraran las llamadas o retrasaran la intervención. Además, cuando se personaban en el

---

<sup>277</sup> ELLISON, L., «Prosecuting Domestic Violence without Victim Participation», en *Modern Law Review*, Blackwell Publishers, vol. 65, n.º 6, noviembre de 2002, págs. 834-858, cita en pág. 852. La autora, profesora británica de Derecho, hace una aproximación a esta problemática en Inglaterra y Gales, destacado que, en los casos de violencia doméstica, la policía y los fiscales, rara vez continúan la investigación ante la retirada de la denunciante, incluso en casos graves. Sobre los códigos de prácticas de la policía y de la fiscalía en Inglaterra, *vid.*, en la doctrina española, CUADRADO SALINAS, C., *La investigación en el proceso penal*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2010, págs. 215-335.

<sup>278</sup> NICHOLS, A. J., «No-Drop Prosecution in Domestic Violence Cases: Survivor-Defined...», *óp. cit.*, pág. 2120.

domicilio, la actuación se limitaba a apaciguar los ánimos y, en una mayoría abrumadora de casos, no se practicaba la detención del agresor<sup>279</sup>.

Ante esta pasividad policial<sup>280</sup>, la detención obligatoria del agresor (*mandatory arrest*) se constituye como la primera manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria<sup>281</sup> que se concreta en el mandato a la policía para que, en el caso de que entienda indiciariamente que se ha podido cometer un delito de violencia doméstica, procedan a la detención del agresor incluso en el caso de que la víctima se oponga a la misma<sup>282</sup>.

<sup>279</sup> ZORZA, J., «Criminal Law of Misdemeanor Domestic Violence, 1970-1990», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University. School of Law, vol. 83, n.º 1, 1992, págs. 46-72, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol83/iss1/2/> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 47-48. Señala la autora (*ibíd.*, pág. 48), que estas prácticas se acentuaban en las zonas rurales, en las que los agentes de policía conocían a los implicados y eran todavía mucho más reacios a practicar la detención del agresor, o lo que es lo mismo, a responder de una manera en la que protegieran a la víctima. Por otro lado, expone que, incluso, algunos protocolos policiales –como el *Training Bulletin on Techniques of Dispute Intervention* de 1975 de la policía de Oklahoma– apostaban claramente por una política de intervención mínima en casos de violencia doméstica. Así, establecía que «el arresto solo agravará la disputa o creará un peligro serio para los oficiales que lo arrestan debido a posibles esfuerzos para resistir el arresto ... es más probable cuando un esposo o padre es arrestado en su casa ... Normalmente, los oficiales deben adherirse a la política de evitar los arrestos ... pero cuando una de las partes exige el arresto, debe intentar explicar las consecuencias de dicha acción (por ejemplo, pérdida de salario, exigencias de fianza, comparecencias en el juzgado) y alentar a las partes a razonar entre sí»; «arrest will only aggravate the dispute or create a serious danger for the arresting officers due to possible efforts to resist arrest... is most likely when a husband or father is arrested in his home .... Normally, officers should adhere to the policy that arrests shall be avoided... but when one of the parties demands arrest, you should attempt to explain the ramifications of such action (e.g., loss of wages, bail procedures, court appearances) and encourage the parties to reason with each other». *Cfr. Íd.*

<sup>280</sup> Se ha señalado que la primera razón para la implementación de las *mandatory arrest* fue el control de la labor policial. STARK, E., «Mandatory Arrest of Batterers: A Reply to Its Newark», en *American Behavioral Scientist*, Sage Publications, vol. 36, n.º 5, mayo de 1993, págs. 651-680, cita en pág. 661.

<sup>281</sup> MICCIO, G. K., «A House Divided: Mandatory Arrest, Domestic Violence, and the Conservatization of the Battered Women's Movement», en *Houston Law Review*, vol. 42, n.º 2, 21 de mayo de 2005, págs. 237-323, disponible en <https://houstonlawreview.org/article/4696-a-house-divided-mandatory-arrest-domestic-violence-and-the-conservatization-of-the-battered-women-s-movement> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 250. Se apunta que, entre otras causas, las demandas interpuestas por negligencia contra los departamentos de policía tuvieron un importante peso en la decisión de implementar las políticas de arresto obligatorio. HIRSCHL, D., BUZAWA, E., PATTAVINA, A., y FAGGIANI, D., «Domestic Violence and Mandatory Arrest Laws: To What Extent Do They Influence Police Arrest Decisions», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, School of Law, vol. 98, n.º 1, 2007, págs. 255-298, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol98/iss1/6/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 257.

<sup>282</sup> COKER, D., «Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence: A Critical Review», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, 2001, págs. 801-860, disponible en [https://repository.law.miami.edu/fac\\_articles/291/](https://repository.law.miami.edu/fac_articles/291/) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 806.

Las *mandatory arrest* fueron entendidas como una herramienta para responsabilizar tanto al agresor como al Estado por lo que se consideraba una conducta colaborativa y como un correctivo para un sistema social que se negaba a tratar la violencia íntima masculina como conducta ofensiva y como conducta criminal. Así, una vez que la policía recibía una denuncia por violencia doméstica y existía una causa probable para creer que existía un delito, debían detener a la parte infractora obligatoriamente<sup>283</sup>.

El sociólogo y trabajador social estadounidense Evan Stark señala las principales críticas a las *mandatory arrest*, que se sintetizan, en primer lugar, en que el arresto obligatorio no funciona, por cuanto esta política puede reducir la violencia en algunos casos y aumentarla en otros. En segundo lugar, el arresto obligatorio es inhumano, ya que hace poco por la víctima y menos por el delincuente. Aún más, pone en peligro a la familia. En ese sentido, coincidimos con Stark en que debe limitarse el arresto obligatorio a los casos más peligrosos. En tercer y último lugar, las mismas personas a las que se está tratando de proteger no lo quieren, ya que es contradictorio fomentar la libertad de una mujer como ciudadana plenamente dotada y luego devaluarla implementando una política que sustituye su autonomía<sup>284</sup>.

---

<sup>283</sup> MICCIO, G. K., «A House Divided: Mandatory Arrest, Domestic...», *óp. cit.*, págs. 264-265.

<sup>284</sup> «1. *Mandatory arrest does not work*. Although arrest might reduce violence in some instances, it may actually increase it in others. Only in allowing police to exercise informed discretion-what Sherman termed "structured discretion"-can we meet the objectives of deterrence. Manning goes further. By "disqualifying" minorities, using force to intrude in private life, arrest actually exacerbates social inequalities based on class, race, and sex.

2. *Mandatory arrest is inhumane*. Arrest does little for the victim and less for the offender. Worse, it jeopardizes the fundamental integrity of family life. It is far better to limit arrest to the most dangerous cases, use treatment for batterers, and offer a range of compassionate family supports. What police need, simply, is an instrument to identify the most severe cases. The child protection system offers a model for this approach.

3. *The very people we are trying to protect do not want it*. It appears contradictory for us to value a woman's claim to liberty as a fully endowed citizen and then to devalue her assessment of a policy carried out in her name, like mandatory arrest. Allowing women-and the police-the discretion to decide whether arrest should occur satisfies the consumer interest of the former and sustains the morale of the latter». Cfr. STARK, E., «Mandatory Arrest of Batterers: A Reply...», *óp. cit.*, pág. 659. Para algunas investigaciones con resultados de la implementación de las *mandatory arrest*, *vid.* SHERMAN, L. W., y BERK, R. A., «The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault», en *American Sociological Review*, vol. 49, n.º 2, abril de 1984, págs. 261-272; y HIRSCHL, D., BUZAWA, E., PATTAVINA, A., y FAGGIANI, D., «Domestic Violence and Mandatory Arrest...», *óp. cit.*



### 1.2.3.2. *No-drop policies: Obligación del fiscal de acusar aun cuando la víctima no participa en el proceso*

Una vez que la policía comenzó a arrestar a los presuntos agresores, el foco de atención se dirigió al enjuiciamiento, por cuanto los fiscales no solían presentar cargos en los casos de violencia doméstica<sup>285</sup>. Se han dado varios motivos, entre los que destacan la falta de cooperación, la renuencia o la negativa absoluta de la víctima a presentar cargos<sup>286</sup> y el convencimiento de los fiscales de que la violencia doméstica es ajena al proceso penal, ya que se trataría de disputas privadas menores<sup>287</sup>.

Como respuesta a esta situación, se implementaron las políticas de persecución obligatoria (*no-drop policies*), que han sido definidas como la afirmación del Estado de que el proceso penal seguirá adelante con independencia de la voluntad de la víctima, limitando el poder de discrecionalidad del fiscal para abandonar un caso únicamente porque la víctima no esté dispuesta a colaborar<sup>288</sup>.

Por lo que se refiere al grado de demanda de involucración de la víctima en el proceso, se distingue entre las *no-drop suaves* (“*soft*” *no-drop policy*) y las *no-drop duras* (“*hard*” *no-drop policy*). En las primeras, se permite que las mujeres –en atención a los contextos en los que se ha producido la violencia– no colabore en el procedimiento sin ninguna respuesta punitiva en su contra, aun cuando suponga que el fiscal se quede sin elementos incriminadores suficientes como para presentar cargos. En

<sup>285</sup> HANNA, C., «No right to choose: Mandated...», *óp. cit.*, pág. 1860. Las primeras evaluaciones de los programas de *mandatory arrest* criticaron la falta de enjuiciamiento penal después de la detención en el lugar de los hechos. *Vid.* ZORZA, J., «Criminal Law of Misdemeanor Domestic...», *óp. cit.*, pág. 71.

<sup>286</sup> BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G., Introducción a BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G. (edits.), *Domestic Violence: The...*, *óp. cit.*, pág. xvii.

<sup>287</sup> CAHN, N. R., y LERMAN, L. G., «Prosecuting Woman Abuse», en STEINMAN, M. (edit.), *Woman Battering: Policy Responses*, Anderson Publishing-Academy of Criminal Justice Sciences, Cincinnati y Highland Heights, 1991, págs. 95-112, cita en pág. 96.

<sup>288</sup> CORSILLES, A., «No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee To Action or Dangerous Solution?», en *Fordham Law Review*, vol. 63, n.º 5, 1994, págs. 853-881, disponible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss3/5/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 858. Se ha señalado que, en muchas ocasiones, los jueces y los fiscales muestran su frustración por el hecho de que el delito pueda quedar impune por la negativa de la mujer a declarar, pero debe reconocerse que esa decisión se toma en el seno de unas relaciones humanas complejas que, en ocasiones, implican consecuencias económicas, en relación con los hijos, etc. SCHNEIDER, E. M., «Domestic Violence Law Reform in the Twenty-First Century: Looking Back and Looking Forward», en *Family Law Quarterly*, American Bar Association, vol. 42, n.º 3, 2008, págs. 353-363, cita en pág. 363.



las segundas, se exige la cooperación de las víctimas hasta el punto de que pueden llegar a ser acusadas de desacato en el caso de que se nieguen a involucrarse en el proceso<sup>289</sup>. En este sentido, en EEUU se exige a las mujeres maltratadas que cooperen con el Estado y son obligadas a declarar, con excepción de aquellos pocos Estados donde se pueden invocar privilegios matrimoniales<sup>290</sup>.

Para Hanna, es deseable aconsejar, apoyar e informar a la víctima en un esfuerzo por fomentar su cooperación. Sin embargo, cuando esos intentos fallan, el uso de los poderes estatales para obligar a participar es a menudo una mejor alternativa que desestimar el caso por completo. Si no se condena al agresor, la violencia doméstica generalmente aumenta tanto en severidad cuanto en frecuencia. Si una mujer golpeada no coopera en el proceso y el asunto se archiva, es probable que sea golpeada nuevamente. Si se le obliga a participar, puede experimentar muchas dificultades, pero la pérdida de control sobre los resultados delictivos no es tan dañina como la violencia física y el riesgo de muerte. Además, si el enjuiciamiento tiene éxito gracias a su participación: a) es posible que nunca vuelva a ser víctima de nadie, especialmente si gana más confianza en sí misma y en el sistema como resultado del proceso penal; b) se evitará que el maltratador maltrate a nuevas parejas; y c) se eliminará la posibilidad de que los niños sufran agresiones y crezcan en un entorno violento, lo que aumenta las posibilidades de generar violencia en sus propias relaciones<sup>291</sup>. En nuestra opinión, se carga a la víctima con una responsabilidad excesiva. Fiar el éxito del proceso a la voluntad de declarar de la víctima –doblegada por el Estado en este caso con la amenaza de repercusiones penales– es poner a la víctima en una posición muy complicada, sobre todo, si el acto de violencia ha sido menor.

---

<sup>289</sup> NICHOLS, A. J., «No-Drop Prosecution in Domestic Violence Cases: Survivor-Defined...», *óp. cit.*, pág. 2117.

<sup>290</sup> Vid. HANNA, C., «No right to choose: Mandated...», *óp. cit.*, págs. 1894-1895.

<sup>291</sup> *Ibíd.*, págs. 1895-1896.

### 1.2.3.3. *Protection order: Orden de protección solicitada por terceras personas ajenas a la víctima e imposición obligatoria del alejamiento*

La posibilidad de que la orden de protección<sup>292</sup> sea solicitada por personas ajenas a la víctima y que se pueda acordar el alejamiento obligatorio es una expresión de las *mandatory policies*.

Las órdenes de protección son consideradas como las *abuelas de la regulación de la violencia doméstica* («grandmother of domestic violence law»<sup>293</sup>) y, como se ha afirmado, son problemáticas, insatisfactorias y limitadas<sup>294</sup>. Las órdenes pueden ser de carácter civil (*civil protection order*) o de carácter penal (*criminal protection order*)<sup>295</sup>, si bien, la ventaja de las *civil protection order* es que no implican la detención del agresor, por lo que se favorece la autonomía de la víctima, especialmente en los colectivos –afroamericanos, inmigrantes, etc.– que, históricamente, han sido tratados de forma injusta por los tribunales de justicia<sup>296</sup>.

Por el contrario –y en línea con lo analizado anteriormente para las *no-drop policies*– en las *criminal protection order* el fiscal solicitará la orden temporal de alejamiento y de prohibición de comunicación para que el acusado no entre en contacto con la víctima aun en el caso de que se trate de delitos menores (a diferencia de lo que sucede en la delincuencia común, aunque se trate de delitos graves). Esta previsión se articula para que los fiscales traten los casos de violencia doméstica como un fenómeno

<sup>292</sup> En EEUU recibe varias denominaciones en función de las distintas normativas estatales: *protection order*, *order of protection*, *restraining order*, *injunction*, etc. SUK, J., «Criminal Law Comes Home», en *The Yale Law Journal*, Yale Law School Legal Scholarship, vol. 116, n.º 1, enero de 2006, págs. 1-70, disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol116/iss1/1/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 7 (en nota al pie).

<sup>293</sup> *Ibid.*, pág. 13. La autora señala (*id.*) que la orden de protección se reguló por primera vez en 1976 a través de la *Pennsylvania's Protection from Abuse Act*.

<sup>294</sup> SCHNEIDER, E. M., «Domestic Violence Law Reform...», *óp. cit.*, pág. 357.

<sup>295</sup> Para el alcance de ambas, *vid.* SUK, J., «Criminal Law Comes Home», *óp. cit.*, págs. 13-17.

<sup>296</sup> GOLDFARB, S. F., «Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence: Can Law Help End The Abuse Without Ending the Relationship?», en *Cardozo Law Review*, vol. 29, n.º 4, 2008, págs. 1487-1551, cita en págs. 1508-1509. En este sentido, para que las intervenciones estatales tengan alguna esperanza de ser útiles para las mujeres maltratadas de las minorías pobres, la profesora estadounidense de Derecho Donna Coker sostiene que son necesarias dos series de condiciones: En primer lugar, deben ponerse a disposición de las mujeres maltratadas más pobres y desfavorecidas importantes recursos materiales para mejorar sus posibilidades de éxito a la hora de abandonar o cambiar la situación inmediata de maltrato; y, en segundo lugar, las organizaciones de mujeres maltratadas deben supervisar las respuestas policiales. COKER, D., «Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic...», *óp. cit.*, págs. 848-849.

delincuencial particularmente grave<sup>297</sup>. Así, la adopción de una orden de protección sin que medie la solicitud de la víctima implica la imposición del alejamiento obligatorio o, como se ha definido, de un *divorcio de facto*<sup>298</sup>.

La posibilidad de que se acuerde el alejamiento a solicitud del fiscal hace que la mujer-víctima se vea compelida a elegir entre continuar su relación sentimental u obtener una orden de protección, renunciando a los beneficios de esta última. Coincidimos con la profesora de Derecho estadounidense Sally Goldfarb en que esta situación socaba la autonomía de la víctima e, igualmente, su seguridad. Así, la autora afirma que

«[u]na mujer maltratada puede verse obligada a elegir entre continuar una relación y obtener una orden de protección civil. Esta situación socava la autonomía de la mujer al ignorar el hecho de que puede preferir mantener la relación y obtener la ayuda de la ley para poner fin a la violencia. También socava su seguridad, porque si se les da la posibilidad de elegir entre una orden de protección y quedarse sin protección, muchas mujeres maltratadas elegirán esta última y renunciarán a los muchos beneficios que les proporciona una orden»<sup>299</sup>.

#### 1.2.3.4. *Mandatory reporting: obligación de los servicios sanitarios de denunciar aun sin el consentimiento de la víctima*

Las *mandatory reporting* se traducen en la obligatoriedad del personal sanitario que atiende a las víctimas de violencia doméstica de trasladar la *notitia criminis* a las autoridades.

Respecto de la percepción de estos protocolos por parte de las víctimas, los datos extraídos del estudio realizado por los profesores estadounidenses de Medicina Martha

<sup>297</sup> SUK, J., «Criminal Law Comes Home», *óp. cit.*, pág. 46.

<sup>298</sup> *Ibid.*, pág. 42. La autora utiliza el término «de facto divorce», si bien, el concepto engloba tanto a las parejas casadas cuanto a las que no lo están.

<sup>299</sup> «a battered woman may be forced to choose between continuing a relationship and obtaining a civil protection order. This situation undermines the woman's autonomy by disregarding the fact that she may prefer to maintain the relationship and enlist the law's help to end the violence. It also undermines her safety, because given a choice between a stay-away order and no protection order at all, many battered women will choose the latter and forego the many benefits that an order provides». *Cfr.* GOLDFARB, S. F., «Reconceiving Civil Protection Orders...», *óp. cit.*, págs. 1531.

Coulter y Ronald Chez<sup>300</sup> arrojan el resultado de que el 85% de las mujeres encuestadas se mostraron favorablemente a que fuera el personal sanitario el que denunciara los hechos, sin embargo, solo el 2% hizo conocedores a los médicos de la situación de maltrato. Enfocado en la perspectiva de los sanitarios, del estudio de Rodríguez, McLoughlin, Bauer, Paredes, y Grumbach<sup>301</sup>, se concluye que el 74% de los encuestados había identificado a pacientes que experimentaban violencia en sus relaciones de pareja. Por otro lado, el estudio revela que los facultativos percibían las *mandatory report*, como una violación de la confidencialidad médico-paciente, así como un ataque a la autonomía de la mujer.

## 2. Principios rectores de la actual política legislativa derivados de las doctrinas del feminismo radical

El feminismo de la segunda ola influyó decisivamente para la adopción de muchas de las políticas articuladas en el ordenamiento jurídico español, como las de arresto obligatorio (*mandatory arrest policies*) y de persecución obligatoria (*no-drop policies*)<sup>302</sup>. Además, el feminismo institucional se hizo presente en España, con especial protagonismo, en el seno del Partido Socialista Obrero Español (PSOE)<sup>303</sup> – partido político que gobernaba la nación al tiempo de la promulgación de la LOVG–.

Desde las atalayas de estos feminismos se ha querido presentar la opción legislativa iniciada con la regulación específica de la violencia doméstica y acentuada por la LOVG como la única que asume la defensa de la mujer<sup>304</sup>. De la misma forma, se

<sup>300</sup> COULTER, M. L., y CHEZ, R. A., «Domestic Violence Victims Support Mandatory Reporting: For Others», en *Journal of Family Violence*, Springer, vol. 12, n.º 3, 1997, págs. 349-356. El estudio se realizó en el Estado de Florida sobre una muestra de 45 encuestadas.

<sup>301</sup> RODRIGUEZ, M. A., MCLOUGHLIN, E., BAUER, H. M., PAREDES, V., y GRUMBACH, K., «Mandatory Reporting of Intimate Partner Violence to Police: Views of Physicians in California», en *American Journal of Public Health*, American Public Health Association, vol. 89, n.º 4, abril de 1999, págs. 575-578. Constituye la muestra del estudio 508 médicos de cuatro especialidades (medicina de familia, medicina interna, obstetricia e urgencias). Citas en pág. 577.

<sup>302</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, pág. 7.

<sup>303</sup> Para esta cuestión, *vid.* PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, *óp. cit.*, págs. 235-244.

<sup>304</sup> MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 133-156, cita en pág. 141.

ha creado una ortodoxia, que como tal<sup>305</sup>, se retroalimenta a través del control del mensaje y de la creación de una serie de dogmas –como el de que toda la violencia ejercida por un hombre heterosexual sobre una mujer en el ámbito de la pareja íntima es siempre, y en todo caso, violencia de dominación por razón de género; o como el de que la mujer-víctima siempre, y en todo caso, tiene la capacidad volitiva alterada; o como que el hombre-victimario siempre, y en todo caso, en una ser antisocial– que deben ser aceptados a pie juntillas aun sin tener soporte empírico, o como hemos demostrado anteriormente, sobre la base de un soporte empírico adulterado. Bien podría aplicarse al feminismo radical y a todos sus seguidores la afirmación de Rousseau: «Habiéndose apoderado de todos ellos el furor por los sistemas, ninguno procura ver las cosas como son, sino como estas se acomodan a su sistema»<sup>306</sup>.

Además, esta suerte de *religión* –como cualquier otra ortodoxia–, recurre a la falacia *ad hominem*<sup>307</sup>, tildando de misógino, machista, reaccionario y cualquier otro epíteto a aquellos que osan poner en duda cualquiera de los planteamientos aceptados por esta *doctrina feminista infalible* como dogmas de fe. Igualmente, se hace uso del chantaje emocional a través de la falacia *patética*, que recibe este nombre porque con su utilización se apela al *pathos* (la emoción que, en este caso, nos produce la empatía con las mujeres víctimas y al sexo femenino en su conjunto) y no al *logos* (la razón)<sup>308</sup>. De

<sup>305</sup> Los sistemas ortodoxos, una vez implantados, son capaces de crear ortodoxia en individuos (es decir: individuos para los que los dogmas básicos de la ortodoxia trascienden a los criterios de la demostración racional o empírica) y la lograda difusión de una ortodoxia depende simultáneamente de su origen a partir de un determinado sistema de creencias, del poder de control ejercido por los grupos situados en el centro del sistema para encontrar nuevos prosélitos y para recibir así más esfuerzo retroactivo. TAJFEL, H., «Concepciones psicológicas de la equidad: su presente y su futuro», en FRAISSE, P. (dir.), (OLASAGASTI, M., y GUERA MIRALLES, A., trads.), *El porvenir de la psicología*, Morata, Madrid, 1985, págs.139-154, cita en pág. 150.

<sup>306</sup> «La fureur des systèmes s'étant emparée d'eux tous, nul ne cherche à voir les choses comme elles sont, mais comme elles s'accordent avec son système». Cfr. ROUSSEAU, J. J., *Œuvres complètes. Tome III. Émile. Tome I*, Chez P. Dupont, París, 1823, pág. 443.

<sup>307</sup> La falacia *ad hominem* es una violación de la Regla de la Libertad en la etapa de confrontación de ideas de una discusión argumentativa. Se pretende restringir la libertad de acción de la otra parte y colocarla bajo presión a base de ataques personales. Esta restricción de la libertad de acción se consigue, además, y entre otras, con las falacias de garrote (*argumentum ad baculum*); y de apelación a la lástima (*argumentum ad misericordiam*). Por otro lado, también se viola la Regla de la Libertad con las falacias de declarar un punto de vista sacrosanto, o tabú. Vid. VAN EEMEREN, F. H. (WOLF, K., y SANTIBÁÑEZ, C., trads.), *La teoría de la argumentación: Una perspectiva pragmática*, Palestra Editores, Lima, 2019, pág. 106.

<sup>308</sup> Este sofisma contiene todos los mecanismos de persuasión no argumentativos para defender un punto de vista excitando los sentimientos del interlocutor. No se explican las razones por las que se debe hacer o dejar de hacer algo, sino que se apela a la sensibilidad para inducir al oyente. Vid. GARCÍA DAMBORENEA, R., *Uso de razón: El arte de Razonar, Persuadir, Refutar. Un programa*

esta forma, como ya afirmaba en forma de denuncia el catedrático de retórica francés Balthazar Gibert a mediados del siglo XVIII, cuando las razones son débiles, los afectos son los que gobiernan<sup>309</sup>.

Como paradigma de lo que estamos exponiendo, Manuel Atienza, en la tercera edición de su siempre recomendable *Guerra de las Falacias*, hace referencia a las declaraciones a la prensa de la por entonces vicepresidenta de una organización de mujeres juristas después del asesinato de una mujer por parte de su marido en 1997, hecho que tuvo una importante relevancia mediática. Con su fina y afilada pluma, afirma el profesor Atienza:

«La feminista juperina. Cierta tipo de feminismo radical parece basarse en la idea de que, cuando una afirmación verdadera se exagera, el resultado que se obtiene es una verdad más rotunda. Sin embargo, a mí me parece que los rayos que desde el Olimpo feminista se lanzan contra los simples mortales (generalmente del otro género) fallan con alguna frecuencia en el blanco y producen no una verdad más radical, sino una confusión mayor. Es lo que ocurre, a mi juicio, con ciertos excesos de la vicepresidenta de la Asociación de

---

*integral de iniciación a la lógica, el debate y la dialéctica*, Edición corregida y ampliada, febrero de 2012, págs. 400-403. Afirma el autor que «[l]as falacias patéticas, principal arma del demagogo, representan el colmo de los malos argumentos. Ni siquiera los hay. Ni existen premisas ni conclusión, ni ganas de argumentar. Precisamente, se trata de evitarlo. No se pretende justificar una tesis, sino arrancar un asentimiento emocional». Cfr. *Ibíd.*, pág. 401.

<sup>309</sup> «En la confirmacion judicial, se separan unos argumentos de otros , por la amplificacion . por la alabanza , ó vituperio de algun sugeto . ó de alguna accion, por la recapitulacion de las circunstancias ; en fin , por las pasiones ó efectos, á que da ocasion la prueba que se está haciendo. Y hay mucha razon para hacer esto en las pruebas ; porque las que regularmente emplea el Orador , no son demostrativas ; de suerte , que si un argumento se siguiera inmediatamente despues del otro, el segundo facilmente destruiría la idea del primero, como que por sí no es bastante fuerte , para hacer una impresion permanente en los ánimos de los Jueces , si se les habla y llama la atencion á otra cosa. Con que es preciso instarles y estrecharlos, hasta hacerlos inclinar á lo que el Orador intenta. ¿Y por dónde se les ha de estrechar sino es por el corazon , que en las cosas dudosas es el gran móvil del entendimiento? Quando las razones son débiles , los afectos son los que gobiernan». Cfr. GIBERT, B. (MOLINA Y TOLOSA, B., trad.), *La Rhetorica ó Reglas de la Eloquencia*, en la oficina de la viuda é hijo de Marín, Madrid, 1792, pág. 341. Por el interés, reproducimos igualmente el original francés. «Dans la Confirmation Judiciaire on s'épare les Argumens les uns des autres par l'Amplification , par le Blâme ou la Louange de quelqu'un ou de quelque chose , par quelque Récapitulation des circonstances , enfin par les Passions & les Motivemens, que la Preuve qu'on vient d'employer, donne lieu de traiter. Ce n'est pas fans raison qu'on en use ainsi dans les Preuves ; mais c'est parce que les Preuves ordinaires de l'Orateur ne sont pas démonstratives , de sorte que si un Argument vient immédiatement après l'autre , le second détruit facilement l'idée du premier , à cause que par lui-même il n'est pas assez fort pour demeurer dans l'esprit du Juge , tandis qu'on l'occupe & qu'on l'entretient d'autre chose. Il est donc à propos de le presser encore & de le pousser , afin de le déterminer à ce que nous voulons. Or par où le presser encore , si ce n'est pas le cœur . qui dans les choses douteuses est le grand mobile de l'entendement, parce que quand la raison est trop foible , c'est l'affection qui nous gouverne?». Cfr. GIBERT, B., *La Rhetorique ou les Regles de l'Eloquence*, Montalant, Montpellier, 1741, págs. 511-512.



mujeres juristas (Themis) más propios, por cierto, del iracundo Júpiter que de la equilibrada Themis. Por ejemplo, cuando afirmaba (en “Información” de 27-XII-97) que en los últimos años no se había producido “cambio alguno” en la “mentalidad sexista de los jueces españoles”: ¿Pero cómo es eso posible si, en la misma época, el número de *mujeres* jueces ha aumentado en forma espectacular? O cuando consideraba “imprescindible que sea el movimiento organizativo feminista quien hable, quien protagonice, quien proponga y el Parlamento debe actuar en consecuencia”: ¿Se trata con ello de establecer algún nuevo límite a la soberanía del Parlamento? ¿Quizás porque existen ciertas verdades “de género” que les está vedado conocer a quienes pertenecen al otro género?»<sup>310</sup>.

Sin lugar a dudas, estas declaraciones de 1997 no fueron más que una manifestación pública de lo que estaba por venir, es decir, de la sumisión de los poderes públicos, del legislador, del Tribunal Constitucional, de parte de la jurisdicción y, para qué negarlo, de la sociedad en su conjunto que, lejos de actuar con masa crítica, han respondido a ese «debe actuar» –en la mayoría de los casos– de forma obediente cuanto no cobarde o, por lo menos, con *servidumbre voluntaria*<sup>311</sup> respecto de la tiranía impuesta por el feminismo radical. Muchos lo habrán hecho de buena fe, confundidos por las cifras estadísticas; otros, por sumisión o por convencimiento, sin embargo, nos aventuramos a afirmar que una parte importante lo ha hecho por indiferencia. Ante estos, los indiferentes, solo podemos hacer nuestras las palabras, en primer lugar, del político, filósofo, teórico marxista, sociólogo y periodista italiano Antonio Gramsci,

<sup>310</sup> ATIENZA, M., *La guerra de las falacias*, Librería Compás, 3ª ed. ampliada, Alicante, 2008, págs. 44-45.

<sup>311</sup> El concepto de *servidumbre voluntaria*, acuñado a mediados del siglo XVI por el escritor y magistrado francés Étienne de La Boétie, significa –a grandes rasgos– que *servir* implica un acto de sumisión a un poder tiránico que se da por el consentimiento de los súbditos. Para el autor, «[a]un, a este tirano solo, no es menester combatirle, no hay necesidad de defenderse de él; por sí mismo se anula ya que el país no consiente en la servidumbre, no hace nada por hacerlo desaparecer, pero no le da nada tampoco; no es necesario que el país se tome el trabajo de hacer nada para sí, pero que tampoco se tome el trabajo de hacer nada contra sí mismo. Son, pues, los mismos pueblos los que se dejan o, más bien, se hacen someter, pues cesando de servir, serían, por esto mismo, libres. Es el pueblo el que se esclaviza, el que se corta el cuello, ya que, teniendo en sus manos el elegir estar sujeto o ser libre, abandona su independencia y toma el yugo, consiente en su mal o, más bien, lo persigue». Cfr. DE LA BOËTIE, E. (HERNÁNDEZ-RUBIO, J. M., trad.), *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contra uno*, Tecnos, Madrid, 1986, págs. 11-12. Esta obra, escrita en 1548, se constituye como un alegato contra el Estado absolutista. Para La Boétie, el origen de la servidumbre voluntaria se sitúa en un aspecto intrínseco al sujeto, sin embargo, con el advenimiento del Estado moderno, ese origen interno se traslada al exterior del mismo. En ese sentido, se ha afirmado que «[e]l deseo de servir es reemplazado por el miedo a los otros que induce a “preferir” la servidumbre, entendida como manera de inmunizarse de lo externo mediante la anulación de la comunidad que lo circunda». Cfr. TRÓGOLO, M. G., y ARCE, M. G., «Servidumbre voluntaria vs. *Comunitas*. Verso y reverso del estado inmunizado», en LORIO, N., y TORRANO, A. (comps.), *Servidumbres voluntarias*, Editorial Brujas, 1ª ed., Córdoba (Argentina), 2010, págs. 55-61, cita en pág. 57.



quien afirmó: «Odio a los indiferentes. Creo que vivir es tomar partido. Quien verdaderamente vive no puede dejar de ser ciudadano y partidario. Indiferencia es abulia, es parasitismo, es cobardía, no es vida»<sup>312</sup>; y en segundo lugar, del escritor, periodista y político español Manuel Azaña, quien dejó escrito:

«El silencio envuelve por igual a los muertos y a los vivos, o, peor aún, los envuelve la alabanza pegajosa de los estúpidos, especie de engrudo que deja al artista, y a cuanto representa, inabordable e intocable. Cualquier pretexto es bueno para eximir a la inteligencia de la penosa y comprometida función de juzgar, penosa porque es esfuerzo, y comprometida porque la opinión propia, si es libre y expresa, puede ahuyentar a una clientela, o enojar al patrón, o frustrar la esperanza de un destino de seis mil reales»<sup>313</sup>.

La solución pasa por abandonar la sumisión sin recurrir a la confrontación. De esta forma, se hace necesario un nuevo paradigma –el que promueven los nuevos feminismos– en la clase política, en las altas esferas judiciales, en la doctrina científica y en la sociedad en su conjunto para que –mayoritariamente– se superen ciertos complejos y para que, de alguna forma, se supere el miedo a ser señalado. Como ya afirmó La Boëtie:

«Estad resueltos a no servir más y seréis libres. No deseo que le forcéis, ni le hagáis descender de su puesto; sino únicamente no sostenerlo más; y le veréis como un gran coloso al que se ha quitado la base, y por su mismo peso se viene abajo y se rompe»<sup>314</sup>.

A modo de resumen, y siguiendo a Cerezo Domínguez<sup>315</sup>, en España se han ido adoptando numerosas medidas penales y procesales sin ningún tipo de evaluación previa respecto a su eficacia. La preocupación unilateral por el alejamiento del infractor, sin que esta medida se vea compensada por mecanismos de flexibilización o de preparación de la rehabilitación, el ofrecimiento de ventajas personales para favorecer la denuncia (entre ellas, la reducción de la jornada laboral o la adquisición de viviendas) o

<sup>312</sup> «Odio gli indifferenti. Credo come Federico Hebbel che “vivere vuol dire essere partigiani”. Non possono esistere i solamente *uomini*, gli estranei alla città. Chi vive veramente non può non essere cittadino, e parteggiare. Indifferenza è abulia, è parasitismo, è vigliaccheria, non è vita. Perciò odio gli indifferenti». Cfr. GRAMSCI, A., «La città futura», Federazione giovanile piemontese del Partito Socialista, febrero de 1917, s. p., disponible en <https://www.marxists.org/italiano/gramsci/17/cittafutura.htm> [u. a. 09/06/2021].

<sup>313</sup> AZAÑA, M., *¡Todavía el 98!*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997, pág. 63.

<sup>314</sup> DE LA BOËTIE, E. (HERNÁNDEZ-RUBIO, J. M., trad.), *Discurso sobre la servidumbre voluntaria...*, *óp. cit.*, pág. 15.

<sup>315</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 49-50.

la traslación al ámbito penal del discurso de la discriminación positiva, son algunos de los ejemplos de políticas orientadas a la protección de las víctimas que, sin embargo, pueden producir efectos nocivos colaterales significativos sobre terceros, sobre la sociedad e, incluso, sobre la propia víctima.

Estos efectos negativos son:

- La idea de que la violencia sobre las mujeres es un asunto público se ha llevado hasta sus últimas consecuencias, de tal modo que a las víctimas se les priva de autonomía personal para decidir si quieren denunciar o no el maltrato y sufrir las consecuencias que se pueden derivar de esa trascendental decisión.

- La vocación punitivista indiscriminada que inspira actualmente al poderoso feminismo institucional ha acabado por criminalizar todo el entorno de la pareja íntima, haciendo creer a la sociedad que esa violencia estructural debe tener como respuesta principal la contundencia de las leyes penales.

- El feminismo que mueve los hilos de la política criminal española ha generado en la sociedad unas expectativas inalcanzables, a las que el Estado no podrá hacer nunca frente. La violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual no se puede erradicar, como no se puede erradicar la delincuencia en general.

Producto de todo lo anterior, la LOVG adolece, fundamentalmente, de tres grandes carencias. En primer lugar, se establece un ámbito restringido que queda delimitado a la violencia en la pareja íntima heterosexual que sufre la mujer; en segundo lugar, se apuesta por el Derecho penal como solución a la problemática; y, en tercer lugar, se estereotipa el fenómeno delincuencial, desde la propia violencia hasta los sujetos que participan en la misma.

### *2.1. Ámbito de aplicación restringido a la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual*

Aun con las definiciones de la violencia sobre la mujer por razón de género en los instrumentos de Derecho internacional, en España, esta violencia se relaciona casi de

forma exclusiva a la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>316</sup>, de suerte que el legislador circunscribió el ámbito de aplicación de la LOVG a la violencia ejercida «por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Como ya afirmamos<sup>317</sup>, tal vez, en 2004 –año de la aprobación de la LOVG–, el legislativo quiso poner el acento en la violencia ejercida sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, por lo que la LOVG ha sido considerada por la doctrina penalista como una ley inaugural e instrumental<sup>318</sup>. Sin embargo, nos parece un grave error haber dejado sin la misma protección a las mujeres que sufren violencia por razón de género en el ámbito doméstico y que no comparten con el agresor una relación de pareja íntima y –añadimos ahora– al resto de sujetos de la pareja íntima, ya sean hombres heterosexuales o personas LGTBIQ+.

Varias son las razones que pueden explicar la razón de la actual opción legislativa. Por un lado, la alarma social generada por ciertos casos que tuvieron gran repercusión pública, como el asesinato en 1997 de Ana Orantes apenas dos semanas después de haber denunciado públicamente en una entrevista en televisión los malos tratos a los que había sido sometida por su exmarido. Por otro lado, el hecho de que la pareja íntima representa un ámbito en el que la violencia sobre la mujer por razón de género puede desarrollarse con más facilidad<sup>319</sup>. Por último, la regulación legal pudo traer causa de la

<sup>316</sup> LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., y RUBIO, A. (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 329-361, cita en pág. 333.

<sup>317</sup> PÉREZ TORTOSA, F., «La prueba testifical de la víctima...», *óp. cit.*, pág. 61.

<sup>318</sup> LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-08, 2005, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> [u. a. 09/06/2021], pág. 5; MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-02, 2006, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> [u. a. 09/06/2021], pág. 9; y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2008, págs. 23-24. Más recientemente, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, pág. 1; y SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 22-24.

<sup>319</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Reforma Penal de 2004», en CERVILLA, D., y FUENTES, F. (coords.), *Mujer Violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, 1ª ed., Cádiz, 2016, págs. 123-137, cita en pág. 125. Añade la autora, dando argumentos a favor del restrictivo ámbito de aplicación de la LOVG, que «la pareja representa un ámbito de riesgo relevante no sólo ya por la naturaleza y complejidad de la relación afectiva y sexual, por su intensidad y por su privacidad sino, además, porque constituye un espacio privilegiado para el

urgencia por tratar de disminuir el elevado número de muertes y agresiones sufridas por las mujeres en el ámbito de las relaciones afectivo-sexuales presentes o pasadas<sup>320</sup>. Sin embargo, el factor estadístico no puede constituir un elemento definitorio de una política legislativa para incluir en el ámbito de protección únicamente a ciertas y concretas víctimas y para dar distintas respuestas punitivas a la violencia en la pareja íntima dependiendo del sexo, del género y/o de la orientación sexual de los sujetos activo y pasivo del delito<sup>321</sup>, máxime si se tiene en cuenta que, como hemos afirmado, las estadísticas oficiales y los estudios victimológicos que aplican la perspectiva de género han agrandado artificialmente los índices de prevalencia de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual frente a la que soportan en la pareja íntima los hombres heterosexuales y las personas LGTBIQ+<sup>322</sup>.

El que la LOVG prevea una agravada consecuencia jurídica para los delitos cometidos por el hombre heterosexual sobre la mujer en la pareja íntima trae causa del entendimiento de que la mujer heterosexual necesita más protección por el hecho de serlo, y ello, conforme al legislador, debido al ancestral desequilibrio existente entre hombres y mujeres en las relaciones de pareja íntima. Así, en realidad, «la protección

---

desarrollo de los roles de género más ancestrales, eso que reservan a la mujer una posición de dependencia, vulnerabilidad y subordinación a la autoridad masculina». *Cfr. Íd.*

<sup>320</sup> FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2009, pág. 23. Para la autora, que da por buenas las estadísticas oficiales y los informes victimológicos que aplican la perspectiva de género, «el desequilibrio entre las cifras que reflejan la violencia doméstica padecida por la mujer y la padecida por el hombre es de tal envergadura que, ante el mismo, no resta sino concluir que, necesariamente, habrá de tratarse de problemas diferentes o de tipos de violencia diferente». *Cfr.* FUENTES SORIANO, O., «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Diario La Ley*, n.º 6362, 18 de noviembre de 2005, s. p.

<sup>321</sup> En el mismo sentido, GAMINDE MONTOYA, Á., «Violencia sobre la mujer (una ley apresurada, la 1/2004)», en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 147-156, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021], pág. 147; y Acale, para quien aceptar el argumento estadístico «sería tanto como afirmar que, en la medida en que la mayoría de los delitos ecológicos se llevan a cabo en las costas españolas, es necesario agravar la pena de dichos delitos en esos casos, no porque las costas sean más o menos dignas de protección en relación con otros recursos ecológicos, sino porque se repite con mayor frecuencia». *Cfr.* ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Reus, Madrid, 2006, pág. 111.

<sup>322</sup> Se han llegado a apuntar, incluso, razones electoralistas, en la medida en la que «[l]os niños ni protestan ni votan y algunos ancianos, justamente los más desvalidos por la edad o por la enfermedad, tampoco tienen capacidad de influir en la vida social y política». *Cfr.* MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...», *óp. cit.*, pág. 141.

legal no se confiere a la mujer por el hecho de serlo, sino por el hecho de estar o haber estado unida a un hombre en una relación de pareja»<sup>323</sup>.

Ahora bien, para nosotros, la violencia de dominación en la pareja íntima por razón de género –concepto, este, el de género, ampliamente analizado anteriormente<sup>324</sup>– es la que se ejerce por un miembro de la pareja íntima contra el otro –con independencia del sexo, del género y/o de la orientación sexual– para perpetuar la posición de dominio que históricamente ha mantenido el miembro que ocupa el espacio público en la pareja íntima respecto del que ocupa el espacio privado<sup>325</sup>. Si el género trasciende al sexo, una ley de violencia por razón de género debe responder al fenómeno de la violencia de dominación por razón de género y verificar que se da –cuando se dé– el elemento subjetivo, y ello con independencia de que el agresor y la víctima sean personas heterosexuales o LGTBIQ+.

#### 2.1.1. *El concepto de ‘violencia de género’ en la LOVG*

Rompiendo con las definiciones de *violencia sobre la mujer por razón de género* que se ofrecen en los instrumentos internacionales de defensa de los derechos humanos<sup>326</sup>, en el artículo 1 de la LOVG se define la violencia sobre la mujer por razón de género en la pareja íntima heterosexual como «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Previamente, en la Exposición de Motivos se afirma que la violencia por razón de género «se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

<sup>323</sup> Cfr. ORGA LARRÉS, J. C., *Violencia de género. Mi experiencia...*, *óp. cit.*, pág. 54. El autor – magistrado– parafrasea al fiscal Gonzalo Camarero.

<sup>324</sup> *Vid. supra*, pág. 92.

<sup>325</sup> Sobre esta cuestión, *vid. supra*, pág. 103.

<sup>326</sup> *Vid. supra*, pág. 18.

Se ha defendido que la denominación de «violencia de género» aporta una serie de ventajas ya que, con ese término, se apuntan las causas estructurales de la violencia conectadas a la histórica posición de superioridad de los hombres respecto de las mujeres en el ámbito familiar, social, económico y cultural<sup>327</sup>. Sin embargo, se apunta a que el concepto «violencia sobre las mujeres» señala, sin dudas ni ambages, a las destinatarias de esta violencia<sup>328</sup>. En cualquier caso, el término *violencia de género* ha hecho fortuna tanto en la doctrina cuanto en la sociedad.

Por otro lado, el artículo 1.3 de la LOVG establece que se considerará como violencia por razón de género a que se refiere la propia ley, «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad». No obstante, y como se verá más adelante, los tipos penales contemplados en la LOVG son los de lesiones, maltrato singular, amenazas, coacciones y quebrantamiento de condena, delito, este último, que no concuerda con la definición de violencia por razón de género que hace la propia LOVG.

Como hemos defendido anteriormente, la violencia sobre la mujer por razón de género en la pareja íntima heterosexual no es sino una manifestación más de la violencia de dominación en la pareja íntima heterosexual. Atender únicamente a este tipo de violencia es olvidar que existen otras manifestaciones de la violencia de dominación por razón de género en la pareja íntima, ya sea heterosexual o LGTBIQ+, y olvidar que existe en la pareja íntima una violencia que no es de dominación.

## 2.2. Recurso preferente al Derecho penal

Cuando se verifica un problema social –terrorismo, corrupción política, violencia ejercida por menores, violencia doméstica, delitos contra el medio ambiente, etc.–, los grupos sociales de presión reaccionan, normalmente, con tanta insistencia como vehemencia, y de manera oportunista cuando no demagógica, reivindicando *más*

---

<sup>327</sup> MONTALBÁN HUERTAS, I., «Malos tratos, violencia doméstica...», *óp. cit.*, pág. 98.

<sup>328</sup> VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, *óp. cit.*, pág. 204. Afirma la autora que «[expresiones como violencia de género, encubren más que aclaran de qué violencia se trata, o sea, de qué género es la violencia de género». *Cfr. Íd.*

*Derecho penal*, normalmente a través de, entre otras medidas, el endurecimiento de las sanciones penales o el cumplimiento íntegro de las penas<sup>329</sup>.

Estos grupos sociales de presión son los que Silva denomina «gestores atípicos de la moral colectiva» («atypische Moralunternehmer»). Si bien estos grupos se situaban históricamente en determinados estamentos burgueses-conservadores, en la actualidad el fenómeno se ha trasladado hacia posiciones más progresistas, adquiriendo especial protagonismo las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, pacifistas, etc. A este respecto, señala Silva que «no parece prestarse demasiada atención al hecho de que tales demandas de criminalización, por cierto en buena medida atendidas, resulten inadecuadas, vulneratorias de principios generales del Derecho penal [...] o incluso contraproducentes»<sup>330</sup>.

A este respecto, Barona Vilar señala –en lo que podríamos definir como un auténtico manifiesto– que la seguridad nunca puede ser la excusa para ese *más Derecho penal* que denunciamos y rechazamos.

«Una conclusión, sin embargo, parece desprenderse de los últimos pasos legislativos: por un lado, una necesidad de adecuar el modelo procesal penal a unos parámetros utilitaristas, economicistas, bajo una defensa a ultranza de la celeridad y el menor coste de la justicia; y, por otro, una aplicación del Derecho desde dos visiones diferentes, creando un derecho de dos velocidades, en el que se ha optado por abandonar el mundo de las libertades para dar paso al mundo del control, de la seguridad ciudadana, de las garantías sociales controladas; un mundo globalizado desde una concepción neoliberal caracterizada por un sectorio intervencionismo estatal, que refleja una desigualdad de trato, una aceptación de la suavización de la vara punitiva relativa, subjetiva y tendenciosa, que convive simultáneamente con un endurecimiento punitivo (de consecuencias jurídico-penales y de aplicación del *ius puniendi* en toda plenitud) también desde esa vara de medir subjetiva, relativa y tendenciosamente dirigida hacia sectores, grupos, colectivos o castas. Peligrosa solución es la que se asume, peligroso es el derecho penal aplicable dependiendo de los sujetos, y mucho más peligroso aún es defender estos parámetros desde concepciones

<sup>329</sup> POLAINO NAVARRETE, M., «La ley integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 21-63, pág. 23.

<sup>330</sup> Vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1999, págs. 46-50. Cita textual en pág. 48.



democráticas que han supuesto el baluarte de la libertad. La seguridad como estandarte es jurídicamente rechazable»<sup>331</sup>.

Pese a todo, no obstante, no es infrecuente que estos grupos consigan sus objetivos punitivistas. A este respecto, destacamos la interesantísima sistematización que, de la fase prelegislativa de las normas penales, hace Díez Ripollés<sup>332</sup>, en la que, en la primera etapa, un agente social deber hacer creíble la existencia de una disfunción social, para lo que tendrá que aportar datos, reales o ficticios. A partir de ahí, esa disfunción social debe hacerse hueco en el debate político, teniendo más posibilidades aquellas disfunciones que tienen componentes dramáticos y aquellas vinculadas a la experiencia directa de la mayoría de la ciudadanía. Con posterioridad se desarrollan varias etapas, entre las que resaltamos: a) la generación de un malestar social, en la que se persigue la involucración emocional de la población; b) la participación de los medios de comunicación para que esa disfunción social se considere un problema social; y c) la transformación del estado de opinión en un programa de acción dirigido expresamente a ofrecer propuestas de resolución del problema social planteado, en el que cobran importancia los grupos de presión expertos y los grupos de presión mediáticos y el protagonismo de la ciudadanía, en especial, de los grupos de víctimas o afectados, que se ven favorecidos por el sentimiento de solidaridad que despiertan.

Respecto del protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales, Cerezo Domínguez afirma que

«es innegable una nueva tendencia a prestar especial interés y atención a las demandas de las víctimas a la hora de configurar las decisiones legislativas penales, hasta el punto que se podría afirmar que la perspectiva de la víctima se ha convertido en uno de los principios inspiradores de la política criminal española»<sup>333</sup>.

<sup>331</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 23.

<sup>332</sup> Vid. Díez Ripollés, J. L., *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2013, págs. 20-50.

<sup>333</sup> CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la...*, *óp. cit.*, pág. 12. Efectivamente, recurrir al potencial simbólico de lo penal no es, ni ha sido una elección exclusiva de una parte del feminismo. Este fenómeno se ha extendido, de suerte que ahora parece que la única manera de legitimarse como sujetos políticos, o al menos, de tener voz, es autodefiniéndose como *víctima*. PITCH, T., «La violencia contra las mujeres y sus usos políticos», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Revista de Filosofía jurídica y política*, Universidad de Granada, n.º 48, Granada, 2014, págs. 19-29, disponible en <https://revistaseugr.es/index.php/acfs/article/view/2778> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 21.

En definitiva, se busca un Derecho penal simbólico. Para Morales Prats, el uso indiscriminado del Derecho penal tiene un objetivo:

«Se trata de demostrar que el Estado puede hacer frente a los nuevos retos, de tranquilizar a la ciudadanía. Interesa la masa, el mensaje que llega al pueblo. Poco importa el individuo sometido a proceso; en la nueva cruzada punitiva importan los símbolos frente a la herejía criminal. Que el Derecho Penal asuma una función simbólica es un postulado plausible; frente a la incertidumbre, a los tambores que anuncian la llegada de la nueva Edad Media, el Imperio en su declive se expresará en clave punitiva. La función de protección de bienes jurídicos, el principio de proporcionalidad en las respuestas punitivas, entre otros, no son valores que cotizan al alza, son un engorroso obstáculo para la eficacia punitiva. El poder judicial es asaetado en una lógica en espiral, [...]; si se obstina en mantener la cultura garantista será criticado por los medios de comunicación, erigidos en otro brazo armado del populismo punitivo. El heroísmo no siempre es exigible y la magistratura no puede ser un colectivo inmune al proceso, porque lo que se le demanda, en muchas ocasiones no es justicia, sino la justicia popular, el justicialismo»<sup>334</sup>.

La violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual por razón de género constituía en 2004, año de la aprobación de la LOVG, un problema social que reclamaba la atención del legislador, y ello con independencia de que este fenómeno delincencial pudiera verse sobredimensionado por los estudios victimológicos que aplican la perspectiva de género. Así, el feminismo radical se convirtió en un gestor atípico de la moral colectiva reclamando, indisimuladamente, más Derecho penal<sup>335</sup>. En el breve y certero diagnóstico de Gimbernat:

«Entre los años 60 y 80 del siglo pasado se inicia en Occidente, y especialmente en Europa, un movimiento descriminalizador, impulsado por partidos de izquierda y por juristas y organizaciones de carácter progresista (entre ellas, las feministas), que consiguen que desaparezcan de los Códigos Penales, en gran medida, conductas delictivas que figuraban en ellos desde el siglo XIX. A ese movimiento hay que reconducir la despenalización -en algunos casos sólo parcial- del aborto, de la propaganda y venta de productos anticonceptivos, del adulterio, del estupro, del escándalo público -y, consiguientemente, de

<sup>334</sup> MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho Penal en la “Edad Media”*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015, disponible en <https://raed.academy/wp-content/uploads/2015/10/Dicurso-Dr.-Morales.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 36-37.

<sup>335</sup> De interés, MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4/2007, Barcelona, octubre de 2007, disponible en <https://indret.com/es-la-estrategia-penal-una-solucion-a-la-violencia-contra-las-mujeres/?edicion=4.07> [u. a. 09/06/2021].

la elaboración y comercialización de pornografía de adultos entre personas adultas también, de la homosexualidad y del incesto entre parejas mayores de edad, o del consumo de drogas.

Pero a partir de los años 90 del siglo XX la tendencia se invierte: los llamados «nuevos gestores de la moral colectiva» (véase sobre ellos el decisivo libro de Silva La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, 2ª ed., 2001, págs. 66 y sgs.), es decir: asociaciones como las feministas, pacifistas o antixenóforas, se convierten en grupos de presión que pretenden -y en muchos casos consiguen- la consagración legislativa de sus postulados, acudiendo precisamente a la criminalización o, en su caso, cuando el comportamiento está ya previamente tipificado, al endurecimiento de las sanciones, prescindiendo muchas veces de si ello es compatible o no con los principios básicos que deberían informar la legislación penal en un Estado de Derecho»<sup>336</sup>.

En definitiva, la política legislativa que inspira la LOVG está informada, en buena medida, por la apuesta por el Derecho penal simbólico como una suerte de *arreglалotodo* inspirado por el feminismo. A este respecto, el juez y criminólogo argentino Eugenio Raúl Zaffaroni afirma que,

«[p]ara introducir reformas legales de este tipo no hay ninguna necesidad de que el discurso feminista se contamine con el discurso reaccionario e inmoral del valor simbólico, de que aparezca vinculado a los esfuerzos legitimizantes de los teóricos del pensamiento único en derecho penal, que se confunda con discursos contrarios a los derechos humanos, que reivindique una *represivización* propia de políticos necesitados de medios y de demagogos autoritarios extrasistema del tipo de Le Pen o Haider, ni que se pliegue al embate de las corporaciones policiales contra las garantías, es decir, no hay necesidad de que se destruya como discurso reivindicador y antidiscriminatorio.

[...] El feminismo no necesita legitimar el discurso del poder punitivo. Más aún, no debe hacerlo, para salvar su potencial de transformación social, que es la gran esperanza de quienes luchas contra las restantes discriminaciones»<sup>337</sup>.

---

<sup>336</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «Los nuevos gestores de la moral colectiva», en *El Mundo*, 10 de julio de 2004, s. p., disponible en [https://www.almendron.com/politica/pdf/2004/spain/spain\\_0862.pdf](https://www.almendron.com/politica/pdf/2004/spain/spain_0862.pdf) [u. a. 09/06/2021].

<sup>337</sup> Cfr. ZAFFARONI, E. R., «El discurso feminista y el poder punitivo», en BIRGIN, H., *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Biblos, 1ª ed., Buenos Aires, 2000, págs. 19-37, cita en pág. 37.

Ahora bien, nos situamos en dos debates distintos y que, en todo caso, son complementarios, pero no necesariamente consecuentes. Así, Lorenzo afirma que en la discusión sobre la represión de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual entran en juego dos grandes asuntos:

«(1) el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal y (2) la aceptación o el rechazo de la legitimidad del Derecho penal como instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes ha de enfrentar la sociedad de nuestros días, también el relativo a la violencia de género»<sup>338</sup>.

Sin duda, el legislador ha anudado las dos cuestiones, apostando por el Derecho penal y por la mayor penalidad al hombre heterosexual que a la mujer y a las personas LGTBIQ+ para conductas idénticas, si bien, la diferencia en la pena es tan exigua<sup>339</sup> que se trata de una utilización simbólica del Derecho penal<sup>340</sup>. No obstante, debemos destacar que la política legislativa reflejada en la LOVG ni empieza ni acaba con esta norma, sino que se inició en 1989 y, mal que nos pese, sigue vigente en la actualidad pese a la notoria desaparición del sustrato ideológico que sustentó la LOVG y la no menos notoria ineficacia de la misma<sup>341</sup>.

### 2.2.1. *Evolución de la normativa penal: movimiento pendular*

La normativa penal en nuestro derecho histórico ha bendecido, en no pocas ocasiones, la desigualdad en el tratamiento penal entre hombres y mujeres, así como ha obviado en no pocas ocasiones igualmente, la protección de ciertos bienes jurídicos –en atención a la defensa de «la honra»– cuya vigencia resulta hoy incontestada<sup>342</sup>. Se suele

<sup>338</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y Derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en POLO GARCÍA, S., y PERAMATO MARTÍN, S. (dirs.), *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial I-2007, Madrid, págs. 33-74, cita en págs. 37-38.

<sup>339</sup> El artículo 153.1 CP prevé una pena agravada para el autor de un delito de maltrato singular cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, de «seis meses a un año», mientras que la pena prevista en el artículo 153.2 CP cuando la víctima es cualquiera otras de las personas contempladas en el artículo 173.2 CP es de «tres meses a un año».

<sup>340</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer...*, *óp. cit.*, pág. 207.

<sup>341</sup> Para esta cuestión, ampliamente, *vid. infra*, pág. 193.

<sup>342</sup> Para la evolución histórica, que se resume en que los distintos Códigos penales han atribuido a la mujer el papel de víctima y de victimaria, ultra protegiéndola en el primer caso y ultra castigándola

recurrir para ilustrar estos fenómenos al artículo 428 del Código Penal de 1944<sup>343</sup>, que vino a regular la excusa absolutoria o la atenuación extrema, según los casos, para el delito de uxoricidio por adulterio. Esta regulación suponía, por un lado, la consagración legislativa del *la maté porque era mía*, es decir, de un derecho al uso monopolístico de la sexualidad de la esposa protegido jurídicamente hasta prácticamente permitir el asesinato de la mujer adúltera o dejar completamente impune al marido que le causare cualquier tipo de lesión no grave; y, por otro lado, un evidente tratamiento privilegiado del marido adúltero<sup>344</sup>.

El cambio de paradigma hizo que, a partir de 1989, se iniciara una producción normativa que se manifiesta en dos ejes. Por un lado, se recurre al Derecho penal como vía de solución a la violencia doméstica y, por otro, se apuesta por un Derecho penal sexuado para la represión de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. En este último caso, la solución del problema se vincula, en primer lugar, a que, en determinados tipos penales leves, se imponga una mayor pena a los hombres. En segundo lugar, la respuesta penal e integral privilegia a las mujeres heterosexuales que sufren violencia en la pareja íntima, dando una protección inferior a los hombres heterosexuales y a las personas LGTBIQ+ que padecen ese mismo tipo de violencia.

En relación con el Derecho penal sustantivo, las reformas se han articulado como una suerte de movimiento pendular, en el que se ha pasado de una desprotección de la mujer en la pareja íntima, a una sobreprotección por el único motivo de ser mujer heterosexual y a un especial énfasis en la mayor pena al hombre heterosexual por el

---

en el segundo, y ello como consecuencia de una desigualdad jurídica entre hombres y mujeres, *vid. ACALE SÁNCHEZ, M., La discriminación hacia la mujer..., óp. cit.*, págs. 21-55.

<sup>343</sup> «El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena». El mandato al Ejecutivo para la supresión de este artículo fue recogido en la Base Octava de la Ley 79/1961, de 23 de diciembre, de bases para la revisión y reforma del Código Penal y otras leyes penales, y finalmente desapareció de la normativa penal en el Decreto 691/1963, de 28 de marzo, por el que se aprueba el «Texto revisado de 1963» del Código Penal.

<sup>344</sup> MUÑOZ CONDE, F., «Violencia familiar y de género en la ley Orgánica 1/2204», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 15-24, cita en pág. 16. Añade el autor que, con esta regulación, «no hacía más que reproducirse una mentalidad social y moralmente extendida que valoraba muy negativamente el ejercicio de la sexualidad por parte de la mujer, cuando la ejercía fuera de los casos jurídica y socialmente admitidos, y consideraba de manera completamente diferente, bastante permisiva e incluso fomentadora, esas mismas relaciones cuando eran practicadas por el hombre». *Cfr. Íd.*

único motivo de ser hombre heterosexual. Bien podríamos afirmar que el movimiento pendular ha transitado desde el *la maté porque era mía* a una suerte de *le condené porque era mío*. En definitiva, se ha pasado de un derecho no igualitario a otro, igualmente, no igualitario.

Parte de la doctrina defiende este tránsito sin atisbar contradicciones, defendiendo que en los antiguos códigos se establecía una desigualdad jurídica hacia la mujer, mientras que lo que hace la LOVG es igualar de hecho a hombres y mujeres<sup>345</sup>. Ahora bien, este Derecho inaugurado con la LOVG solo hace que perpetuar la percepción estereotipada de la mujer, al menos en la pareja íntima heterosexual, como un sujeto que necesita especial protección. En este sentido, afirma Larrauri que «[d]esde luego, podemos abogar por un «derecho penal de la diferencia» pero debemos ser conscientes de que el precio que se paga es seguir presentando a la mujer como un ser distinto y necesitado de un trato especial»<sup>346</sup>.

En la medida en la que las políticas propuestas, por ejemplo, por el feminismo de la tercera ola<sup>347</sup>, sean acogidas por el legislador, se podrá volver a desenganchar el péndulo del extremo en el que está situado –tan pernicioso como cualquier otro extremo– y, con la debida amortiguación, establecer una regulación no excluyente que persiga la violencia en la pareja íntima y, por extensión, en la familia, y que, en todo caso, consagre el principio de igualdad y elimine del ordenamiento jurídico el derecho penal del enemigo que supone la actual agravación de la pena para el hombre que comete un delito sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en comparación con la penalidad prevista para sancionar a la mujer heterosexual y a las personas LGTBIQ+.

---

<sup>345</sup> Afirma Faraldo Cabana que «[a]mbos modelos responden a momentos distintos del avance en la igualdad entre hombres y mujeres: primero se trata de eliminar los obstáculos a la igualdad formal, esto es, a la igualdad de derecho; en una segunda fase, de eliminar los obstáculos a la igualdad de hecho, real o material, constituyendo este último un segundo paso que supone reconocer las diferencias producto de construcciones sociales para actuar sobre ellas con políticas activas». Cfr. FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, n.º 17, 2006, págs. 72-94, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12271> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 73.

<sup>346</sup> LARRAURI, E., «Control formal... y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, 1ª ed., Madrid, abril de 1994, págs. 93-108, cita en pág. 100.

<sup>347</sup> *Vid. infra*, pág. 194.



### 2.2.1.1. Las primeras y tímidas reformas: 1989-1999

Con la promulgación de la LO 3/1989, de 21 de junio, se vino a elevar las conductas de violencia física en la familia a delito a través del artículo 425 CP<sup>348</sup>. Si bien la regulación no hace distinción de sexo, el Preámbulo de la ley justifica esta medida en la «deficiente protección de los miembros físicamente más débiles del grupo familiar frente a conductas sistemáticamente agresivas de otros miembros del mismo», por lo que se ha defendido que esta normativa está pensada para proteger a las mujeres y a los niños<sup>349</sup>. Esto, sin duda, fue así, sin embargo, no compartimos este argumento por cuanto –como sucedería más tarde– se estereotipa a las mujeres y a los niños como los «miembros físicamente más débiles» sin ninguna otra justificación que, efectivamente, ser mujeres y niños. Aún más, y lo que es más grave, *sensu contrario*, se hace una estereotipación de los hombres por la que se elimina la posibilidad de que el hombre sea, en una determinada familia, el sujeto físicamente más débil.

Esta reforma ha sido tildada de tímida e insuficiente pues sólo sancionó la violencia física habitual y no la psicológica (no en pocas ocasiones más dañina que la física y capaz de provocar en las personas que la sufren daños irreparables) y tampoco dispuso una repuesta específica a la violencia física ocasional en el ámbito familiar<sup>350</sup>. Por otro lado, este delito apenas fue aplicado por cuanto se derivaban los hechos a la falta de malos tratos del artículo 582, párrafo segundo, y ello debido, sobre todo, a la escasa conciencia social sobre la gravedad del asunto<sup>351</sup>. No obstante, es innegable que

<sup>348</sup> «El que habitualmente, y con cualquier fin, ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que estuviese unido por análoga relación de afectividad, así como sobre los hijos sujetos a patria potestad, o pupilo, menor o incapaz sometido a su tutela o guarda de hecho, será castigado con la pena de arresto mayor».

<sup>349</sup> GARCÍA ÁLVAREZ, P., «Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25-48, cita en págs. 26-27. No obstante, la norma no impedía que el hombre también fuera sujeto pasivo del delito y el resto de miembros de la familia sujetos activos. Ya se afirmaba, antes de la promulgación de la LOVG, que un tenor literal que distinguiera la penalidad en función del sexo sería inconstitucional. CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», en *Diario La Ley*, Tomo 4, pág. 1184, 1991, s. p.

<sup>350</sup> PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español», en IGLESIAS CANLE, I. C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Universidade de Vigo-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 19-62, cita en pág. 27.

<sup>351</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 18. De interés, CARMONA RUANO, M., «El delito de maltrato habitual», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.), *La violencia de*



fue una forma de dejar de mirar hacia otro lado respecto de la violencia en la familia en general, y en la pareja íntima en particular.

Las previsiones del artículo 425 CP se incorporaron al Código penal de 1995 en el artículo 153, que, en su redacción original establecía que

«[e]l que habitualmente ejerza violencia física sobre su cónyuge o persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad o sobre los hijos propios o del cónyuge o conviviente, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder por el resultado que, en cada caso, se causare».

Así, la nueva redacción suprimió la referencia al objetivo a perseguir con la violencia, incorporó la exigencia de que la unión por análoga relación de afectividad fuera estable, amplió el círculo de posibles sujetos pasivos y añadió una fórmula concursal que dejaba fuera de dudas el que la pena a aplicar por este delito era independiente de la que correspondiera imponer por los resultados causados.

En el Código Penal de 1995 se legisló de forma cohibida sobre un problema –la violencia doméstica– que, a todas luces, necesitaba salir del ámbito privado y convertirse en un verdadero *problema público*. En esta materia, como en otras, el Código penal de 1995 había nacido desfasado y, claro está, muy pronto –apenas cuatro años después– se hizo necesaria una reforma en profundidad del delito de malos tratos<sup>352</sup>.

---

*género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 107-163, cita en págs. 112-116.

<sup>352</sup> Efectivamente, esta tendencia de constantes modificaciones legislativas en el Derecho penal no es exclusiva de la violencia doméstica. Como afirma de forma brillante Morales Prats: «Durante los últimos veinte años, el Código Penal ha sido sometido a treinta reformas, de mayor o menor colado. Se ha generado así una continua situación de inestabilidad legislativa, acentuada últimamente. Se suceden reformas sobre materias nuevas que ni tan siquiera habían alcanzado a tener jurisprudencia de los tribunales. La inseguridad jurídica que genera la falta de sedimentación de la legislación penal es notable. Descifrar la norma vigente para un determinado procedimiento o juicio oral, en ocasiones, se desvela tarea de “chamanes”. Los operadores jurídicos acuden a las vistas con varios Códigos; el Derecho penal se ha administrativizado, no sólo en cuanto a su contenido sino por lo que respecta a la lógica penal de la producción legislativa; estamos frente a un marasmo de normas, ante un selva legislativa imparable, como la que se verifica en el Derecho Tributario, el Derecho laboral y el Derecho administrativo. Los operadores jurídicos, la magistratura, la fiscalía y la abogacía, pese a sus esfuerzos por someter los procesos penales a los criterios ceremoniosos, consecuentes con la importancia que ostenta la culpabilidad o bien la inocencia del ciudadano, se ven arrastrados por

Las reformas, no obstante, se debieron a la confluencia de intereses que, en otros momentos, fueron dispares. Siguiendo a Osborne, por un lado, entraron en juego los intereses de las instituciones, que se afanaron por capitalizar políticamente el interés social por la violencia doméstica, «dando la impresión de realizar política «feminista» desde el poder»; y por otro, los del feminismo, «desmovilizado desde finales de los años ochenta/principios de los noventa, que se re-configura y re-moviliza, ganando más espacio social con la promoción de la denuncia del tema de la violencia contra las mujeres»<sup>353</sup>.

Así, a través de la LO 14/1999, de 9 de junio se modificó de nuevo el artículo 153 CP que, en su nueva redacción, regulaba:

«El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre 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, pupilos, ascendientes o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de uno u otro, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Para apreciar la habitualidad a que se refiere el párrafo 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».

Con la nueva redacción se incorpora a la conducta típica la violencia síquica; se amplía el catálogo de sujetos ofendidos en la medida en la que se elimina la necesidad de que la relación conyugal o la situación de convivencia subsista en el momento del maltrato; se modifica la cláusula concursal, posibilitando imponer las penas que

---

una “lógica de gestoría”, como si las imputaciones, archivos, condenas o absoluciones fueran cuestiones o secuencias lógicas de puro expediente administrativo». Cfr. MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho Penal...*, *óp. cit.*, pág. 46. Para la administrativización del Derecho penal, vid. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal...*, *óp. cit.*, págs. 97-113.

<sup>353</sup> Cfr. OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las...», *óp. cit.*, pág. 104.

podieran corresponder por los actos de violencia física o síquica ejecutados; y aporta criterios para interpretar el término «habitualidad»<sup>354</sup>.

Igualmente, la reforma estableció la prohibición de aproximación a la víctima o a aquellos de sus familiares que determinara el juez o tribunal, como pena accesoria, como prohibición y como medida de seguridad que puede ser impuesta al autor, a través de la modificación de los artículos 33.2, 33.3, 33.4, 39, 48, 57, 83.1, 105.1 y 132.1 CP. Por otro lado, y en relación con las antiguas faltas, se modificaron los artículos 617.2 y 620 CP.

Esta reforma todavía era insuficiente, con lo que, poco tiempo después, se produjo «el cambio más radical de estos tipos delictivos»<sup>355</sup>. Esta radicalidad, en buena medida, se produjo ante la alarma social generada por ciertos casos mediáticos y por la magnitud de las estadísticas, que si bien –como hemos demostrado–, ponían el acento únicamente en la violencia sobre las mujeres heterosexuales, no crearon en el legislador –al menos, en ese momento– la necesidad de conculcar el principio de igualdad penando más a los hombres heterosexuales por el mero hecho de ser hombres heterosexuales.

#### 2.2.1.2. La gran reforma de 2003

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo importantes novedades, entre las que destacan, de nuevo, la reforma del artículo 153 CP, que vino a establecer el delito de maltrato singular en la violencia doméstica, elevando a la categoría de delitos muchos comportamientos que eran más propios de faltas. Así, frente a las penas previstas para el maltrato y las lesiones con carácter general, se articula una pena agravada para quien realice un acto que derive en lesiones físicas o síquicas, o de maltrato de obra sin lesión, contra cualquier miembro de la familia.

«El que por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que

<sup>354</sup> De interés, DEL MORAL GARCÍA, A., «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 153 del Código Penal: problemas concursales y procesales», en VV. AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*. Vol. 2, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 227-240.

<sup>355</sup> MUÑOZ CONDE, F., «Violencia familiar y de género en la ley...», *óp. cit.*, pág. 17.

se refiere el artículo 173.2, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de seis meses a tres años. Se impondrán las penas en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza».

La doctrina ha destacado que la intensidad de la sanción penal estaba orientada, en buena medida, a proteger a la víctima de posibles agresiones futuras, convirtiendo en delito conductas que no merecerían, por su gravedad, esta consideración y que, en todo caso, conculca el principio de proporcionalidad<sup>356</sup>. Igualmente, se ha mostrado contraria al sistema de penas agravado para la violencia doméstica, especialmente por exceder de las cuotas de proporcionalidad al considerar como delito comportamientos que no tienen entidad suficiente para serlo<sup>357</sup>. Nos unimos a estas críticas en la medida que judicializan la familia, cuando en otros modelos de relacionales interpersonales –como la amistad– las consecuencias de ciertos actos como, por ejemplo, un zarandeo puntual, serían distintas.

Por otro lado, se consagró el delito de maltrato habitual en la violencia en la familia a través de la introducción del artículo 173.2 y 3<sup>358</sup> CP, que se sitúa sistemáticamente entre los delitos contra la integridad moral y no, como con anterioridad a la reforma, entre los delitos de lesiones.

«2. El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge o sobre persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela,

<sup>356</sup> Vid. GALÁN MUÑOZ, A., «De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 49-90, cita en págs. 58-62.

<sup>357</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 21.

<sup>358</sup> De interés, para la habitualidad, PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español)», en *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 15, n.º 30, julio-diciembre de 2016, págs. 169-182, disponible en <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2024> [u. a. 09/06/2021].

acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

Se impondrán las penas en su mitad superior cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza.

3. 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».

El Tribunal Supremo ha afirmado que los artículos 153.1 y 173.2 CP resultan compatibles, por lo que no cabe el concurso de normas del artículo 8.3 CP, y ello en atención, por un lado, a la amplia gama de derechos que se ven protegidos por el bien jurídico que integra el artículo 173.2 CP, que va más allá de la integridad personal, así como que el propio precepto establece que será de aplicación, «sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica».

«Aunque en algún aspecto coinciden el bien jurídico protegido, en el art. 173, se contempla "un aliud distinto de los concretos actos de agresión" a partir precisamente de la introducción de esta figura delictiva en el Código Penal . El bien jurídico trasciende y se extiende más allá de la integridad personal (véase por todas S.T.S. 782/12 de 2 de octubre ), al atentar el delito del art. 173 a valores constitucionales de primer orden como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad ( art. 10 C.E .) que tiene su consecuencia lógica en el derecho, no solo a la vida sino a la integridad física y moral con

interdicción de los tratos inhumanos o degradantes y en el derecho a la seguridad ( arts. 15 y 17 C.E .), con afectación de principios rectores de la política social y económica, como la protección de la familia y la infancia ( art. 39 C.E .).

En los hechos probados rezuma el ambiente que se respiraba en la familia de dominación, temor y humillación sufrido por la mujer, circunstancia caracterizada por la habitualidad, habida cuenta de que la mujer estaba desde hacía años sometida a tratamiento psicológico o psiquiátrico, afectación que llegó a los hijos, los cuales se hallaban también en tratamiento psicológico.

Un dato definitivo que hace que resulten plenamente desvirtuados y sean perfectamente compatibles los hechos delictivos del art. 153 y el 173 C.P ., lo constituye el hecho que en este último precepto se incluye una cláusula que justifica el concurso real de infracciones, cuando después de describir el maltrato habitual familiar, se dice "... sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica"»<sup>359</sup>.

Solo un mes después, el legislador, a través de la LO 15/2003, de 25 de noviembre, modificó los artículos 48 y 57 CP, estableciendo la obligatoriedad de imposición de la pena accesoria de alejamiento a los condenados por violencia doméstica. Si bien es cierto que la regulación se establece para la violencia doméstica, en realidad se estaba legislando para la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, por lo que coincidimos con quienes afirman que la imposición obligatoria del alejamiento origina un efecto inadmisibles, cual es el de identificar a la víctima con un ser vulnerable al que se le impedirá durante un largo período de tiempo reanudar la, en ocasiones deseada, convivencia con su agresor<sup>360</sup>.

A modo de conclusión, y como ya hemos venido apuntando, con esta reforma de 2003 el legislador vino a consagrar un sistema penal que incrementa –para los delitos cometidos en la familia– la sanción de conductas que, en otros ámbitos, merecían el reproche penal de las antiguas faltas. Pese a que, como hemos afirmado, entendemos que el recurso al derecho penal –y la mayor penalidad– no es la solución para afrontar la

---

<sup>359</sup> STS, Sala de lo Penal, 460/2017, de 21 de junio [ECLI:ES:TS:2017:2534], ponente: José Ramón Soriano Soriano, FD 6º.

<sup>360</sup> MAQUEDA ABREU, M. L., «1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 39-52, cita en pág. 44.

violencia en la familia, no dejamos de valorar que, al menos, la regulación de 2003 no distinguía, *prima facie*, la penalidad dentro de la familia en función del sexo, del género y/o de la orientación sexual tanto del autor cuanto de la víctima del hecho delictivo. Sin embargo, la siguiente reforma –la reforma estrella– rompería con la igualdad y consagraría un Derecho penal sexuado caracterizado por sancionar de forma agravada la violencia cometida por los hombres en la pareja íntima heterosexual, y ello únicamente por el hecho de ser hombres heterosexuales.

### 2.2.1.3. El Derecho penal desigual de la LOVG: 2004

Con la promulgación de la LOVG, el legislador abandona –en nuestra opinión, de forma errónea– la perspectiva doméstica y apuesta por la perspectiva de género, si bien, como hemos señalado anteriormente, las reformas operadas desde 1989 en la represión penal de la violencia doméstica tenía, como principales destinatarias, a las mujeres en la pareja íntima heterosexual. Es por ello que Acale afirma que «la introducción de la perspectiva de género en el Código penal español fue anterior a la propia LOPIVG»<sup>361</sup>. Con la reforma, quedó definido un marco penal, que se puede sistematizar en<sup>362</sup>:

a) *un ámbito de protección común*, que deriva de la aplicación de los tipos ordinarios del Código Penal, sin especialidades procesales ni orgánicas,

b) *un ámbito de protección especial* de los miembros de la familia frente a la violencia ejercida por otro miembro del núcleo familiar, denominado *violencia doméstica* que continúa vigente después de la promulgación de la LOVG, y

c) *un ámbito de protección especialmente reforzada de la mujer* frente a la violencia en la pareja íntima heterosexual, que recibe el nombre de *violencia de género*<sup>363</sup>. Esta protección reforzada se extiende, además, a las personas víctimas de

<sup>361</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer...*, *óp. cit.*, págs. 175-176.

<sup>362</sup> SOTORRA CAMPODARVE, M. C., «Protección en el ámbito penal», en RIVAS VALLEJO, P., y BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.), y SERRANO FALCÓN, C. (coord.), *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica Forense*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2014, págs. 487-540, cita en pág. 500.

<sup>363</sup> En relación con esta política legislativa, Molina Caballero afirma que, «aunque no se trate de una panacea, hay que aplaudir la determinación del legislador de dotar de medidas “propias” de protección a la mujer ante esta sociedad en la que se encuentra inmersa, en ese tramo de generaciones, las llamadas coloquialmente “sándwich”, que se encuentran entre una ascendencia con una estructura de pareja marcadamente “tradicional” o “machista”, y su incardinación en una



violencia doméstica que sean especialmente vulnerables, siempre que convivan con el autor.

La LOVG introdujo las siguientes reformas en el Código Penal:

1. En materia de suspensión y sustitución de la pena cuando ésta ha sido impuesta por delitos relacionados con la violencia de género (arts. 83 y 88 CP).

2. En las lesiones, introduciendo el que «la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia» y el que «la víctima fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor» como factor de agravación de la pena prevista para las lesiones del artículo 147.1 CP (art. 148 CP).

3. Respecto de los malos tratos, volviendo a modificar el delito contenido en el artículo 153 CP, en el que, por un lado, se reduce la conducta típica, haciendo desaparecer las amenazas leves con armas, que pasan a reubicarse en la sede de los delitos contra la libertad, y, por otro lado, establece dos tratamientos punitivos diferenciados según el afectado sea o haya sido «esposa o mujer que esté o haya estado ligada al agresor por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el agresor» (art. 153.1 CP) o cualquier otra de las personas mencionadas en el artículo 173.2 CP (art. 153.2 CP). El primero de los apartados es de nueva factura y tiene una penología mayor.

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o

---

sociedad que les marca un ritmo de autonomía, libertad e integración que no se atempera a los elementos educativos que se les han otorgado durante su infancia o en su hogar de origen». *Cfr.* MOLINA CABALLERO, M. J., «Reflexiones acerca del status de la víctima en los procesos sobre violencia de género», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *La violencia de género en la Ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 177-211, cita en págs. 179-180.

incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años.

2. Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años».

4. En relación con las amenazas, se añaden tres apartados al artículo 171 CP. En el nuevo apartado 4 se eleva a la categoría de delito la amenaza leve cuando la amenazada «sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia» o «persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». En segundo lugar, el nuevo apartado 5 eleva a la categoría de delito las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos si el amenazado es cualquier otra persona de las mencionadas en el artículo 173.2 distinta a las contempladas en el apartado 4. Igualmente, se prevé la posibilidad de que las penas sean aplicadas en su mitad superior si el delito se comete en presencia de menores, o en el domicilio común o en el de la víctima, así como si se realizan quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 CP o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza; y al mismo tiempo, en el nuevo apartado 6, se da la posibilidad al juez o tribunal de imponer la pena inferior en grado, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho.

5. Respecto de las coacciones, se añade un nuevo apartado al artículo 172 CP, en virtud del cual, se eleva a la categoría de delito la coacción leve «a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia», así como si la persona coaccionada es «una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor», con el mismo régimen de agravación y de rebaja de la pena previstos en el artículo 171.5 CP.

6. Se modifica el delito de quebrantamiento de condena del artículo 468 CP, introduciéndose un nuevo apartado que prevé en todo caso (estén o no privados de

libertad) una pena de prisión de seis meses a un año para los que «quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 de este Código o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2».

7. Por lo que se refiere a las vejaciones leves: se modifica el artículo 620 CP introduciendo tanto al final de su primer como de su segundo apartado, la salvedad de que esos hechos serán constitutivos de falta, «salvo que el hecho sea constitutivo de delito».

#### 2.2.1.4. *La irrupción de la agravante de género: 2015*

La LO 1/2015, de 30 de marzo, si bien no incide en el fenómeno de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>364</sup>, sí adaptó los tipos penales a la desaparición de las faltas. Así, el artículo 153.1 CP<sup>365</sup> quedó redactado con el siguiente tenor:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpeare o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

---

<sup>364</sup> Entre otras reformas, se incluyeron en la parte especial del Código Penal los delitos de matrimonio forzado (art. 172 bis). De interés, DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «El delito de matrimonio forzado», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 365-378; sexting (art. 197.7 CP). De interés, GUTIÉRREZ AZANZA, D. A., «Delito de «sexting», configuración jurisprudencial», en *Diario La Ley*, n.º 9760, 23 de diciembre de 2020, s. p.; y acoso o stalking (art. 172 ter CP). De interés, VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 379-398.

<sup>365</sup> En igual sentido, se modificaron los artículos 171.1 y 172.3 CP.

Una importante novedad es que se añade el género como motivo de agravante en el artículo 22.4 CP<sup>366</sup>:

«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

Esta agravante vendría a solventar los problemas de la agravación automática en los delitos establecidos en la LOVG. Ahora bien, de nuevo, la dificultad radica en si esta agravante es de aplicación automática o no cuando se pruebe la existencia de un delito cometido por un hombre sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual.

El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre los criterios para la aplicación de la agravante. En este sentido, la reciente STS de 27 de enero de 2021 apunta a que no es necesario verificar un ánimo de dominación, sino que será suficiente que los hechos sean expresión de esa dominación.

«La concurrencia de una circunstancia de agravación exige de un aditamento, que en el caso de la de dominación por razones de género se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el plus de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y las mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. Algunas resoluciones de esta Sala Casacional señalan que no requiere la agravante de género un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer (así lo hemos dicho en la STS 99/2019), pero sí que objetivamente, prescindiendo de las razones específicas del autor, los hechos sean expresión de ese desigual reparto de papeles al que es consustancial la superioridad del varón que adquiere así efecto motivador. Todo ello

<sup>366</sup> De interés, para la agravante por razón de género, CISNEROS ÁVILA, F., «La agravante de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del derecho penal con perspectiva de género», en LAURENZO COPELLO, P., y DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, págs. 397-426; y GORDON BENITO, I., «La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, n.º 24, julio de 2020, págs. 89-160, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/28285> [u. a. 09/06/2021]. En general, respecto de la prueba en todas las manifestaciones de la agravante del artículo 22.4 CP, *vid.* MOLINA CABALLERO, M. J., «La agravante del artículo 22.4 del Código Penal: dificultades probatorias», en LAURENZO COPELLO, P., y DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, págs. 427-451.

determinado a partir de las particulares circunstancias que rodean los hechos y del contexto relacional de agresor y víctima, no limitado al ámbito conyugal o de pareja, desde luego no lo impone el precepto ( artículo 22.4 CP), sino a todos aquellos en los que se conciten hombres y mujeres, y sean susceptibles de reproducir desiguales esquemas de relación que están socialmente asentados. Por ello bastará para estimarse aplicable la agravante genérica que el hecho probado de cuenta de tales elementos que aumentan el injusto, porque colocan a la mujer víctima en un papel de subordinación que perpetúa patrones de discriminación históricos y socialmente asentados; y en lo subjetivo, que el autor haya asumido consciente y voluntariamente ese comportamiento que añade el plus de gravedad.

De todos modos, será necesario que el delito se cometa "por razones de género", como se enuncia en la circunstancia 4ª del art. 22 del Código Penal. De manera que esa es la vertiente subjetiva de la agravación»<sup>367</sup>.

Por otro lado, en el mismo FD de la citada sentencia, se establece la distinción entre la aplicación de la agravante en los delitos en la pareja íntima, que se concreta en actos de control o de humillación; y los producidos fuera de la pareja íntima – normalmente, de índole sexual–, en los que se verifica en actos de humillación de naturaleza sexual.

«Como dice la STS 571/2020, de 3 de noviembre, cuando la agravante de género se introduce en una relación de pareja, generalmente se refiere a actos de control o de humillación. Por los primeros, el sujeto activo del delito controla la forma de vestir de la mujer, sus relaciones sociales, sus gustos y preferencias, incluso su autonomía económica, habiendo casos de retirada de su documentación como modo de controlar sus movimientos, y cuando nos estamos refiriendo a actos de humillación, el maltratador desprecia a la mujer por el hecho de serlo, le dice que no sirve para nada, y otras expresiones similares. Pero que concorra con una relación de pareja, no quiere decir que no sea compatible con la agravante de parentesco, como ha pronunciado ya esta Sala Casacional de manera reiterada.

En los delitos fuera de la relación de pareja, que habitualmente son los de índole sexual, perpetrados entre desconocidos, la agravante de género se configura en la actuación del agente cosificando a la mujer, de tal forma que se cometen actos de humillación de naturaleza sexual.

La agravante se configura en ocasiones como un acto de discriminación, pero propiamente no hay tal, se trata de un acto de dominación por razones de superioridad, esto es, el autor

---

<sup>367</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 59/2021, de 27 de enero [ECLI:ES:TS:2021:458], ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, FD 4º.

pretende hacer patente la relación de inferioridad que se predica de la mujer por parte de aquél, el maltratador; este aspecto le diferencia de la agravante de sexo, en donde la discriminación es lo que justifica la mayor antijuridicidad de la acción, al realizarse una postergación por razón de sexo. Aquí no hay propiamente discriminación por razón de género, sino dominación de género, que es algo completamente diferente».

En la jurisprudencia menor, se ha analizado la aplicación de la agravante en un delito en la pareja íntima heterosexual, por ejemplo, en una tentativa de homicidio, en el que el acusado, tras conseguir que su exmujer subiera a su coche, condujo temerariamente con ánimo de acabar con su vida, mientras le preguntaba si le había sido infiel y le decía «adiós». Tras colisionar con otro vehículo frontalmente y salir ambos indemnes, el acusado se dirigió a la víctima diciéndole: «Me ha salido mal la jugada», al tiempo que gritaba que la quería matar, que la quería meter debajo de un camión, etc.

Para la Audiencia Provincial de Pontevedra, cobra especial relevancia cómo se produjo la convivencia hasta la separación.

«Ningún dato relativo a la subordinación de la víctima o de relaciones de fuerza durante la relación ha resultado acreditado, ni siquiera en la libre autodeterminación para separarse o divorciarse. La propia víctima relata cómo fue de allá la decisión del divorcio, como el la ayudaba económicamente porque no tenía ingresos, que pagaba el piso, compraba comida, que fue el, acusado quien le ayudó a encontrar trabajo en una cafetería y son también significativas las declaraciones de la hija de ambos que manifiesta que su padre no menospreciaba a su madre, que la cuidaba muchísimo, que su madre estuvo unos 15 años con depresión crónica y hasta que ella tuvo edad para poder ayudarle, su padre se encargaba de todas las cosas de casa, además de su trabajo.

Ningún incidente entre ellos presenció los testigos, copropietarios y vecinos del acusado y Pura, que declararon en el Plenario que refirieron que ella quien les dijo que se estaban separando y pensaron que era una separación amistosa, que nunca presenciaron incidentes entre ellos, salvo alguna palabra subida de tono, normal en la convivencia, que él era quien iba a pagar los gastos.

La actitud del acusado, el día de los hechos permiten contextualizar los hechos y son indicativos de la alteración de la conducta del acusado diagnosticado de un cuadro depresivo grave, pero en sí misma es insuficiente para inferir pese a la gravedad del delito cometido el propósito de discriminar o de hacer patente la situación de desigualdad o la relación de poder sobre la víctima, y menos aun cuando la prueba practicada evidencia que

este desequilibrio relacional tampoco se había manifestado durante su relación sentimental a lo largo de los 20 años de matrimonio»<sup>368</sup>.

### 2.3. La violencia en la pareja íntima heterosexual como fenómeno estereotipado

La forma en la que se percibe, se identifica y se describe a la mujer-víctima en la violencia en la pareja íntima heterosexual tiene una influencia decisiva en la política legislativa, en la aplicación de las normas, en la empatía social que genera y en su reconocimiento como mujer maltratada<sup>369</sup>. De igual modo, la manera en la que se percibe, se identifica y se describe al hombre-victimario en ese tipo de violencia determina la producción normativa, la aplicación en el foro, el rechazo social y su reconocimiento como hombre maltratador. Por último, la percepción, la identificación y la descripción que se haga de la violencia en la pareja íntima y, en especial, de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, devendrá decisiva a la hora de establecer la política legislativa, la aplicación jurisprudencial, la atención social hacia esta violencia y su catalogación como problema social.

En buena medida por la distorsión que generan los datos estadísticos que se ofrecen de forma sesgada, la regulación penal sustantiva y procesal que afecta a la violencia en la pareja íntima heterosexual trae causa de una concepción estereotipada<sup>370</sup>, tanto de la víctima –siempre y en todo caso inferior y desvalida– cuanto del victimario –siempre y en todo caso superior y machista– y de la propia violencia.

#### 2.3.1. El hecho delictivo como acción estereotipada: el pretendido mayor desvalor

Como ya se ha señalado anteriormente, el artículo 1.1 LOVG establece como objeto de la ley

<sup>368</sup> Cfr. SAP Pontevedra, Sección 4ª, 45/2020, de 10 de diciembre [ECLI:ES:APPO:2020:1991], ponente: María Nelida Cid Guede, FD 4º.

<sup>369</sup> CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E., «Violencia por razón de género en la pareja y estereotipos en el sistema de justicia: lecciones del Comité de la CEDAW», en *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios de Género, vol. 4, n.º 3, 2019, págs. 29-52, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/4927> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 39.

<sup>370</sup> La Real Academia define el término estereotipo, en su primera acepción como la «[i]magen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable». Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/estereotipo?m=form> [u. a. 09/06/2021].



«actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

La lectura del precepto nos lleva a la conclusión de que el ámbito de aplicación de la LOVG es –siguiendo la terminología que hemos utilizado– la violencia de dominación sobre la mujer por razón de género en la pareja íntima heterosexual, por lo que la agravación de la pena prevista para el hombre en el artículo 153.1 CP solo sería aplicable en el caso de que el maltrato singular se produjera «como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». En caso contrario, ese varón podría ser penado conforme a las previsiones del artículo 153.2 CP.

Parte de la doctrina ha defendido que la regulación trae causa de que, en realidad, en este tipo de actos delictivos se da una pluriofensividad<sup>371</sup>. Así, se defiende que cuando un hombre comete un hecho sancionado por el legislador como violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual por razón de género se afecta, por un lado, a un bien jurídico individual de la víctima (integridad física, tranquilidad, etc.), y, por otro, a una suerte de bien jurídico colectivo del que solo son titulares las mujeres.

A este respecto, se sostiene que, en estos delitos, las consecuencias trascienden más allá de los concretos actos en los que se perpetran las agresiones. Para Fuentes Soriano, la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual

«suma un plus de gravedad íntimamente relacionado con el desvalor añadido que tienen en común las actuaciones violentas por razones de género: no sólo afectan a la salud física o psíquica de la víctima y al normal desarrollo de la persona en el seno de esa relación afectiva, sino que, además, fundándose en la posición de dominio absoluto del varón, van destinadas a lograr la sumisión de la mujer. En esta situación, las consecuencias --que pasan por una total anulación de su personalidad-- repercuten no sólo en su comportamiento sino

---

<sup>371</sup> LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral...», en *óp. cit.*, págs. 18-20; y FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva...», *óp. cit.*, págs. 90-91. Ambas autoras apoyan sus razonamientos en que el Código Penal prevé tipos específicos para defender a colectivos especialmente vulnerables, como menores, drogodependientes o incapaces. En nuestra opinión, aceptar esto es tanto como poner a las mujeres –a todas ellas y en cualquier situación dentro de la pareja íntima heterosexual– como un ser desvalido y disminuido.

también en el desarrollo de su personalidad, dejándose, así, sentir en todas las facetas vitales»<sup>372</sup>.

Coincidimos con Acale en las críticas a esta posición en la medida en la que el bien jurídico al que se hace referencia es el que se protege con el delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar<sup>373</sup>. Así, lo que se ha conseguido es condenar a una función casi residual al delito de violencia habitual, que transfiere todo el protagonismo al tipo agravado del artículo 153.1 CP<sup>374</sup>. Se mire por donde se mire, se trata de un atajo ante las dificultades probatorias que se dan en el delito de maltrato habitual.

Aún más, la LOVG parte de la presunción de que siempre que se produzca un acto de violencia en la pareja íntima heterosexual perpetrado por el hombre será manifestación de la posición de dominio y poder, por lo que, en la aplicación de la norma, no deberán tenerse en cuenta las circunstancias del hecho<sup>375</sup>. Como señaló Gimbernat,

«Si un marido, después de 20 años de pacífico y feliz matrimonio, da un tirón de orejas a su mujer o un empujón o le propina una colleja, al enterarse de que ésta ha arruinado irreversiblemente el patrimonio familiar, jugando a la ruleta en el casino de Torrelodones, o al llegar a su conocimiento que durante los últimos años la esposa ha estado abusando sexualmente del hijo común, *naturalmente que debe responder por una falta de lesiones-*

<sup>372</sup> Cfr. FUENTES SORIANO, O., «La constitucionalidad de la Ley Orgánica...», *óp. cit.*, s. p. A este respecto, afirma la autora que «[e]llevar a categoría de bien jurídico protegido el normal desarrollo de la personalidad de la mujer, en una sociedad de raíces patriarcales donde la plena dominación y subordinación de ésta por el marido (o pareja) en el seno de la familia ha sido siempre, históricamente, conseguida sobre la base de la sumisión física y psíquica, es, sin duda, uno de los grandes logros de la reforma del Código Penal introducida por la LOMPIVG». Cfr. FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento...*, *óp. cit.*, pág. 47.

<sup>373</sup> ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer...*, *óp. cit.*, pág. 154.

<sup>374</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 60; y MAQUEDA ABREU, M. L., «1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la Ley...», *óp. cit.*, pág. 44. Como con acierto pronosticó Lorenzo tras la reforma de 2003, «si las dificultades derivadas de la tramitación de los hechos como falta no convencieron a los operadores del Derecho sobre la necesidad de indagar a fondo en la auténtica magnitud de la violencia escondida detrás de una primera denuncia, ¿qué cabe esperar ahora que la ley les facilita la aplicación de penas de prisión y medidas cautelares contundentes –incluida la prisión provisional– ante un episodio único de maltrato ocasional? No es difícil pronosticar que este cambio legislativo condena a una función casi residual al delito de violencia habitual del art. 173.2, que cederá todavía más terreno a la antigua falta de malos tratos hoy convertida en delito». Cfr. LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (edit.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 1ª ed., Salamanca, mayo de 2004, págs. 827-844, cita en pág. 840.

<sup>375</sup> De interés, para las presunciones penales y, específicamente, las establecidas en la LOVG, *vid.* GÓMEZ RIVERO, M. C., «El “presunto” injusto de los delitos contra la violencia de género», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91-115.

aunque castigar esa conducta como delito, y no como falta, infringe el principio de proporcionalidad de las penas-; pero mantener que tal conducta debe ser agravada porque la agresión *obedece siempre*, tal como mantienen la LVG y el TC, a una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, es querer hacernos comulgar con ruedas de molino: porque si es la mujer la que reacciona con el tirón de orejas, el empujón o la colleja frente al marido ludópata o incestuoso, y el origen de aquella agresión masculina hay que reconducirla en *todos los casos* a la violencia machista, entonces la agresión de la mujer sería un comportamiento que no tendría explicación causal -ya que, obviamente, no puede estar generada por un conceptualmente inimaginable machismo femenino-, lo que está en contradicción con el principio científico de que todo efecto -en este caso la agresión femenina- alguna causa tiene que tener, causa que, en estos casos, es, en efecto, muy fácil de encontrar para quien no tenga el raciocinio nublado por el fundamentalismo feminista: la indignación, *que en ningún caso puede justificar la impunidad*, pero que no tiene nada que ver con una prepotencia masculina, que a uno de los cónyuges -sea masculino o femenino- le ha provocado la sorpresa de que está casado o casada con un cónyuge ludópata o sexualmente pervertido»<sup>376</sup>.

Pese a la contundencia del argumento, y sea como fuere, la STC de 14 de mayo de 2008<sup>377</sup> vino a convalidar esta mayor agravación y a reconocer el mayor desvalor en estos delitos. Así, señala el Tribunal Constitucional que

«[e]l legislador no presume un mayor desvalor en la conducta descrita de los varones –los potenciales sujetos activos del delito en la interpretación del Auto de cuestionamiento– a través de la presunción de algún rasgo que aumente la antijuridicidad de la conducta o la culpabilidad de su agente. Lo que hace el legislador, y lo justifica razonablemente, es apreciar el mayor desvalor y mayor gravedad propios de las conductas descritas en relación con la que tipifica el apartado siguiente. No se trata de una presunción normativa de lesividad, sino de la constatación razonable de tal lesividad a partir de las características de la conducta descrita y, entre ellas, la de su significado objetivo como reproducción de un arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja.

[...]

<sup>376</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal constitucional», en *El Mundo*, 16 de junio de 2008, s. p., disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1029582](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1029582) [u. a. 09/06/2021].

<sup>377</sup> STC, Pleno, 59/2008, de 14 de mayo [ECLI:ES:TC:2008:59], ponente: Pascual Sala Sánchez.

Que en los casos cuestionados que tipifica el art. 153.1 CP el legislador haya apreciado razonablemente un desvalor añadido, porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa, no comporta que se esté sancionando al sujeto activo de la conducta por las agresiones cometidas por otros cónyuges varones, sino por el especial desvalor de su propia y personal conducta: por la consciente inserción de aquélla en una concreta estructura social a la que, además, él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción». (FJ 11).

Ahora bien, las conductas que se recogen en los tipos penales de los artículos 153.1 y 153.2 CP son las mismas, por lo que estamos ante el mismo delito, y la única diferencia es la víctima. Coincidimos con el magistrado del Tribunal Constitucional Vicente Conde Martín de Hijas, quien en su voto particular a la STC 59/2008 anteriormente citada, afirma que:

«[e]ntre ambos apartados del art. 153 no existe una diferencia de delitos, ni de conductas, sino de víctimas, como lo evidencia la dicción legal del apartado 2 al identificar los delitos: «si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuera». Se trata, pues, de un mismo delito y por tanto de igual desvalor, siendo así la diferenciación de víctimas la única razón del distinto trato penológico, y no un pretendido mayor desvalor, a menos que, contra la dicción inequívoca del texto legal, se afirme, como hace erróneamente la Sentencia, que los delitos son distintos».

En cualquier caso, nos posicionamos con quienes señalan que el verdadero problema no es que se pene más la violencia de dominación contra la mujer en la pareja íntima heterosexual por razón de género en la medida en la que se considere que la conducta del varón lesiona más derechos o bienes de la víctima, sino que la aplicación del tipo penal sea automática<sup>378</sup>.

Nuestra interpretación, como veremos, es coincidente con una parte de la jurisprudencia menor y con una minoría del Pleno del Tribunal Supremo. Sin embargo, el actual criterio del Tribunal Supremo es que cualquier maltrato singular cometido por un hombre heterosexual en la pareja íntima acarrea, en todo caso, la aplicación del

<sup>378</sup> POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer: Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2008, Barcelona, julio de 2008, disponible en <https://indret.com/la-legitimacion-constitucional-de-un-derecho-penal-sui-generis-del-enemigo-frente-a-la-agresion-a-la-mujer/> [u. a. 09/06/2021], cita pág. 26.

artículo 153.1 CP. Así, vía jurisprudencial, se ha estereotipado el hecho delictivo en la medida en la que todo acto punible cometido por un hombre sobre una mujer en la pareja íntima heterosexual es una manifestación «de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

La línea jurisprudencial con la que nos posicionamos derivaba a la falta de lesiones leves del entonces vigente artículo 617.1 CP (hoy 147.2 CP) cuando no se probaba el elemento intencional<sup>379</sup>. Aún más, no se trataba solo de que se probara o no el elemento intencional, sino que la aplicación del artículo 153.1 CP quedaba descartada en los supuestos, por ejemplo, de agresiones mutuas, en la medida en la que –parece una obviedad– la agresión mutua descarta la violencia de dominación. Así, la Audiencia Provincial de Barcelona dictó que

«eso no quiere decir ni que proceda la aplicación de este artículo 153 del Código Penal en todo caso si se da esa conducta entre los referidos sujetos activo y pasivo, ni que el tipo penal sólo sea aplicable cuando la situación de abuso de poder, desigualdad y dominación entre autor y víctima sea demostrada por las acusaciones, sino que la misma se presupone cuando la acción típica tiene lugar entre ambos sujetos activo y pasivo respectivamente, siendo posible excluir la aplicación de este tipo penal, y acudir en consecuencia a otro tipo de calificación únicamente en aquellos casos en que se demuestre que las circunstancias en que se desarrollaron los hechos fueron otras, como ocurre, por ejemplo, en los supuestos de maltrato o agresiones mutuos y de análogo alcance y consideración entre los dos miembros de la pareja, que excluyen la presencia de esa relación de dominación-subordinación, trasladando la conducta de las previsiones específicas del 153 a la falta ordinaria del artículo 617. 1 ó 2 del Código Penal»<sup>380</sup>.

<sup>379</sup> SAP Barcelona, Sección 20ª, 360/2007, de 20 de abril [ECLI:ES:APB:2007:14239], ponente: Fernando Pérez Maiquez, FD 1º.

<sup>380</sup> SAP Barcelona, Sección 20ª, 108/2009, de 21 de enero [ECLI:ES:APB:2009:14737], ponente: María de la Concepción Sotorra Campodarve, FD 2º. En el mismo sentido, las más recientes SAP Álava, Sección 2ª, 313/2015, de 16 de octubre, [ECLI:ES:APVI:2015:675], ponente: José Jaime Tapia Parreño, en la que se afirma: «[...] si se analiza el concreto hecho enjuiciado, producido en la calle, en el que la agresión es comenzada por la propia mujer y después proseguida por el hombre, no se llega a vislumbrar en modo alguno que constituya una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre la mujer, ni puede razonablemente sostenerse que en el incidente enjuiciado esté presente, aunque sea de forma latente, subliminal o larvada, una querencia "objetivable", dimanante de la propia objetividad de los hechos, a la perpetuación de una desigualdad secular entre hombre y mujer» (FD 1º); y SAP Pontevedra, Sección 4ª, 218/2017, de 29 de diciembre [ECLI:ES:APPO:2017:2786], ponente: María Cristina Navares Villar, FD 2º.

Esta línea jurisprudencial fue acogida en un primer momento por el Tribunal Supremo, en la medida en la que, se afirmaba,

«[h]a de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género, y en consecuencia, la atribución competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer»<sup>381</sup>.

Con especial claridad expositiva, el Tribunal Supremo afirma que

«[e]s importante subrayar que todas las disposiciones adoptadas por el legislador -entre ellas la modificación del art. 153 C.P. - tienen como fundamento y como marco de su desenvolvimiento, lo que el legislador ha denominado violencia de género, considerando el mayor desvalor de esta violencia en tanto que afecta a la igualdad, a la libertad, a la dignidad y a la seguridad de las mujeres en el ámbito de las relaciones de pareja, "... porque el autor inserta su conducta en una pauta cultural generadora de gravísimos daños a sus víctimas y porque dota así a su acción de una violencia mucho mayor que la que su acto objetivamente expresa" (STC nº 45/2009, de 19 de febrero ), produciendo un efecto negativo añadido a los propios usos de la violencia en otro contexto (STC nº 95/2008, de 24 de julio ). Y es en esta misma resolución del Alto Tribunal donde se reitera que el ámbito donde la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre y las medidas que en ella se adoptan, es el de la violencia de género al señalar que "la diferencia normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen, y a partir también de que tales conductas **no son otra cosa ..... que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja** de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada".

Queda claro, de este modo, que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja del que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse necesaria y automáticamente como la violencia de género que castiga el nuevo art. 153 C.P. , modificado por la ya tantas veces citada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino sólo y exclusivamente -y ello por imperativo legal establecido en el art. 1.1 de esa Ley - cuando el hecho sea "manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer .....".

<sup>381</sup> STS, Sala de lo Penal, 58/2008, de 25 de enero [ECLI:ES:TS:2008:681], ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, FD 4º.

Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales»<sup>382</sup>.

Conforme a lo anterior, esta misma sentencia señala que el elemento de discriminación deberá ser acreditado por la acusación ante el juez sentenciador conforme a las normas de la prueba.

«Si, como hemos establecido líneas atrás, la aplicación del art. 153 requiere no sólo la existencia de una lesión leve a la mujer por parte del compañero masculino, sino también que esta acción se produzca en el seno de una relación de sumisión, dominación y sometimiento a la mujer por parte del hombre, esto es, de una discriminación de todo punto inadmisibles, habrá de ser el Tribunal sentenciador el que, a la vista de las pruebas practicadas a su presencia, oyendo con inmediación y contradicción a denunciante y denunciado y los testimonios de otros posibles testigos, el que establezca el contexto en el que tuvieron lugar los hechos, analizando los componentes sociológicos y caracteriológicos concurrentes a fin de establecer, mediante la valoración razonada de los elementos probatorios si el hecho imputado es manifestación de la discriminación, desigualdad y relaciones de poder del hombre sobre la mujer, u obedece a otros motivos o impulsos diferentes. Así lo ha entendido el Tribunal sentenciador excluyendo argumentadamente que la agresión mutua de marido y mujer se hayan producido en un ámbito de "violencia machista" en una conclusión valorativa ciertamente racional y razonada que esta Sala de casación carece de motivos para invalidarla» (FD 3º).

En una posterior sentencia, el Tribunal Supremo confirmó la no aplicación automática del tipo agravado, sin embargo, vino a establecer que lo que había que probar es que no se daba el elemento discriminatorio. Esta solución es ciertamente criticable por cuanto abocaría a la necesidad de probar por la defensa hechos negativos.

«Es verdad que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional para la aplicación del art. 153.1 CP se exige un sustrato que ponga de manifiesto que la agresión, se enmarca en el contexto de una reprochable concepción implantada en ámbitos culturales o sociales de

<sup>382</sup> STS, Sala de lo Penal, 1177/2009, de 24 de noviembre [ECLI:ES:TS:2009:7482], ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo, FD 3º.



predominio del varón sobre la mujer. Pero eso no significa que sea necesario un elemento subjetivo peculiar o un dolo específico. La presunción juega en sentido contrario. Sólo si consta o hay evidencias de que el episodio, concreto o reiterado, de violencia es totalmente ajeno a esa concepción que ha estado socialmente arraigada, y que la agresión o lesión obedece a unas coordenadas radicalmente diferentes, no habría base para la diferenciación penológica y habrá que castigar la conducta a través de los tipos subsidiarios en que la condición de mujer del sujeto pasivo no representa un título de agravación penológica. Pero en principio una agresión en ese marco contextual per se y sin necesidad de prueba especial está vinculada con la concepción que el legislador penal se propone erradicar o al menos reprobar»<sup>383</sup>.

Ahora bien, el Tribunal Supremo también se había posicionado a favor de la aplicación automática del tipo agravado<sup>384</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo afirmó que

«[...] la Audiencia ha discurrido muy bien sobre este aspecto, al poner de relieve que ese precepto depara protección a la mujer frente a las agresiones sufridas en el marco de una relación de pareja, y ambos extremos, el de la convivencia en ese concepto y el de la violencia del que ahora recurre sobre su conviviente están perfectamente acreditados, incluso por el propio reconocimiento del mismo. Y siendo así, a efectos legales, es por completo indiferente que la motivación hubiera sido económica o de otro tipo, cuando lo cierto es que el acusado hizo uso de la fuerza física para imponer una conducta contra su voluntad a la perjudicada, relacionada con él como consta»<sup>385</sup>.

Estas posiciones jurisprudenciales afloraron, de nuevo, en la STS de 20 de diciembre de 2018<sup>386</sup>, en la que el Tribunal Supremo revocó la sentencia de instancia por la que se absolvía a los dos miembros de una pareja íntima heterosexual del delito de maltrato singular, tipificado –como ya se ha señalado anteriormente– en el artículo 153.1 CP para el hombre, y en el artículo 153.2 CP para la mujer.

Los hechos probados son que la pareja íntima, que había acudido a una discoteca, inició una discusión entre ellos

---

<sup>383</sup> STS, Sala de lo Penal, 856/2014, de 26 de diciembre [ECLI:ES:TS:2014:5442], ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, FD 4º.

<sup>384</sup> STS, Sala de lo Penal, 653/2009, de 25 de mayo [ECLI:ES:TS:2009:4168], ponente: Adolfo Prego de Oliver Tolivar, FD 5º.

<sup>385</sup> STS, Sala de lo Penal, 807/2010, de 30 de septiembre [ECLI:ES:TS:2010:5467], ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, FD 2º.

<sup>386</sup> STS, Sala de lo Penal, Pleno, 677/2018, de 20 de diciembre [ECLI:ES:TS:2018:4353], ponente: Vicente Magro Servet.

«motivada por no ponerse de acuerdo en el momento que habían de marchar a casa, en el curso de la cual se agredieron recíprocamente, de manera que la encausada le propinó a Pablo Jesús un puñetazo en el rostro y él le dio un tortazo con la mano abierta en la cara, recibiendo él una patada propinada por la señora Palmira , sin que conste la producción de lesiones. Ninguno de los dos denuncia al otro».

El Tribunal, después de hacer un prolijo recorrido por la doctrina constitucional y jurisprudencial, llega las siguientes conclusiones:

«1.- **Inexistencia de base legal para absolver.** No existe base ni argumento legal para degradar a delito leve del art. 147.3 CP una agresión mutua entre hombre y mujer que sean pareja o ex pareja de la que no se desprendan lesiones objetivables. Esta conducta está claramente tipificada en los apartados 1 y 2 del art. 153 CP.

2.- **Inexigencia del ánimo de dominación o machismo en la prueba a practicar.** Ambos apartados del precepto no incluyen ni exigen entre sus elementos una prueba del ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión. El "factum" solo deberá reflejar un golpe o maltrato sin causar lesión para integrar la tipicidad y llevar a cabo el proceso de subsunción, sin mayores aditamentos probatorios. Los únicos elementos subjetivos van referidos a los elementos del tipo penal, no a otros distintos o al margen de la tipicidad penal.

3.- **La riña mutua no puede suponer un beneficio penal.** Degradar la conducta a delito leve del art. 147.3 CP, con la circunstancia de exigir en este caso denuncia supone un beneficio penal para cualquiera de los agresores que no está contemplado ni en el tipo penal, ni en la filosofía de la LO 11/2003, ni en las sucesivas reformas legales que han introducido modificaciones en el tratamiento de la violencia de género y doméstica.

4.- **No degradación penal por el desvalor del resultado en la riña mutua.** Si se degrada la tipicidad por el desvalor del resultado, al no existir lesiones y derivarlo al art. 147.3 CP, se atenta contra la propia filosofía del art. 153 CP, que solo exige que entre los sujetos exista la relación fijada de forma objetiva y que el acto objetivo integrante del tipo penal sea de golpear o maltratar sin causar lesión. La aplicación del tipo solo exigiría la acreditación de la violencia, aunque sin lesión. Y esto es maltrato en ambas direcciones si hay riña y agresión mutua sin legítima defensa.

5.- **Tampoco puede degradarse penalmente la conducta antijurídica del sujeto activo del art. 153.2 CP por existir una riña mutua:** En el apartado 2º del art. 153 CP se remite a la conducta del apartado 1º, es decir, golpear o maltratar sin causar lesión y en este el sujeto activo puede ser la mujer y el pasivo el hombre, pero no degradando la conducta de

la mujer que el hombre, además, antes o después, agrede también. En ambos casos, salvo en aquellos en los que concurren circunstancias modificativas de responsabilidad, como puede ser la legítima defensa completa o incompleta, el hecho exige para su tipicidad el comportamiento objetivable de la agresión. Cuestión distinta, como decimos, es que el sujeto se defienda ante el acometimiento del otro, aunque ello entraría ya en la apreciación, o no, de circunstancias eximentes o atenuantes, no en la concurrencia de conducta antijurídica que encuentra su acomodo en el art. 153 CP, según sea el caso.

**6.- La Exposición de Motivos de la LO 11/2003 no es un tipo penal.** No puede extraerse de la Exposición de motivos de la LO 11/2003 y trasladarse al tipo penal del art. 153.1 y 2 CP un elemento subjetivo del injusto que requiera de la concurrencia de la dominación o machismo en el ataque del hombre a la mujer cuando existe un acometimiento recíproco entre ellos, pero tampoco cuando existe solo un acometimiento del hombre a la mujer, ya que no lo exige el tipo penal, sino solo el objetivo de la agresión.

**7.- Respeto al principio de tipicidad penal.** Si el hecho probado constituye un acto típico y antijurídico no existe razón legal alguna para dictar una sentencia absolutoria por la circunstancia de que el sujeto activo lo sea, al mismo tiempo, sujeto pasivo, por la agresión que le responde la persona a quien golpeaba o maltrataba, y sin amparo legal alguno que cubra esa modificación.

**8.- El respeto al hecho probado.** No hay cobertura legal para amparar la modificación del tipo penal que sanciona la conducta declarada probada, por una circunstancia absolutamente ajena a la conducta antijurídica, cual es que exista una riña mutua y ambos sujetos se golpeen, aun sin causar lesión. Esta circunstancia no puede cambiar la tipicidad del hecho para pasarlo del art. 153.1 y 2 CP al art. 147.3 CP.

**9.- Posibilidad de aplicación del apartado 4º del art. 153 al caso concreto.** Lo que sí es posible aplicar es la vía del art. 153.4 CP que señala que: *4. No obstante lo previsto en los apartados anteriores, el Juez o Tribunal, razonándolo en sentencia, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, podrá imponer la pena inferior en grado.* Ello permitirá graduar la respuesta penológica al caso concreto, pero no absolver por la circunstancia de que exista agresión mutua y no se haya probado por la acusación el ánimo de dominación o machismo en el hombre. Este tipo atenuado sería el marco adecuado para tener en cuenta, en su caso, algunas de las circunstancias que se valoran por los jueces y tribunales para excluir la aplicación del artículo 153.1 CP.

**10.- Posibilidad de valorar supuestos de legítima defensa.** Dentro de la abierta posibilidad de valorar cada caso concreto sin encorsetamientos no deseados resulta viable

que en caso de agresión recíproca pueda valorarse la opción de la concurrencia de la circunstancia modificativa de responsabilidad criminal de la legítima defensa, que podría dar lugar a una exención o atenuación de la pena, lo que queda al ámbito de la prueba de sus circunstancias en el juicio oral. Con ello, habrá que estar al caso concreto y su prueba.

**11.- No existe una presunción de dominación *iuris et de iure*, pero ello no es elemento del tipo penal del art . 153 CP.** No es un elemento del tipo desde el punto de vista estrictamente técnico jurídico. Cuestión distinta es el trasfondo sociológico del hecho. El hecho típico del art. 153 CP determina la objetividad del acto según la concurrencia de los elementos de la acción descrita en el tipo penal respectivo, lo que quedará en el ámbito del derecho probatorio. Incluso en los casos en los que el acto de maltrato lo pudiera iniciar la mujer a su pareja y el hombre respondiera con un acto de maltrato igualmente podría existir un acto de dominación en el acto de la respuesta, pero ello no se exige tampoco, porque no es elemento del tipo. Y su ausencia no permite degradar el hecho a delito del art. 147.3 CP» (FD 4º).

Frente a la opinión de la mayoría, se alza el voto particular suscrito por cuatro magistrados<sup>387</sup>, con el que nos posicionamos en todo. En primer lugar, coincidimos con los magistrados disidentes en que, con esta sentencia, el Pleno del Tribunal Supremo ha dejado escapar

«una oportunidad de interpretar y aplicar la protección a la mujer contra la violencia de género, cuya conveniencia no parece ser discutida, dentro de sus auténticos límites, evitando extender el trato desigual al varón y a la mujer, contenido en el artículo 153 del Código Penal, de una forma excesiva y mecánica o automática a todos los casos en los que, en el ámbito de las relaciones de pareja, actuales o pasadas, el varón maltrate de obra a la mujer» (P. 2).

A partir de esta consideración inicial se reafirma el argumento de que no toda la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual tiene una motivación de dominación y que, por tanto, ese elemento debe concurrir para que pueda ser aplicado el artículo 153.1 CP.

«Queda claro, pues, que no se trata de actuar contra cualquier violencia desarrollada por quienes son o han sido pareja sentimental contra su pareja, ni siquiera de actuar contra la violencia ejecutada por el miembro varón de la pareja contra el miembro femenino de la

---

<sup>387</sup> El voto es formulado por Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, al que se adhieren Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, Alberto Jorge Barreiro y Carmen Lamela Díaz.

misma, sino, solamente, en aquellos casos en los que la violencia sea una "manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres"» (P. 2).

En ese sentido –y como ya hemos afirmado con anterioridad– el elemento de dominación no puede constatarse solo con la comisión del maltrato singular.

«[...] esta justificación de carácter general que afecta a la legitimidad de la previsión legal, no puede trasladarse como algo implícito a cada caso concreto. Al menos por dos razones. La primera, porque, aunque pueda afirmarse que esa pauta cultural rechazable está todavía muy generalizada, no pueden excluirse casos en los que, por razones derivadas de la evolución de los valores sociales o de la formación intelectual del ciudadano, que pueden relacionarse, incluso, con el éxito de las actividades de formación en la materia que contempla la propia legislación (artículo 3 de la Ley de violencia de género), la mentalidad del varón, al menos del varón que es concretamente acusado, se haya modificado excluyendo de forma natural esos planteamientos, que quedarían, por lo tanto, muy alejados de los hechos que se le imputan.

Y, la segunda, de mayor peso en el ámbito penal, porque no puede presumirse en contra del acusado, solo por el hecho de ser varón, que su conducta se encuadra en esa pauta cultural, considerando que, por el mero hecho de golpear o maltratar a su pareja o expareja femenina, ya actúa, dentro de ese marco de relación, en un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Y la prohibición de esa presunción es aplicable tanto si se presume sin aceptar prueba en contrario, como si se trasladara al acusado la necesidad de probar que tal cosa no concurre, pues evidente que la prueba del delito corresponde a la acusación, ya que el acusado se presume inocente mientras no se pruebe su culpabilidad con arreglo a la ley. Es más; si se admite, como se hace en la sentencia de la mayoría, que el acusado puede probar que no existe el elemento relativo a la dominación y tal prueba excluiría la aplicación del artículo 153.1 CP, se está también admitiendo implícitamente que ese es un elemento necesario del tipo. Y si es así, su concurrencia no puede presumirse en contra del reo.

En consecuencia, esa pauta cultural negativa o ese contexto de dominación en el que debe apreciarse que se ejecutan los hechos, necesita ser acreditado por la acusación y no puede presumirse en contra del reo por respeto a los principios de culpabilidad por el hecho concreto ejecutado y de presunción de inocencia» (P. 4).

Aún más,

«Si se acepta que el tipo previsto en el artículo 153.1 incorpora un elemento implícito consistente en el contexto de dominación a que hace referencia la ley contra la violencia de género, habría que concluir que la exclusión contenida en el artículo 153.2 solo se refiere a esos casos, es decir, que la exclusión no se basa en que la ofendida sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, pues no está basada en el sexo, sino que es necesario además que la víctima se encuentre en aquella situación o contexto de dominación por parte del varón en el marco de la relación de pareja, pues es solo en esos casos cuando se puede encuadrar la conducta en lo que se entiende por violencia de género.

Con carácter general, por lo tanto, el artículo 153.2 sería aplicable a ambos integrantes de la relación de pareja, sea cualquiera su sexo. Y, cuando el autor es el varón, la víctima su pareja o expareja femenina y se aprecia el contexto de dominación, entonces, y solo entonces, se aplicará al varón acusado el artículo 153.1 CP» (P. 5).

En definitiva, el Pleno del Tribunal Supremo perdió una magnífica oportunidad de soltar el péndulo del extremo en el que está situado y para detenerlo, poniendo en sus justos términos la aplicación de la norma penal contenida en la LOVG y abandonando la *jurisprudencia simbólica*, que no es sino una manifestación del *derecho penal simbólico*.

### 2.3.2. La mujer heterosexual-víctima como sujeto estereotipado: el paternalismo del Estado

El *paternalismo* ha sido definido como la intervención coactiva<sup>388</sup> en el comportamiento de una persona a fin de evitar que se dañe a sí misma<sup>389</sup>. Como una

<sup>388</sup> En ese sentido, el paternalismo constituye un ejercicio de poder. De interés, ZIMMERLING, R., *Influence and Power: Variations on a Messy Theme*, Springer, Dordrecht, 2005. La autora (*ibíd.*, pág. 141) conceptúa el «poder social» como la capacidad para obtener resultados deseados haciendo a otros hacer lo que uno quiere, al tiempo que define la «influencia social» como la capacidad para afectar las creencias de otros. Zimmerling defiende que el ejercicio del poder está orientado a obtener de forma intencionada un comportamiento de otro; que es posible ejercer el poder a través de la influencia, y que ejercer el poder implica responsabilidad por quien lo ejerce, aun cuando se ejerza a través de la influencia. Para un análisis de estas ideas, *vid.* ALEMANY GARCÍA, M., «El concepto y la justificación del paternalismo», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 28, 2005, págs. 265-303, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-el-concepto-y-la-justificacion-del-paternalismo> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 269-270.

<sup>389</sup> GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 5, 1988, págs. 155-173, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-es-eticamente-justificable-el-paternalismo-juridico> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 155. Señala el autor (*id.*) que hay quienes frente a los conceptos de paternalismo o paternal, recurren a términos como *intervencionismo* o *principio de bienestar*.

manifestación más de ese concepto, el *paternalismo jurídico* se concreta en una prohibición o un mandato jurídico que se entiende necesario para evitar un daño (físico, síquico o económico) en la persona sobre la que se impone la medida<sup>390</sup>. Son ejemplos paradigmáticos del paternalismo la obligatoriedad del uso de cinturones de seguridad en los automóviles o del casco en las motocicletas, la prohibición de la venta de drogas, etc.

Ahora bien, el filósofo, economista y político británico John Stuart Mill –defensor de la libertad individual frente al intervencionismo estatal– afirmó a mediados del siglo XIX que

«[...] el único fin por el que los hombres están legitimados, individual o colectivamente, para interferir en la libertad de acción de cualquiera de ellos, es la protección de sí mismos. Esto es, que el único propósito por el que puede ser ejercido legítimamente el poder sobre un miembro de una comunidad civilizada, en contra de su voluntad, es para prevenir del daño a otros. Su propio bien, ya sea físico o moral, no es una justificación suficiente. No puede ser obligado legítimamente a hacer algo o abstenerse de hacerlo por el hecho de que eso sería mejor para él, porque le haría más feliz, o porque en opinión de los otros hacer eso sería lo sensato, o incluso lo justo. Estas son buenas razones para discutir con él, o razonar con él, o persuadirle, o suplicarle, pero no para obligarle, [...]. El único aspecto de la conducta por el que se puede responsabilizar a alguien frente a la sociedad es aquel que concierne a otros. En aquello que le concierne únicamente a él, su independencia es absoluta. Sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y su propia mente, el individuo es soberano»<sup>391</sup>.

Se ha planteado si debe o no admitirse como único principio de justificación ética de la coacción estatal la prevención o el castigo de daños infligidos a terceros o si también existen tipos de paternalismo que son justificables éticamente, concluyendo que

<sup>390</sup> *Ibid.*, pág. 156.

<sup>391</sup> «the sole end for which mankind are warranted, individually or collectively, in interfering with the liberty of action of any of their number, is self-protection. That the only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do or forbear because it will make him happier, because, in the opinions of others, to do so would be wise, or even right. These are good reasons for remonstrating with him, or entreating him, but nor for compelling him, [...]. To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to some one else. The only part of the conduct of any one, for which he is amenable to society, is that which concerns others. In the part which merely concerns himself, his independence is, of right, absolute. Over himself, over his own body and mind, the individual is sovereign». *Cfr.* MILL, J. S., *On Liberty*, John W. Parker and Son, West Strad., Londres, 1859, págs. 21-22.



el paternalismo solo estaría éticamente justificado cuando se promueve o defiende la autonomía del destinatario de la medida en cuestión o cuando se aspira a la superación de un déficit de igualdad<sup>392</sup>. Por otro lado, se ha señalado que el paternalismo se justifica en la medida en la que el ejercicio del poder sobre un sujeto deviene razonable por dos razones: 1. La acción evita daños importantes; y 2. Es necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses<sup>393</sup>. Además, uno de los elementos decisivos para la justificación del paternalismo es el del contexto en el que se produce. Por ejemplo, cabe distinguir entre el paternalismo en la familia y el paternalismo estatal. En el primero, es muy probable que el agente A actúe movido exclusivamente por el bien de B y que el primero conozca los intereses (subjetivos) del segundo. Por el contrario, en el paternalismo estatal, la probabilidad de que el Estado actúe movido exclusivamente por el bien del sujeto B puede ser muy baja y, al tiempo, es dudoso que el Estado pueda conocer los intereses (subjetivos) de B<sup>394</sup>.

De esta delimitación conceptual podemos concluir que el paternalismo jurídico consagrado en la regulación de la violencia doméstica y de la violencia en la pareja íntima heterosexual, no se sustenta. Por un lado, el Estado no puede conocer los intereses subjetivos de cada víctima –sus motivaciones, sus aspiraciones, sus anhelos, etc.– y, además, puede que no se justifique únicamente en evitar un daño a la víctima. En este sentido se ha defendido –opinión que no compartimos– que la búsqueda de una sociedad más justa y equitativa –objetivo que trasciende en mucho a la propia víctima y que busca satisfacer determinados intereses de la sociedad– cumpliría con los fines establecidos por el paternalismo jurídico<sup>395</sup>.

<sup>392</sup> GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo...?», *óp. cit.*, pág. 172.

<sup>393</sup> ALEMANY GARCÍA, M., «El concepto y la justificación del...», *óp. cit.*, pág. 286.

<sup>394</sup> *Ibid.*, págs. 288-289.

<sup>395</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima», en *Diario La Ley*, n.º 8697, 8 de febrero de 2016, s. p. Nos apartamos del autor cuando afirma que con esta *motivación social* se da cumplimiento a la finalidad del paternalismo jurídico que, recordese, se concreta en que la medida evite daños importantes y devenga necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses. La erradicación de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y las desigualdades entre hombres y mujeres no pueden, conforme al concepto de paternalismo jurídico analizado, justificar su implementación.

Aún más, se justifica el paternalismo en la necesidad de proteger los intereses de las mujeres porque toda mujer-víctima –todas, sin excepción– no son capaces de conocer sus propios intereses, por lo que se trata a la mujer-víctima de forma infantil, «esperando que el primo de *Zumosol* llegue y ponga a los niños malos en su sitio, o que el papá Estado se haga cargo del problema»<sup>396</sup>.

Esta funesta –cuanto no insultante– justificación, solo puede traer causa de una estereotipación de la víctima de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. La regulación penal y procesal contenida en la LOVG, así como los antecedentes legislativos en relación con la violencia doméstica y las posteriores reformas –especialmente las de 2015–, han venido a afianzar, cuanto no a acrecentar, el estereotipo de la mujer como un sujeto vulnerable, desvalido y necesitado de alguien –antes un hombre (el padre, el hermano, el marido, etc.) y ahora el Estado– que conozca mejor que ella sus intereses y que vele por su consecución.

Así, el legislador ha consagrado una normativa paternalista que no atiende a la voluntad de la víctima, en algunos casos de las víctimas de violencia doméstica y, en otros, de forma específica, en la mujer-víctima de violencia en la pareja íntima heterosexual. Los motivos que se han esgrimido para justificar esta política legislativa son<sup>397</sup>: 1. La concepción del carácter público del derecho penal y su indisponibilidad para la víctima; 2. La imagen pública que se tiene de la mujer maltratada, que por un lado necesita protección aun en contra de su voluntad y, por otro, que no es capaz de salir de esa relación de pareja íntima; 3. El conflicto de intereses generado entre el sistema penal y la mujer que denuncia, en la medida en la que, en ocasiones, el funcionamiento del sistema penal no puede adecuarse a las legítimas expectativas de la víctima; y 4. La lógica del sistema penal solo contempla la posibilidad de que la mujer-víctima busque el castigo del agresor y poner fin a la relación íntima, sin que quepa el perdón y la reconciliación.

---

<sup>396</sup> IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 61.

<sup>397</sup> Para los motivos y una brillante crítica a los mismos, *vid.* LARRAURI, E., ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?, en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 157-181, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 157-162.

A este respecto, Mahoney ha afirmado que cuando una mujer es maltratada, la sociedad espera que denuncie y ponga fin a la relación de pareja íntima<sup>398</sup>, como si la única solución para acabar con la violencia fuera la respuesta punitiva y la ruptura de la relación íntima. Asimismo, se suele negar a la víctima el beneficio de la duda en relación con la posibilidad de que haya tomado conciencia del problema y de que haya encontrado vías de solución alternativas a la ruptura sentimental. En definitiva, se niega la posibilidad de que la víctima pueda experimentar cambios que puedan llegar a mejorar la relación con su pareja íntima<sup>399</sup>. Desde el foro, el magistrado Orga Larrés apunta que son muy pocas las víctimas que, después de ser maltratadas, abogan por que no haya ningún tipo de consecuencia. Sin embargo, tampoco hay muchas mujeres que pretendan que «por ejemplo, una amenaza leve, una bofetada o un zarandeo puntual, conlleve necesariamente el automático desmoronamiento de toda la estructura vital, personal, familiar, laboral, económica y social que ha construido durante años»<sup>400</sup>.

Mahoney no hace más que criticar la apuesta por la estereotipación de la mujer como víctima. De esta forma, señala que

«[c]entrarse en la victimización puede inducir a error: las imágenes de las mujeres como víctimas son el resultado de muchas presiones sociales y legales. Las feministas deben identificar las estructuras y el estereotipo que hacen que incluso los relatos complejos de la vida de las mujeres se entiendan como relatos de victimización. En lugar de centrarnos en evitar o promover el discurso excesivo de las víctimas, debemos buscar tácticas, problemas y descripciones de la experiencia de las mujeres que revelen la naturaleza sistémica de la opresión y las fases de nuestra experiencia tal como las vivimos»<sup>401</sup>.

<sup>398</sup> «Both law and popular culture tend to equate agency in battered women with separation from the relationship». Cfr. MAHONEY, M. R., «Victimization or Oppression? Women's Lives...», *óp. cit.*, pág. 60. En el mismo sentido, la también profesora estadounidense de Derecho Tamara Kuennen afirma que «tanto nuestro régimen legal actual como nuestros prejuicios sociales sugieren que poner fin a esta relación es el único resultado deseable»; «Both our current legal regime and our social prejudices suggest that ending this relationship is the only desirable outcome». Cfr. KUENNEN, T. L., «Private Relationships and Public Problems: Applying Principles of Relational Contract Theory to Domestic Violence», en *Brigham Young University Law Review*, vol. 2010, n.º 2, 2010, págs. 515-596, disponible en <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss2/10/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 516.

<sup>399</sup> IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 74.

<sup>400</sup> ORGA LARRÉS, J. C., *Violencia de género. Mi experiencia...*, *óp. cit.*, pág. 29.

<sup>401</sup> «A focus on victimization can be misleading: images of women as victims are the result of many social and legal pressures. Feminist need to identify the structures and stereotype that cause even complex accounts of women's lives to be understood as accounts of victimization. Instead of focusing on avoiding or promoting excessive victim-talk, we need to seek tactics, issues, and descriptions of women's experience that reveal the systemic nature of oppression and the phases of

Como señala la también profesora estadounidense de Derecho Elizabeth Schneider, la falsa dicotomía entre victimización y libertad de la mujer-víctima es, en realidad, una pugna entre el feminismo radical y los nuevos feminismos. Para Schneider –con la que coincidimos–, un enfoque que estereotipe a la mujer-víctima como un sujeto incapaz es incompleto por cuanto ignora los esfuerzos activos de muchas mujeres-víctima para protegerse a sí mismas y a sus hijos. Ahora, bien, la estereotipación contraria, es decir, una visión de la mujer-víctima con plena autonomía y libertad también es insatisfactoria<sup>402</sup>. En nuestra opinión, en consecuencia, la norma jurídica debe atender a la casuística y a las características propias de la personalidad y del estado emocional de cada mujer en cada caso<sup>403</sup>.

La estereotipación de la víctima se ve agravada, además, en la medida en la que se defiende que toda la violencia –cualquier violencia– ejercida por un hombre en la pareja íntima heterosexual siempre genera lesiones psicológicas<sup>404</sup>.

---

our experience as we live them». Cfr. MAHONEY, M. R., «Victimization or Oppression? Women's Lives...», *óp. cit.*, pág. 61.

<sup>402</sup> «My central point was that although an appreciation of women's experiences as victims was necessary and important, an exclusive focus on women's victimization was incomplete and limiting because it ignored women's active efforts to protect themselves and their children, and to mobilize their resources to survive. At the same time, I argued that an exclusive focus on women's agency, reflected in the emphasis on why the woman had not left the battering relationship, was shaped by liberal visions of autonomy, individual action, and individual control and mobility, which were equally unsatisfactory without the larger social context of victimization». Cfr., citando un anterior trabajo, SCHNEIDER, E. M., «Feminism and the False Dichotomy of Victimization and Agency», en *New York Law School Law Review*, vol. 38, n.º 1, 1995, págs. 387-399, disponible en <https://brooklynworks.brooklaw.edu/faculty/357/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 389.

<sup>403</sup> De esta forma, a la hora de realizar intervenciones psicológicas con la mujer-víctima, se deben evitar los planteamientos inespecíficos, reputándose fundamental tener en cuenta la particularidad de cada mujer, la fase del proceso que está atravesando, su grado de conciencia del problema y el conjunto de acontecimientos que la han llevado hasta esa situación. ROMERO SABATER, I., «Intervención en Violencia de Género: Consideraciones en Torno al Tratamiento», en *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 19, n.º 2, Madrid, 2010, págs. 191-199, disponible en <https://journals.copmadrid.org/pi/art/in2010v19n2a10> [u. a. 09/06/2021].

<sup>404</sup> FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento...*, *óp. cit.*, pág. 35. Sostiene la autora, siguiendo a Lorente Acosta, que la violencia sobre la mujer por razón de género en la pareja íntima heterosexual es un tipo de violencia diferente de cualquier otro tipo de violencia interpersonal por cuanto tiene una serie de características propias y genuinas, a saber: 1. Las agresiones carecen de una motivación concreta; 2. La tradicional ausencia de reproche social genera cierta conciencia de impunidad en el agresor; 3. Siempre se ejerce de forma excesiva. Es estructural y continuada; 4. Genera lesiones psicológicas; y 5. Tiene una «fase de huida» de la víctima que se puede manifestar de dos formas: A) mediante el suicidio; B) mediante la violencia ejercida contra el hombre. La autora desarrolla estas características en *ibíd.*, págs. 36-41. Nos apartamos de esta tesis, fundamentalmente, porque se quiere categorizar la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual como algo excepcional. Un detenido análisis de esas pretendidas características propias nos lleva a afirmar que, la mayoría, son comunes a cualquier violencia de dominación. Por ejemplo, el acoso escolar (Bullying) carece de una motivación concreta, se tiende a relativizar con un lacónico «son cosas de

Varias son las manifestaciones del paternalismo en la violencia doméstica y en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. En el Derecho civil, el artículo 92.7 CC establece la prohibición de la guarda y custodia compartida de los hijos menores cuando cualquiera de los progenitores esté sujeto a un proceso penal por violencia sobre el otro miembro de la pareja íntima o contra los hijos que convivan con ellos, o haya indicios fundados de violencia doméstica<sup>405</sup>. Coincidimos con Guilarte en

---

niños» y es estructural. Por otro lado, tanto en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual cuanto en el Bullying, o en cualquier otra manifestación de la violencia de dominación, en función de la intensidad y de la naturaleza de las agresiones, así como de la propia personalidad de la víctima, puede o no, causarse daño psicológico (nunca sí o sí irreversible, como apunta la autora, *ibíd.*, pág. 41) e, igualmente, puede o no generarse una reacción de la víctima en forma de agresiones al victimario o de suicidio. Aún más, ni tan siquiera en un tipo de violencia tan grave como la sexual se ha verificado ese pretendido *siempre*. A este respecto, se ha afirmado que «[n]umerosas investigaciones sobre las secuelas de la violación sexual en mujeres evidencian que la invasión del cuerpo por la fuerza descompensa el equilibrio físico y emocional. En general, estos estudios indican que el 50 por 100 de las víctimas de estos ultrajes son incapaces de reanudar relaciones sexuales con normalidad durante dos años. Y entre las mujeres agredidas que tiene que ser hospitalizadas, el 25 por 100, o una de cada cuatro, todavía sufre alguna secuela psicológica como insomnio, miedos nocturnos, cansancio crónico y depresión seis años más tarde. En bastantes supervivientes el trauma de la violación se perpetúa a través de pesadillas aterradoras, de memorias horripilantes y de imágenes muy vívidas de los detalles del asalto degradante, que impregnan tanto su día a día como sus planes de futuros». Cfr. ROJAS MARCOS, L., *Nuestra felicidad...*, *óp. cit.*, págs. 167-168. Para una aproximación al Bullying, definido como el «establecimiento y mantenimiento de relaciones desequilibradas de poder entre sujetos que conviven en contextos compartidos del entorno escolar, durante espacios de tiempo prolongados, en las que se establecen dinámicas de dominación y sumisión que desembocan en agresiones de quienes ejercen el poder de forma abusiva hacia quienes son sometidos al papel de blancos o víctimas de esos abusos», *vid.* AVILÉS, J. M., IRURTIA, M. J., GARCÍA-LÓPEZ, L. J., y CABALLO, V. E., «El maltrato entre iguales: “Bullying”», en *Behavioral Psychology / Psicología Conductual: Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*, Fundación VECA para el Avance de la Psicología Clínica Conductual, vol. 19, n.º 1, 2011, págs. 57-90, disponible en <https://www.behavioralpsycho.com/producto/el-maltrato-entre-iguales-bullying/> [u. a. 09/06/2021]. Cfr. cita textual en pág. 58. Los autores enmarcan este fenómeno delictual en el contexto de otras manifestaciones de violencia de dominación, como el acoso laboral, «a partir del esquema dominio-sumisión entre quien ejerce el poder abusivamente y quien es colocado en una posición de diana de sus abusos el maltrato». Cfr. *Íd.*

<sup>405</sup> «No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica». Esta previsión trasciende al ámbito de este trabajo, sin embargo, debemos apuntar que el artículo no es de aplicación automática por cuanto en los procesos judiciales en los que se ventilan medidas paterno-filiales debe tenerse en cuenta, por encima de cualquier otra consideración, el interés superior del menor. Así, el Tribunal Supremo ha establecido que la prohibición del artículo 92.7 CC no opera de forma automática, sino que «[l]a interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 [...]». Cfr. STS, Sala de lo Civil, 200/2014, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2014:1699], ponente: José Antonio Seijas Quintana, FD 4º. En la jurisprudencia menor, se ha señalado que «[e]s cierto, según lo expuesto, que existe gran dificultad para decidir a favor de la custodia compartida en casos, como el presente, en el que existe un componente de violencia de género, pero, como anteriormente

que esta previsión –y añadimos, como todas las medidas paternalistas que vamos a analizar en este trabajo– supone una desconfianza absoluta en el sistema judicial<sup>406</sup> al tiempo que introduce un indeseado automatismo en la labor de los sentenciadores<sup>407</sup>. Por otro lado, en el Derecho penal, el artículo 51.2 CP prevé la imposición automática de la pena accesoria de alejamiento a los condenados por los delitos establecidos en el artículo 57.1 CP.

Respecto del Derecho procesal, el paternalismo se revela en la posibilidad de acordar la orden de alejamiento sin tener en cuenta la voluntad de la víctima, la irrelevancia de la voluntad de la víctima en la personación de las Administraciones Públicas como acusación popular, así como la insistente reivindicación de que la víctima no pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar regulada en el artículo 416 LECrim. Por último, y en relación con el derecho paraprocesal, el paternalismo se concreta en la prohibición de acudir a la mediación.

Esta tendencia legislativa impregnada de paternalismo<sup>408</sup> denuncia a los autoproclamados defensores de las mujeres que se afanan en ignorar la voluntad de la víctima bajo el pretexto de que esta deviene privada de capacidad volitiva y de raciocinio. Nos posicionamos, por tanto, con Laurenzo cuando señala que se trata de

«[u]na actitud rígida y paternalista muy poco coherente con el discurso feminista que desde hace años viene luchando por transmitir a la sociedad una imagen de fortaleza y

---

se ha indicado, no debe ser el único elemento a valorar, sino que la decisión a adoptar debe basarse en el interés superior de la menor, que debe prevalecer en todo caso, a determinar sobre múltiples factores, debiendo analizar todas las demás pruebas realizadas y los parámetros que influyen en la puesta en práctica de cualquiera de las formas de custodia que se solicitan, y sobre los que la sentencia recurrida no se pronuncia». *Cfr. SAP Guadalajara, Sección 1ª, 172/2017, de 28 de julio [ECLI:ES:APGU:2017:235], ponente: María Elena Mayor Rodrigo, FD 2º. Coincidimos con los que, yendo más lejos, defienden que no solo no hay que descartar la guarda y custodia compartida, sino que no se puede eliminar de forma automática y generalizada esta modalidad de guarda y custodia. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R., *La guarda compartida y el interés superior del menor*, Hispalex, Sevilla, 2016, págs. 306, 310 y 316. De interés, además, desde el derecho sustantivo, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; y MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 154-174; y desde el derecho procesal, CALAZA LÓPEZ, S., «La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial», *óp. cit.*, s. p.*

<sup>406</sup> GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia...*, *óp. cit.*, pág. 29.

<sup>407</sup> *Ibid.*, pág. 131.

<sup>408</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia...», *óp. cit.*, s. p.



autosuficiencia de las mujeres, todo lo contrario del victimismo a ultranza que proclama el feminismo oficial, rendido a las falsas bondades del sistema penal»<sup>409</sup>.

A este respecto, desde la jurisprudencia menor se ha señalado que deviene

«absolutamente improcedente que se adopten medidas de protección de la víctima [...], en contra de la voluntad expresa de la propia víctima, cuando ésta es una persona adulta y dotada de plena capacidad de obrar, a la que hay que suponer en plenitud de facultades mentales y en condiciones de juzgar sobre sus propios intereses, o, como dice la sentencia de instancia, sobre su conveniencia actual. Otra cosa sería tratar a las víctimas de la violencia de género como sujetos cuya capacidad de autodeterminación se encuentra abolida o limitada y cuyo interés ha de ser, por tanto, tutelado institucionalmente por encima de su propia opinión, al modo de los menores o incapaces, lo que francamente nos parece ofensivo para la dignidad personal de la víctima que precisamente se pretende proteger»<sup>410</sup>.

A modo de conclusión, la concepción paternalista parte de la atribución del monopolio de la violencia al hombre, residenciándose la pasividad en la mujer, por lo que la única respuesta es castigar al agresor y defender a la víctima. En consecuencia, no se persigue arrancar a la mujer de la posición en la que se encuentra, ni tan siquiera de modificar los comportamientos del hombre, solo se busca la vindicta<sup>411</sup>. En definitiva, la actual política legislativa no ha superado el *paradigma de la victimización*<sup>412</sup>.

<sup>409</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en el Derecho Penal...», *óp. cit.*, pág. 343

<sup>410</sup> Cfr. SAP Sevilla, Sección 4ª, 430/2004, de 15 de julio [ECLI:ES:APSE:2004:2981], ponente: José Manuel de Paúl Velasco, FJ 4º.

<sup>411</sup> IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie...», *óp. cit.*, pág. 65. Desde su perspectiva de mujer, añade la autora que, en esta tesitura, «[l]os hombres defienden a las mujeres de los hombres, en todo caso las mujeres continúan dependiendo de los hombres, y cuanto más agredidas, más los necesitamos para que nos defiendan». Cfr. *Ibíd.*, págs. 65-66.

<sup>412</sup> Este paradigma reduce los conflictos familiares a esquemas presididos por la dualidad *amigos/enemigos* y *culpables/víctimas*. PITCH, T., *Un derecho pada dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003, págs. 244-245.



### 2.3.3. *El hombre heterosexual-victimario como sujeto estereotipado: el derecho penal del enemigo (agravado)*

La política legislativa desarrollada en toda su plenitud con la LOVG y que, a día de hoy, permanece incólume, está informada por una *filosofía de combate*<sup>413</sup> que, con carácter preferente, pretende asegurar unos concretos focos de peligro en el ámbito de la familia y que es un ejemplo paradigmático del *Derecho penal del enemigo*<sup>414</sup>. En ese sentido, y uniendo la estereotipación de la víctima y del victimario, Boldova y Rueda Martín afirman que

«[I]o cierto es que el efecto inmediato de la discriminación es la agravación de la pena al autor. Pero hay un efecto inescindible de esa protección especial para la mujer que se traduce también en un efecto secundario privilegiante cuando es ella la agresora contra su cónyuge o pareja masculina. La introducción de un nuevo apartado cuando la víctima es especialmente vulnerable salva la cuestión en los supuestos en los que la víctima-hombre es especialmente vulnerable, pero no deja de verse en tales casos que, la ley, queriendo proteger a la mujer cuando es víctima, acaba premiándola también cuando es agresora (y su víctima no es especialmente vulnerable). Por tanto, salvo que hallemos un fundamento material ajeno a la especial vulnerabilidad de la víctima que explique la diferencia de trato de hombre y mujer en determinados casos, nos hallaríamos ante un Derecho penal de autor basado en la presunción de especial vulnerabilidad de la mujer, que tiene su correlato en la peligrosidad del autor que también se acabaría presumiendo»<sup>415</sup>.

---

<sup>413</sup> Para Cancio Meliá, la esencia del Derecho penal del enemigo reside en que se constituye como «reacción de combate del ordenamiento jurídico contra individuos especialmente peligrosos». Cfr. CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. I, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 85-152, cita en pág. 118.

<sup>414</sup> POLAINO NAVARRETE, M., «La ley integral contra la violencia de género...», *óp. cit.*, pág. 59. En el mismo sentido, BOLDOVA PASAMAR, M. Á., y RUEDA MARTÍN, M. Á., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género)», en *Diario La Ley*, n.º 6146, 14 de diciembre de 2004, s. p.; y POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal...», *óp. cit.* En sentido contrario, GALÁN MUÑOZ, A., «De la “Violencia doméstica” a la...», *óp. cit.*, pág. 88.

<sup>415</sup> BOLDOVA PASAMAR, M. Á., y RUEDA MARTÍN, M. Á., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal...», *óp. cit.*, s. p.

### 2.3.3.1. El derecho penal del enemigo

El concepto de *derecho penal del enemigo*<sup>416</sup> fue acuñado por Günther Jakobs<sup>417</sup>, si bien, Muñoz Conde ha afirmado que

<sup>416</sup> Este concepto ha devenido una moda en la ciencia jurídico-penal. QUINTERO OLIVARES, G., «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. LXXIII, 2020, págs. 21-58, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2020-10002100058](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2020-10002100058) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 44. En cualquier discusión en el ámbito de las ciencias penales aparece este concepto, por lo que se ha afirmado que el derecho penal del enemigo «se puso de moda y todo el mundo lo usa, todo el mundo lo muestra, todo el mundo lo exhibe. De este modo, para cualquier problema (pregunta) que se plantee en el ámbito de las disciplinas penales (derecho penal material y procesal, derecho penitenciario, criminología), ahora se intenta emprender su análisis, y proponer su solución, mediante el manido concepto, sin reparar, ni precisar siquiera (porque no interesa, o no conviene) su contenido de significado, ni su capacidad de rendimiento como instrumento para analizar la realidad». Cfr. CHAN MORA, G., «¿Derecho penal del enemigo? Aportes críticos acerca de un debate desenfocado», en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Universidad de Costa Rica, n.º 6, 2014, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15827> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 4. Lejos de ocultar la cita, la compartimos porque nos sirve de acicate para, al menos de forma tímida – por cuanto se trata de un concepto propio de la disciplina afín del Derecho penal sustantivo– aproximarnos a conocer, entender e intentar delimitar el concepto de derecho penal del enemigo.

<sup>417</sup> Destacamos de la producción del profesor: JAKOBS, G. (PEÑARANDA RAMOS, E., trad.), «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, G. (PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., y CANCIO MELIÁ, M., trads.), *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1997, págs. 293-324; JAKOBS, G. (MANSO PORTO, T., trad.), «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de derecho judicial*, n.º 20, 1999, págs. 119-146; JAKOBS, G. (MANSO PORTO, T., trad.), «La autocompresión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente», en ESER, A., HASSEMER, B., BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) y MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 53-63; JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, págs. 21-56; y JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «¿Terroristas como personas en Derecho?», en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, págs. 57-83. Sobre la dimensión del jurista alemán, Rivera Loaiza nos ilustra afirmando que «Jakobs pertenece a una larga tradición jurídica en la que sobresalen nombres como Paul Johann Anselm von Feuerbach (teoría de la pena como coacción psicológica), Adolf Merkel, Franz von Liszt (la idea del fin en derecho penal y el derecho penal como la carta magna del delincuente), Ernst Beling (la teoría del delito tipo), Karl Binding (teoría de las normas), Reinhard Frank (teoría psicológico-normativa de la culpabilidad), Gustav Radbruch (arbitrariedad legal y derecho supralegal), Edmund Mezger (los ideales de pueblo y raza como el horizonte de un nuevo derecho penal en la Alemania nacionalsocialista), Franz Exner (biología criminal), Wilhelm Sauer (teoría de los tipos de autor), Hans Welzel (estructuras lógico-objetivas como límites en la configuración del derecho penal y la protección de los valores ético-sociales como misión del derecho penal), Armin Kaufmann (teoría de las normas), Claus Roxin (crítica a la noción de estructuras lógico-objetivas y a la teoría de la acción final y defensa de una perspectiva político-criminal en la que los conceptos jurídicos sean interpretados a partir de los fines sociales del derecho penal). Como todos ellos, Jakobs es hijo de las circunstancias de su época: atrapados en la narración del presente y herederos de un pasado “signado” por “antiguas glorias”, pero también por los eslabones de la tragedia». Cfr. RIVERA LOAIZA, J., «¿Por qué leer a Günther Jakobs? Más allá de la imagen en el espejo», en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, vol. 14, n.º 90, enero-junio de 2018, págs. 227-252, disponible en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/540> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 229. Ahora bien, no todos sitúan a Jakobs entre la mejor doctrina. Especialmente crítico,

«[l]a existencia de un “Derecho penal del enemigo”, con este o con otro nombre, no es un invento del Sr. JAKOBS, sino una realidad evidente y cada vez más preocupante, que amenaza con extenderse como un huracán, favorecido por el viento del miedo y la inseguridad ciudadana [...]»<sup>418</sup>.

Jakobs introdujo el concepto en 1985 durante su intervención en el Congreso de los penalistas alemanes en Frankfurt am Main. En su ponencia, titulada «Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung», Jakobs presentó de una forma crítico-descriptiva la presencia en la legislación alemana de algunos preceptos propios de lo que vino a denominar *Derecho penal del enemigo* (*Feindstrafrecht*), al que consideró impropio del derecho penal de un Estado democrático, en el que solo cabía un *derecho penal de los ciudadanos*. Así, afirmó que esas normas «caen fuera del marco de lo que aquí se denomina Derecho penal de ciudadanos y pertenecen al Derecho penal de enemigos»<sup>419</sup>. Se trata de una primera etapa en la que se limita a hacer una labor meramente descriptiva del fenómeno.

Más tarde, durante la celebración de las Jornadas Alemanas de Profesores de Derecho Penal de Berlín, en 1999, Jakobs, inicia una segunda etapa en su pensamiento por cuanto, además de establecer una descripción de las manifestaciones de derecho penal del enemigo en los ordenamientos jurídico-penales occidentales, lo justifica

---

Quintero afirma –negando que Jakobs sea uno de los grandes pensadores de nuestro tiempo – que «[m]ás aún: hace bastante tiempo un gran profesor alemán, cuyo nombre no diré, me decía que lo que le sorprendía del fenómeno de la difusión de la obra de Jakobs en lengua española, y, especialmente, en Latinoamérica, era algo muy previo, cual era la poca respetabilidad que sus ideas habían suscitado en Alemania. De las razones de ese relativo éxito de las tales ideas podría sugerir dos. La primera, el acceso a la obra que permite su traducción al castellano. En segundo lugar, el acomodo que ofrece el pensamiento de ese autor a las posiciones más conservadoras y autoritarias». Cfr. QUINTERO OLIVARES, G., «Mitos y modas del derecho penal...», *óp. cit.*, pág. 44.

<sup>418</sup> Cfr. MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, marzo de 2008, pág. 31. Para un breve apunte histórico sobre la existencia de un Derecho penal más gravoso distinto de un Derecho penal menos rígido desde la Atenas de Draco (s. VII a. c.), *vid.* LUISI, L. (NÚNES APOLINÁRIO, M., trad.), «Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético», en CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 233-256, cita en págs. 235-237. Por otro lado, para los precedentes iusfilosóficos (los extremistas Rousseau y Fichte –todos los delincuentes son enemigos–; y los moderados Hobbes y Kant –solo parte de los delincuentes son enemigos–) que justifican que, en realidad, Jakobs no ha inventado el concepto, sino que ha intentado legitimar el concepto en el ámbito de los Estados democráticos, *vid.* GRACIA MARTÍN, L., «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en VV. AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2005, págs. 447-492.

<sup>419</sup> *Vid.* JAKOBS, G. (PEÑARANDA RAMOS, E., trad.), «Criminalización en el estadio previo...», *óp. cit.*, pág. 298.

procurando legitimar que determinados sujetos tengan que ser tratados como *no personas* en el derecho. Además, en esta intervención ofrece las que, para él, son las cuatro características fundamentales del derecho penal del enemigo:

«1) amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, cambio de la perspectiva del hecho producido por la del hecho que se va a producir, siendo aquí ejemplificadores los tipos de creación de organizaciones criminales o terroristas (pgfos. 129, 129 a Código Penal alemán) o del cultivo de narcóticos por parte de bandas organizadas (pgfos. 30 I 1, 31 I 1 Ley de Narcóticos); 2) falta de una reducción de la pena en proporción a dicho adelantamiento, por ejemplo, la pena para el cabecilla de una organización terrorista es igual a la del autor de una tentativa de asesinato, por supuesto cuando se aplica la aminoración de la tentativa (pgfos. 129II, 211 I, 49 I 1 Código penal alemán) y en su mayoría sobrepasa ostensiblemente a las penas reducidas por tentativa previstas en los otros delitos de asociaciones terroristas mencionados; 3) paso de la legislación de derecho penal a la legislación de la lucha para combatir la delincuencia, en la que de lo que se trataría es de combatir la delincuencia económica, el terrorismo, la criminalidad organizada, pero también con alguna pérdida de contornos – delitos sexuales y otras conductas penales peligrosas, así como -abovedando todo- la delincuencia en general; 4) supresión de garantías procesales, constituyendo entre tanto la incomunicación del procesado (pgfos. 31 y ss. Ley de introducción a la Ley sobre la Constitución Judicial) el ejemplo clásico»<sup>420</sup>.

Si bien se ha afirmado que, a partir de 2003, Jakobs inicia una tercera etapa en la que parece decidido a dar un paso atrás, insistiendo en el carácter meramente descriptivo de su construcción aun sin renunciar a los elementos normativos de la personalidad<sup>421</sup>, la realidad es que defiende la vigencia del concepto, por cuanto, afirma que

<sup>420</sup> Cfr. JAKOBS, G. (MANSO PORTO, T., trad.), «La autocompresión de la ciencia del Derecho penal ante...», *óp. cit.*, pág. 58. Respecto de estas características, se ha matizado, ante el silencio de Jakobs, en primer lugar, que el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, sino un derecho penal de autor (del enemigo). CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?», *óp. cit.*, pág. 128; y, en segundo lugar, que el derecho penal del enemigo irradia igualmente al ordenamiento procesal, con la puesta en cuestión de la presunción de inocencia, la reducción de las exigencias de licitud y admisibilidad de la prueba, la introducción de medias amplias de intervención de las comunicaciones, de investigación secreta o clandestina, de incomunicación, etc. Igualmente, el Derecho penal del enemigo se manifiesta en el Derecho penitenciario, con regulaciones que endurecen las condiciones de clasificación de los internos, las que limitan los llamados beneficios penitenciarios, o las que amplían los requisitos de la libertad condicional. Vid. GRACIA MARTÍN, L., «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político...», *óp. cit.*, pág. 452.

<sup>421</sup> CERVINI, R., «El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, n.º 5, Montevideo, diciembre de 2010, págs. 27-50 disponible en

«[...] quien incluye al enemigo en el concepto del delincuente ciudadano no debe asombrarse si se mezclan los conceptos «guerra» y «proceso penal». De nuevo, en otra formulación: quien no quiere privar al Derecho penal del ciudadano de sus cualidades vinculadas a la noción de Estado de Derecho –control de las pasiones; reacción exclusivamente frente a hechos exteriorizados, no frente a meros actos preparatorios; respeto a la personalidad del delincuente en el proceso penal, etc.– debería llamar de otro modo aquello que *hay que* hacer contra los terroristas si no se quiere sucumbir, es decir, lo debería llamar Derecho penal del enemigo, guerra refrenada»<sup>422</sup>.

El elemento fundamental en el planteamiento de Jakobs es la distinción entre el derecho penal del ciudadano y el derecho penal de enemigo, por cuanto el derecho penal

«[...] conoce dos polos o tendencias de sus regulaciones. Por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera a que éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se le combate por su peligrosidad»<sup>423</sup>.

Esos dos bornes pueden ser sintetizados de la siguiente forma:

- El derecho penal del ciudadano se aplica a los sujetos que, con carácter general, orientan su comportamiento por la norma jurídica en la medida en la que entienden que la norma orienta la forma de desarrollarse en sociedad, si bien, de forma puntual pueden cometer un error (un delito). Esos sujetos, pese a la comisión de delitos, respetan las normas, con lo que, igualmente, están reconociendo a los demás como sujetos dignos de respeto social, o lo que es lo mismo, como personas en Derecho, como ciudadanos.

- El derecho penal del enemigo supone una anticipación de la reacción penal en virtud de la especial peligrosidad de la persona que comete los delitos por cuanto este, el autor, se erige como un elemento peligroso que cuestiona la norma jurídica e impide que el resto de ciudadanos se sientan amparados por ella. Por tanto, el derecho penal del enemigo está orientado a proteger a los ciudadanos frente al enemigo con el objetivo de conseguir una mínima seguridad que les permita sentirse defendidos por la norma jurídica.

---

<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/815> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 42.

<sup>422</sup> Cfr. JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «Derecho penal del ciudadano...», *óp. cit.*, págs. 42-43.

<sup>423</sup> *Ibíd.*, pág. 43.

Para explicar la transición de una persona de ciudadano a enemigo, Jakobs utiliza una analogía:

«De acuerdo con una cómoda ilusión, todos los seres humanos se hallan vinculados entre sí por medio del Derecho en cuanto personas. Esta suposición es cómoda porque exime de la necesidad de empezar por comprobar en qué caos se trata en realidad de una relación jurídica y en cuáles otros de una situación ajurídica; en cierto modo, como jurista nunca se corre el riesgo de topar con sus límites. Es ilusoria porque un vínculo jurídico, si se pretende que concurra no sólo conceptualmente, sino en realidad, ha de conformar la configuración social; no basta con el mero postulado de que tal conformación debe ser. Cuando un esquema normativo, por muy justificado que esté, no dirige la conducta de las personas, carece de realidad social. Dicho con un ejemplo: mucho antes de la llamada liberalización de las distintas regulaciones respecto del aborto, estas rígidas prohibiciones ya no eran verdadero Derecho (y ello con total independencia de qué se piense acerca de su posible justificación).

Idéntica a la situación respecto del Derecho en sí mismo es la de las instituciones que crea y, especialmente, la de la persona: si ya no existe la expectativa seria, que tiene efectos permanentes de dirección de la conducta, de un comportamiento personal –determinado por derechos y deberes–, la persona degenera hasta convertirse en un mero postulado, y en su lugar aparece el individuo interpretado cognitivamente. Ello significa, para el caso de la conducta cognitiva, la aparición del individuo peligroso, el enemigo»<sup>424</sup>.

Conforme a Jakobs, podría parecer que, de la misma forma que una norma jurídica perdería su validez al devenir ineficaz, la construcción jurídica de la persona muta cuando se incumple la norma jurídica de una determinada forma<sup>425</sup>. Esta analogía

<sup>424</sup> JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), Prólogo a JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, *óp. cit.*, págs. 15-16.

<sup>425</sup> En palabras del autor, «ningún contexto normativo, y también lo es el ciudadano, la persona en Derecho, es tal –rige– por sí mismo. Por el contrario, también ha de determinar a grandes rasgos a la sociedad, sólo entonces es real. [...] No existen los delitos en circunstancias caóticas, sino sólo como quebrantamiento de las normas de un orden practicado». Además, «[s]i se pretende que una norma determine la configuración de una sociedad, la conducta conforme a la norma realmente debe ser esperable en lo fundamental, lo que significa que los cálculos de las personas deberían partir de que los demás se comportarán conforme a la norma, es decir, precisamente no infringiéndola. Al menos en los casos de las normas de cierto peso, que se pueda esperar la fidelidad a la norma necesita de cierta corroboración cognitiva para poder convertirse en real». Cfr. JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «Derecho penal del ciudadano...», *óp. cit.*, págs. 34-35 y 37-38, respectivamente. Para García Amado, este razonamiento «adolece de un grave vicio conceptual, por un lado, y, por otro, es expresión del grave prejuicio autoritario que lastra el pensamiento de Jakobs en los últimos tiempos». Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, n.º 69, enero-junio de 2006, págs. 100-136, disponible en



ha sido analizada por García Amado<sup>426</sup>, para quien el razonamiento de Jakobs se articula conforme a la siguiente secuencia: 1. Todo Derecho, para ser tal, ha de ser eficaz; 2. La condición de persona la determina el Derecho, es una construcción o producto jurídico-normativo; 3. Si un sujeto se sale de las reglas que el Derecho señala para las personas, abandona la sociedad de las personas y se convierte en mero individuo, en enemigo; 4. De esa manera, el Derecho que hacía de ese sujeto una persona habría perdido su eficacia; y 5. En consecuencia, es la ineficacia de la norma, con su inevitable secuela de *ineficacia* de la personalidad asignada, lo que determina la pérdida de la personalidad por el sujeto y su conversión en mero individuo, en enemigo.

«La incongruencia de la comparación que Jakobs hace proviene de que está asimilando un caso de incumplimiento masivo de una norma por multitud de sujetos al caso de un sujeto que incumple “masivamente” una o varias normas, y éstas no son entidades parangonables en modo alguno. Las normas penales no fracasan cuando los sujetos delinquen, sino justamente al contrario, se realizan cuando los sujetos delinquen y se les imponen las penas correspondientes. La reincidencia del delincuente, cuando acontece, no muestra el fracaso de la norma penal, sino sólo de uno de sus componentes, si acaso, como es el propósito resocializador. Y tal fracaso, la mayoría de las veces, no será imputable a la norma misma, sino a las normas e instituciones complementarias encargadas de la ejecución de las penas. Si la cárcel no resocializa al homicida no es por culpa, creo, de la norma que pena el homicidio. Cuando un sujeto comete graves delitos o reincide no es su acción producto de un error del sistema jurídico al asignarle “personalidad” y derechos, sino al contrario: los derechos y garantías penales están precisamente para cuando el delito acontece. Cada vez que se condena en forma a un delincuente se ratifica el acierto de concederle derechos, no al contrario»<sup>427</sup>.

Esta crítica tiene sentido en la medida en la que pensemos que el fin de la pena es responder al delito, sin embargo, para Jakobs, el fin de la pena es la obediencia.

«La pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma [...]. Se trata de

---

<https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/432> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 105.

<sup>426</sup> Para una crítica a esta «analogía bastante engañosa», *vid. Ibid.*, págs. 102-108. *Cfr.* cita textual en pág. 102.

<sup>427</sup> *Cfr. Ibid.*, pág. 106.



un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación.

[...]

[...] El injusto es un mal y el deber de cargar con los costes también es un mal, pero a pesar de ello no cabe definir la pena como infligir un mal a causa del mal cometido: Sería absurdo «querer un mal porque ya se ha dado otro mal», y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo según su «carácter superficial». La pena hay que definirla positivamente: Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada»<sup>428</sup>.

Jakobs justifica y legitima el derecho penal del enemigo en la medida en la que se configura como la única opción para garantizar la supervivencia del Estado frente a los ataques de los enemigos<sup>429</sup>, sin embargo, para Cancio Meliá, el derecho de excepción que significa el derecho penal del enemigo no deviene necesario ni justificado en la actualidad, por cuanto no hay en ningún sector de la delincuencia «riesgos que realmente merezcan el estado de excepción»<sup>430</sup> y, menos, añadimos, la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, pese a que esa violencia intersubjetiva –como tantas otras– nos repugne y sea –igualmente como tantas otras– un problema social.

Establecer dos regulaciones penales totalmente distintas, quiebra el principio de igualdad, pilar fundamental de una sociedad y de un Estado social y democrático de Derecho. En palabras de Muñoz Conde,

«[L]os derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principios de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Si se admite su derogación, aunque sea en casos puntuales extremos y muy

<sup>428</sup> JAKOBS, G. (CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., trads.), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997, págs. 8-9.

<sup>429</sup> JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «¿Terroristas como personas en Derecho?», *óp. cit.*, pág. 83.

<sup>430</sup> CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?», *óp. cit.*, pág. 150. En este sentido, afirma García Amado que «[n]o vivimos rodeados de violadores y terroristas, por mucho que sean muy llamativos y dramáticos algunos de los pocos supuestos actuales de uno u otro de esos comportamientos». Cfr. GARCÍA AMADO, J. A., «El obediente, el enemigo, el derecho penal...», *óp. cit.*, pág. 106.

graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho, cuyo Ordenamiento jurídico se convierte en un ordenamiento puramente tecnocrático o funcional, sin ninguna referencia a un sistema de valores, o, lo que es peor, referido a cualquier sistema, aunque sea injusto, cuyos valedores tengan el poder o la fuerza suficiente para imponerlo. En definitiva, el Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, en el que el Derecho se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder. El Derecho es entonces simplemente lo que en cada momento conviene al Estado, que es, al mismo tiempo, lo que perjudica y hace el mayor daño posible a sus enemigos»<sup>431</sup>.

### 2.3.3.2. *Manifestaciones del derecho penal del enemigo en el ordenamiento español: especial referencia al terrorismo*

En el ordenamiento penal español encontramos varias manifestaciones del derecho penal del enemigo, entre las que destacamos, desde el punto de vista sustantivo, las que parten de la concepción de los terroristas como enemigos y que se sitúan en la Sección 2 «De los delitos de terrorismo» del Capítulo VII del Título XXII «Delitos contra el orden público» de la parte especial del Código Penal. A modo de ejemplo, el artículo 578 CP<sup>432</sup> tipifica el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo, adelantando la pena a hechos genéricos de loa al terrorismo o a los terroristas, diferenciándolo del delito de apología del terrorismo del artículo 579 CP en la medida de que este último tipo penal exige una incitación directa a cometer un delito<sup>433</sup>. En este sentido, es jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo que el enaltecimiento del terrorismo

«[...] constituye una forma autónoma de apología caracterizada por su carácter genérico y sin integrar una provocación ni directa ni indirecta a la comisión de un delito. La barrera de

<sup>431</sup> MUÑOZ CONDE, F., «El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado «Derecho penal del enemigo»», en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía-Ediciones Akal, Madrid, 2005, págs. 167-176, cita en pág. 171.

<sup>432</sup> «1. El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57. [...]».

<sup>433</sup> «1. Será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito de que se trate el que, por cualquier medio, difunda públicamente mensajes o consignas que tengan como finalidad o que, por su contenido, sean idóneos para incitar a otros a la comisión de alguno de los delitos de este Capítulo. [...]».

protección se adelanta, exigiéndose solamente la mera alabanza/justificación genérica, [...]»<sup>434</sup>.

Y es que, para el Tribunal Supremo,

«[...] los comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión ( art. 20 CE ) o la libertad ideológica ( art. 16 CE ), pues el terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre; su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" ( STS 224/2010, de 3 de marzo )»<sup>435</sup>.

Por otro lado, tras la reforma operada por la LO 2/2015, de 30 de marzo<sup>436</sup>, el delito de atentado previsto en el artículo 573 CP<sup>437</sup> se justifica por el legislador en la

<sup>434</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 512/2017, de 05 de julio [ECLI: ES:TS:2017:2802], ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, FD 3º. En el mismo sentido, la más reciente STS, Sala de lo Penal, 291/2020, de 10 de junio [ECLI:ES:TS:2020:1913], ponente: Vicente Magro Servet, FD 2º.

<sup>435</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 948/2016, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TS:2016:5495], ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, FD 5º. Sobre la posible afectación del derecho fundamental a la libertad de expresión, el Tribunal Constitucional ha establecido que el delito de enaltecimiento del terrorismo solo «supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades». Cfr. STC, Sala Primera, 112/2016, de 20 de junio [ECLI:ES:TC:2016:112], ponente: Juan Antonio Xiol Ríos, FJ 4.

<sup>436</sup> Para las reformas penales en materia de terrorismo realizadas a través de la LO 2/2015, de 30 de marzo y la LO 13/2015, de 5 de octubre, *vid.* CERRADA MORENO, M., «El terrorismo como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico. Algunas reflexiones en torno a la reforma antiterrorista española de 2015 y el derecho penal del enemigo», en *La Ley Penal*, n.º 120, mayo-junio de 2016, s. p. Haciendo especial énfasis en las nuevas formas de criminalidad derivadas de la transición del terrorismo local de ETA al global del yihadismo, CANO PAÑOS, M. Á., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 905-951; y CUADRADO RUIZ, M. Á., «El terrorismo biológico como delito, tras al reforma penal de 2015», en CUADRADO RUIZ, M. Á. (dir.-edit.), y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A. J., y ESPAÑA ALBA, V. (coords.), *Cuestiones penales: A propósito de la Reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 221-245. Desde la perspectiva procesal, *vid.* BUENO DE MATA, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Diario La Ley*, n.º 8627, 19 de octubre de 2015, s. p.

<sup>437</sup> «1. Se considerará delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:

medida en que se pretende reprimir la «alteración de la paz pública» en lugar de la «finalidad terrorista» que se recogía en la Decisión Marco del Consejo 2002/475/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 13 de junio de 2002<sup>438</sup>. Tras la reforma, se apuntó que esta apuesta legislativa podría suponer que, en la práctica, la agresión a la policía por un grupo de manifestantes que actúen con la finalidad de alterar el orden público podría ser calificada en España como delito de terrorismo, posibilidad que queda muy lejos de las previsiones de la citada Decisión Marco<sup>439</sup>. Se podría decir, que el legislador ampliaba la posibilidad de que un número ingente de ciudadanos pudieran ser tratados como terroristas y, por tanto, como enemigos. Sin embargo, la jurisprudencia se ha mostrado restrictiva a la hora de considerar como terrorismo actos que, en puridad, son constitutivos del delito de desórdenes públicos, por lo que, en la práctica, la reforma no ha tenido un efecto expansivo a otras manifestaciones de violencia<sup>440</sup>.

Por lo que al ámbito del Derecho procesal penal se refiere, podemos reseñar las siguientes manifestaciones del derecho penal del enemigo en el ámbito del terrorismo:

- El artículo 520 bis LECrim, introducido por la LO 4/1988, de 25 de mayo, y considerado como un plazo extraordinario<sup>441</sup>, posibilita ampliar el límite máximo de 72

---

1.ª Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.ª Alterar gravemente la paz pública.

3.ª Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.ª Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.

3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo». La «falsedad documental» fue introducida en el catálogo de delitos de terrorismo del párrafo 1 por la LO 1/2019, de 20 de enero.

<sup>438</sup> Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32002F0475> [u. a. 09/06/2021].

<sup>439</sup> GARCÍA RIBAS, N., «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 769-777, cita en pág. 776. Afirmaba el autor que «[l]as consecuencias que ello tiene en el orden normativo son delirantes, porque la aplicación de esa etiqueta de atentado terrorista permite castigar la justificación o el enaltecimiento de ese hecho en las redes sociales con pena mínima de dos años de prisión (artículo 578 CP) y es asimismo punibles la difusión de mensajes idóneos para incitar a su comisión (artículo 579 CP). En todo caso, un delirio autoritario inaceptable». *Cfr. Id.*

<sup>440</sup> *Vid. AAP Navarra, Sección 1ª, 173/2017, de 11 de abril, [ECLI:ES:APNA:2017:21A], ponente: Fermín Zubiri Oteiza; y SAN, Sección 3ª, 14/2018, de 4 de junio [ECLI: ES:AN:2018:2473], ponente: María de los Ángeles Barreiro Avellaneda.*

<sup>441</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, 2019, pág. 665. Junto con este plazo, considera el autor como igualmente extraordinario, el plazo de diez días establecido

horas de detención cuando se trata de personas integradas o relacionadas con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes «hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas, siempre que, solicitada tal prórroga mediante comunicación motivada dentro de las primeras cuarenta y ocho horas desde la detención, sea autorizada por el Juez en las veinticuatro horas siguientes».

- El artículo 520 bis, apartado 2 LECrim regula que, detenida una persona por los delitos de terrorismo o de pertenencia a banda armada, podrá solicitarse del Juez que decrete su incomunicación, el cual deberá pronunciarse sobre la misma, en resolución motivada, en el plazo de veinticuatro horas. Solicitada la incomunicación, el detenido quedará en todo caso incomunicado sin perjuicio del derecho de defensa que le asiste. Igualmente, solicitada la incomunicación, y en tanto el juez acuerde, el detenido podrá ser privado por un máximo de veinticuatro horas de los derechos a designar un abogado de su confianza; comunicarse con todas o alguna de las personas con las que tenga derecho a hacerlo, salvo con la autoridad judicial, el Ministerio Fiscal y el Médico Forense; entrevistarse reservadamente con su abogado; y acceder él o su abogado a las actuaciones, salvo a los elementos esenciales para poder impugnar la legalidad de la detención.

- El artículo 509.2 LECrim, con la redacción dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, dispone que la incomunicación durará el tiempo estrictamente necesario para evitar un peligro para la vida, la libertad o la integridad física de una persona, o por necesidad urgente de una actuación inmediata de los jueces de instrucción que evite comprometer de modo grave el proceso penal. La incomunicación no podrá extenderse más allá de cinco días, pero si la prisión se acordó por terrorismo u otros delitos cometidos concertadamente y de forma organizada por dos o más personas, la incomunicación podrá prorrogarse por otro plazo no superior a cinco días.

---

para el estado de excepción en el artículo 16 de la LO 4/1981, de 1 de junio. «1. La Autoridad gubernativa podrá detener a cualquier persona si lo considera necesario para la conservación del orden, siempre que, cuando menos, existan fundadas sospechas de que dicha persona vaya a provocar alteraciones del orden público. La detención no podrá exceder de diez días y los detenidos disfrutará de los derechos que les reconoce el art. 17, 3, de la Constitución.

2. La detención habrá de ser comunicada al Juez competente en el plazo de veinticuatro horas. Durante la detención, el Juez podrá, en todo momento, requerir información y conocer personalmente, o mediante delegación en el Juez de Instrucción del partido o demarcación donde se encuentre el detenido, la situación de éste». De interés, GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista española», en *La Ley Penal*, n.º 74, septiembre de 2010, s. p.

- El artículo 553 LECrim autoriza la suspensión del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas investigadas por terrorismo, de modo que los agentes de policía, de propia autoridad, pueden entrar en los domicilios sin necesidad de autorización judicial, cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde estas personas se ocultasen o refugiasen, así como proceder al registro en dichos lugares y a la ocupación de los efectos e instrumentos que en ellos se hallasen y que pudieran guardar relación con el delito, sin perjuicio de que deban dar cuenta inmediata al Juez competente.

- El artículo 579 LECrim, conforme a la redacción dada por la LO 13/2015, de 5 de octubre, autoriza al juez para acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación del algún hecho o circunstancia relevante para las causas sobre delitos de terrorismo, entre otros. Conforme al apartado 3, «[e]n caso de urgencia, la medida podrá ordenarla el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad, si bien deben comunicarla inmediatamente al juez competente y, en todo caso, dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, haciendo constar las razones que justificaron la adopción de la medida, la actuación realizada, la forma en que se ha efectuado y su resultado».

- El artículo 588 quater LECrim, introducido por la LO 13/2015, de 5 de octubre, posibilita la autorización para colocar y utilizar dispositivos electrónicos que permitan captar y grabar las comunicaciones orales directas o tomar imágenes, en la vía pública o en otro espacio abierto, en su domicilio o en cualesquiera otros lugares cerrados, sin que sea necesario, al tratarse de delito de terrorismo, que el delito investigado esté castigado con una pena con límite máximo de, al menos, tres años de prisión.

- El artículo 588 septies, igualmente introducido por la LO 13/2015, de 5 de octubre, da la posibilidad al juez de autorizar, entre otros, en los delitos de terrorismo, la utilización de datos de identificación y códigos, así como la instalación de un software, que permitan, de forma remota y telemática, el examen a distancia y sin conocimiento de su titular o usuario del contenido de un ordenador, dispositivo electrónico, sistema



informático, instrumento de almacenamiento masivo de datos informáticos o base de datos.

- El artículo 282 bis LECrim dispone que el Juez de Instrucción competente o el Ministerio Fiscal, dando cuenta inmediata al Juez, podrán autorizar a funcionarios de la Policía Judicial, mediante resolución fundada y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta y a adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito y diferir la incautación de los mismos en los delitos, entre otros, de terrorismo.

Más allá del terrorismo, y a modo de ejemplo de la existencia de otros *enemigos* – tal vez más difusos y, sin duda, sin justificación alguna–, puede considerarse una manifestación del derecho penal del enemigo la regulación de la expulsión de los ciudadanos extranjeros contenida en el artículo 89 CP<sup>442</sup>, que desde la reforma

---

<sup>442</sup> «1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

3. El juez o tribunal resolverá en sentencia sobre la sustitución de la ejecución de la pena siempre que ello resulte posible. En los demás casos, una vez declarada la firmeza de la sentencia, se pronunciará con la mayor urgencia, previa audiencia al Fiscal y a las demás partes, sobre la concesión o no de la sustitución de la ejecución de la pena.

4. No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada.

La expulsión de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública en atención a la naturaleza, circunstancias y gravedad del delito cometido, sus antecedentes y circunstancias personales.

Si hubiera residido en España durante los diez años anteriores procederá la expulsión cuando además:

a) Hubiera sido condenado por uno o más delitos contra la vida, libertad, integridad física y libertad e indemnidad sexuales castigados con pena máxima de prisión de más de cinco años y se aprecie fundadamente un riesgo grave de que pueda cometer delitos de la misma naturaleza.

b) Hubiera sido condenado por uno o más delitos de terrorismo u otros delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal.

En estos supuestos será en todo caso de aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de este artículo.



introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, prevé la expulsión en sustitución de las penas de prisión de más de un año, y ello con independencia de que la situación administrativa del ¿ciudadano? extranjero sea regular o irregular. A este respecto, Iglesias Río afirma que la reforma

«[a]unque no necesariamente se traduzca en un incremento cuantitativo de la expulsión, sí conduce a una ampliación indiscriminada para los no nacionales, con independencia de su categoría y situación de estancia o residencia normalizada (residentes, no residentes, temporales o de larga duración, comunitarios o extracomunitarios), con lo que nuestro sistema profundiza, una vez más, hacia el horizonte creador de un Derecho especial frente a los extranjeros»<sup>443</sup>.

### 2.3.3.3. *El reconocimiento por el TC del artículo 153.1 CP como derecho penal del enemigo*

La LOVG parte, entre otras presunciones, de la asunción de que el hombre heterosexual que comete un delito menos grave en la pareja íntima es un individuo peligroso de cara al futuro, y lo es por el riesgo de que, con el tiempo, cometa delitos más graves. Como afirma con especial brillantez Gómez Rivero:

---

5. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del penado.

6. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

7. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el período de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas, salvo que, excepcionalmente, el juez o tribunal, reduzca su duración cuando su cumplimiento resulte innecesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la norma jurídica infringida por el delito, en atención al tiempo transcurrido desde la expulsión y las circunstancias en las que se haya producido su incumplimiento.

No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el juez o tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma.

9. No serán sustituidas las penas que se hubieran impuesto por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 177 bis, 312, 313 y 318 bis».

<sup>443</sup> Cfr. IGLESIAS RÍO, M. Á., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 173-188, cita en pág. 175.

«Claro que ese “quien” lleva su sello en la frente. Más bien habría que preguntarse, ¿quién podría poner la mano en el fuego de que el hombre que hoy empuja a su mujer o ex mujer mañana no la mate? Mejor entonces –sería la filosofía de la norma [la LOVG]– anticiparnos elevando ya el castigo por el acto primero y de menor importancia. ¿Para qué esperar si la conducta proviene de un individuo de la especie de los dominadores, de los varones? Esos son peligrosos en su relación sentimental con mujeres»<sup>444</sup>.

Efectivamente, el hombre heterosexual se conceptúa como una suerte de enemigo por el mero hecho de ser, precisamente, hombre heterosexual, y ello, en buena medida por las estadísticas oficiales y los estudios victimológicos, ya desacreditados en este trabajo. En ese sentido, el legislador y el Tribunal Constitucional desconocen el mecanismo de atribución de responsabilidad penal, que se sustenta sobre la base de la culpabilidad personal del autor<sup>445</sup>.

La opción legislativa, convalidada por el Tribunal Constitucional, resulta –como denuncia Gimbernat a cuenta de la STC 59/2008, de 14 de mayo– una aplicación de la *Sippenhaftung* (responsabilidad de sangre, de clan o por la estirpe) del Derecho histórico alemán que, parecía, estaba proscrita para los ordenamientos jurídicos democráticos. Así, afirma Gimbernat que

«apelando a que otros hombres ejercen actualmente la violencia machista y a que muchos de nuestros antepasados masculinos contribuyeron a generar esos arraigados parámetros de desigualdad, el Tribunal, con ello, alejándose de la responsabilidad penal personal, se está aproximando a la *Sippenhaftung* -responsabilidad por la estirpe- del Derecho germánico medieval. Según esa *Sippenhaftung*, la responsabilidad de quien había cometido un delito se extendería también a su estirpe (tribus, parientes), aunque estos últimos no hubieran tenido nada que ver con el hecho criminal, viniendo caracterizada esta responsabilidad medieval, por consiguiente, porque los parientes responden, no por lo que han hecho, sino por lo que ha ejecutado otra persona que pertenece a la misma estirpe»<sup>446</sup>.

Efectivamente, la STC 59/2008, de 14 de mayo vino a consagrar el derecho penal del enemigo, aunque no se atreviera a nombrarlo así, en la medida en la que acepta – como ya hemos señalado<sup>447</sup> – un Derecho penal diferente para los sujetos peligrosos. En

<sup>444</sup> GÓMEZ RIVERO, M. C., «El “presunto” injusto de los delitos...», *óp. cit.*, pág. 94.

<sup>445</sup> POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal...», *óp. cit.*, págs. 24-25.

<sup>446</sup> GIMBERNAT ORDEIG, E., «La Ley de Violencia de Género ante...», *óp. cit.*, s. p.

<sup>447</sup> *Vid. supra*, pág. 153.

este sentido, y siguiendo a Polaino-Orts, el Tribunal Constitucional construye la mejor definición posible de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual por razón de género como Derecho penal del enemigo al caracterizarla, como «negación de ciudadanía».

«Tanto en lo que se refiere a la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende como insuficientemente protegidos en el ámbito de las relaciones de pareja, como en lo relativo a la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, que es una lacra que se imbrica con dicha lesividad, es palmaria la legitimidad constitucional de la finalidad de la ley, y en concreto del precepto penal ahora cuestionado, y la suficiencia al respecto de las razones aportadas por el legislador, que no merecen mayor insistencia. La igualdad sustancial es «elemento definidor de la noción de ciudadanía» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 5) y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia con la finalidad de coartar al otro su más esencial autonomía en su ámbito más personal y de negar su igual e inalienable dignidad»<sup>448</sup>.

El Tribunal Constitucional asienta el argumento de que, en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, no solo se comete un determinado delito contra un bien jurídico concreto, sino que se trata de una negación de la idea de persona, que exige un tratamiento más adecuado a tal peligrosidad, y eso, digámoslo claro –aunque el concepto sea polémico– se llama Derecho penal del enemigo. En la acertada interpretación de Polaino-Orts, para el Tribunal Constitucional

«el maltratador o agresor familiar no respeta a la mujer como persona en Derecho, como ciudadana, como persona titular de derechos y de deberes, sino que impide con su comportamiento agresivo que la mujer desarrolle su personalidad con una mínima seguridad. De esta manera el TC está dando una noción de agresor familiar o doméstico que se corresponde plenamente con el concepto penal de enemigo: aquel que no respeta a los demás como personas en Derecho, sino que impide que desarrollen su vida dentro de parámetros de normalidad, impidiendo al tiempo que determinadas personas se sientan amparadas por la norma: aquel que -en definitiva- ofrece inseguridad cognitiva,

---

<sup>448</sup> *Cfr.* STC, Pleno, 59/2008, de 14 de mayo [ECLI:ES:TC:2008:59], ponente: Pascual Sala Sánchez, FJ 8.

imposibilitando que la norma ejerza su normal eficacia protectora y omitiendo dar la mínima seguridad para ser tratado como persona en Derecho»<sup>449</sup>.

Como ya expusimos anteriormente, el denominado feminismo radical y las «instituciones feministas», con el sustento de determinados ámbitos de la sociología y de la psicología, y de los medios de comunicación, han hecho que el problema social de la violencia en la pareja íntima haya quedado reducido al de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Ese y no otro es el problema social que ha guiado al legislador desde las primeras reformas penales y el que, finalmente, ha hecho que se considere a los hombres heterosexuales como un especial foco de peligro<sup>450</sup>.

Ahora bien, este Derecho penal del enemigo es de naturaleza agravada, por ejemplo, si lo comparamos con el que se aplica a los terroristas. El elemento *terrorismo* por el que un determinado *ciudadano* se convierte en *enemigo* deberá ser probado en juicio. Imaginemos que, en los años de mayor incidencia del terrorismo por parte de ETA, el Código Penal hubiera establecido que cualquier delito cometido por un ciudadano vasco-francés contra un miembro de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado fuera catalogado como delito de terrorismo, sin admitir prueba en contrario. Reforzando el ejemplo, imaginemos que el delito se cometiera por una ciudadana vasco-francesa contra su pareja íntima, a la sazón, Guardia Civil destinado en el País Vasco y que, esa misma ley, condenara a la mujer por terrorismo, sí o sí. Eso, y no otra cosa, es lo que hace la LOVG respecto de los hombres heterosexuales en la violencia en la pareja íntima, avalada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como ya hemos visto anteriormente.

Para sancionar más gravemente la violencia por razón de género es suficiente con la aplicación de la agravante contenida en el artículo 22 4ª CP. Ahora bien, si en atención a las supuestas ventajas de un Derecho penal simbólico se estimó conveniente

<sup>449</sup> Cfr. POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal...», *óp. cit.*, pág. 18. En sentido contrario, se ha defendido que ni el delito tipificado en el artículo 153.1 CP ni la STC 59/2008, de 14 de mayo han establecido un Derecho penal del enemigo. Se justifican estas posiciones en que la agravación de la pena no es de consideración y que no se han establecido pérdidas absolutas de garantías procesales. GALÁN MUÑOZ, A., «De la “Violencia doméstica” a la...», *óp. cit.*, págs. 87-90, cita textual en págs. 87-88.

<sup>450</sup> De interés, POLAINO NAVARRETE, M., «La ley integral contra la violencia de género...», *óp. cit.*, págs. 58-62.

regular el tipo agravado del artículo 153.1 CP, al menos, tendría que haberse eliminado cualquier posibilidad de aplicación de la presunción *iuris et de iure* automática.

Estamos inmersos en una regulación legal y en una aplicación jurisprudencial en la que no solo se considera a todos los hombres *enemigos* y contrarios al orden establecido, sino que, ni tan siquiera, se admite prueba en contrario para desvirtuar la presunción por la que el hombre –en caso de que se dé por probado el delito– siempre habrá cometido el delito para perpetuar la dominación que sufre la mujer [*sic.*] y, por tanto, siempre será condenado, sin excepción, como un *enemigo*. Esto, se mire por donde se mire, solo tiene un nombre: Derecho penal del enemigo agravado<sup>451</sup>.

### **3. La pérdida del sustrato ideológico de la actual política legislativa y la renuncia del legislador español a abandonar las políticas públicas de actuación obligatoria**

Si en 2004, el feminismo de la segunda ola pudo dar un sustrato ideológico a la LOVG, en estos momentos, ese sustrato ha decaído por completo. Por un lado, el feminismo ha evolucionado hacia unas posiciones que se alejan del victimismo y de la estereotipación de la mujer-víctima como un sujeto desvalido. Por otro lado, con la aprobación del Convenio de Estambul, la apuesta de la LOVG por la represión penal como elemento esencial ha quedado del todo desautorizada.

Tiempo es para que el legislador cambie con los signos de los tiempos y se sume a este nuevo feminismo que viene a dar poder a las mujeres y no a perpetuar su posición de inferioridad.

#### *3.1. Fundamentos que explican la pérdida de vigencia de la actual política legislativa*

Desde que se inauguró la actual política legislativa en el ya lejano 1989 y desde que alcanzó sus mayores cotas con la promulgación en 2004 de la LOVG, varias son las circunstancias que bien podrían hacer considerar al legislador la posibilidad de cambiar el rumbo marcado, apostando por una política legislativa integradora en la que se establezca una persecución penal proporcional y alejada del actual Derecho penal

---

<sup>451</sup> En este sentido, *vid.* POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal...», *óp. cit.*, págs. 25-29.

sexuado. Entre estas circunstancias destacan la nueva visión que de la violencia y de la mujer-víctima hace el feminismo de la tercera ola, la inexistencia en el derecho comparado de normas como la española y, lo más triste, la nula eficacia de la LOVG.

### 3.1.1. *El feminismo de la tercera ola*

Frente al feminismo de la segunda ola y los feminismos que surgieron como evolución del mismo, las nuevas generaciones son conscientes de que deben difundir un rango más amplio de voces feministas y de experiencias femeninas<sup>452</sup>. El inicio de la tercera ola se ha situado en la primavera de 1992, en la conferencia «I Believe Anita Hill» (*Yo creo en Anita Hill*), celebrada en el Hunter College de Nueva York<sup>453</sup> como consecuencia del caso Clarence Thomas/Anita Hill<sup>454</sup>.

<sup>452</sup> Para un interesante análisis de la transición entre la segunda y tercera olas experimentado en primera persona y analizando dos publicaciones de especial relevancia –*Listen Up: Voices from the Next Feminist Generation*, editada por Barbara Findlen; y *To Be Real: Telling the Truth and Changing the Face of Feminism*, editada por Rebecca Walker–, vid. DRAKE, J., «Third Wave Feminism», en *Feminist Studies*, Spring, vol. 23, n.º 1, 1997, págs. 97-108.

<sup>453</sup> En el verano de ese mismo año, la tercera ola realizó una campaña promoviendo el voto y, de alguna forma, recuperando el espíritu del movimiento pro derechos civiles de los años sesenta del siglo XX. BAUMGARDNER, J., y RICHARDS, A., *ManifestA: Young women, feminism, and the future*, Farrar, Straus and Giroux, 1ª ed. revisada, Nueva York, 2010, pág. 78.

<sup>454</sup> En 1991, el juez Clarence Thomas fue nombrado miembro de la Corte Suprema de EEUU por el presidente George H. W. Bush. Anita Hill, abogada negra, acusó a Thomas de haberla acosado sexualmente hacía años en el tiempo en el que el juez fue su supervisor en el Departamento de Educación. Hill declaró ante el Comité de Justicia del Senado de EEUU que debía confirmar el nombramiento presidencial, compuesto en su integridad por hombres blancos. En las audiencias ante el Comité, y de forma distinta a como se había establecido, primero tomó la palabra Thomas, que negó de antemano todo lo que pudiera decir Hill. Después, la abogada contó cómo el juez no admitía un no por respuesta y no dejaba de invitarla a salir con él. El hombre –dijo Hill– hablaba frecuentemente de sexo y pornografía delante de todo el mundo con todo lujo de detalles, y durante las conversaciones de trabajo presumía con frecuencia de su supuesta potencia sexual. Los senadores comenzaron a interrogarla de forma hostil y sin ningún tipo de sensibilidad. Curiosamente, el presidente de aquel Comité, que tenía el poder para haber parado aquel hostigamiento a Hill y que no hizo nada, era el hoy presidente de EEUU, el demócrata Joe Biden. Y como –en la célebre frase atribuida a Enrique de Borbón– *París bien vale una misa* y, además, gracias al movimiento #MeToo, determinadas actitudes son inaceptables hoy en día, Biden tuvo que disculparse ante Hill durante la pasada campaña electoral, casi treinta años después. Las denuncias de Hill no fueron investigadas ni declararon otros posibles testigos que también habían denunciado conductas inapropiadas por parte de Thomas y que, incluso, escribieron al Senado para ofrecerse a testificar. Finalmente, Thomas fue confirmado como juez de la Corte Suprema de EEUU, puesto que sigue ocupando ya que, como es bien sabido, estos puestos son vitalicios. De interés, en aquellos momentos, GUY-SHEFTALL, B., «Breaking the Silence: a Black Feminist Response to the Thomas/Hill Hearings (for Audre Lorde)», en *The Black Scholar*, Robert Chrisman Foundation-Routledge, vol. 22, n.º 1/2, diciembre de 1991, págs. 35-37. Más recientemente, PARTRIDGE SALOMON, J., «The silencing of Anita Hill», en DURÁN, I., GUALBERTO, R., HERNANDO, N., MÉNDEZ, C., NEFF, J., y RODRÍGUEZ, A. L. (comps.), *Estudios de género: Visiones transatlánticas / Gender Studies: transatlantic visions*, Fundamentos, Madrid, 2016, págs. 81-95. Para la experiencia personal en las audiencias del Comité, vid. HILL, A., *Speaking Truth to Power*, Doubleday, Nueva York, 1997.



Para esta nueva forma de entender el feminismo –la tercera ola<sup>455</sup>– no es necesario que las mujeres recurran a la guerra de sexos ni a adoptar un papel de víctimas para ser reconocidas, sino que la mujer está orgullosa de su condición de mujer y toma consciencia y acepta las diferencias físicas, religiosas, culturales y económicas entre las mujeres, enfrentándose a ellas como unos obstáculos que las mujeres deben afrontar en función de esas diferencias o particularidades. Así, esta nueva ola es más femenina y poderosa de lo que han sido las anteriores<sup>456</sup>. Aún más, la tercera ola se caracteriza como un movimiento juvenil, divertido, lleno de vitalidad, en contraposición a la imagen que se crea en torno a la ola precedente<sup>457</sup>.

Uno de los textos fundacionales de la tercera ola es el artículo *Becoming the Third Wave (Convirtiéndose en la tercera ola)* publicado en 1992 por la escritora estadounidense Rebeca Walker. En nuestra opinión, este artículo es a la tercera ola del feminismo lo que el anteriormente citado *Our Revolution Is Unique (Nuestra revolución es única)* de Friedan<sup>458</sup> fue para la segunda ola. En este caso, Walker proclama:

«Estoy harta de la forma en que las mujeres son negadas, violadas, devaluadas, ignoradas. Estoy lívida, no me canso de enfadarme con los que invaden mi espacio, los que quieren quitarme mis derechos, los que se niegan a escuchar mi voz. A medida que pasan los días,

<sup>455</sup> El cambio de ola supuso una suerte de metáfora utilizada para describir a las generaciones feministas. La primera ola abarcó un período cronológicamente tan largo que varias generaciones de mujeres participaron en su lucha. Dentro de las familias pro-sufragio, por ejemplo, no era infrecuente que tres generaciones –abuelas, madres e hijas– participaran en esa, hasta el momento, única ola. La aparición de la tercera ola del feminismo parece alterar profundamente el uso de la metáfora de la ola. La metáfora de la ola ha llegado a parecerse a la estructura familiar con su comprensión del binomio madre/hija basada en el ciclo de vida humano como el ocurrido entre las feministas de la segunda y la tercera ola. HENRY, A., *Not My Mother's Sister: Generational Conflict and Third-Wave Feminism*, Indiana University Press, Bloomington - Indianapolis, 2004, pág. 4.

<sup>456</sup> BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad...», *óp. cit.*, pág. 68.

<sup>457</sup> ÁVILA BRAVO-VILLASANTE, M., «Crónica de un matricidio anunciado», en *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios de Género, vol. 2, n.º 2, 2017, págs. 184-202, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/3765> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 189. En relación con el protagonismo de las mujeres jóvenes en el feminismo, la historiadora e investigadora social estadounidense Ella Mizzell Kelly afirma que «[s]ostengo que, en su forma actual, el feminismo tiene una relevancia escasa o limitada en las vidas de estas mujeres jóvenes; no es probable que llegue a ser relevante para estas mujeres en un futuro cercano, a menos que y hasta que se enfrente a la complejidad de su opresión»; «I contend that in its present form feminism has little or limited relevance in the lives of these young women; it is not likely to become relevant to these young women in the near future unless and until it confronts the complexity of their oppression». Cfr. KELLY, E. M., «I. Female, Young, African-American and Low-Income: What's Feminism Got to Do with Her?», en *Feminism & Psychology*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 11, n.º 2, mayo de 2001, págs. 152-156, cita en pág. 153.

<sup>458</sup> *Vid. supra*, pág. 81.



me esfuerzo por comprender lo que significa formar parte de la tercera ola del feminismo. Empiezo a darme cuenta de que me debo a mí misma, a mi hermana pequeña en el tren, a todas las hijas que aún no han nacido, el ir más allá de mi rabia y articular una agenda. Después de batallar con ideas de segregacionismo y militancia, conecto con mis propios sentimientos de impotencia. Me doy cuenta de que debo sufrir una transformación si estoy verdaderamente comprometida con la emancipación de las mujeres. Mi implicación debe ir más allá de mi propia voz en el debate, más allá del voto, más allá de la lectura de la teoría feminista. Mi rabia y mi conciencia deben traducirse en acciones tangibles»<sup>459</sup>.

Como sucediera con las anteriores olas del feminismo, existe una cierta confusión en torno a lo que constituye la tercera ola. A este respecto, la politóloga británica Elizabeth Evans señala que esta confusión es, «en algunos aspectos, su característica definitoria [...]; de ahí la necesidad de evitar presentar la tercera ola del feminismo como algo monolítico»<sup>460</sup>. Ahora bien, si algo define al feminismo de la tercera ola es su apuesta por la individualidad<sup>461</sup> y por la superación del victimismo que, como hemos señalado anteriormente, describe al feminismo de la segunda ola. En este sentido, Wolf defendió que había que trascender al «feminismo víctima» de la segunda ola y transitar

---

<sup>459</sup> «I am sick of the way women are negated, violated, devalued, ignored. I am livid, unrelenting in my anger at those who invade my space, who wish to take away my rights, who refuse to hear my voice. As the days pass, I push myself to figure out what it means to be a part of the Third Wave of feminism. I begin to realize that I owe it to myself, to my little sister on the train, to all of the daughters yet to be born, to push beyond my rage and articulate an agenda. After battling with ideas of separatism and militancy, I connect with my own feelings of powerlessness. I realize that I must undergo a transformation if I am truly committed to women's empowerment. My involvement must reach beyond my own voice in discussion, beyond voting, beyond reading feminist theory. My anger and awareness must translate into tangible action». Cfr. WALKER, R., «Becoming the Third Wave», en *Ms., Ms. Magazine Corp.*, vol. 2, n.º 4, Arlington, enero de 1992, págs. 39-41, cita en págs. 40-41.

<sup>460</sup> «The confusion surrounding what constitutes third wave feminism is in some respects its defining feature [...]; hence, the need to avoid presenting the third wave of feminism as monolithic». Cfr. EVANS, E., *The Politics of Third Wave Feminisms: Neoliberalism, Intersectionality, and the State in Britain and the US*, Palgrave Macmillan, 1ª ed., Houndmills - Nueva York, 2015, pág. 19.

<sup>461</sup> En el mismo sentido, la escritora estadounidense Jennifer Baumgardner afirmó que «[e]l feminismo es algo individual para cada feminista»; «This insistence on definitions is really frustrating because feminism gets backed into a corner. People keep insisting on defining and defining and defining and making a smaller and smaller definition—and it's just lazy thinking on their part. Feminism is something individual to each feminist». Cfr. la entrevista publicada en *AlterNet* el 24 de octubre de 2000 que realizó Tamara Straus a Baumgardner y a la también escritora estadounidense Amy Richards con ocasión de la publicación del libro *Manifesta: Young women, feminism, and the future*, escrito por ambas. Disponible en <https://www.alternet.org/2000/10/a-manifesto-for-third-wave-feminism/> [u. a. 27/02/2021]. En sentido contrario, la filósofa española Ana de Miguel defiende que el feminismo «es una teoría crítica del poder y no una teoría neoliberal de la preferencia individual». Cfr. DE MIGUEL, A., *Neoliberalismo sexual: El mito de la libre elección*, Cátedra, 9ª ed., Madrid, 2017, pág. 339.

hacia el que ella denomina «feminismo del poder» («power feminist»). Para la autora, este nuevo feminismo tiene las siguientes notas características:

«Examina de cerca las fuerzas desplegadas contra una mujer para que pueda ejercer su poder de manera más efectiva.

Sabe que las elecciones de una mujer afectan a muchas personas a su alrededor y pueden cambiar el mundo.

Anima a la mujer a reclamar su voz individual en lugar de fusionar su voz en una identidad colectiva, ya que solo las personas fuertes pueden crear una comunidad justa.

Es absolutamente sexual; entiende que los buenos placeres hacen buena política.

Busca el poder y lo usa de manera responsable, tanto para las mujeres como individuos cuanto para hacer el mundo más justo para los demás.

Sabe que la pobreza no es glamurosa; quiere que las mujeres adquieran dinero, tanto para sus propios sueños, independencia y seguridad, cuanto para el cambio social.

Reconoce el interés de las mujeres en la "firma", el reconocimiento y la fama, de modo que las mujeres puedan atribuirse el mérito a sí mismas y dar generosamente a los demás.

Pide a la mujer que se entregue a sí misma y busque lo que necesita, para poder dar a los demás libremente, sin resentimientos.

Es tolerante con las elecciones de otras mujeres sobre la sexualidad y la apariencia; cree que lo que cada mujer hace con su cuerpo y en su cama es asunto suyo.

Reconoce que la agresión, la competitividad, el deseo de autonomía y separación, incluso el peligro de comportamientos egoístas y violentos, forman parte de la identidad femenina tanto como los comportamientos de crianza; entiende que las mujeres, al igual que los hombres, deben aprender a aprovechar estos impulsos; considera a las mujeres como adultas morales.

Busca el "bilingüismo": la unión de lo mejor sobre los conocimientos tradicionales de las mujeres y sus compromisos con los recursos tradicionalmente masculinos.

Tiene fuertes convicciones, pero siempre es escéptica y abierta, y cuestiona toda autoridad, incluida la propia.

Odia el sexismo sin odiar a los hombres.

Considera que ni las mujeres ni los hombres tienen el monopolio de los defectos de carácter; no ataca a los hombres como género, pero considera que el poder masculino desproporcionado y la valoración social de la masculinidad sobre la feminidad son incorrectos.

Tiene una psicología de abundancia; quiere que todas las mujeres "se igualen hacia arriba" y obtengan más; cree que las mujeres merecen sentir que las cualidades de las estrellas y las reinas, de la sensualidad y la belleza, pueden ser suyas.

Quiere que todas las mujeres expresen sus propias opiniones.

Sabe que hacer cambios sociales no contradice el principio de que las chicas solo quieren divertirse. Lema: "Si no puedo bailar, no es mi revolución"<sup>462</sup>.

En definitiva, el feminismo del poder que preconiza Wolf tiene una ideología de base muy simple, flexible e inclusiva que está informada por la premisa general *Más para las mujeres*. Sus principios básicos son:

---

<sup>462</sup> «Examines closely the forces arrayed against a woman so she can exert her power more effectively.  
Knows that a woman's choices affect many people around her and can change the world.  
Encourages a woman to claim her individual voice rather than merging her voice in a collective identity, for only strong individuals can create a just community.  
Is unapologetically sexual; understands that good pleasures make good politics.  
Seeks power and uses it responsibly, both for women as individuals and to make the world more fair to others.  
Knows that poverty is not glamorous; wants women to acquire money, both for their own dreams, independence, and security, and for social change.  
Acknowledges women's interest in "signature," recognition, and fame, so that women can take credit for themselves and give generously to others.  
Asks a woman to give to herself and seek what she needs, so she can give to others freely, without resentment.  
Is tolerant of other women's choices about sexuality and appearance; believes that what every woman does with her body and in her bed is her own business.  
Acknowledges that aggression, competitiveness, the wish for autonomy and separation, even the danger of selfish and violent behavior, are as much a part of female identity as are nurturant behaviors; understands that women, like men, must learn to harness these impulses; sees women as moral adults.  
Seeks "bilingualism" –the joining together of what is best about women's traditional knowledge and commitments with traditionally male resources.  
Has strong convictions, but is always skeptical and open, and questions all authority, including its own. Hates sexism without hating men.  
Sees that neither women nor men have a monopoly on character flaws; does not attack men as a gender, but see disproportionate male power, and the social valuation of maleness over femaleness, as being wrong. Has a psychology of abundance; wants all women to "equalize upward" and get more; believes women deserve to feel that the qualities of stars and queens, of sensuality and beauty, can be theirs.  
Wants all women to express their own opinions.  
Knows that making social change does not contradict the principle that girls just want to have fun. Motto: "If I can't dance, it's not my revolution"». Cfr. WOLF, N., *Fire with Fire: The New Female Power...*, *óp. cit.*, págs. 137-138.

- «1. Las mujeres importan tanto como los hombres.
2. Las mujeres tienen derecho a decidir sobre sus vidas.
3. Las experiencias de las mujeres son importantes.
4. Las mujeres tienen derecho a decir la verdad sobre sus experiencias.
5. Las mujeres merecen más de lo que no reciben por ser mujeres: respeto, autoestima, educación, seguridad, salud, representación, dinero»<sup>463</sup>.

Como se colige fácilmente, la tercera ola del feminismo prioriza la capacidad de las mujeres para gestionar sus emociones, sus conflictos y sus experiencias, desarticulando la asfixia a la que les ha sometido el elitista feminismo de la segunda ola<sup>464</sup> y rompiendo con el estereotipo de que las mujeres heterosexuales víctimas de violencia en la pareja íntima son siempre, y en todo caso, sujetos vulnerables. Se propone incluso el recurso a la justicia restaurativa<sup>465</sup>. De esta forma, la actual política

---

<sup>463</sup> «1. Women matter as much as men do.  
2. Women have the right to determine their lives.  
3. Women's experiences matter.  
4. Women have the right to tell the truth about their experiences.  
5. Women deserve more of whatever it is they are not getting enough of because they are women: respect, self-respect, education, safety, health, representation, money». *Cfr. Ibíd.*, pág. 138.

<sup>464</sup> En este sentido, la socióloga española Ainhoa Flecha afirma que «el feminismo ha fracasado en representar colectivos de mujeres como las trabajadoras de la limpieza, las mujeres de color, etc. Lo mismo ha ocurrido con las generaciones más jóvenes. Muchas mujeres no se sienten identificadas con el feminismo, considerándolo como algo que no tiene que ver en absoluto con ellas ni con su realidad. Muy a menudo, esas mujeres que sufren las mayores discriminaciones han sido excluidas del movimiento y sus logros se han distribuido de manera desigualitaria, mejorando la situación de las mujeres más privilegiadas, en otras palabras, blancas, con niveles educativos altos, clase alta, etc.». *Cfr. FLECHA, A.*, «Las hijas de las feministas. El feminismo del siglo XXI: ¿declive o democratización?», en *Revista de Sociología de la Educación-RASE*, Universitat de València-Comité de Investigación de Sociología de la Educación de la Federación Española de Sociología, vol. 3, n.º 3, 2010, págs. 325-335, disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/RASE/article/view/8715> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 332.

<sup>465</sup> SOKOLOFF, N. J., y DUPONT, I., «Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalized Women in Diverse Communities», en *Violence against women*, Sage Publications, vol. 11, n.º 1, enero de 2005, págs. 38-64, cita en pág. 56. Las autoras hacen referencia al método utilizado por los indios navajos, denominado «pacificación»; «peacemaking». Para Coker, en un trabajo en el que analiza el *peacemaking* navajo como un método que promueve la autonomía de las mujeres maltratadas, incluye en este procedimiento, entre otras posibilidades, tanto la justicia restaurativa cuanto la mediación civil. COKER, D., «Enhancing autonomy for battered women: Lessons from Navajo peacemaking», en *UCLA Law Review*, University of California, vol. 47, n.º 1, octubre de 1999, págs. 1-111, cita en pág. 3 (en nota al pie). La autora define el método como «un proceso en el que un Naat'aanii (pacificador), familiarizado con el derecho consuetudinario navajo y los relatos tradicionales navajos, guía a las partes en conflicto para elaborar una resolución»; «a process in

legislativa –informada por las políticas públicas de actuación obligatoria que soterran la autonomía de la víctima– no tiene ya ninguna base ideológica. Como bien afirma Lorenzo,

«el discurso de la victimización que pretende proteger a las mujeres incluso frente sí mismas no hace más que reforzar la deriva autoritaria de un sistema penal que a través de medidas paternalistas les quita capacidad de agencia, perjudicando así, de modo particularmente sutil, los objetivos liberadores del mejor feminismo»<sup>466</sup>.

### 3.1.1.1. *Sexo y género como construcción social: la Teoría queer*

La filósofa estadounidense Judith Butler cuestiona la validez de la distinción sexo-género y defiende que el género no es el resultado causal del sexo ni está aparentemente fijo como este. Para Butler,

«el género en sí mismo se convierte en un artificio que flota libremente, por lo que la masculinidad puede darse tanto en el hombre cuanto en la mujer, y la feminidad, tanto en la mujer cuanto en el hombre»<sup>467</sup>.

Aún más, Butler establece que no se puede defender que exista una suerte de diferencia que se origina por la naturaleza (sexo) y una diferencia que se construye socialmente (género).

«¿Podemos referirnos a un sexo «dado» o a un género «dado» sin aclarar primero cómo se dan el sexo y/o el género y a través de qué medios? ¿Y, al fin y al cabo, qué es el «sexo»? ¿Es natural, anatómico, cromosómico u hormonal, y cómo debe evaluar una crítica feminista los discursos científicos que pretenden establecer esos «hechos» para nosotros? ¿Tiene cada sexo una historia? ¿Tiene cada sexo una historia diferente, o varias historias? ¿Existe una historia de cómo se determinó la dualidad del sexo, una genealogía que presente las opciones binarias como una construcción variable? ¿Acaso los hechos

---

which a *Naat'aanii* (peacemaker), familiar with Navajo common law and traditional Navajo stories, guides disputing parties to develop a resolution». *Cfr. Ibíd.*, pág. 6.

<sup>466</sup> *Cfr.* LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015, págs. 783-830, disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2915> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 811.

<sup>467</sup> «Gender itself becomes a free-floating artifice, with the consequence that man and masculine might just as easily signify a female body as a male one, and woman and feminine a male body as easily as a female one». *Cfr.* BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, Nueva York - Londres, 2007, pág. 9. Para la crítica a la tradicional atribución del género en función del sexo, *vid.* CAHILL, A., *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Ithaca - Londres, 2001, pág. 105.

aparentemente naturales del sexo tienen lugar discursivamente mediante diferentes discursos científicos supeditados a otros intereses políticos y sociales? Si se pone en duda el carácter inmutable del sexo, quizás esta construcción denominada «sexo» esté tan culturalmente construida como el género; de hecho, tal vez siempre fue género, con el resultado de que la distinción entre sexo y género no existe como tal.

No tendría sentido, en consecuencia, definir el género como la interpretación cultural del sexo, si este es ya de por sí una categoría dotada de género. El género no debe concebirse únicamente como la inscripción cultural del significado de un sexo predeterminado (concepto jurídico), sino que también debe indicar el aparato mismo de producción mediante el cual se determinan los sexos en sí. En consecuencia, el género no es a la cultura lo que el sexo es a la naturaleza; el género es también el medio discursivo/cultural a través del cual la «naturaleza sexuada» o «un sexo natural» se forma y establece como «prediscursivo», anterior a la cultura, una superficies políticamente neutral sobre la cual actúa la cultura»<sup>468</sup>.

Butler se convierte, así, en el principal sustento ideológico de la Teoría queer<sup>469</sup>, que aparece tras la revolución iniciada por el movimiento LGTBIQ+ a partir de 1969 tras los sucesos de *Stonewall Inn*<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> «Can we refer to a "given" sex or a "given" gender without first inquiring into how sex and/or gender is given, through what means? And what is "sex" anyway? Is it natural, anatomical, chromosomal, or hormonal, and how is a feminist critic to assess the scientific discourses which purport to establish such "facts" for us? Does sex have a history? Does each sex have a different history, or histories? Is there a history of how the duality of sex was established, a genealogy that might expose the binary options as a variable construction? Are the ostensibly natural facts of sex discursively produced by various scientific discourses in the service of other political and social interests? If the immutable character of sex is contested, perhaps this construct called "sex" is as culturally constructed as gender; indeed, perhaps it was always already gender, with the consequence that the distinction between sex and gender turns out to be no distinction at all. It would make no sense, then, to define gender as the cultural interpretation of sex, if sex itself is a gendered category. Gender ought not to be conceived merely as the cultural inscription of meaning on a pre-given sex (a juridical conception); gender must also designate the very apparatus of production whereby the sexes themselves are established. As a result, gender is not to culture as sex is to nature; gender is also the discursive/ cultural means by which "sexed nature" or "a natural sex" is produced and established as "prediscursive," prior to culture, a politically neutral surface on which culture acts». *Cfr. Ibíd.*, págs. 9-10.

<sup>469</sup> De interés, GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer?: Materiales para una lectura queer del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 32, 2016, págs. 323-348, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10032300348](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10032300348) [u. a. 09/06/2021]; y CHISVERT TARAZONA, M. J., «Deconstruyendo feminismos: teoría queer», en SUÁREZ BRIONES, B. (edit.), *Feminismo lesbiano y queer: Representación, visibilidad y políticas*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2014, págs. 171-176.

<sup>470</sup> En la madrugada del 28 de junio de 1969, los clientes del bar *The Stonewall Inn* de Nueva York, mayoritariamente homosexuales, travestis y transexuales, se enfrentaron a la policía hartos de las continuas redadas. El suceso derivó en altercados por las calles aledañas del Greenwich Village que se prolongaron durante tres días. Por primera vez, la comunidad LGTBIQ+ desafiaba la represión que padecía. Un año después, una manifestación recorrió varias manzanas del barrio neoyorquino en



Las políticas queer aparecieron en los años noventa del siglo XX y constituyen una suerte de *segunda ola* del movimiento en defensa de los derechos de las personas LGTBIQ+ que apuesta –como las denominadas feministas radicales respecto del feminismo– por la ruptura: si las mujeres deben dejar de buscar la igualdad respecto de los hombres, que las oprimen, las personas LGTBIQ+ deben dejar de buscar la igualdad con los heterosexuales (hombres y mujeres) que, igualmente, les oprimen. En palabras del sociólogo español David Córdoba, la Teoría queer supuso

«un cuestionamiento de las tendencias integracionistas de parte importante del movimiento gay y lesbiano, señalando los límites de integración y promoviendo posiciones de enfrentamiento directo contra los regímenes normativos»<sup>471</sup>.

Estas políticas, en la sistematización del filósofo español Daniel J. García López, tienen las siguientes características:

«1) Desnaturalización de la sexualidad: la sexualidad no es un hecho natural, sino una construcción (social, política, económica, jurídica...).

2) Desnaturalización del sexo: las categorías sexuales *hombre* y *mujer* no son esencias naturales sino construcciones artificiales. El sistema sexo/género es una tecnología social de dominio. El sexo es un producto del dispositivo de género.

---

recuerdo de aquel primer gesto de rebeldía y también hubo concentraciones en otras ciudades del país, como Los Ángeles y Chicago. Fue el origen de lo que ahora conocemos por *Marcha del orgullo*. Los disturbios de *Stonewall Inn* y la manifestación del 28 de junio de 1970 son considerados los hitos fundacionales del movimiento LGTBIQ+ en Estados Unidos. Podemos afirmar, en consecuencia, que los sucesos de *Stonewall Inn* son a las reivindicaciones del movimiento LGTBIQ+ lo que el Caso Clarence Thomas/Anita Hill a la tercera ola del feminismo. De interés, para el movimiento en EEUU, ARMSTRONG, E. A., y CRAGE, S. M., «Movements and Memory: The Making of the Stonewall Myth», en *American Sociological Review*, American Sociological Association, vol. 71, n.º 5, octubre de 2006, págs. 724-751; y en España, VILLENA ESPINOSA, R., «50 años de orgullo. Un repaso escrito y visual por la historia del movimiento LGTBIQ+ en España», en *Vínculos de Historia*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 9, 2020, págs. 475-497, disponible en [https://www.vinculosdehistoria.com/index.php/vinculos/article/view/vdh\\_2020.09.23](https://www.vinculosdehistoria.com/index.php/vinculos/article/view/vdh_2020.09.23) [u. a 09/06/2021]. Para un breve apunte de las primeras conmemoraciones de estos sucesos en el mundo, vid. CARO ROMERO, F. C. C., «“Ni enfermos, ni criminales, simplemente homosexuales”. Las primeras conmemoraciones de los disturbios de Stonewall en Colombia, 1978-1982», en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Universidad Nacional de Colombia, vol. 47, n.º 1, enero-junio de 2020, págs. 201-229, disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/83150> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 206-209.

<sup>471</sup> CÓRDOBA GARCÍA, D., «Teoría queer: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad», en CÓRDOBA, D., SÁEZ, J., VIDARTE, P. (edits.), *Teoría queer: Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, Egales, 2ª ed., Madrid, 2007, págs. 21-66, cita en pág. 44.



- 3) Heteronormatividad: La heterosexualidad es un régimen político y normativo que establece la correlación natural entre sexo, género y orientación.
- 4) Identidad: desde la visión antiesencialista en la que se mueve (cuestionamiento de la identidad esencialista), la identidad debe rearticularse desde una visión construccionista y nómada, un artificio que puede ser usado como herramienta política a través de la performatividad (parodia) que pone en cuestión el original.
- 5) Lucha contra los dualismos: naturaleza/cultura, sexo/género, hetero/homo, hombre/mujer, masculino/femenino.
- 6) Interseccionalidad: articular mecanismos de resistencia a la normalización en la que confluyan sexo (como prótesis, como prácticas contrasexuales), raza, clase, diversidad funcional.
- 7) Se debe abandonar, por tanto, la acción política basada en la identidad. Debe articularse, en cambio, por medio de la multiplicidad y de la situación (*del locus*)»<sup>472</sup>.

En definitiva, Butler desmonta no solo el sistema binario sexo-género, sino que, además, supera la concepción del sexo como una construcción natural que, más tarde – con la socialización–, dará lugar en la persona a un determinado género. En ese sentido, podría concluirse que las categorías *hombres* y *mujeres* desaparecen como sujetos políticos, y, en consecuencia, las mujeres desaparecen como sujeto político del feminismo<sup>473</sup>. Así, para la escritora francesa Monique Wittig,

---

<sup>472</sup> GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer?: Materiales para una lectura queer del derecho», *óp. cit.*, págs. 338-339.

<sup>473</sup> De interés, el debate entre Butler y la politóloga estadounidense de origen turco Seyla Benhabib. Vid. BENHABID, S., BUTLER, J., CORNELL, D., y FRASER, N., *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, Routledge, Nueva York - Londres, 1995. A este respecto, Amelia Valcárcel afirmó durante una conferencia que las tesis de Butler podrían considerarse un «troyano» que «consumiera al feminismo desde dentro». Cfr. la reseña de la intervención publicada en Andra.es el 4 de julio de 2019. Disponible en <http://andra.eus/conviene-aclarar-las-fronteras-entre-el-feminismo-y-la-teoria-queer/> [u. a. 09/06/2021]. En España, esta discusión se ha materializado en la izquierda política, hasta el punto de que, el Partido Feminista de España, presidido por Lidia Falcón, una de las feministas históricas, fue expulsado de la organización Izquierda Unida –integrada ahora en Unidas Podemos– por, según estos últimos, mantener posiciones contrarias a las defendidas por el movimiento queer. En definitiva, se acusa a una feminista de *LGTBIQ+fofia*. Vid. *Diario El País* de 25 de febrero de 2020, disponible en [https://elpais.com/politica/2020/02/25/actualidad/1582639229\\_811743.html](https://elpais.com/politica/2020/02/25/actualidad/1582639229_811743.html) [u. a. 09/06/2021]. Para la activista española –ahora diputada de la Asamblea de Madrid– Beatriz Gimeno, «es necesario representarlas, es necesario proporcionarles el espacio que les corresponde, es necesario escuchar las otras voces. El proyecto feminista debe por tanto encontrar la manera de seguir luchando contra el dispositivo patriarcal y, al mismo tiempo, visibilizar y sumarse a la revalorización contemporánea de la(s) diferencia(s) y construir un sujeto que sea al mismo tiempo Una y múltiple, Una y flexible, Una y fluido, en el que todas podamos encontrar cierto acomodo. Volviendo a lo concreto se trata,

«[I]a categoría de sexo es una categoría que funda la sociedad en cuanto heterosexual. Así, no se es una cuestión de ser, sino de relaciones (ya que las mujeres y los hombres son el resultado de relaciones) aunque ambos aspectos son confundidos siempre cuando se discuten. La categoría de sexo es la que establece como “natural” la relación que está en la base de la sociedad (heterosexual), y a través de ella la mitad de la población, las mujeres, son “heterosexualizadas” (la fabricación de las mujeres es parecida a la fabricación de los eunucos, y a la crianza de esclavos y de animales) y sometidas a una economía heterosexual. La categoría de sexo es el producto de una sociedad heterosexual que impone a las mujeres la obligación absoluta de la reproducción de la “especie”, es decir, de la reproducción de la sociedad heterosexual. [...] Esta apropiación del trabajo de las mujeres se efectúa exactamente de la misma manera que la apropiación del trabajo de la clase obrera por la clase dominante [...].

La categoría de sexo es el producto de una sociedad heterosexual, en la cual los hombres se apropian de la reproducción y la producción de las mujeres, así como de sus personas físicas por medio de un contrato que se llama contrato matrimonial»<sup>474</sup>.

### En España, la filósofa Carolina Meloni, afirma que

«debemos entender la heterosexualidad no como una simple opción sexual, sino como un régimen de poder discursivo, hegemónico y excluyente. La heterosexualidad es un régimen

---

simplemente, de que las mujeres que ocupan lugares de visibilidad (social, intelectual, política) asuman que no pueden seguir entendiendo que el sujeto del feminismo son ellas mismas; se trata de que el feminismo recupere sus críticas a los binarismos, al género, a la heteronormatividad, que ya estaban presentes en la teoría feminista desde los 60. No todas las mujeres tienen que entender a todas las otras, pero todas las feministas pueden ser capaces de entender que sin un nosotras que sea múltiple y que cubra a todas, no habrá futuro. Se puede entender un nosotras siempre en proceso, un nosotras estratégico que mire con decisión hacia los márgenes que lleva décadas tratando de taponar». Cfr. GIMENO, B., «¿Qué feminismo?», en *Transversales*, Sepha, n.º 16, otoño de 2009, s. p., disponible en <http://www.transversales.net/t16bg.htm> [u. a. 09/06/2021]. De interés, SUÁREZ BRIONES, B., «Feminismos lesbianos queer: ¿utopía o distopía feminista?», en *Investigaciones Feministas*, Ediciones Complutense, vol. 10, n.º 1, 2019, págs. 9-26, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/64240> [u. a. 09/06/2021].

<sup>474</sup> «The category of sex is the political category that founds society as heterosexual. As such it does not concern being but relationships (for women and men are the result of relationships), although the two aspects are always confused when they are discussed. The category of sex is the one that rules as "natural" the relation that is at the base of (heterosexual) society and through which half of the population, women, are "heterosexualized" (the making of women is like the making of eunuchs, the breeding of slaves, of animals) and submitted to a heterosexual economy. For the category of sex is the product of a heterosexual society which imposes on women the rigid obligation of the reproduction of the "species," that is, the reproduction of heterosexual society. [...] This appropriation of the work of women is effected in the same way as the appropriation of the work of the working class by the ruling class. [...].

The category of sex is the product of a heterosexual society in which men appropriate for themselves the reproduction and production of women and also their physical persons by means of a contract called the marriage contract». Cfr. WITTING, M., «The Category of Sex», en *Feminist Issues*, vol. 2, n.º 2, junio de 1982, págs. 63-68, cita en págs. 66-67.

político, cuyas categorías fundadoras, como son «hombre» y «mujer», son también categorías políticas normativas y excluyentes. La heterosexualidad, como régimen político, funciona generando y produciendo injusticia; es una máquina que se pone en marcha a través de la normalización, la cual solo tiene lugar mediante la exclusión, la represión y la marginación de ciertas vidas que no encajan nunca con la norma o ideal regulativo»<sup>475</sup>.

Los conceptos de sexo y de género, tal y como se han definido hasta ahora han quedado obsoletos. Por lo que interesa a los efectos de este trabajo, la mujer heterosexual es, en ocasiones, víctima de violencia de dominación por razón de género en la pareja íntima. Ahora bien, la *razón de género* ya no es sinónimo de *por el hecho de ser mujer*. La violencia de dominación por razón de género, es cierto, se da –cuando se da– con el objetivo primario de que el miembro de la pareja íntima que ocupa el espacio público en esa concreta pareja íntima (históricamente, el hombre, la masculinidad) mantenga su posición de poder respecto del miembro de la pareja íntima que ocupa el espacio privado (históricamente, la mujer, la feminidad). En consecuencia, la violencia de dominación por razón de género afecta a todas las personas por igual, tanto heterosexuales (hombres y mujeres) cuanto LGTBIQ+. En este sentido, de nuevo, el sustrato ideológico de la LOVG ha quedado totalmente superado.

Por otro lado, igual que para la teoría jurídica feminista de MacKinnon, el derecho es *masculino*, la teoría jurídica queer defiende que el derecho es *heterosexual*, pasando como foco de todos los males del patriarcado al heteropatriarcado, y reclamando un derecho diferente para las personas LGTBIQ+, hasta el punto de plantearse la paradoja de que la Teoría queer luchó por el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo y, sin embargo, están en desacuerdo con las institución matrimonial<sup>476</sup>. Parafraseando a Spivak, para el colectivo LGTBIQ+, el matrimonio es algo que no se puede no querer.

Podemos afirmar que la Teoría queer es al movimiento LGTBIQ+ lo que el denominado feminismo radical de la segunda ola es al feminismo, por lo que no

---

<sup>475</sup> Cfr. MELONI, C., *Las fronteras del feminismo: Teorías nómadas, mestizas y postmodernas*, Fundamentos, 1ª ed., Madrid, 2012, pág. 102. Meloni, junto con la anteriormente citada Beatriz Gimeno, son una excepción en el movimiento feminista español, que parece estar aferrado a la segunda ola del feminismo.

<sup>476</sup> De interés, GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer?: Materiales para una lectura queer del derecho», *óp. cit.*, págs. 342-348.

podemos más que afirmar que la presunta masculinización/heterosexualización del derecho es solo un mito que, en un determinado momento, puede servir para que afloren las inaceptables situaciones de desigualdad que sufren las mujeres y las personas LGTBIQ+. Ahora bien, la desigualdad no se combate con desigualdad. En afirmación cobra todo el sentido solo con pensar en una ley que estableciera que cualquier acto de violencia que sufriera una persona LGTBIQ+ por parte de un hombre o una mujer heterosexual se considerara, sí o sí –y sin prueba en contrario–, violencia de dominación.

La desigualdad se combate con igualdad, de la misma forma que al odio se le combate con amor. Como ya dejó escrito San Pablo: «A nadie devolváis mal por mal. Procurad lo bueno ante toda la gente. En la medida de lo posible y en lo que dependa de vosotros, manteneos en paz con todo el mundo»<sup>477</sup>. La desigualdad de las mujeres y de las personas LGTBIQ+ no se soluciona con leyes –como la LOVG– que, en sí mismas, no son igualitarias. Compartimos plenamente las políticas que superen la atávica discriminación sufrida por las mujeres y las personas LGTBIQ+. Buen ejemplo de esto es la reciente reforma de la LOPJ para que se respete la paridad en el nombramiento de los vocales del CGPJ<sup>478</sup>, sin embargo, la LOVG hace otra cosa.

En este sentido, la actual política legislativa está agotada y, de nuevo, ha perdido el sustrato ideológico. Debe atacarse el verdadero problema, cual es la violencia de dominación por razón de género en la pareja íntima cuando se verifique este fenómeno, y ello con independencia de que los sujetos activo y pasivo del delito sean un hombre o una mujer heterosexual o una persona LGTBIQ+. Recuérdese: el género no tiene sexo.

---

<sup>477</sup> Cfr. DE TARSO, P., «Carta a los Romanos», en VV. AA., *Sagrada Biblia*, Biblioteca de Autores Cristianos, 1ª ed., 4ª reimp., Madrid, mayo de 2017, págs. 1405-1423, cita en págs. 1418-1419.

<sup>478</sup> Con la reforma, operada por la LO 4/2018, de 28 de diciembre, el artículo 566.1 de la LOPJ quedó redactado como sigue: «Los veinte Vocales del Consejo General del Poder Judicial serán designados por las Cortes Generales del modo establecido en la Constitución y en la presente Ley Orgánica, atendiendo al principio de presencia paritaria entre hombres y mujeres». Ya con anterioridad a la reforma, se reclamaba que se exigiera a las asociaciones de jueces y magistrados que respetaran la paridad en las candidaturas presentadas. SERRA CRISTÓBAL, R., «Le elección de los miembros del Consejo Genero del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 31, 2013, págs. 277-322, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/10310> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 315.

### 3.1.2. *El aislacionismo internacional de la normativa española*

La segunda circunstancia que apuntamos como justificadora de la pérdida de sustrato ideológico de la LOVG es su aislacionismo internacional. La LOVG ha quedado desfasada y la actual política legislativa no encuentra soporte ni en el Convenio de Estambul ni en el Derecho comparado.

#### 3.1.2.1. *El convenio de Estambul*

Con el Convenio de Estambul<sup>479</sup>, al que ya hicimos referencia anteriormente<sup>480</sup>, parece abrirse una nueva perspectiva, sobre todo, por lo que a la violencia doméstica se refiere. Por un lado, se reconoce:

- Que la realización *de iure* y *de facto* de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia sobre la mujer,

- Que la violencia sobre la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación,

- Que la naturaleza estructural de la violencia sobre la mujer está basada en el género, y que la violencia sobre la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres, y

- Que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzado, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del «honor» y las mutilaciones genitales, que constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas y un obstáculo fundamental para la realización de la igualdad entre mujeres y hombres.

---

<sup>479</sup> Para este Convenio, *vid.* VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, págs. 9-11; SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, págs. 87-89; VENTURA FRANCH, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos...», *óp. cit.*; FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «La violencia de género: Una cuestión de Derechos Humanos», *óp. cit.*, págs. 61-62; y LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna: el Pacto de Estado en materia de violencia de género», en GIL RUIZ, J. M. (edit.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 71-100.

<sup>480</sup> *Vid. supra*, pág. 23.

Sin embargo, también se reconoce que las mujeres y niñas están «más expuestas» que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género, es decir, no se excluye –como estamos defendiendo en este trabajo– que los hombres y las personas LGTBIQ+ puedan ser víctimas de violencia por razón de género; y que la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada, mientras que los hombres pueden ser también víctimas de esa violencia.

Además, el artículo 3 distingue entre «violencia contra la mujer», a la que define como «una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres», y la «violencia contra la mujer por razones de género», que es conceptualizada como «toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada». En consecuencia –y como ya sucedía en los instrumentos internacionales anteriormente citados– en el Convenio de Estambul se hace un reconocimiento implícito al hecho –aparentemente obvio, aunque el legislador español se empeñe en negarlo– de que existe un tipo de violencia que sufre la mujer que ni afecta a los derechos humanos ni se ejerce contra una mujer por el hecho de serlo, o de forma desproporcionada.

Por otro lado, el mismo precepto define la «violencia doméstica» como todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima. Esta es, por tanto, una manifestación de ese tipo de violencia que puede sufrir una persona –ya sea mujer y hombre heterosexual o persona LGTBIQ+– que no afecta a los derechos humanos, ni se ejerce por razón del género ni de forma desproporcionada y que, en el caso de las mujeres, no puede ser conceptualizada ni como «violencia contra la mujer» ni «violencia contra la mujer por razones de género»<sup>481</sup>.

---

<sup>481</sup> En la doctrina se ha llegado a plantear que el Convenio produce una «cierta confusión» entre «violencia de género y violencia doméstica». VENTURA FRANCH, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos...», *óp. cit.*, pág. 203. En nuestra opinión, no hay ninguna confusión por cuanto el Convenio delimita de forma clara los tres tipos de violencia; la violencia sobre la mujer y la violencia sobre la mujer por razones de género, que son manifestaciones de una violencia de dominación, y la violencia doméstica, en la que pueden ser sujetos activos y pasivos tanto el hombre cuanto la mujer con independencia de la orientación sexual.



En atención a las distintas materias que regula el Convenio, interesa detenerse a hacer un sucinto análisis de su contenido, entre otras cuestiones porque también parece abrirse una nueva perspectiva en relación con el abordaje del problema, ya que, con el Convenio, se transita desde un enfoque criminocéntrico (persecución y castigo del agresor) a uno victimocéntrico, que es más amplio y se centra en la salvaguarda de los derechos de las víctimas<sup>482</sup>. En el artículo 1 del Convenio se establecen como objetivos, entre otros:

a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar<sup>483</sup> la violencia contra la mujer y la violencia doméstica,

b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres,

c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica<sup>484</sup>.

---

<sup>482</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 87.

<sup>483</sup> Llama la atención que se establezca como objetivo la *eliminación* de la violencia. El propósito es tan loable como quimérico. Aún más, ni tan siquiera puede ser calificado de ambicioso, por irrealizable. Eliminar la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y la violencia doméstica –como eliminar cualquier tipo de violencia– es un objetivo inalcanzable. Como ya hemos tenido oportunidad de verificar (*vid. supra*, pág. 11), la violencia directa está inserta en la sociedad hasta el punto de que existe un intenso debate acerca de las bases biológicas de la misma. Se debe aspirar a disminuir las estadísticas de cualquier tipo de violencia –como sucede, por ejemplo, con los accidentes de tráfico–, se debe realizar un verdadero esfuerzo en la prevención, se debe pretender un adecuado marco de protección para las víctimas, y se debe ambicionar una represión adecuada de los agresores. Ahora bien, tener como objetivo o, en otras palabras, poner en la agenda política la *eliminación* o la *erradicación* de cualquier tipo de violencia solo lleva a la frustración de los poderes públicos, de la academia y de la sociedad en su conjunto. Como acertadamente señala García-Pablos de Molina, «[I]os problemas sociales no se erradican, se controlan razonablemente. [...] Proponer, pues, la total erradicación del crimen de la faz de la tierra, es una peligrosa e ilegítima quimera cuyos elevados costes no debe asumir una sociedad sana y libre, ni siquiera en nombre de una mal entendida utopía». *Cfr.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2014, pág. 102. A modo de ejemplo, en 2014 se celebró en la Universidad de Salamanca el Congreso de Igualdad que llevaba por título «¿Podemos erradicar la violencia de género?» (para las ponencias, *vid.* DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015). La respuesta, mal que nos pese, es un rotundo «no».

<sup>484</sup> Además, se fijan como objetivos: d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica; y e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.



Igualmente, en el artículo 2 se establece como ámbito de aplicación del Convenio todas las formas de violencia sobre la mujer, incluida la violencia doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada.

El Convenio se centra en la defensa de los derechos de las víctimas «que se articula a través de lo que se conoce como política 3P»<sup>485</sup>. La primera P es la *prevención*. El Convenio establece en el Capítulo III una serie de obligaciones generales a los Estados Parte, entre las que destacan el deber de tomar las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres. En definitiva, se consagra un cambio en la conceptualización social del género. Para la consecución de este objetivo, se establece la realización de campañas de sensibilización, actuaciones en el ámbito educativo, formación de los profesionales, diseño de programas de intervención y tratamiento dirigidos a quienes ejerzan la violencia doméstica, y la participación del sector privado y los medios de comunicación en el diseño de políticas, así como la exhortación a los mismos para establecer líneas directrices y normas de autorregulación para prevenir la violencia sobre la mujer y reforzar el respeto de su dignidad<sup>486</sup>.

La *protección* constituye la segunda P. En primer lugar, en el Capítulo IV se establece una serie de obligaciones generales para los Estados Parte, como la de tomar las medidas legislativas u otras necesarias para proteger a todas las víctimas contra cualquier nuevo acto de violencia mediante instrumentos adecuados que garanticen la coordinación, sin vincular la prestación de servicios a las víctimas al hecho de que

<sup>485</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, pág. 10.

<sup>486</sup> Para un análisis crítico de las campañas de sensibilización y del tratamiento en los medios de comunicación de la violencia contra las mujeres por razón de género, *vid.* GUTIÉRREZ SAN MIGUEL, B., «¿Tienen efecto las campañas de prevención de la violencia de género?», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015, págs. 89-104. La autora propone (*ibíd.*, págs. 102-103) la creación de una suerte de mecanismo alternativo a los medios de comunicación – independiente del poder– que sea capaz de crear una masa crítica ante la falta de crítica o autocrítica de los medios de comunicación.

empresan o no acciones legales<sup>487</sup>, por lo que el Convenio se aleja, en esta materia, de las políticas públicas de actuación obligatoria.

Igualmente, los Estados Parte devienen obligados a tomar medidas en relación con la información a las víctimas, el establecimiento de servicios de apoyo que faciliten su restablecimiento –con servicios como el asesoramiento jurídico y psicológico–, asistencia económica, etc.–, el apoyo en materia de denuncias, los servicios de apoyo personalizado, las casas de acogida, los servicios de atención telefónica 24 horas, el apoyo a las víctimas de violencia sexual, la protección y apoyo a los menores expuestos.

En segundo lugar, el Capítulo VI se constituye como el catálogo de medidas de protección a la víctima en el ámbito del proceso penal. En tercer y último lugar, el Capítulo VII, dedicado a la migración y asilo, establece una serie de mandatos para que los Estados Parte protejan a las víctimas inmigrantes a través de la concesión de un permiso de residencia autónomo del de su agresor, del reconocimiento de la violencia sobre la mujer basada en el género como una forma de persecución que pueda dar lugar al reconocimiento de la condición de refugiado, así como de que se aplique el principio de no devolución a víctimas de violencia sobre la mujer necesitadas de protección, con independencia de su condición y lugar de residencia.

La tercera y última P es la *persecución*. En el Capítulo V del convenio se recogen previsiones en relación con el derecho penal y civil sustantivo, así como la prohibición de los medios alternativos de resolución de conflictos o imposición de condenas.

Coincidimos con Villacampa Estiarte y Sanz Mulas<sup>488</sup> en que el Convenio de Estambul es otra de las causas por las que la actual política legislativa está huérfana, no solo de sustrato ideológico, sino también de apoyo internacional.

### 3.1.2.2. *Una persecución penal sin parangón en el derecho comparado*

La normativa tanto de los países de nuestro entorno jurídico cuanto de los países sudamericanos no hace sino confirmar que la regulación española no solo es una rara

---

<sup>487</sup> Se establece en el artículo 18.4 que «[l]a prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito».

<sup>488</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, págs. 7-9; y SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, págs. 87-88.

avis, sino que constituye un ejemplo de una respuesta institucional desproporcionada ante la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>489</sup>.

En Europa<sup>490</sup> se opta mayoritariamente por la vía punitiva<sup>491</sup>, si bien, la violencia doméstica se persigue sin tipos penales específicos asimilables al artículo 153.1 CP español, salvo en el caso de Suecia, que sí regula un tipo penal dentro de los delitos «contra la libertad personal y la paz» del Capítulo 4 del Código Penal. En este caso, se persigue la violencia en la pareja íntima cuando el sujeto activo es el hombre y el sujeto pasivo la mujer. No obstante, la pena es la misma que la prevista cuando es la mujer la que comete el delito<sup>492</sup>. En definitiva, se tipifica un delito específico como manifestación del Derecho penal simbólico, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en España, no se recurre a una mayor penalidad para el hombre.

Por otro lado, varios son los países en los que se establece una mayor penalidad para los miembros de la familia o de la pareja íntima a través de la aplicación de agravantes, sin distinción entre personas heterosexuales o LGTBIQ+, como Bélgica y Francia<sup>493</sup>. Por último, se verifica la existencia de tipos penales específicos, bien en

---

<sup>489</sup> Sin embargo, en la doctrina española se defiende la armonización de las regulaciones europeas «para poder contrarrestar la violencia propia de una relación de poder, basada en la pertenencia a un sexo, con una posición institucional tan *tibia* en numerosos países, lo que contribuye a dotarle de opacidad a este tipo de violencia en dichos países». Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo», en *Asparkia: Investigació feminista*, Universitat Jaume I, n.º 24, 2013, págs. 19-34, disponible en <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/asparkia/article/view/1160> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 31.

<sup>490</sup> Vid. MARÍ FARINÓS, E., «La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa», en *Diario La Ley*, n.º 9128, 29 de enero de 2018, s. p.

<sup>491</sup> MACHADO RUIZ, M. D., «La perspectiva de género de Derecho Comparado», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *La violencia de género en la Ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 39-90, cita en pág. 48.

<sup>492</sup> «§ 4a 1. Quien cometa delitos regulados en los Capítulos 3, 4 y 6 de este Código de manera reiterada contra una persona cercana o que lo fue en el pasado, sometiéndola a tratos degradantes y humillantes y cada uno de los hechos forman parte de una serie que pudieran dañar la autoestima, realiza el delito de atentados graves contra la paz personal y será castigado con una pena de seis meses a seis años de privación de libertad.

Si los hechos descritos en el párrafo primero son cometidos por un hombre contra una mujer con el que está o estuvo casado o con quien convive o convivió en una relación similar al matrimonio se le impondrá la misma pena». De interés, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco», en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, n.º 11, 2003, págs. 70-80, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12589> [u. a. 09/06/2021]; y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación...», *óp. cit.*, págs. 29-30.

<sup>493</sup> Vid. HURTADO POZO, J., «La protección de las víctimas de la violencia de género en Suiza y en Francia», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de*

relación con la violencia doméstica o con la violencia en la pareja íntima en países como Alemania<sup>494</sup>, Italia<sup>495</sup>, Portugal<sup>496</sup>, Polonia y Finlandia<sup>497</sup>.

En América Latina sí se ha replicado el modelo español de ley integral, en buena medida impulsados por la denominada Convención de Belém do Pará<sup>498</sup>. En un primer momento se promulgaron leyes centradas en la violencia doméstica, en las que se optó por no reformar los códigos penales, sino que se emplean los tipos penales comunes, agravándose las penas mediante la aplicación de la circunstancia genérica de parentesco. Posteriormente, en la primera década del siglo XXI, se aprobaron las denominadas leyes

---

*género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 531-572; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación...», *óp. cit.*, págs. 27-29; y SANDE MAYO, M. J., «La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja: experiencia en Francia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 308-321.

<sup>494</sup> Vid. PERRON, W., «La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República Federal alemana», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 487-508; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis...», *óp. cit.*; MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación...», *óp. cit.*, págs. 24-27; ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «La violencia de género en Alemania», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 211-228, y DE HOYOS SANCHO, M., «Las medidas de protección de las víctimas de violencia de género desde el ámbito jurisdiccional civil en los ordenamientos alemán y austriaco», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 229-244.

<sup>495</sup> Vid. GAROFANO, L., CONZ, A., y LEVITA, L., *Femminicidio: Commento organico al D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla L. 15 ottobre 2013, n.º 119, in materia di sicurezza e di contrasto alla violenza di genere*, Dike, Roma, 2013, págs. 67-75; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis...», *óp. cit.*; y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La violencia de género en Italia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 193-210.

<sup>496</sup> Vid. LAMAS LEITE, A., «La violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del derecho penal y procesal penal portugués», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 261-305; y MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis...», *óp. cit.*

<sup>497</sup> Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación...», *óp. cit.*, págs. 30-31.

<sup>498</sup> Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, que entró en vigor el 5 de marzo de 1995. Disponible en <http://www.oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-61.html> [u. a. 09/06/2021].

integrales de segunda generación<sup>499</sup>, centradas en la violencia sobre la mujer. En algunas de ellas se introdujo el delito de «femicidio» o «feminicidio»<sup>500</sup>, que son figuras que dotan de reconocimiento jurídico particular a homicidios que son considerados una expresión extrema de la violencia sobre las mujeres, si bien, como en el caso de Suecia, no implican una mayor pena que la prevista para otros homicidios calificados –como los homicidios agravados por el vínculo o el parricidio– y, más concretamente, a la pena prevista si el homicidio lo cometiera la mujer (Costa Rica, Chile, Perú, y, en algunos casos, en Guatemala, México, El Salvador y Nicaragua). Para la penalista chilena Patsalí Toledo, «a pesar de ser figuras separadas y diferenciadas, la pena “neutraliza” sus efectos al asimilarlas a tipos penales comunes, eludiéndose así la controversia jurídica respecto a la penalización diferenciada»<sup>501</sup>. Por otro lado, sí existen regulaciones, como la colombiana<sup>502</sup>, en la que se reconoce una agravación punitiva para los delitos de homicidio si el hecho «se cometiere contra una mujer por el hecho de ser mujer», si bien, se reputa necesario probar el elemento subjetivo del tipo.

A modo de conclusión, no hay ninguna normativa en el Derecho comparado que legitime la mayor agravación de la pena al hombre sin necesidad de probar el elemento subjetivo, como sucede en España.

### 3.1.3. *La ineficacia de la norma*

Pese a todo lo que hemos dicho hasta ahora, el único argumento que vendría a sustentar a duras penas la actual política legislativa sería que la ley funcionara y que, gracias al recurso preferente al Derecho penal desde la primera reforma de 1999, a las políticas públicas de actuación obligatoria y al Derecho penal del enemigo instaurando con la LOVG, se hubiera conseguido, si quiera, disminuir considerablemente los índices

<sup>499</sup> Para esta normativa, *vid.* MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015.

<sup>500</sup> De interés, TOLEDO, P., «Femicidio», en DI CORLETO, J. (comp.), *Género y justicia penal*, Ediciones Didot, 1ª ed., Buenos Aires, 2017, págs. 237-264.

<sup>501</sup> *Cfr. Ibid.*, pág. 245.

<sup>502</sup> *Vid.* URQUIJO TEJADA, L. M., y CADAVID QUINTERO, A., «Colombia. Ley 1257 de 2008», en MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 107-134.

de violencia en la pareja íntima en general y, la del hombre sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en particular.

El empeño es ciertamente complejo por cuanto, como ya se ha señalado, la actual política legislativa está informada, en buena medida, por la apuesta por un Derecho penal simbólico que, como apunta la doctrina, es ineficiente. A este respecto, Silva afirma que

«si un Derecho penal de prevención general positiva degenera en Derecho meramente simbólico, de pura apariencia de eficiencia, a medio o largo plazo tampoco habrá cumplido su función de prevención de integración. De ser así, evidentemente constituirá uno de los más claros ejemplos de Derecho ineficiente, pues, con costes supuestamente (sólo supuestamente) bajos, en realidad no habrá conseguido beneficio real alguno»<sup>503</sup>.

No obstante, y como quiera que uno de los objetivos de la actual política legislativa era que la violencia sobre la mujer en el pareja íntima heterosexual dejara de ser una cuestión considerada de ámbito privado, puede ser considerada como un éxito si se atiende al número de denuncias que se exponen en la siguiente tabla<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. 49, n.º 1, 1996, págs. 93-127, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1996-10009300128](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1996-10009300128) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 120.

<sup>504</sup> Los datos estadísticos pueden extraerse de las páginas web del Observatorio del Gobierno para la Violencia de Género: <http://estadisticasviolenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/> [u. a. 09/06/2021]; y del CGPJ: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Violencia-domestica-y-Violencia-de-genero/Datos-sobre-Violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-del-CGPJ/> [u. a. 09/06/2021].





**FUENTE:** Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género y CGPJ.

La aprobación de la ley supuso un incremento de las denuncias por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, experimentando un repunte en 2008<sup>505</sup>. Después de ese año, el número de denuncias disminuyó manteniéndose más o menos estable hasta que comenzó a aumentar de forma notable desde el año 2016, llegando a máximos históricos en los años 2017 a 2019. En 2020, se produjo una importantísima disminución del número de denuncias (-32,43%) hasta la cota más baja desde que hay estudios. Resulta llamativo, cuanto menos, que en un año marcado por el confinamiento domiciliario entre el 15 de marzo y el 21 de junio a causa de la pandemia por el Covid-19, en el que la convivencia continuada debería haber hecho subir los índices, el número de denuncias haya disminuido de forma tan radical.

Se ha apuntado como causa de este descenso de denuncias el hecho de que el confinamiento ha resultado ser una dificultad añadida para que la mujer que sufre violencia en la pareja íntima heterosexual formalice la denuncia<sup>506</sup>. Sin embargo, esta

<sup>505</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, pág. 14.

<sup>506</sup> «Este año que está a punto de concluir ha sido especialmente duro. Duro para todos por la grave crisis sanitaria y económica causada por el coronavirus, pero más difícil y doloroso aún para colectivos vulnerables, como son las mujeres víctimas de la violencia machista. Además del sufrimiento provocado por la propia enfermedad, estas mujeres han padecido el confinamiento en la peor de las situaciones posibles, pues en muchos casos ha supuesto el encierro entre cuatro paredes con su agresor y, consecuencia de ello, su silenciamiento.

Un silencio que las ha enmudecido por las dificultades añadidas que debieron superar para pedir ayuda o para denunciar su situación». Cfr. Declaración institucional de la presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género en el Día Internacional para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, de 25 de noviembre de 2020, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/Declaracion-institucional-de-la-presidenta-del-Observatorio-contra-la-Violencia-Domestica-y-de-Genero-en-el-Dia-Internacional->



justificación no es plausible por dos razones. En primer lugar, el confinamiento acabó a finales del mes de junio, por lo que a lo largo del resto del año tendrían que haber aflorado en forma de denuncia los casos ocurridos durante ese tiempo. En segundo lugar, en 2020 se produjo la cifra más baja de fallecimientos de mujeres por violencia en la pareja íntima heterosexual desde que se recogen datos, suponiendo una variación de un -23,72% respecto del año anterior.



**FUENTE:** Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género.

Si se conecta este dato con el de denuncias, bien puede colegirse que, sea por la razón que sea –tiempo tendrán los criminólogos, los sociólogos y los psicólogos de explicarlo–, durante el atípico 2020 no se ha producido un *silenciamiento* de la violencia sino un verdadero descenso de la misma<sup>507</sup>.

[para-la-Eliminacion-de-la-Violencia-contra-la-Mujer](https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=22954&query_desc=kw%2Cwrdl%3A%20Violencia%20de%20g%C3%A9nero%20durante%20la%20covid) [u. a. 09/06/2021]. De interés, MUÑOZ CLIMENT, S., «Violencia de género durante la covid. ¿Nuevos comportamientos cibercriminales? Análisis de la Guardia Civil», en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, Dirección General de la Guardia Civil, 3ª época, n.º extra, 2020, págs. 63-81, disponible en [https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=22954&query\\_desc=kw%2Cwrdl%3A%20Violencia%20de%20g%C3%A9nero%20durante%20la%20covid](https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=22954&query_desc=kw%2Cwrdl%3A%20Violencia%20de%20g%C3%A9nero%20durante%20la%20covid) [u. a. 09/06/2021].

<sup>507</sup> Apuntamos, igualmente, que el número de demandas de disolución de matrimonio ha descendido en el año 2020 un 13,3% respecto del año 2019. *Vid.* Nota de Prensa del CGPJ de 8 de marzo de 2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-descenso-de-todos-los-tipos-de-demanda-de-disolucion-matrimonial-en-2020-se-tradujo-en-una-reduccion-global-del-13-3-por-ciento-> [u. a. 09/06/2021].

De los datos de víctimas fallecidas que aparecen en la tabla, y pese a las abruptas diferencias que se dan de un año a otro, se observa una ligerísima tendencia a la baja desde el año 2003, acentuada de forma tal vez artificial por el dato del, no sabemos todavía si irregular, año 2020. Podría pensarse, en consecuencia, que la norma sí funciona, sin embargo, en la medida en la que las previsiones punitivas de la LOVG se centraban en la mayor penalidad al hombre heterosexual en la violencia leve, no podemos más que afirmar que ese concreto aspecto de la actual política legislativa –que no deja de ser el *producto estrella* de la ley– no se sostiene. En este sentido, coincidimos con Lorenzo cuando afirma que

«[m]uchos pensaron que sancionando de forma contundente las primeras manifestaciones de violencia se conseguiría atajar la escalada ascendente que durante mucho tiempo se consideró consustancial al maltrato de género, evitando así los supuestos más graves. Pero la experiencia de más de diez años ha demostrado que ni el presupuesto de partida ni sus esperadas consecuencias eran tan lineales como se pronosticaba. La prueba es que, pese a las abundantes condenas por delitos leves relacionados con el género, el número de víctimas mortales se ha mantenido prácticamente igual desde que entraron en juego las figuras género específicas»<sup>508</sup>.

Más allá de los resultados estadísticos del número de denuncias, desde la doctrina penal se señala, por otro lado, que la eficacia de una ley penal se mide en términos de reducción de delitos<sup>509</sup> y que la única información clara que se extrae de las estadísticas de denuncias –como de las de órdenes de protección, condenas, etc.– es que la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual se ha judicializado de forma muy intensa en los últimos años, particularmente desde que se apostó por introducir explícitamente la variable de género en la legislación penal. Pero no hay ninguna razón para pensar que el aumento de las denuncias o de las condenas esté haciendo disminuir realmente el número de agresiones contra mujeres<sup>510</sup>, como lo demuestra el hecho de que el número de fallecidas apenas ha disminuido.

<sup>508</sup> LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas...?», *óp. cit.*, pág. 793.

<sup>509</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 90.

<sup>510</sup> LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas...?», *óp. cit.*, pág. 792. Villacampa señala que más allá de las estadísticas sobre criminalidad oficial, policiales y judiciales, se debe acudir a las encuestas de victimización. Ahora bien, advierte que, entre otros factores, el hecho de que las distintas encuestas de victimización no hayan utilizado la misma metodología impide hacer un análisis comparativo. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de

En definitiva, la apuesta casi exclusiva por el derecho penal como respuesta a la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual está siendo, como acertadamente afirma Sanz Mulas, «excesiva en los medios e insatisfactoria en los resultados»<sup>511</sup>. De forma no menos acertada proclama Villacampa,

«[t]anto la evolución posterior de la teoría legal feminista en que se basó su aprobación cuanto el cambio de paradigma de abordaje producido en Derecho internacional para luchar contra la violencia de género desde el criminocentrismo al victimocentrismo, nos confirman que nos hallamos frente a una norma obsoleta. Si a ello añadimos los déficits aproximativos de los que la ley adolecía ya desde su surgimiento, algunos de los cuales se han hecho todavía más evidentes con la evolución normativa posterior relativa a aspectos como el estatuto jurídico de la víctima del delito, la pervivencia de esta norma en lo tocante a la adaptación del sistema de justicia penal a las singularidades de la violencia de género que supuso ha dejado de tener sentido. Y es que, sin negarle el valor simbólico que en su momento tuviera, una vez se ha operado el vuelco en la consciencia social y de los operadores jurídicos acerca de esta realidad, su función puede considerarse agotada»<sup>512</sup>.

A modo de conclusión, podemos afirmar que el denominado feminismo radical ha impuesto una doctrina que muchos, demasiados, aceptan sin reservas, especialmente el legislador, que. Ni tan siquiera con el paso del tiempo, ni el cambio de paradigma promulgado por el Convenio de Estambul, ni del palmario fracaso de la LOVG a todos los niveles, estas doctrinas son merecedoras en España de una mínima matización o corrección, por lo que el legislador está instalado en el sostenella y no enmendalla. Como en el cuento *El traje nuevo del emperador*, se ha ido confeccionando un *traje a medida* que solo un sector del feminismo *puede ver* y que el legislador –que, como el emperador del cuento, acusa un indisimulado complejo– afirma que *es muy bonito*. El legislador, el Tribunal Constitucional, el sector mayoritario del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y, para qué negarlo, parte de la sociedad –como les pasó a los funcionarios, a los cortesanos y a las gentes del cuento de Andersen– han aceptado y siguen aceptando que *ven el traje*, en muchos casos, para no ser tildados de misóginos, reaccionarios, machistas, etc. Afortunadamente hay una importante parte de la doctrina científica –especialmente en el Derecho penal–, una parte minoritaria de la

---

violencia...», *óp. cit.*, pág. 14. Sobre nuestras críticas a las encuestas de victimización, *vid. supra*, pág. 46.

<sup>511</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 91.

<sup>512</sup> VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, págs. 31-32.

doctrina jurisprudencial y algún que otro verso suelto de la política<sup>513</sup> que, aun aventurándose a recibir alguno de estos epítetos, grita –gritamos– como el inocente niño del cuento al ver al emperador: «¡Pero si no lleva nada!»<sup>514</sup> ¡La LOVG está desnuda!

### 3.2. *El Pacto de Estado contra la violencia de género como manifestación del sostenella y no enmendalla*

Bien fuera por los informes estadísticos y victimológicos que, como hemos afirmado anteriormente, sobrevaloran y crean una cada vez mayor brecha entre la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y el resto de manifestaciones de la violencia en la pareja íntima<sup>515</sup>, bien fuera por la ratificación por España en 2014 del Convenio de Estambul –que, como hemos señalado, vino a dejar sin sustento internacional a la actual política legislativa–, o bien fuera porque desde ciertos ámbitos se pudo dar una tendencia a reconducir la política legislativa que se aparta del pensamiento imperante impuesto por el denominado feminismo radical<sup>516</sup>, el legislador sintió la necesidad de reafirmar su política legislativa con la aprobación, en 2017, del Pacto de Estado contra la violencia de género que, como demostraremos, devino una

<sup>513</sup> Vid. CANTÓ, T., «Feminismo sin feministas», en *El Español*, 4 de marzo de 2021, s. p., disponible en [https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20210304/feminismo-sin-feministas/563313668\\_12.html](https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20210304/feminismo-sin-feministas/563313668_12.html) [u. a 09/06/2021].

<sup>514</sup> ANDERSEN, H. C., *El traje nuevo del emperador*, Biblioteca Digital del ILCE (Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa), disponible en <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/CuentosMas/Emperador.pdf> [u. a. 09/06/2021]. Este cuento, también conocido como «El rey desnudo», fue publicado por el escritor y poeta danés Hans Christian Andersen en 1837 como parte del libro *Eventyr Fortalt for Børn (Cuentos de hadas contados para niños)* y se constituye como una fábula en la que la moraleja es que no tiene que ser verdad lo que todo el mundo acepta que es verdad.

<sup>515</sup> Para nuestras críticas a las estadísticas y a los modelos de estudios victimológicos, *vid. supra*, pág. 43.

<sup>516</sup> Se ha afirmado, en este sentido que «desde la política (algunos políticos), desde las instituciones públicas (algunas instituciones) y desde los aplicadores de la normas (algunos aplicadores), hay una progresiva falta de implicación real en el tema y no hay una respuesta firme de estos colectivos. De hecho se aprecia un retroceso en el movimiento pendular y la inercia iniciada en el 2004 y si bien los primeros años se caracterizaron por una tendencia protectora y proclive al desarrollo de la Ley, hoy parece retroceder la credibilidad de este gran proyecto y la ciudadanía respira cierto rechazo hacia la protección de la mujer y la igualdad reforzada». *Cfr.* GIBERT GRIFO, S., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Género y violencia*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016, pág. 79. Partes de la ciudadanía, efectivamente, está harta de esta política legislativa vengativa, excluyente y radical, que hace de las mujeres una caricatura de sí mismas como sujetos desvalidos y que, a mayor abundamiento, no sirve para –siquiera– afrontar el reto de disminuir los índices de criminalidad en la pareja íntima. Lo que no significa, como afirman las autoras, que sea sinónimo de un «rechazo hacia la protección de la mujer». Es legítimo que parte del feminismo entienda que esta política legislativa es la única forma de proteger a la mujer en la pareja íntima heterosexual, sin embargo, es igualmente legítimo que otros pensemos que hay otras formas, integradoras y no excluyentes, de defender a la mujer y, sobre todo, de reforzar su autonomía cuando deviene víctima de violencia en la pareja íntima.

oportunidad perdida –otra más– para que España armonizara la regulación de la materia a los estándares del Convenio de Estambul y del Derecho comparado. Tal vez, este ejercicio de *sostenella y no enmendalla* traiga causa de que, como ya hemos afirmado anteriormente<sup>517</sup>, el feminismo en España sigue anclado en la segunda ola, y lo que es peor, que el legislador sigue embelesado por esa parte del feminismo. Ciertas declaraciones programáticas, cuanto no veladas amenazas<sup>518</sup>, parece que no han perdido vigencia para desgracia de todos.

### 3.2.1. *El proceso de elaboración del Pacto de Estado*

Durante los meses de septiembre y octubre de 2016 se sucedieron en el Congreso de los Diputados una serie de proposiciones no de ley encaminadas a articular un Pacto de Estado contra la Violencia de Género<sup>519</sup>. Fueron:

- Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Ciudadanos en el Congreso ante el Pleno, de 15 de septiembre de 2016, sobre la creación de un pacto social, político e institucional contra la violencia de género<sup>520</sup>.

- Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso ante el Pleno, de 16 de septiembre de 2016, relativa a mejorar y actualizar la LOVG<sup>521</sup>.

<sup>517</sup> Vid. *supra*, pág. 205.

<sup>518</sup> Vid. *supra*, pág. 124.

<sup>519</sup> Vid. DEL POZO PÉREZ, M., «El Pacto de Estado contra la Violencia de Género: justificación, génesis y primeras consecuencias», en FIGUERUELO BURRIEZA, Á., y DEL POZO PÉREZ, M. (dirs.), y RAMOS HERNÁNDEZ, P. (coord.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Universidad de Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 248-262, cita en págs. 257-259.

<sup>520</sup> Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XII&iniciativas\\_id=162/000123](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=162/000123) [u. a. 09/06/2021]. En idénticos términos, y en la misma fecha, ante la Comisión de Igualdad. Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XII&iniciativas\\_id=161/000335](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=161/000335) [u. a. 09/06/2021].

<sup>521</sup> Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XII&iniciativas\\_id=162/000135](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=162/000135) [u. a. 09/06/2021]. Se ha afirmado que la iniciativa del Grupo Parlamentario Popular pudo deberse a «una más que plausible búsqueda de rendimiento electoral» y a «la delantera que había tomado el Grupo Parlamentario Socialista, que había presentado una proposición no de ley el día 12 de septiembre de 2016 [*sic.*]». Cfr. VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia...», *óp. cit.*, pág. 3. Llamán la atención estas afirmaciones por cuanto en un contexto en el que cuatro grupos parlamentarios presentaron proposiciones no de ley de carácter parecido (Villacampa solo hacer

- Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso ante la Comisión de Igualdad, de 21 de septiembre de 2016, relativa a diversas medidas en materia de violencia de género<sup>522</sup>.

- Proposición no de Ley del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso ante la Comisión de Igualdad, de 3 de octubre de 2016, relativa a promover un Pacto Social, Político e Institucional que recupere el espíritu de consenso de la LOVG vinculando a todos los partidos políticos, poderes del Estado y sociedad civil en un compromiso firme en pro de una política sostenida para la erradicación de la violencia de género<sup>523</sup>.

En líneas generales, todas las proposiciones hacían referencia a los datos estadísticos oficiales en relación con la violencia sobre la mujer, así como a la necesidad de adaptar la legislación a la Recomendación General n.º 19 de la CEDAW y al Convenio de Estambul<sup>524</sup>. Finalmente, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 15 de noviembre de 2016, con motivo del debate conjunto de las proposiciones del Grupo Parlamentario Popular y del Grupo Socialista, aprobó un texto

---

referencia a las de los Grupos Parlamentarios Popular y Socialista), únicamente se denuncie el supuesto electoralismo del Grupo Parlamentario Popular. Aún más, teniendo en cuenta que la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Socialista se presentó en realidad [s.e.u.o.] el 3 de octubre de 2016, siendo la última de las cuatro iniciativas registradas, quien pudo ir a remolque, en todo caso, fue el Grupo Parlamentario Socialista. En la XII Legislatura (2016-2019) se conformaron un total de siete grupos parlamentarios en el Congreso: Popular (156 diputados), Socialista (97); Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (70); Ciudadanos (33); Esquerra Republicana (11); Vasco [EAJ-PNV] (6); y Mixto (20). Cfr. <https://www.congreso.es/web/guest/grupos/composicion-en-la-legislatura> [u. a. 09/06/2021]. De los siete Grupos, solo los cuatro primeros presentaron proposiciones no de ley, sin embargo, Villacampa solo alude al interés electoralista del Grupo Parlamentario Popular.

<sup>522</sup> Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XII&iniciativas\\_id=161/000432](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=161/000432) [u. a. 09/06/2021].

<sup>523</sup> Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p\\_p\\_id=iniciativas&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&iniciativas\\_mode=mostrarDetalle&iniciativas\\_legislatura=XII&iniciativas\\_id=161/000572](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XII&iniciativas_id=161/000572) [u. a. 09/06/2021].

<sup>524</sup> De entre todas las propuestas, destacamos las siguientes: 1. Ampliar el ámbito de aplicación de la LOVG a todas las formas violencia contra la mujer (Ciudadanos, PP, UP-EP-EM y PSOE); 2. Prohibir el indulto de cualquier condenado por violencia de género (Ciudadanos y PP); y 3. La puesta en marcha en los JVM del Acompañamiento Judicial Personalizado para hacer accesible la información a la víctima sobre el itinerario y procedimiento más seguro en el iter judicial desde la interposición de la denuncia hasta el fin del proceso (Ciudadanos, PP y PSOE).



transaccional, acordando la creación de una Subcomisión en el seno de la Comisión de Igualdad con el fin de articular el Pacto de Estado contra la Violencia de Género<sup>525</sup>.

De forma paralela, se presentaron dos mociones en el Senado:

- Moción del Grupo Parlamentario Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Senado, de 28 de octubre de 2016, por la que se insta a la creación de una Ponencia, en el seno de la Comisión de Igualdad, para la evaluación de la LOVG<sup>526</sup>.

- Moción del Grupo Parlamentario Popular en el Senado, de 2 de diciembre de 2016, por la que se insta a la creación de una Ponencia, en el seno de la Comisión de Igualdad, que estudie y evalúe, en materia de violencia de género, los aspectos de prevención, protección y reparación a las víctimas, y analice la estrategia a seguir para alcanzar un Pacto de Estado contra la Violencia de Género<sup>527</sup>.

En el caso del Senado, la creación de la Ponencia fue aprobada por la Comisión de Igualdad el 21 de diciembre de 2016<sup>528</sup>.

---

<sup>525</sup> Para los trabajos de la Subcomisión, *vid. Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 199, 3 de agosto de 2017, págs. 3-190. Disponible en [https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p\\_p\\_id=publicaciones&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&publicaciones\\_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones\\_legislatura=XII&publicaciones\\_texto=&publicaciones\\_id\\_texto=BOCG-12-D-199.CODI.#1](https://www.congreso.es/web/guest/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&publicaciones_legislatura=XII&publicaciones_texto=&publicaciones_id_texto=BOCG-12-D-199.CODI.#1) [u. a. 09/06/2021]. Resulta llamativo –cuanto no alarmante– que la Subcomisión estuviera conformada por un total de once vocales, de los que nueve eran mujeres (81,51%). Es decir, una subcomisión inserta en Comisión de Igualdad se conforma de forma no paritaria. La pregunta que nos formulamos, y que preferimos no respondernos, es si hay un interés de las parlamentarias por copar este tipo de comisiones o un convencimiento generalizado en el Congreso –especialmente entre los parlamentarios varones– de que esta materia «es cosa de mujeres». Aún más, de las 65 personas que intervinieron ante la Subcomisión en calidad de expertos, 53 fueron mujeres (81,53%). Si este dato es indicativo de por dónde iría el Pacto de Estado desde el punto de vista de la *igualdad*, mucho más desolador es comprobar (s.e.u.o.) que no interviniera ante la subcomisión ningún representante de la doctrina académica penal ni procesal, lo que no deja de ser no solo un exponente de que el Pacto seguiría en la línea de la represión penal y de las políticas públicas de actuación obligatoria, sino que –bien pudiera parecer– que ni tan siquiera los miembros de la Subcomisión estaban dispuestos a que alguien les dijera lo que no querían oír.

<sup>526</sup> Disponible en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=12&id1=661&id2=000215> [u. a. 09/06/2021]

<sup>527</sup> Disponible en <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?legis=12&id1=661&id2=000311> [u. a. 09/06/2021].

<sup>528</sup> Para los trabajos de la Ponencia, *vid. Informe Ponencia de estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género, aprobado por la Comisión de Igualdad en se sesión de 28 de julio de 2017*, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, n.º 134, de 4 de agosto de 2017, págs. 2-105. Disponible en



Los informes de la Subcomisión del Congreso de los Diputados y de la Ponencia del Senado fueron aprobados por los respectivos Plenos. Finalmente, el 27 de diciembre de 2017, en el marco de la sesión de la Conferencia Sectorial de Igualdad celebrada en el Ministerio de Sanidad, el Gobierno de la Nación, las Comunidades Autónomas y la Federación Española de Municipios y Provincias suscribieron el Pacto de Estado en materia de Violencia de género<sup>529</sup>.

### 3.2.2. Referencia a las principales medidas de carácter penal y procesal

El Pacto consta de un total de 290 medias articuladas en diez ejes: 1. La ruptura del silencio: sensibilización y prevención; 2. Mejora de la respuesta institucional: coordinación y trabajo en red; Perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección a las víctimas; 4. Intensificar la asistencia y protección de menores; 5. Impulso de la formación que garantice la mejor respuesta asistencial; 6. Seguimiento estadístico; 7. Recomendaciones a Comunidades Autónomas, Entidades Locales y Otras Instituciones; 8. Visualización y atención a otras formas de violencia sobre las mujeres; 9. Compromiso económico; y 10. Seguimiento del Pacto.

Por lo que al objeto de este trabajo se refiere, interesa destacar las siguientes medidas:

---

<https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/publicacionesoficiales/senado/boletinesoficiales/detalle/index.html?id=04082017> [u. a. 09/06/2021]. En este caso, la Ponencia estuvo formada por un total de nueve ponentes mujeres (90%) y un ponente hombre. A lo largo de las sesiones de la Ponencia comparecieron un total de 52 personas en calidad de expertos, de los que el 88,46% (46) fueron mujeres. De nuevo, llama la atención la casi nula presencia de representantes de la doctrina penal y procesal. Así, uniendo las comparecencias en el Congreso y en el Senado, resulta casi un *elemento exótico* la participación en esta Ponencia de la profesora de Derecho procesal de la Universidad de Salamanca, Dra. Marta del Pozo Pérez.

<sup>529</sup> Vid. Documento Refundido de Medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso + Senado. Disponible en [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf) [u. a. 09/06/2021].

### 3.2.2.1. *Medidas que afectan a la autonomía de la víctima: especial referencia a la ampliación de los títulos para la acreditación de la condición de víctima*

- Excluir la relevancia del consentimiento de la víctima en la valoración de los casos de quebrantamiento de condena o medida cautelar, sin perjuicio de los posibles efectos sobre la culpabilidad del acusado<sup>530</sup>.

- Evitar los espacios de impunidad para los maltratadores, que pueden derivarse de las disposiciones legales vigentes en relación con el derecho de dispensa de la obligación de declarar (art. 416 LECrim), a través de las modificaciones legales oportunas<sup>531</sup>.

- Reforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género (art. 87ter. 5 LOPJ)<sup>532</sup>.

- Introducir las modificaciones necesarias para que la acreditación de la condición de víctima de violencia de género (art. 23 LOVG) no dependa exclusivamente de la interposición de una denuncia<sup>533</sup>. Esta medida ya ha sido implementada legislativamente a través del Artículo Único. 2 del RD-ley 9/2018, de 3 de agosto, por el que se modifica el artículo 23 de la LOVG<sup>534</sup>. Tres son las novedades más destacables: por un lado, se incluye como título la sentencia condenatoria; por otro lado, el informe del Ministerio Fiscal ya no queda relegado a situaciones excepcionales y en tanto en cuanto se dictara una orden de protección; y, por último, los informes de la Administración resultan título suficiente para acreditar la condición de víctima ante terceros. En consecuencia, la

<sup>530</sup> Medida 118 (Congreso [100] y Senado [245]).

<sup>531</sup> Medida 142 (Congreso [117] y Senado [250]).

<sup>532</sup> Medida 141 (Congreso [116]).

<sup>533</sup> Medida 70 (Congreso [62] y Senado [233]).

<sup>534</sup> «Las situaciones de violencia de género que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán mediante una sentencia condenatoria por un delito de violencia de género, una orden de protección o cualquier otra resolución judicial que acuerde una medida cautelar a favor de la víctima, o bien por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género. También podrán acreditarse las situaciones de violencia de género mediante informe de los servicios sociales, de los servicios especializados, o de los servicios de acogida destinados a víctimas de violencia de género de la Administración Pública competente; o por cualquier otro título, siempre que ello esté previsto en las disposiciones normativas de carácter sectorial que regulen el acceso a cada uno de los derechos y recursos. [...]».

verdadera relevancia de la reforma no es tanto que ya no haga falta la denuncia –como se expresaba en el Pacto de Estado–, sino que la acreditación de víctima queda desligada de la anteriormente necesaria orden de protección.

Es cierto, como se ha señalado, que existe la posibilidad de que cualquier mujer, sirviéndose de los servicios sociales, pueda conseguir un informe, en palabras de Sanz Mulas, «que “sentencie” como maltratador a un hombre para que ella pueda acceder a las ayudas correspondientes»<sup>535</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, el uso torticero que de forma puntual se pueda hacer de un derecho o de una institución jurídica no puede constituirse en un elemento de análisis sobre la conveniencia o no de ese derecho o de esa institución jurídica.

En principio, mostramos nuestro acuerdo con esta reforma por cuanto esta regulación favorece la autonomía de la víctima, ya que, en un primer momento, no sentirá esa suerte de espada de Damocles que significa la dicotomía de tener que denunciar sí o sí para poder acceder a las ayudas<sup>536</sup>. Esta apuesta por la autonomía de la víctima es la que fundamenta la previsión contenida en el artículo 18.4 del Convenio de Estambul<sup>537</sup>, que es la que se incorpora al ordenamiento interno con esta reforma.

Ahora bien, resultan llamativas dos circunstancias que bien merecen un cuestionamiento. En primer lugar, el Pacto de Estado adopta en esta materia la política del Convenio de Estambul, sin embargo, se aparta del mismo en otros aspectos. El Pacto apuesta por el incremento de la respuesta punitiva y porque la víctima no pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar del artículo 416 LECrim, previsión que, de igual forma, afecta a la autonomía de la víctima en el proceso penal. En segundo lugar, la celeridad con la que se aprobó la modificación de la LOVG en este sentido. Bien podríamos concluir que, tal vez, no anidaba en el ánimo del legislador favorecer la autonomía de la víctima, sino la desconfianza en la judicatura por el descenso del número de órdenes de protección<sup>538</sup>. Esta sospecha se confirma en la medida en la que

<sup>535</sup> SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 36.

<sup>536</sup> Esta dicotomía se expuso al estudiar la *Protection order*. *Vid. supra*, pág. 120.

<sup>537</sup> «La prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito».

<sup>538</sup> Apunta Sanz Mulas al mediático «Caso Juana Rivas» como uno de los detonantes del cambio legislativo. SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 37. A este respecto, el magistrado Celso Rodríguez Padrón, portavoz de la Asociación Profesional de la Magistratura,

los Servicios Sociales que emitan el informe devienen obligados a formular la correspondiente denuncia, por lo que, de nuevo, la autonomía de la víctima para denunciar o no queda absolutamente marginada. En consecuencia, nuestra apriorística opinión favorable no puede más que decaer mientras no se articule un sistema que, de verdad, atienda a la autonomía de la víctima.

### 3.2.2.2. Medidas de carácter penal sustantivo

- Ampliar el ámbito de aplicación de la LOVG (art. 1) a todos los tipos de violencia sobre la mujer contenidos en el Convenio de Estambul<sup>539</sup>.
- Suprimir el elemento subjetivo (elemento discriminatorio) para la apreciación de los delitos de violencia de género<sup>540</sup>.
- Suprimir la aplicación de la atenuante de confesión (art. 21.4 CP) en los delitos de violencia de género<sup>541</sup>.
- Suprimir la aplicación de la atenuante de reparación del daño (art. 21.5 CP) en los delitos de violencia de género<sup>542</sup>.
- No considerar únicamente como delito leve las injurias y calumnias a través de las redes sociales en el ámbito de la violencia de género<sup>543</sup>.

---

declaraba a la prensa que «[I]a condición de víctima de violencia de género es un concepto estrictamente jurídico que despliega sus efectos normalmente en el ámbito penal cuando se ha sido víctima de un delito específico. Y esta conclusión, en nuestro sistema jurídico penal, tan sólo puede ser alcanzada por un órgano judicial a la vista o bien de las pruebas que se desarrollan en un juicio con todas las garantías o, de forma provisional e indiciaria, en la fase de instrucción, cuando se adoptan medidas cautelares como pueden ser la orden de protección o medidas de alejamiento, y éstas también son competencia exclusiva de los órganos judiciales. [...] Atribuir a los servicios sociales la facultad de declarar a una persona jurídicamente víctima de violencia de género no parece que encaje suficientemente con ese proceso con todas las garantías del que nunca podemos prescindir». Cfr. *Diario El Mundo*, 15 de agosto de 2018, s. p. Disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2018/08/15/5b73217ce2704e1e0b8b4591.html> [u. a. 09/06/2021].

<sup>539</sup> Medida 102 (Congreso [84] y Senado [227]).

<sup>540</sup> Esta previsión se recoge en la Medida 242 de la Ponencia del Senado, que dice textualmente: «Evitar la acreditación, en los tipos delictivos relacionados con la violencia sobre la mujer, de una manifestación de «discriminación, desigualdad y relaciones de poder» (Art.1 LO 1/2004) o exigir como elemento integrante del tipo penal el propósito del sujeto activo de discriminar, establecer o mantener una relación de poder sobre la mujer.

Se trataría de incorporar en los artículos pertinentes del Código Penal la redacción «con cualquier fin» o «con independencia del fin perseguido». Sin embargo, en el Documento Refundido del Pacto de Estado, esta Medida (s.e.u.o.) no aparece, tal vez, por un despiste.

<sup>541</sup> Medida 106 (Congreso [88] y Senado [240]).

<sup>542</sup> Medida 107 (Congreso [89]).

- Modificar la reincidencia (art. 22.8 CP) para considerar reincidencia cuando el mismo hombre cometiera distintos delitos contra la misma mujer, y cuando el mismo hombre comete distintos delitos de esta naturaleza contra distintas mujeres<sup>544</sup>.

- Modificar el art. 57.1 CP para imponer las prohibiciones del art. 48 CP en los casos de condena por quebrantamiento de condena<sup>545</sup>.

### 3.2.2.3. Medidas de carácter procesal

- Introducir un catálogo no cerrado de criterios de referencia para la valoración de la situación de riesgo (art. 544ter LECrim)<sup>546</sup>.

- Eliminar la exigencia de fianza en la personación como acusación popular de las asociaciones de ámbito estatal en los procedimientos por delitos de violencia de género (arts. 280 y 281 3º LECrim)<sup>547</sup>.

- Ampliar la dispensa de la obligación de no declarar (art. 416 LECrim) a los hijos menores de la víctima de violencia de género que no sean hijos del acusado<sup>548</sup>.

- Enjuiciar todos los procesos relativos a la misma víctima de violencia de género en un único órgano judicial (art. 17 bis LECrim)<sup>549</sup>.

### 3.2.3. Valoración crítica

De las medidas que hemos destacado se colige que el Pacto de Estado, alejándose del Convenio de Estambul que dice tener como referente, persiste en redoblar la apuesta por la actual política legislativa, que descansa sobre tres pilares fundamentales: aumento de la represión penal, ámbito de aplicación centrado exclusivamente en la violencia ejercida contra la mujer en la pareja íntima heterosexual y eliminación del elemento subjetivo, conformando unos tipos penales en los que cualquier manifestación de violencia es considerada violencia de dominación por razón de género.

---

<sup>543</sup> Medida 112 (Congreso [94] y Senado [247]).

<sup>544</sup> Medida 128 (Senado [246]).

<sup>545</sup> Medida 151 (Senado [237]).

<sup>546</sup> Medida 119 (Congreso [101]).

<sup>547</sup> Medida 120 (Congreso [102]).

<sup>548</sup> Medida 130 (Senado [251]).

<sup>549</sup> Medida 131 (Senado [252]).

Ciertamente, el empecinamiento del legislador en una política que ya ha demostrado su ineficacia y que no tiene parangón en ningún otro país de nuestro entorno jurídico, no deja de ser sorprendente, sino fuera por las graves consecuencias que se derivan de la misma, principalmente, dejar fuera de una protección integral a los hombres heterosexuales y a las personas LGTBIQ+ que son víctimas de violencia de dominación en la pareja íntima.

### **Reflexión final**

La actual política legislativa –inspirada por el feminismo de la segunda ola– está agotada. Pese a la pérdida de cualquier sustrato ideológico, fundamentalmente con la irrupción del feminismo de la tercera ola y el cambio de paradigma que supone el Convenio de Estambul, el legislador parece no tener ninguna intención de hacer cambios en la política legislativa. El feminismo de la tercera ola –y los que no comulgamos con la actual política legislativa– tenemos la obligación moral de no callar y de seguir, como una gota serena, haciendo cambiar, poco a poco, las mentes de los que piensan que la única forma que existe de combatir la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es la que lleva implantada desde 1989 y que, para desgracia de todos, ha demostrado su patente ineficacia.

PARTE SEGUNDA

**MANIFESTACIONES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN EL DERECHO  
PROCESAL**





### CAPÍTULO III

## **LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: LA AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA Y LA ACCIÓN POPULAR**

#### **Introducción**

Los presupuestos procesales han sido definidos por Gimeno como aquellos «requisitos previos al proceso, sin cuyo cumplimiento no puede válidamente instaurarse, ni, por lo tanto, puede el Juez entrar en el examen jurídico material de la pretensión; es decir, no puede satisfacer materialmente la pretensión»<sup>550</sup>. Así, los presupuestos procesales se constituyen como formalidades procedimentales que deben cumplirse en el momento del ejercicio del derecho de acción y del dictado de la sentencia y cuya inobservancia tiene como sanción la inviabilidad de que el órgano jurisdiccional pueda dar respuesta a la pretensión. Sin el examen y la depuración de los presupuestos procesales a lo largo del proceso, el juez se vería abocado al dictado de una «sentencia absolutoria en la instancia» –figura proscrita en nuestro ordenamiento jurídico<sup>551</sup>– que no tendría los efectos de la cosa juzgada material<sup>552</sup> y que, por tanto,

---

<sup>550</sup> GIMENO SENDRA, V., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., en GIMENO SENDRA, V, *Derecho Procesal Penal*, óp. cit., págs. 171-172.

<sup>551</sup> El legislador prohíbe de forma tácita las «sentencias absolutorias en la instancia» al establecer en el artículo 742 LECrim la obligación del juez de resolver, en la sentencia, todas las cuestiones penales –condena o absolución por todos los delitos de todos los acusados– y civiles que hayan sido objeto del juicio, sin que se pueda declarar el sobreseimiento de los acusados respecto de los cuales no se haya enervado la presunción de inocencia. Esta previsión se reitera, en idénticos términos, en el artículo 142 4ª Quinto LECrim. Por otro lado, la exigencia de correlación entre la sentencia y las peticiones formuladas por todas las partes hace que las sentencias deban responder al principio de «congruencia», y ello porque las partes tienen el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de todas las pretensiones deducidas, derecho que se incardina en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas; y que el dejar incontestadas dichas

posibilitaría el ejercicio de la acción penal en otro procedimiento posterior con el mismo objeto del proceso.

Atendiendo a un criterio subjetivo, los presupuestos procesales han sido clasificados<sup>553</sup> en presupuestos del órgano jurisdiccional, de las partes y del objeto procesal. En primer lugar, los presupuestos del órgano jurisdiccional son la jurisdicción y la competencia; en segundo lugar, los presupuestos de las partes son la capacidad para ser parte y de actuación procesal, la representación y postulación procesal, y el derecho de conducción procesal; y, en tercer lugar, los presupuestos del objeto procesal son el procedimiento adecuado, la litispendencia y la cosa juzgada.

Además de estos presupuestos procesales –que deben concurrir en todas las instancias–, hay una serie de presupuestos específicos de observancia necesaria en la

---

pretensiones constituye lesión de aquel derecho fundamental». Cfr. STC 11/1995, de 16 de enero [ECLI:ES:TC:1995:11], ponente: Julio Diego González Campos, FJ 6. En el mismo sentido, por todas, vid. STC 20/1982, de 5 de mayo [ECLI:ES:TC:1982:20], ponente: Luis Díez-Picazo, FJ 3. De interés, con abundante jurisprudencia, GUERRERO PALOMARES, S., *El Principio Acusatorio*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2005, págs. 58-60. Respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*, afirma el Tribunal Constitucional que «no es suficiente con que el Juez afirme en términos generales que el responsable de un delito también lo es civilmente, invocando para ello el texto del art. 19 del Código Penal. [...], es requisito impuesto por el derecho a la tutela judicial efectiva que la Sentencia determine singularmente los sujetos que resulten civilmente responsables, según la reclamación efectuada por la víctima del daño, decidiendo al tiempo sobre la extensión efectiva de la respectiva responsabilidad, o los motivos para no hacerlo». Cfr. STC 78/1986, de 13 de junio [ECLI:ES:TC:1986:78], ponente: Jesús Leguina Villa, FJ 2. Desde un punto de vista puramente terminológico, coincidimos con los que entienden que, en sentido estricto, la congruencia trae causa del poder de disposición sobre el objeto procesal del que las partes gozan en el proceso civil, potestad de no poseen sobre el objeto del proceso penal, por lo que, en este caso, «no se habla propiamente de congruencia, sino de correlación, que se asienta de modo principal en el principio de contradicción». Cfr. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 491-492. En el mismo sentido, ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 12ª ed., Madrid, 2019, págs. 331-337; y ZARZALEJOS NIETO, J., en BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, Wolters Kluwer, 4ª ed., Las Rozas, 2018, pág. 326. De interés, CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2003.

<sup>552</sup> La cosa juzgada material, que es la expresión que define la imposibilidad de enjuiciar, por la vía de un nuevo proceso, un asunto que ya ha sido objeto de una resolución judicial firme e irrevocable, ha de considerarse como el aspecto externo de las resoluciones que causan los efectos de la cosa juzgada, frente al aspecto interno, que es la cosa juzgada formal. CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2009, pág. 43. Para la autora, la naturaleza jurídica de la cosa juzgada material es procesal por cuanto que su finalidad esencial «no consiste en transformar o alterar la situación jurídico-material existente antes de la decisión del proceso, sino que, al margen de dicha transformación, hace surgir una especial eficacia procesal que antes no existía». Cfr. *Ibid.*, pág. 44. De interés, para la existencia o no de la cosa juzgada penal, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975, págs. 111-116.

<sup>553</sup> GIMENO SENDRA, V., y DÍAZ MARTÍNEZ, M., en GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 172.

fase de recursos o en los procedimientos de impugnación de sentencias. Son presupuestos comunes a todos los medios de impugnación el gravamen (la resolución impugnada debe haber afectado desfavorablemente al recurrente) y la conducción procesal (el recurrente debe haber actuado como parte en la primera instancia). Asimismo, existen una serie de requisitos, o presupuestos procesales especiales, que se imponen al recurrente. Tal es el caso del depósito para la interposición del recurso de casación al que, por imperio del artículo 875 LECrim, vienen obligados el acusador privado y el actor civil y cuya inobservancia impiden la admisión a trámite del recurso<sup>554</sup>.

Entre todos estos presupuestos procesales, el ejercicio de la acción popular en los procesos por delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, especialmente por las personas jurídico-públicas, se constituye como una manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria. Como comprobaremos a lo largo de este capítulo, el Tribunal Constitucional ha reconocido a las personas jurídico-públicas la legitimación para el ejercicio de la acción popular siempre que exista una norma jurídica que lo autorice. En este sentido, el ejercicio de la acción popular por parte de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer no está prevista legalmente, si bien, ha sido aceptada jurisprudencialmente. Por otro lado, la mayoría de comunidades autónomas han desarrollado la previsión con mayor o menor intensidad. Sin embargo, lo verdaderamente relevante a los efectos de esta investigación es que, como se verá, en la mayoría de la normativa al respecto no se atiende a la autonomía de la víctima, siendo escasas las previsiones que vinculan la personación de la administración pública a la solicitud o autorización de la víctima.

Hasta llegar a ese análisis, consideramos necesario, previamente, hacer un examen del instituto de la acción popular y, por extensión, del derecho de los particulares –ya sean o no ofendidos por el delito– a ejercer la acción penal en el ordenamiento jurídico

---

<sup>554</sup> No obstante, la jurisprudencia ha establecido que este requisito es subsanable en atención a que un rigorismo excesivo en esta materia devendría desproporcionado en relación con el objeto del recurso. A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que «la interpretación de esta exigencia ha de ponderar las circunstancias concurrentes, para evitar una mecánica aplicación del mismo que lo convierta en un obstáculo formalista y desproporcionado en sus consecuencias con relación a su propia finalidad STS 119/93, de 25 de abril [sic.]». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 742/2005, de 15 de junio [ECLI:ES:TS:2005:3852], ponente: Andrés Martínez Arrieta, FD 1º.

español. Este régimen de legitimación para el ejercicio de la acción penal, como se verá, es una rara avis en el derecho comparado y se aparta de aquellos ordenamientos jurídicos que atribuyen el ejercicio de la acción penal en régimen de monopolio al Ministerio Fiscal.

## 1. La legitimación de los particulares para el ejercicio de la acción penal

El régimen del ejercicio de la acción penal en el ordenamiento jurídico español está informado por la norma general de que «la acción penal es pública» (art. 101 LECrim), y ello con independencia de que la acción se ejerza por la comisión de delitos públicos, semipúblicos o privados<sup>555</sup>. En los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, como Alemania, Francia e Italia, este principio significa que la acción penal es ejercitada en régimen de monopolio por un órgano público –el Ministerio Fiscal–, asimilando el carácter público de la acción con la oficialidad. Sin embargo, en España, el carácter público de la acción es entendida de forma más amplia, otorgando la legitimación para acusar al Ministerio Fiscal y a toda la ciudadanía<sup>556</sup>. Así, la *publicidad* de la acción penal tiene en el ordenamiento jurídico español dos propiedades esenciales<sup>557</sup>: en primer lugar, la *oficialidad*, en la medida en la que se impone al Ministerio Fiscal el deber de acusar (art. 105 LECrim)<sup>558</sup>; y, en segundo lugar, la

<sup>555</sup> Coincidimos con González Montes, para quien la publicidad de la acción «no está tanto en su extensión cuantitativa, según el propio artículo 101 –aunque ya sea una diferencia apreciable respecto de la acción civil– “todos los ciudadanos españoles”, sino en una consideración de carácter cualitativo, es decir, aquella que atiende al interés protegido. Por eso, la acción penal no sólo es pública cuando viene referida a los tradicionalmente llamados delitos públicos, sino también cuando se trata de delitos privados; en este sentido sería impropio denominar a esta última acción penal privada, que es cosa muy distinta. Todo ello sin perjuicio de que la legitimación para la acción venga en algunos supuestos recortada (art. 104 LECrim.) y en otros condicionada (art. 102 LECrim.)». Cfr. GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Notas en torno a la acción penal y su ejercicio», en MORENO CATENA, V., (coord.), *Problemas actuales de la Justicia: Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 737-746, cita en pág. 741.

<sup>556</sup> MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 27ª ed., Valencia, 2019, pág. 79. Para los debates en estos países durante el periodo codificador acerca de la instauración o no de la acción popular, *vid.* PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. 119-198.

<sup>557</sup> CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del procesal penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2002, págs. 31-32.

<sup>558</sup> Para la solución adoptada en los países de nuestro entorno jurídico por lo que se refiere a la obligatoriedad al Ministerio Fiscal de ejercer la acción penal, que depende, principalmente, de la superioridad con que rija el sometimiento al principio de legalidad en el ejercicio de la acción penal en cada ordenamiento jurídico, *vid.* GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 36-118.

*popularidad*, reconociéndose la legitimación para acusar a los ciudadanos, hayan sido o no ofendidos por el delito<sup>559</sup>.

Esta regulación –en opinión de Gimeno, de una «extremada generosidad»<sup>560</sup>– se sitúa, por tanto, en las antípodas de los sistemas establecidos en los ordenamientos de nuestro entorno jurídico, caracterizados por el monopolio del Ministerio Fiscal en el ejercicio de la acción penal<sup>561</sup>. La legitimación de los ciudadanos, sean o no ofendidos por el delito, tiene dos fundamentos: por un lado, es un instrumento de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia; y, por otro, es un mecanismo de fiscalización de la actividad del Ministerio Fiscal, ante la desconfianza que puede generar su proceder en determinados procesos. La doctrina destaca estos dos fundamentos –especialmente el de la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal– respecto de la acción popular<sup>562</sup>, sin embargo, en nuestra opinión, ambas

<sup>559</sup> Esta segunda nota característica se justifica en la medida en la que la naturaleza pública de la acción no conlleva que, en todo caso, tenga que ser sostenida de forma exclusiva por el Ministerio Fiscal. Así, coincidimos con Oromí cuando afirma, a este respecto, que «[l]a acción penal ejercitada por los ciudadanos en general es tan pública como la ejercitada por el fiscal». Cfr. OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular: (Pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2003, pág. 33. Existe en la doctrina quien, no obstante, reserva el término *público* al Ministerio Fiscal, al afirmar que «en nuestro país, la perseguibilidad de los delitos está notablemente reforzada pues junto a la acusación pública puede coexistir además la derivada del reconocimiento de la acción atribuida a las víctimas o a los perjudicados por el delito y, en los casos que legalmente proceda, la que corresponda a cualquier ciudadano mediante el ejercicio de la acción popular». Cfr. DAMIÁN MORENO, J., *Lecciones introductorias sobre Proceso Penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2013, pág. 37. De la misma opinión, CALAZA LÓPEZ, S., en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2ª ed.; Valencia, 2020, pág. 62, y Gómez Colomer, que se refiere a los acusadores particulares como «parte penal no pública». Cfr. GÓMEZ COLOMER, J.-L., «Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», en *Poder Judicial*, CGPJ, 2ª época, n.º 8, Madrid, diciembre de 1987, págs. 27-32, cita en pág. 30. Igualmente, el ALECrIm2020 hace referencia a las «acusaciones no públicas» (v. gr., Exposición de Motivos, LXVIII, «Es más, si, finalizada la investigación, el fiscal considera que no hay elementos suficientes para ejercer la acción penal, las acusaciones no públicas –o las víctimas que en este momento decidan personarse– podrán [...]). Nosotros, en línea con Ortells, nos decantamos por la denominación de acción no oficial. ORTELLS RAMOS, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-67, tomo 1, s. p., *passim*.

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 218.

<sup>560</sup> A este respecto, y de forma somera, cabe destacar que en la actualidad únicamente se reconoce el derecho a participar en el proceso penal, junto al Ministerio Fiscal, a los perjudicados civiles en Italia (arts. 74 y ss. *Codice di Procedura Penale*), Francia (arts. 85 y ss. *Code de procédure pénale*) y Portugal (art. 74 *Código de Processo Penal*), y a los ofendidos –de forma adhesiva y supeditada a la acción del Ministerio Fiscal– en Alemania (StPO § 395). Para un análisis del derecho comparado, vid. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, págs. 119-198; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, págs. 32-35. De interés, además, GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1985.

<sup>562</sup> Sobre la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal, ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2015, s. p.; GÓMEZ COLOMER, J.-L., «Acción



justificaciones son aplicables, igualmente, respecto de la acusación particular. Por un lado, el acusador particular también es un ciudadano que participa en la Administración de Justicia y que, pese a ser el ofendido o el perjudicado por el delito, no atesora la titularidad del *ius puniendi*. Por otro lado, existen casos, por ejemplo, de corrupción política –un delito de prevaricación en un concurso público con varias ofertas–, o un delito medioambiental en el que haya un ofendido directo –v. gr., el propietario de unas plantaciones arruinadas por un vertido tóxico–, en el que la personación del ofendido o del perjudicado como acusación particular también podría estar inspirada, entre otras circunstancias, por la desconfianza en la actuación del Ministerio Fiscal. A nuestro entender, por tanto, ambos fundamentos son predicables tanto del acusador particular cuanto de la acción popular y, además, ambas justificaciones tienen la misma

---

particular, acción popular y sobrecarga...», *óp. cit.*, pág. 30; BANACLOCHE PALAO, J., en BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho...*, *óp. cit.*, pág. 98; CALAZA LÓPEZ, S., en ASECIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 61; MARTÍNEZ GARCÍA, E., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, pág. 91; OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», en ASECIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 113-164, cita en pág. 120; TOMÉ GARCÍA, J. A., «La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma», en CHOZAS ALONSO, J. M. (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 263-314, cita en pág. 267; y GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, *óp. cit.*, pág. 343. Aún más, el Tribunal Supremo ha afirmado que «la acción popular puede asumir un importante papel en la persecución de aquellos delitos que pueden infringir un bien perteneciente a la esfera o patrimonio social, con respecto a los cuales se ha podido observar un escaso celo por parte del Ministerio Fiscal a la hora de ejercitar la acción y sostener la acusación penal. Importante papel que no puede ser menospreciado porque coyunturalmente y con ocasión del debate político se haya utilizado a veces la acción penal popular espuriamente y, por otra parte, es evidente que nuestra Constitución la consagra (art. 125), como un medio de participación en la administración de justicia». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 363/2006, de 28 de marzo [ECLI:ES:TS:2006:7937], ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre, FD 30°. Por el contrario, se ha afirmado que «[d]ebe descartarse, por obvio, que tenga su razón de ser [la acción popular] en la desconfianza del propio legislador en el Ministerio Fiscal, que cumple siempre un papel de control de legalidad y ejercicio de la acción penal en defensa del interés social, sometido teóricamente al principio de imparcialidad». Cfr. SANZ PÉREZ, Á. L., «La Acción Popular y el Tribunal Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2, Cizur Menor, 2008, s. p. Sin embargo, que el Ministerio Fiscal devenga obligado a la defensa del interés social no es óbice para la existencia de la acción popular. En este sentido, Almagro –con quien nos posicionamos– ya afirmó que, desde el punto de vista doctrinal, la acción popular «se revela como un control social más de la democracia, incluso en los supuestos en que primariamente esté obligado el Ministerio Fiscal u otros órganos especializados al ejercicio del derecho a la jurisdicción y esta obligación venga impuesta con sujeción a un principio de legalidad, pues, en todo caso, impide que este principio de legalidad formal, se pueda, en algunos casos, transformar materialmente en un principio de oportunidad». Cfr. ALMAGRO NOSETTE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984, pág. 98.

relevancia: tan importante es el control de la actuación del Ministerio Fiscal cuanto la participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia<sup>563</sup>.

De esta forma, la ciudadanía asume un papel similar al del Ministerio Fiscal en la medida en la que se pretende promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, procurando la tutela del interés público ante la existencia de hechos aparentemente constitutivos de delito público<sup>564</sup>. Esta alta responsabilidad –cuanto no encomienda– es ejercida por los particulares a través del ejercicio de la acción penal, entendida como un derecho al proceso garantizado constitucionalmente como una de las manifestaciones del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

### 1.1. La acción penal como «ius ut procedatur» incardinado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24.1 CE<sup>565</sup> es un derecho de contenido complejo en el que se integran diversas

<sup>563</sup> Se ha defendido, en este sentido, que la desconfianza en el Ministerio Fiscal no puede ser «la base principal que pueda justificar la acción popular». Cfr. GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, F., «La acción popular-la acusación particular», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 7, Bilbao, 2010, págs. 237-251, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 238. Por el contrario, Nieva Fenoll parece priorizar el control de la actuación del Ministerio Fiscal al afirmar que «no debe perderse de vista cuál es la utilidad real de la acción popular: suplir una posible dejación de funciones del ministerio fiscal». Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 132.

<sup>564</sup> Respecto del acusador popular, el Tribunal Supremo ha afirmado, en este sentido, que «[...] la acción popular ha de emplearse en defensa de la sociedad en su conjunto, no en nombre o interés propio o ajeno, " viniendo a asumir dentro del proceso un "rol" similar al del Ministerio Fiscal, cual es la protección de la legalidad y del interés social"». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 895/1997, de 26 de septiembre [ECLI:ES:TS:1997:5661], ponente: Gregorio García Ancos, FD XI. En el mismo sentido, MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso...*, óp. cit., pág. 80.

<sup>565</sup> «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». De interés, MARTÍN DIZ, F., «El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 106, septiembre-diciembre de 2019, págs. 13-42, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/26146> [u. a. 09/06/2021]; CORDÓN MORENO, F., «El derecho a obtener la tutela judicial efectiva», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., y LÓPEZ LÓPEZ, E. (coords.), *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 213-243; FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990; DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial universitaria Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2004, págs. 417-441; y NARANJO DE LA CRUZ, R., en VV. AA., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2019, s. p. Para los derechos fundamentales de relevancia procesal, de interés, GIMENO



manifestaciones que, en cualquier caso, no están tasadas en el propio texto constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha incluido en el mismo el derecho al proceso, el derecho a una resolución de fondo fundada en derecho, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales y el derecho a los recursos legalmente establecidos<sup>566</sup>. Aún más, el Tribunal Constitucional ha manifestado que las normas procesales han de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>567</sup>, dando cobertura en este derecho fundamental tanto al resto de derechos del artículo 24 CE cuanto a cualquier queja o reclamación constitucional en relación con el ordenamiento procesal<sup>568</sup>. De esta forma, para Gimeno, el artículo 24.1 CE se ha convertido en una suerte de «cajón de sastre» donde tienen cabida todos los derechos fundamentales de incidencia procesal que no pueden ser subsumidos en los demás derechos del artículo 24 CE que, por separado y con un contenido perfectamente delimitado con respecto a los demás, vendrán a fundamentar el derecho a un proceso debido o con todas las garantías<sup>569</sup>.

---

SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., y LÓPEZ LÓPEZ, E. (coords.), *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2004; y UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Aranzadi, Madrid, 2014. En relación con las personas jurídicas, GIMENO BEVIÁ, J., «Los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), y SANZ HERMIDA, Á. (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 311-334.

<sup>566</sup> «El derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los Jueces y Tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia núm. 32/1982 de este Tribunal, también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ellos, por el daño sufrido». Cfr. STC, Sala Segunda, 26/1983, de 13 de abril [ECLI:ES:TC:1983:26], ponente: Francisco Rubio Lorente, FJ 2.

<sup>567</sup> «[...] aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, mas teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales ni la disposición del tiempo en que han de cumplirse». Cfr. STC, Sala Segunda, 29/1985, de 28 de febrero [ECLI:ES:TC:1985:29], ponente: Francisco Pera Verdguer, FJ 2.

<sup>568</sup> CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales...*, *óp. cit.*, pág. 45. En este sentido, añade el autor que «[l]a lesión de cualesquiera de aquellos derechos o garantías comporta la violación del derecho a la tutela, pero no a la inversa: no toda violación de la tutela judicial efectiva es subsumible en aquellas garantías». Cfr., *Íd.*

<sup>569</sup> GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 115. A este respecto, se ha afirmado que «el cajón sería menos *desastre* si se delimitaran con nitidez las garantías que protege cada derecho, evitando de esta forma las colisiones entre unos y otros derechos». Cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004, pág. 97.

Esta complejidad en cuanto al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene consecuencias, sobre todo, en la concepción del derecho de acción, que ha sido definido por Gimeno, con carácter general, como

«un derecho fundamental que asiste a todo sujeto de Derecho, a acceder libremente al Poder Judicial, a través de un proceso con todas las garantías y, en su caso, a todas sus instancias, deducir en él una pretensión u oponerse a ella y obtener de los Juzgados y Tribunales una resolución definitiva, motivada y razonada, fundada en Derecho, congruente y, a ser posible, de fondo, que ponga irrevocablemente término al conflicto, así como a obtener la ejecución de lo resuelto»<sup>570</sup>.

Pese a que se llegó a discutir, en un principio, si la redacción del artículo 24 CE constitucionalizaba la teoría concreta de la acción o la abstracta<sup>571</sup>, el Tribunal Constitucional estableció desde sus primeras sentencias<sup>572</sup> que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no incluye una resolución favorable a la pretensión deducida. Así, el

«ius ut procedatur que ostenta el querellante no contiene ni un derecho absoluto a la incoación de toda instrucción penal, ni un derecho incondicionado a la apertura del juicio oral, pues el derecho de querrela no conlleva el de la obtención de una Sentencia favorable a la pretensión penal (SSTC 203/1989 y 191/1992, entre otras)»<sup>573</sup>.

En cualquier caso, los particulares no gozan de un derecho subjetivo a castigar al delincuente, sino que el *ius puniendi* pertenece en exclusiva al Estado, por lo que –aun

<sup>570</sup> GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pág. 252. El propio Gimeno adapta el concepto a la acción penal, definiéndola como «un derecho fundamental, que asiste a todos los sujetos de derecho, y se ejercita mediante la puesta en conocimiento del Juez de Instrucción de una *notitia criminis*, haciendo surgir en el órgano jurisdiccional la obligación de dictar una resolución motivada y fundada sobre su inadmisión o sobre la finalización del proceso penal». *Cfr.* GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 251.

<sup>571</sup> NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 117.

<sup>572</sup> «[...] en el incidente de ejecución no se ha violado el derecho de la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales (artículo 24.1 de la Constitución), dado que tal derecho no comprende - obviamente- el de obtener una decisión judicial acorde con las pretensiones que se formulan, sino el derecho a que se dicte una resolución en Derecho, siempre que se cumplan los requisitos procesales para ello». *Cfr.* STC, Sala Primera, 9/1981, de 31 de marzo, [ECLI:ES:TC:1981:9], ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant, FJ 4. En el mismo sentido, por todas, STC, Sala Segunda, 22/1982, de 12 de mayo [ECLI:ES:TC:1982:22], ponente: Luis Díez-Picazo, FJ 1; y STC, Sala Primera, 32/1982, de 7 de junio [ECLI:ES:TC:1982:32], ponente: Gloria Begué Cantón, FJ 2.

<sup>573</sup> STC, Sala Primera, 40/1994, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:1994:40], ponente: Vicente Gimeno Sendra, FJ 2.

aceptando la distinción entre las teorías concreta y abstracta de la acción<sup>574</sup>– respecto de la acción penal solo se puede predicar la teoría abstracta.

### 1.1.1. *El canon reforzado del derecho a una investigación suficiente y eficaz en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de violencia doméstica*

El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva debe consagrarse en el proceso respecto de todas las partes personadas y no solo, en el proceso penal, del sujeto pasivo del mismo, sino también de las acusaciones<sup>575</sup>. Una manifestación del derecho

---

<sup>574</sup> La teoría abstracta de la acción se caracteriza por un alcance más limitado que la teoría concreta, en la medida en la que, para los defensores de esta última –que, en todo caso, se daría extramuros de la acción penal–, «dándose determinados presupuestos jurídico-materiales, los sujetos jurídicos no tienen sólo un derecho abstracto a pedir o pretender, sino verdaderos derechos subjetivos concretos y materiales a obtener sentencias, resoluciones o actuaciones jurisdiccionales (tutelas jurisdiccionales, en definitiva) *de contenido determinado o específico*». Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 90. De referencia, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Madrid, 1980. Estos presupuestos o circunstancias son: 1. Que la acción esté reconocida de manera general por el ordenamiento jurídico; 2. Que la acción esté reconocida de forma especial, es decir, que el caso concreto pueda subsumirse en la norma general; 3. Que exista una norma que reconozca la legitimación activa al actor y la legitimación pasiva al denunciado; y 4. Que exista un interés legítimo en obtener la tutela jurídica. ROBLES GARZÓN, J. A., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 2017, pág. 108. Defendiendo la teoría concreta de la acción, igualmente, MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, 27ª ed., Valencia, 2019, págs. 209-210. Contrario a la teoría concreta de la acción, por cuanto el pretendido derecho a obtener una sentencia favorable ni aparece reconocido normativamente ni puede colegirse de precepto alguno de la Constitución o del resto del ordenamiento jurídico, MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019, pág. 217. Sobre las discusiones en la doctrina en relación con estas teorías, destacando la inutilidad de las mismas en la actualidad, *vid.* NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, *óp. cit.*, págs. 60-62. Especialmente claro en la explicación de ambas teorías, Gómez Colomer, quien define el concepto de acción como «el derecho público que tiene todo ciudadano de acudir a los tribunales para plantear el conflicto, sea éste de la naturaleza que fuere, y pedir que se resuelva a su favor». GÓMEZ COLOMER, J.-L., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 205-209, cita en pág. 209.

<sup>575</sup> «Aunque el tenor literal del precepto constitucional que acabamos de citar (Todos tienen derecho... a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa...) pudiera llevar a pensar que la Constitución sólo otorga tal derecho a quienes han de hacer frente a una pretensión de otro e inclusive, por el contexto en que tal enunciado se halla, que sólo es propio este derecho de quienes son objeto de una acción penal en su contra, el recto entendimiento de la norma ha de considerar que este derecho protege a todos cuantos acuden ante los Jueces y Tribunales en defensa de lo que creen sus derechos e intereses legítimos y, en consecuencia, también a quienes, mediante la querrela, intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio». Cfr. STC, Sala Segunda, 89/1985, de 19 de julio [ECLI:ES:TC:1985:89], ponente: Francisco Rubio Lorente, FJ 2. De esta forma, el derecho a la tutela judicial efectiva incluye la posibilidad de defender su pretensión en igualdad con las otras partes. STC, Sala Primera, 80/1990, de 26 de abril

fundamental a la tutela judicial efectiva es el derecho de la acusación a una investigación suficiente y eficaz de los hechos objeto del proceso iniciado a su instancia.

A este respecto, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse recientemente<sup>576</sup> en un asunto en el que una mujer denunció a su marido por los presuntos delitos de coacciones e injurias y que, en su declaración durante la instrucción, amplió la denuncia al delito de maltrato habitual. Tras personarse como acusación particular, la denunciante solicitó la práctica de una serie de diligencias de investigación, como un informe de la Unidad de valoración forense integral adscrita al juzgado. Tras oír a la denunciante y, posteriormente, al investigado, el juzgado decretó el sobreseimiento provisional por no apreciar indicios de la comisión de ninguno de los delitos por los que el marido venía investigado, y ello sin acordar la práctica de ninguna de las diligencias de investigación solicitadas por la acusación particular. Tras el recurso de amparo interpuesto por la acusación particular, el Tribunal Constitucional estimó que se había vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la mujer denunciante.

El Tribunal, tras recordar el contenido del derecho de acción, establece, en un primer momento de la sentencia, el canon general de protección del derecho del acusador particular a una investigación suficiente y eficaz.

«a) El ejercicio de la acción penal no otorga a sus titulares un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal; tampoco impone a los órganos judiciales la obligación de realizar una investigación más allá de lo necesario, alargando indebidamente la instrucción o el proceso (SSTC 176/2006, de junio, FFJJ 2 y 4; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 2, o 26/2018, de 25 de febrero, FJ 2).

b) El querellante o denunciante ostenta, como titular del *ius ut procedatur*, el derecho a poner en marcha un proceso penal, a que el mismo se sustancie de conformidad con las reglas del proceso justo y a obtener en él una respuesta razonable y fundada en derecho

---

[ECLI:ES:TC:1990:80], ponente: Fernando García-Mon y González-Regueral, FJ 2. De interés, CAMPANER MUÑOZ, J., «Derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas vs. derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa del absuelto en la instancia: ¿el fin del laberinto?», en GIMENO SENDRA, V., y REGUEIRO GARCÍA, M. T., *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, UNED-Editorial Universitas, Madrid, 2015, págs. 507-526.

<sup>576</sup> STC, Sala Segunda, 87/2020, de 20 de julio [ECLI:ES:TC:2020:87], ponente: Antonio Narváez Rodríguez.

(SSTC 120/2000, de 10 de mayo, FJ 4, o 12/2006, de 16 de enero, FJ 2), pero no incluye el derecho material a obtener una condena y a la imposición de una pena, pues el *ius puniendi* es de naturaleza exclusivamente pública y su titularidad corresponde al Estado [SSTC 157/1990, de 18 de octubre (Pleno); 232/1998, de 1 de diciembre, FJ 2; 34/2008, de 25 de febrero, FJ 3, y 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3, entre otras].

c) La tutela judicial efectiva del denunciante o querellante es satisfecha por la resolución judicial que acuerde la terminación anticipada del proceso penal, sin apertura de la fase de plenario, cuando aquella se asiente sobre una razonada y razonable concurrencia de los motivos legalmente previstos para acordar el sobreseimiento, libre o provisional (arts. 637 y 641 LECrim y, dado el caso, art. 779.1.1 LECrim). Por el contrario, habrá vulneración de este derecho si la decisión judicial de no proseguir con la indagación penal afecta, en cualquiera de esos momentos procesales, a diligencias oportunamente solicitadas por el recurrente, parte en el proceso judicial, que incidan en su derecho a la utilización de medios de prueba; o también cuando, realizadas estas de modo bastante, se vea afectada la determinación de lo sucedido a partir de las mismas o bien la calificación jurídica de los hechos que se constatan (STC 26/2018, de 5 de marzo, FJ 3).

d) La efectividad del derecho a la tutela judicial coincidirá en estos casos con la suficiencia de la indagación judicial. Dependerá, pues, no solo de que la decisión de sobreseimiento esté motivada y jurídicamente fundada, sino también de que la investigación de lo denunciado haya sido suficiente y efectiva, ya que la tutela que se solicita consiste inicialmente en que se indague sobre lo acaecido.

e) La suficiencia y efectividad de la investigación solo pueden evaluarse valorando las concretas circunstancias de la denuncia y de lo denunciado, así como la gravedad de lo denunciado y su previa opacidad (SSTC 34/2008, FJ 4, y 26/2018, FJ 3), de tal manera que habrá vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva cuando no se abra o se clausure la instrucción existiendo sospechas razonables de la posible comisión de un delito y revelándose tales sospechas como susceptibles de ser despejadas mediante la investigación. Esta exigencia no comporta la apertura de la instrucción en todo caso, del mismo modo que no impide su clausura temprana. Tampoco existe un derecho a la práctica ilimitada de la prueba, de manera tal que imponga la realización de cuantas diligencias de investigación se perciban como posibles o imaginables, propuestas por las partes o practicadas de oficio, particularmente si resulta evidente que el despliegue de mayores diligencias deviene innecesario. Semejante obligación conduciría a instrucciones inútiles en perjuicio del interés general en una gestión racional y eficaz de los recursos de la Administración de Justicia (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2; 131/2012, de 18 de junio, FJ 2, y 153/2013, de 9 de septiembre)» (FJ 3).

Sin embargo, y tras citar la jurisprudencia del TEDH en relación con el deber de establecer un canon de protección reforzado en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual o de violencia doméstica, afirma que

«para que la investigación penal concretamente desplegada satisfaga el derecho a la tutela judicial efectiva de quien se encuentra en posición de víctima en supuestos de violencia de género o cometida en un entorno familiar o afectivo, será necesario no solo activar sin demoras —cuando corresponda— las medidas de protección personal adecuadas al caso, sino también desplegar una instrucción que profundice sobre los hechos denunciados con el fin de descartar toda sospecha fundada de delito.

El comportamiento exigible del órgano judicial en modo alguno implica la obligación de admitir o practicar cualesquiera diligencias, sino únicamente aquellas que se evidencien como pertinentes y relevantes a los fines pretendidos. Pero deberá continuar la tarea de investigación mientras, subsistiendo la sospecha fundada de la comisión de los hechos de que se ha tenido noticia y de su relevancia penal, resulte necesario profundizar en su indagación».

En este sentido, la sentencia establece que el canon reforzado del deber de investigación suficiente y eficaz en estos delitos incluye: a) agotar las posibilidades de investigación que se estimen necesarias; y b) impedir retrasos injustificados en el desarrollo de la instrucción que impida el éxito de la investigación y la eficaz protección de la presunta víctima.

«se entenderá debidamente colmado en tanto en cuanto, subsistiendo la sospecha fundada de delito, se practiquen otras diligencias de investigación que, complementando esos testimonios enfrentados de las partes unidas por una relación de afectividad, presente o pasada, permitan ahondar en los hechos descartando o confirmando aquella sospecha inicial.

[...]

[...] la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria» (FJ 3).



Ahora bien, el canon reforzado de protección no puede convertirse en una suerte de cheque en blanco a favor de la acusación particular para dilatar el procedimiento y retrasar el, en ocasiones, inevitable sobreseimiento. Mantener abierto un proceso de forma artificial puede tener una serie de consecuencias que, en no pocas ocasiones en el foro, están detrás de la solicitud de diligencias de investigación. Téngase presente, por ejemplo, que, como consecuencia de la sistémica falta de medios personales en la Administración de Justicia, los informes de las unidades de valoración pueden tardar meses en realizarse. Así, cuando de forma coetánea a un procedimiento penal por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual –o de cualquier otro procedimiento por violencia en la pareja íntima– se está tramitando un procedimiento de medidas paterno-filiales, la diferencia entre que se sobresea o no deviene fundamental, por ejemplo, para que se pueda aplicar o no el artículo 92.7 CC en relación con la custodia compartida de los hijos menores de edad<sup>577</sup>. De esta forma, el propio Tribunal llama a los jueces de instrucción a sopesar el posible ánimo fraudulento de la acusación particular.

«[...] el conflicto emocional que, con frecuencia, subyace a este tipo de denuncias ha de ser igualmente ponderado por el juez, sopesando cuantos detalles puedan evidenciar animadversión hacia la persona denunciada con el fin de diferenciar los supuestos en los que este sesgo denote posibles móviles espurios en la denuncia de aquellos otros en los que es la propia victimización la que genera sentimientos de odio, recelo, resentimiento, inseguridad o incluso miedo hacia el presunto agresor, sin empañar por ello la idoneidad del testimonio» (FJ 3).

En consecuencia, para que se aplique el canon reforzado en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de violencia doméstica, se hace imprescindible que, tras la primera declaración en sede de instrucción del denunciante y del denunciado, se sostenga la sospecha fundada de delito, sin que quepan automatismos en caso contrario.

---

<sup>577</sup> Sobre esta cuestión, *vid. supra*, pág. 172.



## 2. La acción popular

La acción popular está consagrada, junto con el Tribunal del Jurado, en el artículo 125 CE<sup>578</sup>. De esta forma, ambas instituciones son dos manifestaciones de la participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia que tienen un fundamento y desarrollo completamente independiente<sup>579</sup> y que ostentan –como cualquier derecho o institución reconocida constitucionalmente– una doble protección: por un lado, su derogación necesitaría de una reforma constitucional<sup>580</sup>; y, por otro lado, la acción popular es considerada por el Tribunal Constitucional como un derecho fundamental, entendido como derecho de acceso a la jurisdicción, en aquellos casos en los que está prevista por la ley<sup>581</sup>.

En la definición de Gimeno, la acción popular es

«un derecho constitucional, cívico y activo, perteneciente a la esfera del «*status civitatis*», según la clásica sistematización de los derechos subjetivos, conforme al cual se le concede al ciudadano no ofendido por el delito el ejercicio de la función pública de la acusación a fin de obtener la reintegración del ordenamiento jurídico perturbado por la comisión del delito»<sup>582</sup>.

Más allá de la previsión de la acción popular en los procesos penales del artículo 125 CE, la acción popular no ha sido objeto de desarrollo legislativo, salvo el trasunto del precepto constitucional del artículo 101 LECrim, la exigencia de presentar querrela (art. 270 LECrim<sup>583</sup>) y de prestar fianza (art. 280 LECrim<sup>584</sup> en relación con las

<sup>578</sup> «Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales».

<sup>579</sup> En ese sentido, no compartimos las opiniones de quienes defienden que la acción popular se concibe como una vía de participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia complementaria al Tribunal del Jurado. CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales...*, *óp. cit.*, pág. 32.

<sup>580</sup> No debe confundirse la derogación constitucional de la acción popular con la posibilidad de que el legislador opte por no incluirla en ningún proceso penal. Sobre esta cuestión, *vid. infra*, pág. 255.

<sup>581</sup> *Vid. infra*, pág. 252.

<sup>582</sup> GIMENO SENDRA, V., «Qué hacer con la acción penal popular», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 14, Madrid, junio de 2010, págs. 60-64, cita en pág. 60.

<sup>583</sup> «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el artículo 101 de esta Ley». El acusador popular, por tanto, y a diferencia de lo previsto para el acusador particular, no puede hacer una mera personación sin formulación de querrela, y sin que exista tampoco, por tanto, el denominado ofrecimiento de acciones por parte del órgano judicial instructor regulado en el artículo 109 LECrim. Sobre el ofrecimiento de acciones, *vid.* CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M., «El ofrecimiento de acciones a la víctima en el proceso penal», en VV. AA., *Estudios y Escritos en Homenaje al Prof. Gómez del*

exenciones del art. 281 LECrim<sup>585</sup>, y 20.3 LOPJ<sup>586</sup>)<sup>587</sup>. En definitiva, conforme al esquema de la LECrim, la acción popular no tiene un estatus propio, por lo que coincidimos con la doctrina que clasifica a la acción popular en la categoría de la acusación particular ya que, en palabras de Giménez Sánchez, «[e]ste «derecho» de ejercicio de la acción penal de los particulares reviste a su vez una doble modalidad: *Acción popular y acción particular* en el estricto sentido del término»<sup>588</sup>.

---

Castillo [*Liber discipulorum et amicorum*], Sevilla - Huelva, 2016, págs. 129-136; y GUTIÉRREZ GIL, A. J., «La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 1998, págs. 9-49.

584 «El particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el Juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio».

585 «Quedan exentos de cumplir lo dispuesto en el artículo anterior:

1.º El ofendido y sus herederos o representantes legales.

2.º En los delitos de asesinato o de homicidio, el cónyuge del difunto o persona vinculada a él por una análoga relación de afectividad, los ascendientes y descendientes y sus parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos del delincuente.

3.º Las asociaciones de víctimas y las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de las víctimas siempre que el ejercicio de la acción penal hubiera sido expresamente autorizado por la propia víctima.

La exención de fianza no es aplicable a los extranjeros si no les correspondiere en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad».

586 «No podrán exigirse fianzas que por su inadecuación impidan el ejercicio de la acción popular, que será siempre gratuita».

587 Por otro lado, el artículo 19.1 LOPJ establece que «[l]os ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular, en los casos y formas establecidos en la ley», si bien, en este caso – como se verá más adelante, *vid. infra*, pág. 256– el legislador utiliza en este caso el término «acción popular» para referirse, igualmente, a la «acción pública».

588 *Cfr.* GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *Pluralidad de partes en el proceso penal*, McGraw-Hill, Aravaca, 1998, pág. 36. En la misma línea, ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, s. p.; y aun mostrando el distinto fundamento, MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso...*, *óp. cit.*, pág. 84. Igualmente, MUERZA ESPARZA, J., en DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, 5ª ed., Madrid, 2002, pág. 147; y NEIRA PENA, A.-M., en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 113-114. Por otro lado, parte de la doctrina clasifica en categorías distintas a la acusación particular y a la acusación popular. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, págs. 218-221; CALAZA LÓPEZ, S., en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, págs. 61-62; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2019, pág. 109; ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, *óp. cit.*, págs. 97-98; BANACLOCHE PALAO, J., en BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho...*, *óp. cit.*, págs. 91-102; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., en ROBLES GARZÓN, J. A., y ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (coords.), *Lecciones breves de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 2017, pág. 40; MARTÍNEZ GARCÍA, E., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, pág. 88, y ASENCIO GALLEGOS, J. M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2017, pág. 44. Por último, hay quien ya se aleja del concepto *acusación particular* y, apartándose también del concepto *acusador privado*, distingue únicamente entre *víctima* y *acusación popular*. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, *óp. cit.*, pág. 126.

Tal y como la entendemos en la actualidad, la acción popular fue regulada por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en 1820 a través de la regulación de imprenta<sup>589</sup> e introducida durante el período codificador en la LECrim de 1882<sup>590</sup>, en buena medida, se afirma, por la inspiración del legislador español en el sistema de acusación inglés, de marcado carácter liberal<sup>591</sup>. Ahora bien, la acción popular en la que realmente se inspira nuestro sistema tiene su origen en la Atenas clásica de hace 2.500 años, y que se desarrolló en el periodo de la República romana como una acusación *quivis ex populo*<sup>592</sup>.

<sup>589</sup> GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 104.

<sup>590</sup> Para el proceso codificador de la acción popular en España durante el siglo XIX, *vid.* PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, págs. 55-117.

<sup>591</sup> OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, pág. 33. Ahora bien, el legislador español decimonónico parece no entender bien el sistema inglés, en la medida en la que en Inglaterra no hay realmente una acción popular tal y como la entendemos en España. En el ordenamiento inglés, cuando un ciudadano ejerce la acción penal lo hace en nombre de la Corona, por lo que queda desplazado cuando ésta decide ejercer por sí misma la acusación a través de sus órganos, como el *Atorney-General* y *Director of Public Prosecutions*. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008, págs. 155-156. Es más, resulta llamativo que mientras en España se apostaba por la acción popular, casi de forma coetánea (1879) se creaba en Inglaterra la Oficina del *Director of Public Prosecutions*, en buena medida porque se cuestionó el sistema de persecución penal por parte de la ciudadanía establecido hasta mediados del siglo XIX. De interés, CUADRADO SALINAS, C., *La investigación en el proceso penal*, *óp. cit.*, págs. 41-48.

<sup>592</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «*Actio popularis* y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana», en VV. AA., *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica: Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018. Tomo I*, BOE, págs. 83-89, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/otras\\_publicaciones/actas\\_congreso\\_academias\\_juridicas\\_iberoamerica\\_10.php](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/otras_publicaciones/actas_congreso_academias_juridicas_iberoamerica_10.php) [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 84. Téngase presente que la actual distinción entre pena y resarcimiento –es decir, entre el injusto penal y el civil– era desconocida en esas etapas históricas puesto que al interés en la persecución del delito se le reconocía únicamente un carácter privado. En consecuencia, en un primer momento, la acusación quedó a disposición del particular ofendido y de su familia, aunque en un breve espacio de tiempo la legitimación fue ampliándose hasta que de la acción privada se pasa a la acción pública. GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el...*, *óp. cit.*, pág. 91. Para los antecedentes históricos de la acción popular hasta el período codificador del siglo XIX, en general, *vid.* PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, pág. 6-198; y OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, págs. 29-32. De interés, además, para los primeros textos legislativos de la humanidad y el Derecho romano, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La *actio popularis* romana como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, s. p.; GARCÍA FALCONI, R. J., y LARENAS CORTEZ, M., «Los albores del Derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas», en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 37, n.º 102, junio de 2016, págs. 69-82, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4655> [u. a. 09/06/2021]; LARA PEINADO, F. (trad.), *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1986; y LOZANO Y CORBÍ, E., *La legitimación popular en el Proceso romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1982. Desde la Edad Media hasta principios del siglo XIX, ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982.

La acusación particular –ya sea la ejercida por los ofendidos o perjudicados, o por los no ofendidos– tiene una cierta contestación en la actualidad, apostándose por el sistema de acusación en régimen de monopolio por el Ministerio Fiscal<sup>593</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que la atribución del *ius puniendi* del Estado en forma monopolística al Ministerio Público es una opción «que caracteriza al derecho penal moderno» y ello con el único argumento –ciertamente vago– de que en el derecho comparado se apuesta por un sistema más restrictivo<sup>594</sup>. En sentido contrario, nos posicionamos con los que, como Fuentes Soriano, defienden la vigencia de nuestro sistema acusatorio y de las distintas formas de ejercicio y mantenimiento de la acción penal que «no sólo deben mantenerse sino que son perfectamente compatibles con la existencia de un derecho procesal penal moderno»<sup>595</sup>. Aún más, la modernidad o no del derecho procesal –o de cualquier otra rama del ordenamiento jurídico– no depende de que determinadas instituciones –como la acción popular– estén reguladas en más o menos países. Como brillantemente afirma Ochoa Monzó,

---

<sup>593</sup> LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal...*, *óp. cit.*, págs. 63-64. Se señala que la presencia de los acusadores particulares puede, entre otras consecuencias, generar dilaciones en el procedimiento. «La entrada de la acusación particular supone una automática dilación del procedimiento y, ha de afirmarse, que la pretensión real —en numerosas ocasiones— es meramente económica. La supresión de esta institución, coadyuvaría generosamente a la celeridad de los procedimientos y, ciertamente, ha de afirmarse que el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva se halla a salvo con la protección otorgada por el Ministerio Público a la que se encuentra obligado en virtud de su carácter de promotor de la Justicia». *Cfr.* GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, *óp. cit.*, pág. 345. En este sentido, también se apunta a que la acción popular «es uno de los elementos que pueden servir en ocasiones para sobrecargar el funcionamiento de la Administración de Justicia», además de que «perjudica la introducción de mecanismos de justicia reparadora». *Cfr.* CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal: Cambios necesarios*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, octubre de 2010, pág. 51. En nuestra opinión, no obstante, los fundamentos de la acción penal no oficial anteriormente descritos –participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia y control de la actuación del Ministerio Fiscal–, compensan todas estas salvedades, especialmente la posible concurrencia de trámites solicitados por los acusadores particulares que pudieran hacer temporalmente más extensa cualquier fase del procedimiento, situación que, en ningún caso, estimamos como dilaciones. De interés, GÓMEZ COLOMER, J.-L., «Acción particular, acción popular y sobrecarga...», *óp. cit.*

<sup>594</sup> «sin poner en duda la institución reconocida en el art. 125 CE, las excepciones al ejercicio de la acción popular no tienen aptitud para comprometer el carácter de Estado democrático de Derecho que le atribuyen los recurrentes. Si se observa el derecho procesal de las democracias europeas se comprobará que la tendencia legislativa es sumamente restrictiva, [...]. Ello es consecuencia de la atribución del *ius puniendi* al Estado en forma monopolista que caracteriza al derecho penal moderno». *Cfr.* STS, Sala de lo Penal, 1045/2007, de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:2007:8025], FD 1º.

<sup>595</sup> FUENTES SORIANO, O., «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», en *Fundación Alternativas, Documento de trabajo 16/2003*, disponible en <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-ministerio-fiscal-consideraciones-para-su-reforma> [u. a. 09/06/2021], pág. 34.

«[q]ue España no siga los modelos europeos continentales no parece un demérito, antes al contrario tal vez debiera ser visto como un mérito de nuestro sistema, en especial por lo que se refiere a la acción popular. Sabido es que cada ordenamiento constituye fiel reflejo de sus propias tradiciones y la acción popular no es sino la traducción de esta máxima. Y no siempre lo propio es malo ni desechable, al menos no debe ser así en lo referente a la institución de la acción popular»<sup>596</sup>.

En definitiva, hacemos nuestras las palabras de Almagro Nosete, quien de forma no menos brillante afirma que la acción popular «es un hermoso lujo del Derecho a cuya consecución debe de tenderse como expresión máxima del reconocimiento de la «mayoría de edad» ciudadana»<sup>597</sup>.

### 2.1. La acción popular y los derechos fundamentales

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de dictar una prolija doctrina respecto de la acción popular desde sus primeras resoluciones<sup>598</sup>. Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, dos son las cuestiones que se revelan fundamentales. Por un lado, la incardinación de la acción popular en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y su consideración como derecho de configuración legal.

<sup>596</sup> Cfr. OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», *óp. cit.*, pág. 114. En sentido contrario, afirma Pedraz Penalva que «no cabe pretexto, ya de la insuficiencia de la Justicia o de alguno de sus decisivos operadores como el Ministerio Fiscal, ya de la necesidad ideológica y utópicamente defendida de su popularización/democratización, y aún de su españolidad, para mantener «a contrapelo» institutos como el de la acusación popular». Cfr. PEDRAZ PENALVA, E., Prólogo a PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. XXI-XVI, cita en pág. XXIV.

<sup>597</sup> Cfr. ALMAGRO NOSETE, J., «La «acción popular» ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 12, 1981, págs. 65-84, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8133> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 65.

<sup>598</sup> Las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se nombra a la acción popular no se refieren, en puridad, a la acción penal popular, sino que se utiliza el término para descartar una pretendida *acción constitucional popular*. Así, se niega la legitimación de los ciudadanos para interponer un recurso de inconstitucionalidad (ATC, Sección Segunda, 6/1981, de 14 de enero [ECLI:ES:TC:1981:6A], FJ 2); y para interponer un recurso de amparo contra una decisión en un proceso electoral cuando el particular recurrente en amparo no es el interesado (ATC, Sección Tercera, 399/1982, de 15 de diciembre [ECLI:ES:TC:1982:399A], FJ Único). De interés, para la acción popular en la jurisdicción constitucional, ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, *óp. cit.*, págs. 213-234.



### 2.1.1. La acción popular como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

La consagración constitucional de la acción popular en el artículo 125 CE, muy alejado sistemáticamente de los artículos de la Constitución donde se regulan los derechos fundamentales (Capítulo II del Título I), nos llevaría a la conclusión provisional de que se trata de un derecho constitucional pero no de un derecho fundamental<sup>599</sup>. Sin embargo, en la medida en la que la acción popular actúa en el proceso penal como parte acusadora, deviene titular –junto con la acusación particular– del derecho al proceso y, en consecuencia, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE<sup>600</sup>.

El nexo de unión entre el artículo 125 CE y el 24.1 CE y que, por tanto, permite el control constitucional de la vulneración del *ius ut procedatur* es la concepción abstracta de la acción<sup>601</sup>, si bien, el Tribunal Constitucional no ha sido constante en su doctrina. En una primera línea interpretativa, dictada con ocasión del conocido como *caso del síndrome tóxico o del aceite de colza*<sup>602</sup>, no se exigía al actor popular la titularidad «de un interés legítimo y personal» (FJ 2). Aplicando la doctrina al caso concreto<sup>603</sup>, afirmaba el Tribunal que

«el bien jurídico protegido en los delitos de riesgo en general contra la salud pública es el bien común en que la misma consiste que se refleja en definitiva en la salud de los ciudadanos por lo que estamos en los supuestos en que la defensa del bien común es la forma de defender el interés personal» (FJ 2).

Esta fórmula de reconducir la acción popular al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva es la que más se compadece con el fundamento del citado derecho. Si

<sup>599</sup> «la expresión derechos fundamentales es, en principio, aplicable a los reconocidos en el Capítulo segundo del Título I y que, según el art. 53.2. CE gozan de la protección especial del recurso de amparo. Consecuentemente, el derecho del art. 125 no sería un derecho fundamental, aunque quien ejerza el derecho de la acusación popular tenga como parte procesal los derechos que la constitución les acuerda como tales, especialmente el del art. 24.1 CE». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 1045/2007, de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:2007:8025], ponente: Enrique Bacigalupo Zapater, FD 1º. Vid. *supra*, pág. 239.

<sup>600</sup> LATORRE LATORRE, V., *Acción popular / acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 13.

<sup>602</sup> STC, Sala Primera, 62/1983, de 11 de julio [ECLI:ES:TC:1983:62], ponente: Rafael Gómez-Ferrer Morant.

<sup>603</sup> La acción se ejerció por los delitos contra la salud pública (arts. 346 y 348 CP entonces vigente), y por el de imprudencia temeraria (art 565 CP).

la acción popular es un «*ius ut procedatur*», y este ius está incardinado en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, poner cortapisas al ejercicio de la acción popular es limitar el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>604</sup>. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en una segunda línea interpretativa iniciada con ocasión del *caso Secretario del Ayuntamiento de Moguer*, conceptualizó la acción popular no como una manifestación del derecho de acción, sino como un derecho de carácter procesal, objeto o fin de la tutela, que se identifica con los derechos e intereses legítimos de carácter sustantivo que deben ser tutelados por los jueces. Así, afirmó el Tribunal que

«esta reconducción del contenido del art. 125 de la Constitución el enunciado del art. 24 de la Ley Fundamental, mediante la que se intenta busca para aquél la protección del amparo constitucional, que sólo para los derechos consagrados en los arts. 14 a 30 ha sido instituida, descansa a su vez en una identificación entre el derecho procesal en el que la acción pública o popular consiste con los derechos o intereses legítimos de carácter sustantivo para los que, en el entendimiento común, se garantiza la tutela judicial efectiva»<sup>605</sup>.

Al entender que la acción popular no es una manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción, sino que es objeto o fin de la misma, las posibilidades de amparo quedan reducidas a los supuestos de resoluciones puramente arbitrarias o

<sup>604</sup> Nos posicionamos así con Cruz Villalón, quien afirmó –refiriéndose a esta primera línea interpretativa del Tribunal Constitucional– que «[l]a primera y más antigua de ellas, la más directa, es también la más auténtica, en lo que tiene de asunción de que la acusación popular (art. 125 C.E.) constituye una más de las acciones en las que toma cuerpo el derecho a la tutela entendido como acceso a la jurisdicción: En palabras de la STC 34/1994, recogiendo una doctrina proclamada desde el primer momento, "la acción es ante todo el derecho a promover la actividad jurisdiccional" (fundamento jurídico 2º), lo que comprendería también a la acción popular como sujeto, cauce o instrumento de ese derecho. Entorpecer la acción popular sería, así, directamente, entorpecer el derecho fundamental mismo a la tutela judicial». Cfr. STC. Sala Primera, 154/1997, de 29 de septiembre [ECLI:ES:TC:1997:154], ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo, voto particular de Pedro Cruz Villalón, P. 3. En el mismo sentido, PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, pág. 214; y Gimeno, para quien la acción popular «es un verdadero derecho de acción y, como tal, asiste a todas las personas, sean físicas o jurídicas [...], pero lo que le caracteriza es el ser una acción *quavis ex populo*, es decir, que cualquier ciudadano, por el mero hecho de estar en plenitud del goce de sus derechos, puede ejercitarla, sin que tenga que alegar en el proceso la vulneración de algún derecho, interés o bien jurídico protegido que se encuentre dentro de su esfera patrimonial o moral». Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, *óp. cit.*, pág. 83. Para el concepto de interés directo, *vid.* BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995. Para la defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal, *vid.* PÉREZ TORTOSA, F., «La defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., y FERREIRO BAAMONDE, X. (dirs.), y NEIRA PENA, A. M. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la Sociedad Globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 627-639.

<sup>605</sup> STC, Sala Segunda, 147/1985, de 29 de octubre [ECLI:ES:TC:1985:147], ponente: Francisco Rubio Llorente, FJ 3.



manifiestamente erróneas. En definitiva, se desnaturaliza por completo la institución de la acción popular y, para qué negarlo, el derecho a la jurisdicción<sup>606</sup>.

Finalmente, el Tribunal Constitucional pareció integrar ambas líneas interpretativas con ocasión del *caso Asociación naturalista Elanio Azul*, estableciendo que la titularidad del derecho al proceso penal difiere entre el acusador particular y la acción popular, puesto que,

«[a]un cuando en el momento actual no existe duda de que tanto la acción particular como la acción popular integran el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 108/1983, 115/1984, 147/1985 y 137/1987), su fundamento constitucional es diferente. Mientras que el acusador popular tiene una legitimación derivada del art. 125 C.E. y no precisa afirmar que es el ofendido por el delito para que se le reconozca el derecho a ejercitar la acción penal, la legitimación del acusador particular deriva directamente del art. 24.1 C.E. en cuanto que perjudicado por la infracción penal»<sup>607</sup>.

Así, como deja sentado el Tribunal<sup>608</sup>, para que el ejercicio de la acción popular quede amparado por el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE deviene imprescindible que la defensa del interés común sea igualmente útil para defender un interés legítimo y personal.

«para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 C.E. en su dimensión procesal y para que las resoluciones recurridas puedan examinarse desde el canon más favorable que protege el acceso al proceso (STC 160/1997), es necesario que la defensa del interés común sirva además para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación particular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo. El cual, en muchos casos,

<sup>606</sup> Para Cruz Villalón, con quien seguimos de acuerdo, esta segunda línea doctrinal supone «la vía indirecta e, incluso, retorcida». Cfr. STC, Sala Primera, 154/1997, de 29 de septiembre [ECLI:ES:TC:1997:154], ponente: Álvaro Rodríguez Bereijo, voto particular de Pedro Cruz Villalón, P. 3. Ahora bien, para Gimeno –con el que, en este punto, no coincidimos–, la arbitraria inadmisión de una querrela interpuesta por el ofendido o el perjudicado siempre conlleva la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva mientras que el acusador popular no puede acudir al recurso constitucional de amparo, ya que ostenta un «derecho constitucional» pero no «fundamental». GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» y «ATUTXA»», en *Diario La Ley*, nº 6970, 18 de junio de 2008, s. p.

<sup>607</sup> Cfr. STC, Sala Segunda, 34/1994, de 31 de enero [ECLI:ES:TC:1994:34], ponente: Eugenio Díaz Eimil, FJ 2.

<sup>608</sup> STC, Sala Segunda, 50/1998, de 2 de marzo [ECLI:ES:TC:1998:50], ponente: José Gabaldón López.

podrá resultar del que como bien subjetivo se encuentra subsumido en el interés general que se defiende, siempre que ello sea apreciable y subjetivamente defendible» (FJ 4).

En definitiva, para el Tribunal Constitucional –concluye en la sentencia– si no se acreditara ese interés legítimo y personal, la acción popular no tendría la plena protección como derecho a la jurisdicción.

«Debe, pues, concluirse que la acción popular ejercitada únicamente podía acogerse a la protección del art. 24.1 C.E. en su dimensión material cuya protección únicamente abarca la genérica proscripción de las resoluciones puramente arbitrarias o manifiestamente irrazonables o incursas en error patente (STC 148/1994)» (FJ 5).

Esta doctrina no culmina plenamente el diseño constitucional de la acción popular, en la medida en la que el artículo 125 CE otorga al ciudadano no ofendido por el delito la participación en la Administración de Justicia sin ningún otro requerimiento que la de ser ciudadano, sin que deba alegar ni acreditar cualquier otro interés<sup>609</sup>.

#### 2.1.2. *La acción popular como derecho de configuración legal*

Que el Tribunal Constitucional, con más o menos restricciones, haya incardinado la acción popular en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no significa que exista un derecho incondicionado a la acción popular susceptible de amparo constitucional. Así, el Tribunal Constitucional ha afirmado que

«una cosa es que una concreta ley procesal dé entrada a la acción popular, y que una vez consagrada por la ley la existencia de tal acción ésta pueda relacionarse con el derecho de tutela judicial efectiva, integrarse en su contenido, y beneficiarse de sus medios constitucionales de garantía (recurso de amparo); y otra diferente, que exista un imperativo constitucional en virtud del cual toda ley procesal penal deba dar entrada a dicha acción, como exigencia del contenido esencial del derecho fundamental de tutela judicial efectiva. Es preciso diferenciar, pues, en un plano conceptual entre el problema de la existencia legal de la acción popular y el de su ejercicio una vez existente»<sup>610</sup>.

En definitiva, la doctrina constitucional ha definido a la acción popular como un *ius ut procedatur* que se puede invocar en sede de amparo cuando una determinada ley

<sup>609</sup> En el mismo sentido, OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», *óp. cit.*, págs. 125-126.

<sup>610</sup> *Cfr. STC, Sala Segunda, 64/1999, de 26 de abril [ECLI:ES:TC:1999:64], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 2.*

la haya previsto y, pese al cumplimiento de los requisitos y límites que esa misma ley haya impuesto–, se impida a la acción popular el acceso al proceso en calidad de parte acusadora. Así, la facultad que el artículo 125 CE otorga a los ciudadanos no ofendidos por el delito para ejercer la acción popular «en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine» implica que únicamente existirá la posibilidad de su ejercicio en aquellos procesos en los que la institución haya sido reconocida expresamente por el legislador ordinario, o, lo que es lo mismo, la acción popular es un derecho constitucional de configuración legal.

A partir de este planteamiento inicial, varias son las cuestiones que merecen nuestra atención. En primer lugar, estimamos necesario establecer si la acción popular del artículo 125 CE podría regularse más allá del proceso penal. A nuestro entender la respuesta debe ser negativa, por cuanto el precepto constitucional establece para la acción popular y para el Tribunal del Jurado la restricción «respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine». En ese sentido, el Tribunal Supremo ha afirmado que la acción popular es una institución «sin sustantividad propia en nuestro derecho, salvo en el ámbito del derecho penal»<sup>611</sup>. Ahora bien, el artículo 19.1 LOPJ establece que los ciudadanos de nacionalidad española podrán ejercer la acción popular «en los casos y formas establecidos en la Ley». Esta apelación a «la Ley» debe quedar circunscrita a las normas jurídicas que regulan los distintos procesos penales y, en ningún caso, significa que exista una habilitación al legislador para regular la acción popular en cualquier rama del ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativa, etc.)<sup>612</sup>.

No obstante, en el proceso contencioso-administrativo se ha regulado una figura análoga a la acción popular<sup>613</sup>, sin embargo –y aunque se le denomine igualmente

<sup>611</sup> Cfr. STS, Sala de lo Civil, 313/1994, de 8 de abril [ECLI:ES:TS:1994:2313], ponente: Eduardo Fernández-Cid de Temes, FD 4º. En este sentido, en un asunto en el que una tercera poseedora de un bien hipotecado interesó la nulidad de un procedimiento de ejecución hipotecaria, concluyó el Tribunal Supremo que «[l]a nulidad de actuaciones judiciales no puede convertirse en una especie de acción popular que legitime a cualquier tercero para pretenderla para velar por la pureza del procedimiento judicial». Cfr. STS, Sala de lo Civil, 464/2000, de 3 de mayo [ECLI:ES:TS:2000:3594], ponente: Antonio Gullón Ballesteros, FD 1º.

<sup>612</sup> En sentido contrario, OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, pág. 19.

<sup>613</sup> De interés, REGO BLANCO, M. D., *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/presidenciaadministracionpublicaeinterior/consejeria/adscripciones/iaap/servicios/publicaciones/detalle/79039.html> [u. a. 09/06/2021]; y TESO GAMELLA, M. P.,

*acción popular*–, solo haciendo una interpretación muy extensiva del concepto de acción popular podría afirmarse que las normas reguladoras de la acción administrativa popular traen causa del artículo 125 CE<sup>614</sup>. Por tanto, estamos ante una de las manifestaciones de lo que, en palabras de Pérez Gil, es una «tendencia generalizada a utilizar indistintamente las expresiones «acción pública» y «acción popular», tanto por el legislador como por los Tribunales y la doctrina»<sup>615</sup>. A este respecto, incluso en el marco normativo del proceso contencioso-administrativo encontramos estas manifestaciones. Por un lado, en la LJCA se hace referencia a la «acción popular»<sup>616</sup>, mientras que, en las leyes sectoriales, así como la LO del Tribunal de Cuentas, el legislador hace referencia a la «acción pública»<sup>617</sup>. En definitiva, la acción popular reconocida en el artículo 125 CE es, únicamente, la acción penal popular.

---

«Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales», en *CDP. Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 36, enero-abril de 2009, págs. 71-89, disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9935> [u. a. 09/06/2021]. Por otro lado, existen en materias ajenas al Derecho penal figuras análogas a la acción popular, como la legitimación de las asociaciones de usuarios y consumidores en el proceso civil o la de los sindicatos en el proceso laboral. De interés, GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2009; GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999; SIGÜENZA LÓPEZ, J., «La tutela de los terceros en el proceso civil a través del instituto de la intervención procesal», en VV. AA., *Las partes. Problemática Procesal*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 99-136; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Edisofer, Madrid, 2005; ORTIZ LALLANA, M. C., *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, Consejo Económico y Social, 1ª ed., Madrid, 1994; y PÉREZ TORTOSA, F., «La defensa de los intereses supraindividuales en los procesos civil y laboral del ordenamiento jurídico español», en *Actas del XIV. International Association of Procedural Law World Congress on Procedural Justice*, Heidelberg, julio de 2011, disponible en <http://iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/Paper%20-%20Perez.pdf> [u. a. 09/06/2021].

<sup>614</sup> LATORRE LATORRE, V., *Acción popular / acción colectiva*, *óp. cit.*, pág. 76.

<sup>615</sup> PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, pág. 221.

<sup>616</sup> Artículo 19.1 h) LJCA por el que está legitimado ante el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo «[c]ualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes».

<sup>617</sup> Artículo 8º. 2 Ley del Patrimonio Histórico Español, que establece que «[s]erá pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos el cumplimiento de lo previsto en esta Ley para la defensa de los bienes integrantes del Patrimonio Histórico Español»; Artículo 109.1 Ley de Costas, que regula que «[s]erá pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación». Artículo 62.1 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, que establece que «[s]erá pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás instrumentos de ordenación territorial y urbanística», Y artículo 47.3 LO del Tribunal de Cuentas, que regula que «[s]erá pública la acción para la exigencia de la responsabilidad contable en cualquiera de los procedimientos jurisdiccionales del Tribunal de Cuentas. En ningún caso se exigirá la prestación de fianza o caución, sin perjuicio de la responsabilidad criminal y civil en que pudiera incurrir el que ejercite la acción indebidamente».

En segundo lugar, incluso dentro del proceso penal, la acción popular debe estar reconocida legalmente. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha denegado el amparo ante quienes han pretendido personarse como acción popular en procesos en los que no está prevista, como en el proceso penal militar<sup>618</sup>, estableciendo, además, que las cuestiones relativas a si en una determinada ley se recoge o no la acción popular por aplicación supletoria de la LECrim corresponden al ámbito de la legalidad ordinaria y, por tanto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción y no al propio Tribunal Constitucional<sup>619</sup>. Igualmente, en el proceso penal de menores, no se prevé la acción popular «porque en estos casos el interés prioritario para la sociedad y para el Estado coincide con el interés del menor»<sup>620</sup>.

En tercer y último lugar, interesa señalar que el artículo 125 CE da la posibilidad, incluso debe ser inspirador, de la inclusión de la acción popular en los procesos penales, sin embargo, en ningún caso deviene una obligación para el legislador de incluir necesariamente supuestos de acción popular. Así, el Tribunal Constitucional afirma que

«[...] el análisis fundamental a acometer, es el de si existe un imperativo discernible ex art. 24 C.E., referido a la necesaria existencia de la acción popular, y es claro que, no haciéndose referencia alguna en ese precepto constitucional a dicha concreta acción, no es posible localizar en él tal imperativo, sin perjuicio de que, en su caso, pudiera buscarse éste en otro emplazamiento constitucional»<sup>621</sup>.

Si bien es cierto que la sentencia se refiere al ámbito del proceso militar, en nuestra opinión, esta ausencia de mandato imperativo es aplicable, igualmente, al proceso penal en la jurisdicción ordinaria. Por un lado, no existe ningún límite acerca del estatuto normativo que el legislador estime por conveniente para el ejercicio de la acción popular<sup>622</sup>. Por otro lado, esta ausencia de mandato constitucional imperativo

<sup>618</sup> STC, Sala Segunda, 64/1999, de 26 de abril [ECLI:ES:TC:1999:64], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas; STC, Sala Segunda, 81/199, de 10 de mayo, [ECLI:ES:TC:1999:81], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas; y STC, Sala Segunda, 280/2000, de 27 de noviembre [ECLI:ES:TC:2000:280], ponente: Rafael de Mendizábal Allende.

<sup>619</sup> STC, Sala Segunda, 64/1999, de 26 de abril [ECLI:ES:TC:1999:64], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 5.

<sup>620</sup> *Cfr.* Exposición de Motivos de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, P. 8.

<sup>621</sup> STC, Sala Segunda, 64/1999, de 26 de abril [ECLI:ES:TC:1999:64], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 5.

<sup>622</sup> En sentido contrario, se ha afirmado que el legislador ordinario puede regular el contenido, extensión y ámbito de la acción popular, con el único límite de «no poder vaciar de contenido el

significa que el artículo 125 CE queda reducido –a este respecto– a una mera autorización al legislador ordinario para establecer la acción popular en los procesos penales, por lo que, en todo caso, tan constitucional sería la inclusión de nuevos supuestos de acción popular –por ejemplo, en el proceso militar o en el proceso de menores– cuanto la supresión de la regulada en la actualidad en el proceso penal *de adultos*<sup>623</sup>.

## 2.2. *Ámbito objetivo y subjetivo de la acción popular*

Como se ha tenido ocasión de señalar anteriormente<sup>624</sup>, la acción popular no está regulada en la LECrim más que como una serie de excepciones en el ámbito de la regulación ordinaria para la acusación particular globalmente considerada. Estas manifestaciones son la exigencia de presentar querrela y de prestar fianza y el régimen para el ejercicio de la acción penal por las personas físicas establecido en los artículos 102 y 103 LECrim. De esta forma, y como señala Nieva Fenoll, «la aplicación de la figura ha dependido de lo que ha ido diciendo la jurisprudencia a lo largo de los años, apoyándose, aunque no siempre o no propiamente, en preceptos legales»<sup>625</sup>. En las siguientes páginas, vamos a hacer un análisis –si quiera somero– de las dos previsiones que interesan a los efectos de la presente investigación, a saber, el ámbito objetivo y el ámbito subjetivo de la acción popular.

---

núcleo esencial del derecho». Cfr. GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 23, 2009, págs. 317-331, disponible en <https://www.ehu.es/documents/1736829/2176697/24+Gimenez.pdf> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 319.

<sup>623</sup> En el mismo sentido, PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, págs. 216-217. En sentido contrario, Gimeno entiende que el artículo 125 CE sí es un mandato imperativo. «Aun cuando algunos autores hayan podido hablar de un pretendido carácter admonitivo del artículo 125 de la Constitución o afirmar que el Poder Legislativo es dueño de desarrollar o no su contenido, de la redacción literal del precepto constitucional no cabe duda alguna de que el titular del derecho en él establecido no lo es el Parlamento, sino los ciudadanos españoles que han de verse impedidos de su ejercicio en la medida en que el sujeto destinatario de aquella norma, las Cortes Generales, no decidan promulgar la correspondiente Ley Orgánica que haga realidad la participación popular en la Administración de Justicia». Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, *óp. cit.*, pág. 15.

<sup>624</sup> *Vid. supra*, pág. 247.

<sup>625</sup> Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, *óp. cit.*, pág. 131.



### 2.2.1. Delitos en los que puede personarse la acción popular

Ante el silencio de la LECrim, y conforme a la doctrina constitucional, la acción popular está prevista para los delitos públicos.

«Fuera de los supuestos de delitos semipúblicos y privados, en los que el ofendido o sujeto pasivo de la acción delictuosa ostenta, por razones de política criminal, el derecho a la no perseguibilidad del delito a través del monopolio del ejercicio de la acción penal, en los demás delitos públicos subsiste, como es sabido, en nuestro ordenamiento la acción penal popular consagrada en el art. 125 de la C.E.»<sup>626</sup>.

Ninguna duda hay acerca de que, en los delitos privados, no cabe el ejercicio de la acción popular en la medida en la que el ejercicio de la acción queda reservado al particular ofendido, hasta el punto de que el Ministerio Fiscal tampoco puede ejercer la acción penal<sup>627</sup>. Sin embargo, sí entendemos que sería posible el ejercicio de la acción popular en los delitos semipúblicos<sup>628</sup>. En estos delitos, el inicio del proceso se supedita a la previa denuncia por parte del ofendido. Ahora bien, coincidimos con Robles Garzón en que, una vez iniciado el proceso, el particular ofendido pierde la disponibilidad de la

<sup>626</sup> Cfr. STC, Sala Primera, 40/1994, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:1994:40], ponente: Vicente Gimeno Sendra, FJ 3.

<sup>627</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo ya afirmó que «en los delitos contra el honor -calumnia e injurias-, el párrafo tercero del artículo 467 del Código Penal exige para su punición, inexcusablemente y como requisito objetivo de procedibilidad, que medie querrela de la parte ofendida; se trata, pues, de infracciones de las llamadas privadas, que sólo son perseguibles a instancia de parte, en cuya incriminación no interviene el Ministerio Fiscal y respecto de las cuales, tal como prescribe el artículo 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no puede ejercitarse la acción popular gracias a estar reservada exclusivamente a la parte ofendida la persecución de tales delitos». Cfr. STS, Sala de lo Penal, de 16 de octubre de 1978 [ECLI:ES:TS:1978:3905], ponente: Luis Vivas Marzal, C 1º.

<sup>628</sup> En el mismo sentido, GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Notas en torno a la acción penal...», *óp. cit.*, pág. 742; MUÑOZ ROJAS, T., «Notas sobre la Jurisdicción y la Acción en el ámbito del proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1977, n.º 1, págs. 171-210, cita en pág. 206; GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *Pluralidad de partes en el proceso penal*, *óp. cit.*, págs. 40-41; TOMÉ GARCÍA, J. A., «La acción popular en el proceso penal: situación...», *óp. cit.*, pág. 290; y NEIRA PENA, A. M., y FERREIRO BAAMONDE, X., en NIEVA FENOLL, J., y BUJOSA VADELL, L., *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pág. 52. En sentido contrario, GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, *óp. cit.*, pág. 87; MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso...*, *óp. cit.*, págs. 82-83; MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, *óp. cit.*, pág. 111; y MARTÍNEZ GARCÍA, E., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, pág. 92.



pretensión, convirtiéndose esta en pretensión penal pública<sup>629</sup>, con lo que no habría inconveniente alguno para la personación del actor popular.

### 2.2.2. Sujetos legitimados para el ejercicio de la acción popular

El artículo 125 CE establece el derecho al ejercicio de la acción popular, con un carácter genérico, «a todos los ciudadanos». A partir de ahí, la doctrina constitucional ha ido delimitando la extensión del concepto, tanto para las personas físicas cuanto para las personas jurídicas.

#### 2.2.2.1. Personas físicas

No hay ninguna duda de que el término «ciudadanos» del artículo 125 CE incluye a las personas físicas. Ahora bien, dos son las cuestiones que merecen ser analizadas. El primero de estos aspectos es si el genérico concepto de «ciudadanos» incluye a los no nacionales. La solución la encontramos en el carácter limitado que se da al ámbito subjetivo en el artículo 19.1 LOPJ («[l]os ciudadanos de nacionalidad española»), y en los artículos 101 («[t]odos los ciudadanos españoles») y 270 LECrim («[t]odos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito»). Si –como hemos visto– la acción popular es un derecho de configuración legal, no hay ningún óbice desde el punto de vista constitucional para limitar el ejercicio de la acción popular únicamente a los ciudadanos españoles. En este sentido, el Tribunal Constitucional tuvo la ocasión de establecer –en lo que aquí interesa– que las previsiones legislativas no vulneran el artículo 125 CE, afirmando que «cualquiera que sea la interpretación que se haga del término “ciudadanos” empleado en el precepto constitucional, este término ha de comprender, como mínimo, a los ciudadanos particulares españoles, y a ese mínimo se ha atendido el legislador»<sup>630</sup>. En consecuencia, el texto constitucional ni limita ni

<sup>629</sup> ROBLES GARZÓN, J. A., «El acusador privado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1978, n.º 2-3, págs. 533-571, cita en pág. 549.

<sup>630</sup> Cfr. ATC, Pleno, 186/2009, de 16 de junio [ECLI:ES:TC:2009:186A], FJ 3. Aun compartiendo la decisión del Tribunal, estimamos de interés el voto particular formulado por el magistrado Pablo Pérez Tremps, quien señala que «no puede obviarse que este Tribunal ha conectado el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE) con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), afirmando que la acción popular constituye un medio de acceso a la jurisdicción (por todas, STC 311/2006, de 23 de octubre, FJ 2). Por ello, es obligado plantearse si los límites por razón de la nacionalidad que el legislador establece en los preceptos cuestionados, limitando la legitimación para el ejercicio de la acción popular a los españoles (art. 19.1 LOPJ y arts. 101 y 270 LECrim),

construye al legislador, por lo que la ampliación de la legitimación a los ciudadanos no nacionales es una cuestión, en todo caso, de política legislativa ordinaria.

El segundo de los aspectos con especial relevancia se manifiesta en las causas que excluyen de la legitimación a ciertas personas físicas impuestas por el legislador en los artículos 102 y 103 LECrim<sup>631</sup>. Conforme al artículo 102 LECrim, en primer lugar, se excluye del ejercicio de la acción popular a quienes no gocen «de la plenitud de los derechos civiles». Esta exclusión es equivalente a una falta de legitimación y, en consecuencia, no puede ser sustituida por medio de la representación legal y la asistencia<sup>632</sup>. En segundo lugar, se impide el ejercicio de la acción popular al que «hubiere sido condenado dos veces por sentencia firme como reo del delito de denuncia o querrela calumniosas»<sup>633</sup>. El fundamento de esta limitación se sitúa en la desconfianza

---

suponen un exceso por ir más allá de los márgenes determinados en el art. 53.1 CE, en relación con el contenido del art. 24.1 CE, cuando sus titulares son extranjeros.

3. Sobre este particular, se debe recordar que este Tribunal viene sosteniendo desde la STC 99/1985, de 30 de septiembre, que de la interpretación conjunta de los arts. 13.1 CE y 24 CE, se deriva que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva en idénticas condiciones que los españoles. Esa igualdad de trato implica que todos los extranjeros son titulares de los derechos procesales contenidos en el art. 24 CE, que se integran en el grupo de derechos que el Tribunal califica como imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 CE constituye fundamento del orden político español (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3). Además, tal como ha reiterado este Tribunal, esta conclusión se extrae “no sólo por la dicción literal del citado artículo (‘todas las personas’), sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el art. 10.2 CE, de conformidad con el art. 10 de la Declaración universal de derechos humanos, con el art. 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 y con el art. 14.1 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, textos en todos los cuales el derecho equivalente al que nuestra Constitución denomina tutela judicial efectiva es reconocido a ‘toda persona’ o a ‘todas las personas’, sin atención a su nacionalidad” (por todas STC 236/2007, FJ 12).

Por tanto, si no cabe establecer diferencia alguna entre nacionales y no nacionales en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), su disfrute en condiciones de igualdad debe incluir también el derecho de acceso a la jurisdicción, con el que se conecta el ejercicio de la acción popular (art. 125 CE)».

<sup>631</sup> Estos artículos son una clara manifestación de la ausencia en la LECrim de un estatuto diferenciado para la acusación particular en sentido estricto y para la acción popular. Por ejemplo, en el artículo 102 LECrim se enuncian las exclusiones con carácter general y, posteriormente, se dispone que aquellos que estén inmersos en las tres causas de exclusión sí podrán ejercer la acción penal cuando se trata de «delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines». Además, los incurso en las dos primeras excepciones, podrán ejercer la acción penal en los procedimientos derivados de «delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal». En definitiva, estas exclusiones no se establecen para la acusación particular, con lo que solo despliegan efectos respecto de la acción popular.

<sup>632</sup> OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, págs. 56-57; y LATORRE LATORRE, V., *Acción popular / acción colectiva*, *óp. cit.*, pág. 36.

<sup>633</sup> La acción típica se define en el artículo 456 CP. «1. Los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a alguna persona hechos que, de ser ciertos,

hacia quien ha demostrado anteriormente mala fe en el ejercicio de los institutos de la denuncia y de la acción penal. Así, y en palabras de Pérez Gil, «[a]quél que no es digno de credibilidad en el ejercicio del deber de denuncia o en la acusación, no debe ser merecer del depósito de confianza que, en tanto ejercicio de una función pública, supone poder deducir acusación»<sup>634</sup>. En tercer y último lugar, quedan excluidos del ejercicio de la acción popular los jueces y magistrados. En relación con esta causa de exclusión, entendemos que esta limitación es, en realidad, una causa de incompatibilidad. De esta forma, en los supuestos en los que se abandona de forma transitoria la condición de juez (*v. gr.*, una excedencia), no debe aplicarse ninguna restricción que traiga causa de su condición de titular de la potestad jurisdiccional, como sucede, igualmente, con la incompatibilidad para ejercer el derecho de sufragio pasivo prevista en el artículo 6.1 h) LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General<sup>635</sup>.

Estas restricciones quedan establecidas únicamente respecto de la acción popular, ya que los incursores en alguna de estas causas sí podrán ejercer la acción penal en cualquier delito –ya sea de naturaleza personal o patrimonial– en el que hayan sido –ellos o sus parientes cercanos– sujetos pasivos de la acción delictuosa. Igualmente, y respecto de las dos primeras causas, podrán ejercer la acción penal cuando el sujeto pasivo del delito sea una persona respecto de la que ostenten la guarda legal<sup>636</sup>.

Por otro lado, el artículo 103 LECrim<sup>637</sup> se constituye como una prohibición para ejercer la acción penal por delitos, en este caso, únicamente de naturaleza patrimonial –

---

constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación, serán sancionados: [...]».

<sup>634</sup> Cfr. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, pág. 384.

<sup>635</sup> En sentido contrario, se ha defendido que, en las situaciones como la excedencia no se pierde, en puridad, la condición de juez, por lo que el juez excedente no puede ejercer la acción popular. *Ibid.*, pág. 391.

<sup>636</sup> «Los comprendidos en los números anteriores podrán, sin embargo, ejercitar la acción penal por delito o falta cometidos contra sus personas o bienes o contra las personas o bienes de sus cónyuges, ascendientes, descendientes, hermanos consanguíneos o uterinos y afines.

Los comprendidos en los números 2.º y 3.º podrán ejercitar también la acción penal por el delito o falta cometidos contra las personas o bienes de los que estuviesen bajo su guarda legal».

<sup>637</sup> «Tampoco podrán ejercitar acciones penales entre sí:

1.º Los cónyuges, a no ser por delito o falta cometidos por el uno contra la persona del otro o la de sus hijos, y por el delito de bigamia.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, por la adopción o por afinidad, a no ser por delito o falta cometidos por los unos contra las personas de los otros». Esta previsión procesal debe conectarse con el artículo 268 CP, que en la redacción dada por la LO 1/2015, de 30

tanto en el ejercicio de la acusación particular cuanto de la acción popular— contra familiares. Cabe señalar, a este respecto, que el Tribunal Supremo ha establecido que la prohibición alcanza tanto a las personas físicas cuanto a las personas jurídicas que estén controladas por los parientes a los que la norma impide ejercer la acción penal ya que, de lo contrario, se estaría produciendo un fraude de ley<sup>638</sup>.

La previsión contenida en el artículo 103 LECrim tiene su fundamento —como se verá más adelante igualmente en relación con el artículo 416 LECrim<sup>639</sup>— en la opción legislativa por la que se privilegia la paz en la familia por encima del derecho de todos los miembros de esa familia al ejercicio de la acción penal. En palabras del Tribunal Supremo,

«[r]azones de política criminal aconsejan, en determinados supuestos, que el Estado condicione la efectividad del ius puniendi a la defensa de los intereses prevalentes de la sociedad y estima que, en cuanto se enfrenta a delitos de naturaleza privada o que afectan o se consuman entre parientes muy cercanos no tiene interés prioritario la persecución y castigo de esas actuaciones»<sup>640</sup>.

En nuestra opinión, esta opción legislativa no se justifica. Por un lado, cuando en un delito de naturaleza patrimonial los sujetos activo y pasivo del delito son parientes

---

de marzo, establece que «1. Están exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad.

2. Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito». Esta regulación constituye una excusa absoluta que impide la condena por delitos de naturaleza patrimonial entre parientes cuando la acción haya sido sostenida por quien no tenga la condición de pariente. De esta forma, el legislador limita el ámbito de aplicación y la eficacia del Derecho penal entre parientes en los delitos patrimoniales, situación que resulta contradictoria con la expansión del Derecho penal entre parientes en los delitos personales al que hemos hecho referencia anteriormente. *Vid. supra*, pág. 131. En el mismo sentido, COTILLAS MOYA, J. C., «El ejercicio de la acción penal entre familiares», en *La Ley Penal*, n.º 3, marzo de 2004, s. p.

<sup>638</sup> «[...] si el padre, teniendo prohibido ejercer acciones penales contra sus hijos, pudiera sortear la prohibición mediante la utilización de una sociedad con accionariado formado por familiares afectados por la misma prohibición, habría que entenderlo como un fraude de ley». *Cfr. STS, Sala de lo Penal, 238/2020, de 26 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:1309], ponente: Susana Polo García, FD 4º*. En el mismo sentido, anteriormente, *STS, Sala de lo Penal, 185/2012, de 14 de marzo [ECLI:ES:TS:2012:1798], ponente: Andrés Martínez Arrieta, FD 3º*.

<sup>639</sup> *Vid. infra*, pág. 299.

<sup>640</sup> *Cfr. STS, Sala de lo Penal, de 14 de marzo de 1990 [ECLI:ES:TS:1990:2374], ponente: José Antonio Martín Pallín, FD 2º*. En el mismo sentido, *STS, Sala de lo Penal, de 12 de junio de 1993 [ECLI:ES:TS:1993:12173], ponente: Enrique Ruiz Vadillo, FD 1º*.

cercanos, en principio, ya no habría paz familiar alguna que proteger. Por tanto, sería la comisión del delito y no el ejercicio de la acción penal derivada de ese delito lo que, de nuevo, en principio, rompería la paz familiar. Ahora bien, decimos *en principio*, porque tampoco nos parece acertado afirmar que, en todo caso, la comisión de un delito entre parientes –o el ejercicio de la acción penal– siempre tendrá como consecuencia la ruptura de la paz familiar. Piénsese, por ejemplo, en un hurto de 200 € o en una estafa cometida por un hermano toxicómano sobre otro para poder pagar una deuda derivada de su adicción. En estos casos, las circunstancias que rodean al caso pueden hacer que la paz familiar no se rompa. Aún más, puede ocurrir que, incluso la comisión de un delito, como, por ejemplo, la administración desleal de una empresa familiar, no devenga en la ruptura de una familia. En estos casos –como en la violencia en la pareja íntima–, los legítimos intereses familiares pueden hacer que la paz familiar no se rompa. Pero, es más, si la comisión del delito puede o no romper la paz familiar, por la misma razón, el ejercicio de la acción penal derivada de ese delito podrá, o no, romper la paz familiar.

De esta forma, lo verdaderamente relevante es que el legislador imponga una prohibición con el solo e hipotético objetivo de preservar una institución –la paz familiar– que –insistimos– puede o no, quedar rota por el ejercicio de la acción penal. Estamos, por tanto, ante una manifestación del paternalismo jurídico, en el que, como ya hemos afirmado anteriormente<sup>641</sup>, el Estado parte de un desconocimiento de los intereses subjetivos de los ofendidos. Nótese, además que, a diferencia de lo que sucede con el artículo 416 LECrim, en este caso, se trata de una prohibición –no una dispensa a una obligación–, por lo que esta opción legislativa deviene una expresión de la irrelevancia de la voluntad de los ofendidos por el delito patrimonial, en este caso, por el solo hecho de estar emparentado con el sujeto activo del delito.

Por otro lado, además, en la medida en la que defendemos que uno de los fundamentos de la legitimación para el ejercicio de la acción penal por parte de los particulares –sean o no ofendidos por el delito– es el control de la actuación del Ministerio Fiscal, en este caso, se estaría vedando esa posibilidad por el primer interesado, es decir, por el ofendido.

---

<sup>641</sup> Vid. *supra*, pág. 166.

### 2.2.2.2. Personas jurídicas

La personación de las personas jurídicas en el proceso penal como acción popular ha estado vedada de forma constante por el Tribunal Supremo<sup>642</sup>, que venía haciendo una interpretación literal de la norma, y por tanto, asimilando el concepto «ciudadano» al de persona física. No obstante, el Tribunal Constitucional vino a ampliar el concepto de ciudadano a los efectos de la legitimación para el ejercicio de la acción popular.

«[...] el pleno reconocimiento constitucional del fenómeno asociativo y de la articulación de entidades colectivas dotadas de personalidad, exige asumir una interpretación amplia de las expresiones con las que, en cada caso, se denomine al titular de los derechos constitucionalmente reconocidos y legislativamente desarrollados. En definitiva, si el término "ciudadanos" del art. 53.2 de la Constitución ha de interpretarse, por las razones señaladas, en un sentido que permita la subsunción de las personas jurídicas, no hay razón alguna que justifique una interpretación restrictiva de su sentido cuando dicho término se utiliza en el art. 125 o en la normativa articuladora del régimen legal vigente de la acción popular»<sup>643</sup>.

Esta posición del Tribunal Constitucional se mantiene inalterable<sup>644</sup>, por lo que no cabe ninguna duda de que, en la actualidad, las personas jurídicas ostentan la legitimación para el ejercicio de la acción popular. Esta ampliación nos parece adecuada en la medida en la que las personas jurídicas tienen más recursos que las personas físicas para el sostenimiento de la acción penal a lo largo de todo el proceso, por lo que esta ampliación viene, de alguna forma, a favorecer notablemente el ejercicio de la acción popular y, por tanto, la participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia<sup>645</sup>. Así, en palabras de Montero, «[l]os particulares de modo aislado es difícil

<sup>642</sup> Vid. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 258.

<sup>643</sup> Cfr. STC, Sala Segunda, 241/1992, de 21 de diciembre [ECLI:ES:TC:1992:241], ponente: Luis López Guerra, FJ 4.

<sup>644</sup> STC, Sala Segunda, 34/1994, de 31 de enero [ECLI:ES:TC:1994:34], ponente: Eugenio Díaz Eimil, FJ 3; STC, Sala Segunda, 50/1998, de 2 de marzo [ECLI:ES:TC:1998:50], ponente: José Gabaldón López, FJ 2. Igualmente, el Tribunal Supremo. STS, Sala de lo Penal, de 4 de marzo de 1995 [ECLI:ES:TS:1995:11076], ponente: Ramón Montero Fernández-Cid, FD 1º.

<sup>645</sup> Conforme al estudio empírico realizado por Oubiña Barbolla y Rey Morena tomando como muestra las sentencias de primera instancia dictadas por las audiencias provinciales de Madrid y Barcelona, solo un 6,06% de las acciones populares fueron ejercitadas por personas físicas, mientras que destacan el 54,5% de las personas jurídicas y el 39,39% de las personas jurídico-públicas. Cfr. OUBIÑA BARBOLLA, S., y REY MORENA, A., «Algunas reflexiones sobre el futuro de la Acción Popular: el ámbito subjetivo», en *Diario La Ley*, n.º 9670, 9 de julio de 2020, s. p.



que tengan el interés y los medios precisos para ejercitar la acción popular; ésta adquiere utilidad cuando se pone en manos de las asociaciones»<sup>646</sup>.

Frente a este aspecto positivo, debemos señalar que la ampliación de la legitimación a las personas jurídicas supone una importante inflación y la posibilidad de dar entrada en el proceso penal a intereses que, si bien no consideramos espurios, sí están muy alejados de los que se podrían defender en un proceso penal concreto, como sucede en los casos en los que los partidos políticos ejercen la acción popular contra otros partidos políticos por delitos, por ejemplo, de corrupción política y económica.

### 2.2.2.3. *Personas jurídico-públicas*

El Tribunal Constitucional ha reconocido, igualmente, la legitimación de las personas-jurídicos públicas para el ejercicio de la acción popular. No obstante, en un primer momento, se negó esta posibilidad, por cuanto entendía el tribunal que el término ciudadano no incluía, en ningún caso, a la administración pública. Así, en relación con el término ciudadano del artículo 125 CE, afirmaba el tribunal que

«este precepto constitucional se refiere explícitamente a “los ciudadanos”, que es concepto atinente en exclusiva a personas privadas, sean las físicas, sean también las jurídicas (a las que hemos extendido este concepto en las SSTC 34/1994, de 31 de enero, 50/1998, de 2 de marzo, 79/1999, de 26 de abril, entre otras), tanto por sus propios términos como por el propio contenido de la norma, que no permite la asimilación de dicho concepto de ciudadano a la condición propia de la Administración pública y, más concretamente, de los órganos de poder de la comunidad política»<sup>647</sup>.

Coincidimos plenamente con esta doctrina constitucional. Como ya hemos apuntado anteriormente, dos son los fundamentos de la acción popular. Respecto del primero, la participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia en defensa de la legalidad y del interés general, el poder ejecutivo –que se encarna a través de la administración pública–, ya cuenta con el Ministerio Fiscal para participar en el proceso penal y defender la legalidad y los intereses generales. Aún más, el nombramiento del

<sup>646</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso...*, óp. cit., pág. 81.

<sup>647</sup> STC, Sala Primera, 129/2001, de 4 de junio [ECLI:ES:TC:2001:129], ponente: Pablo Cachón Villar, FJ 4.



Fiscal General del Estado por parte del Gobierno se justifica en la medida en la que, así, se garantiza que el Ministerio Fiscal lleve adelante en el proceso penal la determinada política criminal que establezca el ejecutivo. En este sentido, y como señaló Montero con su habitual claridad, «[e]s absurdo que el interés público, que se defiende por el Fiscal, quiera tener otro defensor»<sup>648</sup>. En relación con el segundo fundamento de la acción popular, es decir, el control de la actuación del Ministerio Fiscal, resulta del todo ilógica que una administración pública se persone en el proceso penal para controlar al Ministerio Fiscal que, de alguna manera, depende de esa misma administración pública.

No obstante, el Tribunal Constitucional mutó su doctrina admitiendo la legitimación de las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular, precisamente, con motivo de un recurso de amparo interpuesto por la Generalitat Valenciana en un asunto de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>649</sup>. En este caso –y a diferencia de lo ocurrido en la citada sentencia de 2001– el tribunal considera decisivo el hecho de que, además de la normativa general establecida en la LECrim –que no prohíbe la personación de las personas jurídico-públicas–, existiera una regulación autonómica (la valenciana) que incluía la posibilidad de que la Generalitat pudiera personarse en un proceso penal como acción popular<sup>650</sup>. De esta forma, el Tribunal Constitucional vino a avalar la legitimación de las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular, siempre que haya una norma legal –estatal o autonómica– que lo establezca<sup>651</sup>.

<sup>648</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso...*, *óp. cit.*, pág. 81. En el mismo sentido, OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, pág. 168.

<sup>649</sup> STC, Sala Primera, 311/2006, de 23 de octubre [ECLI:ES:TC:2006:311], ponente: María Emilia Casas Baamonde. Esta doctrina se confirmó, posteriormente, en las STC, Sala Segunda, 8/2008, de 21 de enero [ECLI:ES:TC:2008:8], ponente: Eugeni Gay Montalvo, FJ 3; STC, Sala Primera, 18/2008, de 31 de enero [ECLI:ES:TC:2008:18], ponente: Pablo Pérez Tremps, FJ Único; y STC, 67/2011, de 16 de mayo [ECLI:ES:TC:2011:67], ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez, FJ 3.

<sup>650</sup> «La Conselleria con competencias en materia de mujer podrá proponer al Consell de la Generalitat el ejercicio de la acción popular, a través del Gabinete Jurídico de la Generalitat o de abogadas/os colegiadas/os, en los supuestos de agresiones físicas domésticas en los que se cause la muerte o lesiones graves a mujeres residentes en la Comunidad Valenciana». Cfr. artículo 36 de la Ley de les Corts Valencianes 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres.

<sup>651</sup> Coincidimos con Juan Sánchez en que, con esta doctrina, el Tribunal Constitucional no amplió en puridad el concepto de «ciudadano» del artículo 125 CE, sino que estableció «un cambio en el alcance de la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva de los entes públicos, que es el que permite finalmente otorgar el amparo en aquellas sentencias». Cfr. JUAN SÁNCHEZ, R., «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género:

Resulta llamativo que esta mutación se produjera, precisamente, con ocasión de un recurso de amparo derivado de un proceso por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Como atinadamente afirma Gómez Recio,

«existe una potentísima presión mediática que ensalza de forma acrítica cualquier medida por el solo hecho de ir dirigida a luchar contra la violencia de género. Al mismo tiempo que se ha generalizado el temor a ser acusados de tibios entre quienes estarían llamados a realizar el siempre necesario análisis sobre la utilidad y proporcionalidad de las medidas que se proponen.

Estas razones pesan, a nuestro parecer, de tal modo que nos atrevemos a sospechar que los argumentos del Tribunal Constitucional van por donde van, no porque indefectiblemente la aplicación del ordenamiento jurídico nos hubiera conducido a ellos, sino que son los que son por el tema al que van dirigidos»<sup>652</sup>.

Esta doctrina constitucional vulnera, en nuestra opinión<sup>653</sup>, la competencia exclusiva del Estado para regular la legislación procesal penal prevista en el artículo 149.1 6ª CE<sup>654</sup>, generando desequilibrios en el nivel de protección y de ejercicio de la acción popular en función de la Comunidad Autónoma en el que se cometa el delito<sup>655</sup>.

### 2.3. Propuestas de reforma de la acción popular (de lege ferenda)

La institución de la acción popular debe ser uno de los debates fundamentales en las discusiones sobre la necesaria y urgente reforma integral de la LECrim. No faltan en la doctrina las voces que apuestan por eliminarla del ordenamiento jurídico procesal

---

una grieta en el proceso penal español único», en *Diario La Ley*, n.º 6897, 5 de marzo de 2008, s. p. Igualmente de acuerdo, OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», *óp. cit.*, pág. 134.

<sup>652</sup> Cfr. GÓMEZ RECIO, F., «De cómo las administraciones compiten con el Ministerio Fiscal para ejercer la acusación en los delitos relacionados con la violencia de género», en *Diario La Ley*, n.º 7607, 8 de abril de 2011, s. p.

<sup>653</sup> En el mismo sentido, JUAN SÁNCHEZ, R., «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas...», *óp. cit.*, s. p; y KHALAF REDA, A., «La aplicación jurisprudencial de la acción popular», en *La Ley Penal*, n.º 144, mayo-junio de 2020, s. p.

<sup>654</sup> «1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:  
6.ª Legislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas».

<sup>655</sup> OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», *óp. cit.*, pág. 134.

penal<sup>656</sup>, si bien, parece que esta corriente de opinión tiene su origen, como de forma brillante expone Asencio,

«en la existencia de ciertos procesos penales frente a cargos públicos o personajes políticos y que busca la pura y simple impunidad, debe ser reputada como muy peligrosa en tanto limita las posibilidades de los ciudadanos de actuar frente al Estado en un país como España en el que el Ministerio Fiscal tiene una cierta dependencia del Gobierno. La acción popular tal y como está contemplada en nuestra legislación es una garantía frente a la inactividad del Ministerio Fiscal en aquellos casos en el que el mismo muestre pasividad ante delitos cometidos por personas integradas o relacionadas con el Poder Ejecutivo»<sup>657</sup>.

Aunque en páginas anteriores hemos defendido que la opción legislativa de eliminar la acción popular devendría perfectamente constitucional<sup>658</sup>, nos mostramos a favor de su pervivencia en la LECrim, si bien, debe dotarse a la institución de un estatuto propio dentro de la LECrim, regulándola de forma autónoma respecto del resto de partes acusadoras y, especialmente, de la acusación particular. De esta forma, valoramos de forma positiva que el ALECrím2020 contenga una regulación específica de la acción popular en la Sección 2ª (La acusación popular), del Capítulo VI (Las acusaciones), del Título II (Los sujetos del proceso penal), del Libro I (Disposiciones generales).

En las siguientes páginas hacemos, igualmente, una serie de propuestas de reforma respecto de las cuestiones que, por el interés que tienen a los efectos de esta investigación, han sido desarrolladas anteriormente.

a) *Ámbito objetivo limitado a los delitos en los que no exista ofendido o perjudicado*

Como hemos defendido anteriormente<sup>659</sup>, a nuestro juicio, los fundamentos de la acusación particular y de la acción popular son los mismos. Es decir, en ambos casos, se trata de ciudadanos que –ya sean o no ofendidos por el delito– participan en la

---

<sup>656</sup> Se ha afirmado que la supresión de la acción popular tendría fundamento «bien porque en la mayor parte de los casos permanece en el olvido más completo, mostrando su inutilidad, bien porque cuando aparece es injusta y puede resultar peligrosa». Cfr. LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal...*, *óp. cit.*, págs. 166-167.

<sup>657</sup> Cfr. ASENSIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, s. p.

<sup>658</sup> *Vid. supra*, pág. 258.

<sup>659</sup> *Vid. supra*, pág. 237.

Administración de Justicia y pueden tener como objetivo, además, controlar la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso. En este sentido, en los delitos en los que, por su naturaleza, existe un ofendido o perjudicado, entendemos que no debería aceptarse el concurso de la acción popular, y ello con independencia de que el ofendido o perjudicado se persone o no como acusador particular<sup>660</sup>. En nuestra opinión, esta es la mejor forma de garantizar la autonomía de la víctima en el ejercicio no oficial de la acción penal.

De esta forma, nos apartamos de la opción legislativa que apuesta por establecer un catálogo de delitos en los que sí se podría ejercer la acción popular<sup>661</sup>, prefiriendo, como hemos indicado, un elemento de carácter definitorio, cual es la ausencia de ofendidos o perjudicados.

*b) Subsidiariamente, en los que exista ofendido o perjudicado, la acción popular deberá tener el consentimiento de aquellos*

No obstante, si –con o sin catálogo de delitos– se acepta el ejercicio de la acción popular en los delitos en los que sí existan ofendidos o perjudicados, entendemos que el

---

<sup>660</sup> No compartimos, por tanto, la tesis de Nieva Fenoll, que entiende que en los delitos en los que se protegen exclusivos intereses generales y no hay víctimas es donde la acción popular no es necesaria «porque es en esos casos en los que el ministerio fiscal, como auténtico representante del interés general, parece el más adecuado para decidir si presentar o no la acusación». Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, *óp. cit.*, pág. 132. Si uno de los fundamentos de la acción popular es el control de la actuación del Ministerio Fiscal, en los delitos en los que no hay ofendidos, la única figura legitimada para realizar ese control debe ser la acción popular. La opción por la que se decanta Nieva Fenoll no es más que una autopista hacia un ejercicio *incontrolado* de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal.

<sup>661</sup> Artículo 122.1 ALECRim2020. «1. La acción popular podrá ejercitarse en relación con los siguientes delitos:

- a) Delitos contra el mercado y los consumidores de los artículos 281 a 285 ter del Código Penal siempre que, de acuerdo con el artículo 287.2 del mismo texto legal, afecten a los intereses generales.
- b) Delitos de financiación ilegal de partidos políticos del Título XIII bis del Código Penal.
- c) Delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente de los artículos 319 a 323, 325 a 330 y 332 del Código Penal.
- d) Delitos de cohecho de los artículos 419 a 427 bis del Código Penal.
- e) Delitos de tráfico de influencias de los artículos 428 a 430 del Código Penal.
- f) Delitos de malversación de caudales públicos de los artículos 432 a 435 del Código Penal.
- g) Delitos de prevaricación judicial del artículo 446 del Código Penal.
- h) Delitos de rebelión de los artículos 472 a 484 del Código Penal.
- i) Delitos de odio y discriminación de los artículos 510 a 512 del Código Penal.
- J) Delitos de enaltecimiento y justificación del terrorismo del artículo 578 del Código Penal.
- k) Delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado de los artículos 607 a 614 bis».

actor popular debería tener el consentimiento de aquellos. En consecuencia, nuestra apuesta por la autonomía de la víctima –eje central de esta investigación– va mucho más allá de los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y de los delitos de violencia en la pareja íntima. De esta forma, nos mostramos de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 113.3 del ALECrim2020 que, regulando la legitimación para el ejercicio de la acusación particular, establece que ciertas personas jurídicas podrán personarse en el proceso, «siempre que ello sea expresamente autorizado por la víctima del delito».

c) *Ampliación de la legitimación a ciudadanos de cualquier Estado que se vea afectado por un delito que traspase las fronteras españolas*

La acción popular es un derecho cívico que se ejerce como mecanismo para la búsqueda del bien común. En nuestra opinión, esa aspiración no puede ser patrimonializada por los ciudadanos españoles, y mucho menos, si la exclusión de los no nacionales se deriva de una desconfianza en los mismos<sup>662</sup>. Así, nos situamos entre los que defienden la ampliación de la legitimación para el ejercicio de la acción popular a los no nacionales<sup>663</sup>, y ello aceptando la paradoja que significa –como apuntó Luzón Cánovas– que los no nacionales puedan gozar en España de un derecho que puede ser desconocido en su país<sup>664</sup>.

El artículo 120.2 ALECrim2020 establece que «también pueden ejercitar la acción penal los ciudadanos de cualquier Estado miembro de la Unión Europea que tengan su residencia en España». Con esta previsión, se da cumplimiento al artículo 18 del Tratado de la Unión Europea, que proscribe cualquier discriminación entre ciudadanos

---

<sup>662</sup> «[...] dada la función que cumple dentro de nuestro sistema procesal penal, en el que constituye un instrumento tendente a someter a enjuiciamiento las conductas afirmadas delictivas, su posible empleo por no españoles, con las necesarias precauciones, no tendría por qué ser vista necesariamente con recelo, sino como ampliación o refuerzo de ese mecanismo de aseguramiento de aplicación de la ley española, fuera quien fuera el que la propugnara. Nos fijaríamos así prioritariamente en un elemento de carácter funcional y no meramente subjetivo, considerando más esencial la utilidad de tal concesión a todo el que pudiera contribuir con su esfuerzo en la mejora del sistema, que en los criterios a tenor de los cuales se realiza una distinción propia de una época histórica ya superada de exacerbación del elemento nacional». Cfr. PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, *óp. cit.*, pág. 365.

<sup>663</sup> *Ibid.*, págs. 364-373; OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular...*, *óp. cit.*, pág. 65; OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», *óp. cit.*, pág. 156.

<sup>664</sup> LUZÓN CÁNOVAS, A., «La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular», en *Diario La Ley*, 15 de febrero de 2002, s. p.

de la Unión Europea. Sin embargo, en nuestra opinión, esta regulación es insuficiente. Existen delitos –como los medioambientales– en los que el interés trasciende a las fronteras de un país, por lo que cabría, incluso, plantearse la posibilidad de aceptar la legitimación para el ejercicio de la acción popular de ciudadanos de otros Estados, y ello con independencia de su residencia. Piénsese, por ejemplo, en un vertido tóxico en los ríos Duero o Tajo en territorio español. En estos casos, tan justificada devendría la legitimación de un ciudadano español o un residente en España no nacional (ya sea ciudadano de la Unión Europea o no) cuanto de un ciudadano portugués.

d) *Ampliación de la actual prohibición a jueces y magistrados a letrados de la Administración de Justicia y fiscales*

En relación con la prohibición para el ejercicio de la acción popular a los jueces y magistrados contenida en el actual artículo 102 3º LECrim, por un lado, coincidimos con los que defienden que la misma debería ampliarse «a las personas y órganos que colaboran permanente e inmediatamente en los Juzgados y Tribunales»<sup>665</sup>, especialmente a los Letrados de la Administración de Justicia tras la notable ampliación de sus competencias a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre<sup>666</sup>.

En ese sentido, valoramos positivamente la previsión contenida en el artículo 121.1 c) ALECr2020, que amplía la prohibición a los miembros de la carrera fiscal, entendemos que en línea con la atribución a los mismos de la instrucción de las causas. Sin embargo, nos parece insuficiente y, al menos, debería haber incluido a los Letrados

<sup>665</sup> Cfr. MUÑOZ ROJAS, T., «En torno al acusador particular en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1973, n.º 1, págs. 105-157, cita en pág. 119.

<sup>666</sup> Las competencias más significativas se produjeron en el proceso civil, y entre ellas destacan la de la admisión de la demanda, la de resolver cuando se producen los denominados medios anormales de terminación del proceso y la ejecución, con excepción de las materias reservadas a los jueces y magistrados. De interés, ASENCIO MELLADO, J. M., «Reflexiones: nueva oficina judicial y secretarios judiciales», en *El notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n.º 28, Madrid, noviembre-diciembre de 2009, s. p., disponible en <https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-28/1404-algunas-reflexiones-sobre-la-nueva-oficina-judicial-y-los-secretarios-judiciales-0-01933482477379481> [u. a. 09/06/2021]; SOLETO MUÑOZ, H., y AVILÉS, M., «La conciliación de los letrados de la administración de justicia», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 568-576; MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «¿Secretarios Judiciales, Directores de Servicios comunes ó Jueces de lo Procesal?», en *Diario La Ley*, n.º 7627, 11 de mayo de 2011, s. p.; y, más recientemente, ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FERRER ADROHER, M., «Letrados de la Administración de justicia. La metamorfosis de una profesión jurídica (III): Nueva Oficina Judicial, LAJS y perspectivas de futuro», en *Diario La Ley*, n.º 9817, 24 de mayo de 2021, s. p.



de la Administración de Justicia. Además, se debería incluir la previsión «en situación de servicio activo», a fin de garantizar el acceso al derecho cívico de estos ciudadanos cuando no ejercen las potestades de su cargo por estar acogidos a situaciones de, por ejemplo, excedencia.

*e) Prohibición del ejercicio de la acción popular a los partidos políticos*

Los partidos políticos han sido las personas jurídicas que, sin duda, más han utilizado el ejercicio de la acción penal, no tanto de forma fraudulenta, sino simplemente para trasladar las legítimas contiendas políticas a los tribunales de justicia. A este respecto, el Tribunal Supremo ha venido reclamando una reforma al respecto<sup>667</sup>:

«Esta Sala ya ha tenido oportunidad de llamar la atención acerca de la necesidad de abordar una regulación de esta materia que excluya el riesgo de trasladar al proceso penal la contienda política (cfr. ATS 6 octubre 2016, causa especial 20371/2016). Y no deja de ser significativo que los frustrados trabajos de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excluyeran expresamente del ejercicio de la acción popular a los partidos políticos (cfr. art. 82.1.d) del Proyecto de Reforma de 2011 y art 70.2.d) de la propuesta de Código Procesal Penal de 2013)».

Igualmente, el Tribunal Supremo advierte de que, en cualquier caso, no se puede hacer una criba para definir la posibilidad del ejercicio de la acción popular en función de la ideología concreta de cada partido. Así, afirma:

«La Sala coincide en la necesidad de limitar el ejercicio de la acción penal por las formaciones políticas. Y esa restricción debe ser general, sin que deba subordinarse a la propuesta ideológica que suscriba cada una de las fuerzas políticas que intente la personación. Es un hecho notorio que algunos de los partidos políticos a los que pertenecen los procesados han tomado también parte activa mediante el ejercicio de la acción penal en procesos penales abiertos que, por una u otra razón, presentaban algún interés electoral»<sup>668</sup>.

Decimos que los partidos políticos no utilizan la acción popular de forma espuria en la medida en la que este calificativo lo reservamos para aquellas actitudes de quienes, por ejemplo, negocian la pervivencia o no de la acción popular en un proceso a cambio

---

<sup>667</sup> ATS, Sala de lo Penal, de 6 de noviembre de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:13866A], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 2º.

<sup>668</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 459/2019, de 14 de octubre [ECLI: ES:TS:2019:2997], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 11.2.



de precio. Sin embargo, sí es cierto que el ejercicio de la acción popular por parte de los partidos políticos es un elemento distorsionador del proceso penal. De esta forma, mostramos nuestro acuerdo con la previsión establecida en la letra d) del artículo 121.1 LECrim2020, que prohíbe el ejercicio de la acción popular a los partidos políticos y a los sindicatos<sup>669</sup>. No obstante, nos parece que el alcance de esta reforma podría quedar limitado si el ejercicio de la acción popular por un partido político –en aquellos casos en los que se pretende dañar la imagen del adversario político– es sustituida por una persona, física o jurídica, del entorno de ese mismo partido político.

f) *Prohibición del ejercicio de la acción popular a las personas jurídico-públicas*

Como hemos señalado anteriormente<sup>670</sup>, la legitimación de las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular no se sustenta por cuanto los dos fundamentos de la acción popular (participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia y control de la actuación del Ministerio Fiscal) es, en el caso de las administraciones, redundante.

De esta forma, compartimos plenamente las previsiones contenidas en el artículo 121.2 ALECrin2020, que establece que

«[t]ampoco podrán ejercer dicha acción las personas jurídicas públicas y, en particular:

- a) el Gobierno y la Administración General del Estado;
- b) los gobiernos de las comunidades autónomas y los de las entidades locales y sus respectivas Administraciones;
- c) el Congreso de los Diputados, el Senado y las asambleas legislativas de las comunidades autónomas;
- d) el Tribunal Constitucional, Consejo General y los demás órganos de gobierno del Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo;
- e) los organismos y entidades que, conforme a la Ley del Sector Público, integran el sector público institucional».

---

<sup>669</sup> A este respecto, se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que «se considera que los partidos políticos y los sindicatos, por su peculiar inserción en el orden constitucional como organizaciones de relevancia pública y por el especial riesgo de instrumentalización del proceso que dimana de su intervención activa en el debate político, deben estar también excluidos del ejercicio de esta acción».

<sup>670</sup> *Vid. supra*, pág. 267.

Ahora bien, el artículo 113.3 del ALECr2020, que regula la legitimación para el ejercicio de la acusación particular, establece que «[l]a acción penal también podrá ser ejercitada por las asociaciones de víctimas y por las personas jurídicas a las que la ley reconoce legitimación para defender los derechos de estas, siempre que ello sea expresamente autorizado por la víctima del delito». En ningún caso, esta previsión puede constituirse como una vía de entrada en el proceso a personas jurídicas y jurídico-públicas que, en la actualidad, ejercen la acción popular.

### **3. La irrelevancia de la voluntad de la víctima en la personación de las personas jurídico-públicas como acción popular en los procesos por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual**

La actual política legislativa en relación con la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual hace inviable que, a diferencia de lo que puede ocurrir en otros ámbitos delictuales –corrupción política, económico-empresarial, etc.–, el Ministerio Fiscal pueda hacer dejación de funciones. Por tanto, uno de los fundamentos de la acción popular –el control de la actuación del Ministerio Fiscal– decae en estos casos<sup>671</sup>. Además, la acción popular puede llegar a afectar notablemente a la autonomía de la víctima en el proceso penal. En ese sentido, abogamos por la desaparición de la acción popular en los procesos por delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en congruencia con la propuesta *de lege ferenda* que hemos realizado en el sentido de que la acción popular no pueda personarse en los delitos en los que hay ofendidos o, en su caso, perjudicados.

Ahora bien, no hay que olvidar que la actual política legislativa es producto de la unión de voluntades de ciertos ámbitos del feminismo y de la administración y que tiene como elementos definitorios, en primer lugar, el recurso al derecho penal simbólico casi como una única herramienta para luchar contra la violencia contra la mujer en la pareja íntima heterosexual y, en segundo lugar, la irrelevancia de la voluntad de la víctima en el proceso.

---

<sup>671</sup> En el mismo sentido, OUBIÑA BARBOLLA, S., y REY MORENA, A., «Algunas reflexiones sobre el futuro...», *óp. cit.*, s. p.

En nuestra opinión, la personación en el proceso penal de las personas jurídico-públicas como acción popular no tiene como elemento central ni la participación ciudadana en la Administración de Justicia, ni el control de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso, ni –por otro lado– la defensa de la mujer, sino actuar –en la expresión de Silva– como «gestores atípicos de la moral colectiva»<sup>672</sup>, ya no solo en el plano legislativo sino, igualmente, en la propia Administración de Justicia. Como afirma de forma especialmente brillante Ortiz Pradillo,

«[r]esulta muy positivo que las distintas Administraciones Públicas se vuelquen en la lucha por la erradicación de la violencia de género a través de múltiples iniciativas (planes de sensibilización, educación en valores y para la erradicación de la violencia machista, etc.) y medidas que doten de una asistencia integral a la víctima (asistencia y asesoramiento jurídico, asistencia sanitaria, atención psicológica especializada, medidas sociales, laboral y económicas), pero consideramos que su personación en el proceso penal como acusadores populares no tiene como objetivo central la ayuda a la víctima, y sí otros móviles de carácter político, como pueda ser la publicidad mediática de esos esfuerzos por erradicar y combatir este tipo de delincuencia. Parece como si los organismos públicos estimaran que sus Planes, Acciones y demás medidas de apoyo a las víctimas de violencia de género no son suficientes y es precisa la condena penal y no dudan en acudir a los tribunales para desarrollar esa política de erradicación de la violencia de género, aunque ello sea a costa de los intereses de las víctimas»<sup>673</sup>.

Efectivamente, y por lo que a esta investigación interesa, lo relevante es que, en estos casos –como se verá a continuación–, de forma mayoritaria no se atiende a la autonomía ni de la ofendida ni de los perjudicados, tanto en el ejercicio de la acción penal cuanto, en ocasiones, respecto de las medidas paterno-filiales. Entendemos, por tanto, que cualquier previsión normativa que legitime la personación de la acción popular en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual debe

---

<sup>672</sup> Vid. *supra*, pág. 131.

<sup>673</sup> Cfr. ORTIZ PRADILLO, J. C., «Esterotipos legales en la lucha contra la violencia...», *óp. cit.*, s. p. En el mismo sentido, Gómez Recio afirma que «el poder político se ha impuesto la tarea, quizá poco realista, de obtener resultados a corto plazo en la lucha contra la violencia de género. Todos tenemos la esperanza de que la educación y la protección social fructifiquen con el tiempo, pero la única vía que produce resultados visibles inmediatos es la penal. Y puede ser comprensible que quien dedica ingentes esfuerzos en labores asistenciales y educativas, imprescindibles pero oscuras, quiera también ostentar protagonismo en la más rutilante labor de castigar al culpable». Cfr. GÓMEZ RECIO, F., «De cómo las administraciones compiten con el Ministerio Fiscal...», *óp. cit.*, s. p.

tener, como presupuesto, al menos, el consentimiento de la víctima y, en su caso, de los perjudicados.

Resulta llamativo, además, que muchas de las leyes autonómicas vinculen la personación de la administración como acción popular a que el asunto tenga «repercusión social»<sup>674</sup> o «alarma social»<sup>675</sup>. Bien podría decirse que es toda una declaración de intenciones que, ante delitos con idénticos resultados, ciertas CCAA solo ejercerán la acción popular cuando el caso haya traspasado las fronteras de los juzgados y haya llegado con especial relevancia a los medios de comunicación. De nuevo, se genera una desigualdad, en este caso, entre las propias víctimas. Deviene difícilmente comprensible que, por ejemplo, ante un caso de lesiones, en la mayoría de casos la administración autonómica no se persone, sin embargo, si, por ejemplo, la víctima es una persona mediática y el asunto ocupa espacio en los medios de comunicación, entonces sí habrá personación de la administración en el ejercicio de la acción popular, entendemos que para que toda la sociedad visualice que la administración autonómica se preocupa por defender a las mujeres.

En cualquier caso, y como hemos señalado anteriormente<sup>676</sup>, el Tribunal Constitucional ha admitido la legitimación de las personas jurídico-públicas para el ejercicio de la acción popular, siempre que exista una norma habilitante. En las siguientes páginas, analizaremos esa normativa en relación, en primer lugar, con la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y, en segundo lugar, con las CCAA.

---

<sup>674</sup> Artículo 38.1 de la Ley del Parlamento de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Dicción hoy derogada por el Artículo Único.28 de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

<sup>675</sup> Artículo 82 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura; y artículo 58 de la Ley de les Corts Valencianes 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

<sup>676</sup> *Vid. supra*, pág. 267.

### 3.1. El ejercicio de la acción popular por la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer

El artículo 29.2 LOVG regula que el titular de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer «estará legitimado ante los órganos jurisdiccionales para intervenir en defensa de los derechos y de los intereses tutelados en esta Ley en colaboración y coordinación con las Administraciones con competencias en la materia».

En nuestra opinión, esta previsión no deviene una habilitación para el ejercicio de la acción popular en el proceso penal, que es el requisito impuesto por el Tribunal Constitucional para que una persona jurídico-pública pueda ejercer la acción popular, por tres razones. En primer lugar, el tenor literal del precepto no incluye una habilitación expresa. En segundo lugar, el artículo se sitúa sistemáticamente en el Título III de la ley (Tutela Institucional), mientras que no se hace ninguna mención a la Delegación Especial en el Título V (Tutela Judicial). En tercer lugar, la figura de la Delegación Especial –creada por la LOVG– fue desarrollada por el RD 237/2005, de 4 de marzo. Entre las funciones atribuidas a este organismo no se encuentra ninguna previsión de ejercicio de la acción penal. Ahora bien, el artículo 2 g) del Real Decreto sí parece desarrollar el artículo 29.2 LOVG, atribuyendo a la Delegación Especial la función de

«[e]laborar planes de colaboración y sus respectivos protocolos de actuación que garanticen la ordenación de las actuaciones y procedimientos de prevención, asistencia y persecución de los actos de violencia de género, que deberán implicar especialmente a las Administraciones sanitarias, la Administración de Justicia, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, los servicios sociales y los organismos de igualdad, de conformidad con el artículo 32 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género»<sup>677</sup>.

En definitiva, tanto la LOVG cuanto su posterior desarrollo, atribuyen una función de creación de protocolos y de coordinación entre las distintas

---

<sup>677</sup> Ninguno de los instrumentos que han desarrollado posteriormente las funciones de la Delegación Especial han previsto la habilitación expresa. *Vid.* artículo 5.1 RD 1135/2008, de 4 de julio; artículo 3.1 RD 263/2011, de 28 de febrero; artículo 3.1 RD 200/2012, de 23 de enero; artículo 3.1 RD 485/2017, de 12 de mayo; y el hoy vigente artículo 3.1 RD 455/2020, de 10 de marzo.

administraciones, pero no hace una expresa atribución a la Delegación Especial para ejercer la acción popular<sup>678</sup>, por lo que no se cumple el requisito establecido en la doctrina constitucional para que una persona jurídico-pública pueda ejercer la acción popular. Sin embargo, el Tribunal Constitucional –pese a reconocer la falta de previsión legislativa– hizo una interpretación extensiva en atención a los objetivos establecidos en la Exposición de Motivos de la LOVG, estableciendo que el artículo 29.2 de la LOVG sí capacitaba normativamente a la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer para el ejercicio de la acción popular.

«[...] aunque el art. 29.2 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, no contenga una habilitación expresa al Delegado especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer para ejercitar la acción popular y descartada su personación como acusación particular, puesto que esta figura se reserva por el legislador para aquellos perjudicados por el delito, no es posible desconocer que el legislador orgánico atribuye al Delegado especial del Gobierno una habilitación ex lege para personarse antes los órganos jurisdiccionales en todos aquellos procesos que recaigan en el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una legitimación que puede ser calificada como acción popular»<sup>679</sup>.

Ahora bien, pese al aval del Tribunal Constitucional para que la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer pueda ejercer la acción popular, la realidad es que no hay regulación normativa alguna que imponga los necesarios criterios para la personación como acción popular de la Delegación Especial. En ese sentido, por lo que es de interés a los efectos de esta investigación, no hay previsión alguna en relación con la voluntad de la víctima en la decisión de la Delegación Especial de personarse en el proceso penal como acción popular. En línea con lo que estamos defendiendo en esta investigación, abogamos porque la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, en todo caso, deba recabar el

---

<sup>678</sup> En este sentido, en la jurisprudencia menor se afirmó que «hay que tener en cuenta que el R.D. 237/05 de 4 de marzo que desarrolla el art. 29 antedicho estableciendo el rango y las funciones de la Delegación Especial del Gobierno contra la violencia sobre la mujer, no ha añadido nada, porque ni siquiera la contempla, a la forma y manera en la que la acción penal, y en su caso la civil derivada, pueda ejercerse en la causa». *Cfr. AAP Asturias, Sección 3ª, 21/2008, de 15 de enero [ECLI:ES:APO:2008:25A], ponente: Javier Domínguez Begega, RJ Único.*

<sup>679</sup> *STC, Sala Segunda, 67/2011, de 16 de mayo [ECLI:ES:TC:2011:67], ponente: Luis Ignacio Ortega Álvarez, FJ 3.*

consentimiento de la ofendida o, en su caso, de los perjudicados, para poder ejercer la acción popular.

### *3.2. Regulación normativa que legitima ejercicio de la acción popular por las Comunidades Autónomas: especial referencia a la autonomía de la víctima*

A diferencia de lo que sucede con la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, la mayoría de CCAA sí ha regulado el ejercicio de la acción popular, si bien, como en la mayoría de materias, la regulación autonómica no es uniforme.

Como primer dato relevante, cabe destacar que solo el Principado de Asturias y la Región de Murcia no han sucumbido a la tentación de regular sobre la materia. Si bien son una exigua minoría, tal vez estos legisladores autonómicos no entendieron prioritaria esta personación y, con buen criterio, decidieron destinar los recursos destinados al ejercicio de la acción popular a otros servicios de protección y atención a las víctimas.

Por otro lado, de la regulación analizada, podemos destacar que la mayoría de CCAA prevén el ejercicio de la acción popular en los casos de muerte, lesiones graves o incapacitantes, especialmente graves o, como ya hemos apuntado, en casos de especial relevancia social. Ahora bien, donde realmente se vislumbran diferencias entre las diferentes normas autonómicas es, por un lado, en si la regulación impone la obligación de ejercer la acción popular en este tipo de delitos o solo se prevé una habilitación a la administración autonómica y, en segundo lugar, en el tratamiento que se le da a la autonomía de la ofendida y de los perjudicados por el delito. Este último criterio es el que vamos a utilizar para clasificar las distintas normativas autonómicas. En primer lugar, porque la autonomía de la víctima representa el objeto central de esta investigación y, en segundo lugar, porque es fácilmente colegible que en aquellas CCAA donde se ha impuesto la obligación, necesariamente, no se atiende a la autonomía de la víctima.



a) *Regulación que no tiene en cuenta la autonomía de la víctima*

La regulación autonómica en la que no se atiende a la autonomía de la voluntad es mayoritaria. Por un lado, existen CCAA que establecen la obligación de la administración autonómica de personarse como acción popular. A este grupo pertenecen las Islas Baleares<sup>680</sup>, la Comunidad Valenciana<sup>681</sup>, y la Comunidad de Madrid. En este último caso, como quiera que la regulación madrileña engloba todos los supuestos de violencia sobre la mujer por razón de género, se incluye también la personación de la administración en los casos de mutilación genital femenina<sup>682</sup>.

En este mismo grupo, resulta paradigmático de una tendencia legislativa cada vez más restrictiva respecto de la autonomía de la víctima, el caso de la evolución normativa en Castilla y León. En un primer momento –incluso antes de la promulgación de la LOVG– se estableció la necesidad de solicitud por parte de la víctima para la personación de la administración como acción popular<sup>683</sup>. Posteriormente, se ampliaron los sujetos respecto de los que se podía recabar esa autorización, incluyendo a la víctima y a los familiares hasta cuarto grado<sup>684</sup>. En nuestra opinión, esta es la regulación que, en

---

<sup>680</sup> «La Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears se personará, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia machista cometidos en las Illes Balears en los que se causen la muerte o lesiones graves a las mujeres». Artículo 72 Ley del Parlament de les Illes Balears 11/2016, de 28 de julio, de igualdad de mujeres y hombres.

<sup>681</sup> «La Generalitat ejercerá la acción popular en todos los procedimientos penales que se sigan por delitos de violencia sobre la mujer con resultado de muerte, así como en aquellos casos en los que se genere alarma social o se produzca lesiones graves e invalidantes». Artículo 58 de la Ley de les Corts Valencianes 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

<sup>682</sup> «La Comunidad de Madrid ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por causa de muerte, lesiones graves o mutilación genital de la víctima, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal». Artículo 29 Ley de la Asamblea de Madrid 5/2005, de 20 de diciembre, integral contra la violencia de género de la Comunidad de Madrid. Respecto de la mutilación genital femenina –y de cualquier otra manifestación de la violencia sobre la mujer por razón de género– reproducimos los argumentos que hemos esgrimido respecto de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual para defender la propuesta de prohibición del ejercicio de la acción popular por las personas jurídico-públicas. En los casos de mutilación genital femenina hay una víctima –que podrá personarse como acusación particular– y deviene inimaginable que el Ministerio Fiscal haga dejación de funciones.

<sup>683</sup> «La Administración Autonómica se personará en los procedimientos penales sobre violencia contra mujeres, siempre que las circunstancias lo aconsejen y la víctima lo solicite». Artículo 10.5 Ley de las Cortes de Castilla y León 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (derogado).

<sup>684</sup> «La Administración Autonómica se personará en los procedimientos penales sobre violencia contra mujeres en la forma y condiciones establecidos por la legislación procesal, siempre que las circunstancias lo aconsejen y la víctima o sus familiares hasta el cuarto grado lo soliciten. Reglamentariamente se determinará el procedimiento administrativo dirigido a autorizar el ejercicio

todo, consagra la autonomía de la ofendida y, en los supuestos de fallecimiento de esta, de los perjudicados<sup>685</sup>. Sin embargo, las Cortes de Castilla y León dieron un giro copernicano a esa –a nuestro juicio– avanzada regulación y, en un claro ejemplo de regresión, eliminaron de la normativa cualquier atisbo de respeto a la autonomía de la víctima o de sus familiares, imponiendo la obligatoriedad de la personación de la administración autonómica en ciertos delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>686</sup>.

Otro ejemplo de esta regresión normativa es el de Castilla-La Mancha. En la actualidad contempla la obligación de personación de la administración autonómica en los casos de muerte o de ciertas circunstancias<sup>687</sup>. Sin embargo, en la anterior regulación –que, al igual que en el caso de Castilla y León, era previa a la LOVG– sí se preveía la solicitud de la ofendida para el ejercicio de la acción popular<sup>688</sup>.

Además, la normativa castellano manchega<sup>689</sup> traspasa los límites de la acción penal y, al igual que la valenciana<sup>690</sup>, prevé la obligación de los letrados de solicitar la

---

de las acciones judiciales en estos casos». Artículo 10.5 Ley de las Cortes de Castilla y León de 2003, con la redacción dada por la Ley 7/2007, de 22 de octubre, de modificación de la Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en Castilla y León (derogado).

<sup>685</sup> En este sentido, se afirmaba en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, de 22 de octubre que «para que la solicitud de la personación no se limite únicamente a la víctima, sino que incluya también los supuestos de fallecimiento de la víctima, lo que determina la necesidad de abrir el texto legislativo para que la solicitud pueda llevarse a cabo por sus familiares».

<sup>686</sup> «En los términos establecidos en la legislación vigente, la Administración de la Comunidad de Castilla y León, a través de los letrados de sus Servicios Jurídicos, ejercerá las acciones judiciales oportunas en los procesos penales por violencia de género». Artículo 29 Ley de las Cortes de Castilla y León 13/2010, de 8 de diciembre, contra la violencia de género en Castilla y León.

<sup>687</sup> «La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se personará ejerciendo la acción popular, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado, en los procedimientos penales por violencia de género, en los casos de homicidio o asesinato, o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen». Artículo 35.1 Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

<sup>688</sup> «La Administración regional ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por malos tratos, siempre que la víctima lo solicite o cuando las especiales circunstancias lo aconsejen, en la forma que establezca la legislación procesal del Estado». Artículo 16 Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas (derogado).

<sup>689</sup> «En los procedimientos en que la Junta ejerza la acción popular, si existieran hijas o hijos menores comunes, se solicitará la privación de la patria potestad al acusado». Artículo 35.2 Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha.

<sup>690</sup> «En su caso, la Generalitat solicitará siempre la privación de la patria potestad del presunto autor». Artículo 58 Ley de les Corts Valencianes 7/2012, de 23 de noviembre, integral contra la violencia sobre la mujer en el ámbito de la Comunitat Valenciana.

privación de la patria potestad al infractor. Esta previsión no solo es censurable por el hecho de que se pretenda que la acción popular actúe respecto de pretensiones de carácter civil<sup>691</sup>, sino que se olvida de la autonomía y del poder de disposición atemperado del que disponen las partes en los procesos de medidas paterno-filiales<sup>692</sup>. En esta línea, el País Vasco prevé la personación de la administración autonómica para la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda civil de separación, nulidad o divorcio, así como el ejercicio de la acción penal, y todo ello, igualmente, sin el concurso de la voluntad de la víctima en supuestos de violencia doméstica<sup>693</sup>.

Por otro lado, existen normas autonómicas que establecen, no la obligación, sino la posibilidad de ejercer la acción popular, aunque sigan sin atender a la autonomía de la ofendida o de los perjudicados. En esta categoría se sitúan Extremadura, que regula la posibilidad de personación, con independencia de que se persone, igualmente, el ofendido o los perjudicados<sup>694</sup>, y Navarra<sup>695</sup>. En el caso navarro también se detecta una

---

<sup>691</sup> Como ya hemos señalado, la acción popular es exclusiva del proceso penal. *Vid. supra*, pág. 256.

<sup>692</sup> En la sistematización realizada por Soletto, «[e]ntre los elementos procesales que indican una desvinculación del principio dispositivo, relacionado a su vez con la existencia de un interés público en la materia, podríamos señalar básicamente la indisponibilidad de las partes sobre el objeto principal del proceso, salvo en lo relacionado con la renuncia o el desistimiento, la determinación de fueros legales improrrogables, la determinación concreta de la legitimación, la conversión del Ministerio Fiscal en parte, la falta de eficacia de la admisión de los hechos, la inexistencia de prueba legal, y, sobre todo, la concesión al juez de una amplia discrecionalidad». *Cfr.* SOLETO MUÑOZ, H., «El interés público en los procesos de familia», en *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia y legislación*, Lex Nova, n.º 18, 2003, págs. 23-54, cita en pág. 28. De interés CALAZA LÓPEZ, S., «Los procesos civiles indisponibles», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 121, 2016, s. p.; y CALAZA LÓPEZ, S., *Procesos de familia y división de patrimonios*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 201-205.

<sup>693</sup> «Las administraciones públicas vascas deben poner los medios necesarios para garantizar a las víctimas de maltrato doméstico y agresiones sexuales el derecho a un asesoramiento jurídico gratuito, especializado, inmediato, integral y accesible. Dicho asesoramiento comprenderá el ejercicio de la acción acusatoria en los procesos penales y la solicitud de medidas provisionales previas a la demanda civil de separación, nulidad o divorcio o cautelares en caso de uniones de hecho». Artículo 55 Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.

<sup>694</sup> «En los supuestos de delitos más graves cometidos en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que causen alarma social, que se dirijan contra alguna víctima extremeña, o en aquellos supuestos en que el interés público así lo requiera, con independencia de la personación de la propia víctima o sus herederos y herederas, la Junta de Extremadura podrá personarse para ejercer la acción popular, a través de sus servicios jurídicos, o por abogados contratados, y especialmente, mediante convenios con los Colegios de Abogados». Artículo 82.6 Ley de la Asamblea de Extremadura 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura.

<sup>695</sup> «La Administración de la Comunidad Foral de Navarra y las entidades locales podrán acordar su personación en los procedimientos penales para ejercer la acción popular en los casos más graves de

regresión respecto de la autonomía de la víctima, por cuanto con la anterior normativa sí se preveía la solicitud de la víctima en los casos más graves<sup>696</sup>.

Por su parte, Andalucía establece la posibilidad de ejercer la acción popular únicamente en aquellos casos en los que se cause la muerte de la mujer<sup>697</sup>. En el caso de Andalucía ha habido una cierta corrección, por cuanto la normativa, en su redacción original, preveía, por un lado, la obligación de personación en caso de muerte de la mujer y menores; y, por otro lado, la posibilidad –cuando no hubiera resultado de muerte– en casos de especial gravedad o repercusión social<sup>698</sup>. Sin embargo, el tránsito nos parece insuficiente en la medida en la que la normativa andaluza sigue sin hacer depender el ejercicio de la acción popular de la administración a la preceptiva autorización, en este caso, de los perjudicados por la muerte de la mujer.

*b) Regulación que sí tiene en cuenta la autonomía de la víctima y de los perjudicados*

En lo que podríamos denominar un panorama desolador, solo cinco CCAA establecen algún tipo de previsión por el que se vincula el ejercicio de la acción popular

---

violencia contra las mujeres [...]». Artículo 65.1 Ley Foral del Parlamento de Navarra 14/2015, de 10 de abril, para actuar contra la violencia hacia las mujeres.

<sup>696</sup> «La Administración de la Comunidad Foral y las entidades locales promoverán, a través de organismos de igualdad o entidades y asociaciones entre cuyos fines se encuentren la defensa de los derechos de la mujer, el ejercicio de la acción popular en los casos más graves de violencia sexista si la víctima así lo solicita o cuando la acción delictiva provoque la muerte de ésta». Artículo 16 ter Ley Foral del Parlamento de Navarra 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista, introducido por la Ley Foral 12/2003, de 7 de marzo, de modificación de la Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista (derogado).

<sup>697</sup> «La Administración de la Junta de Andalucía podrá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, en los que se cause la muerte a mujeres». Artículo 38 Ley del Parlamento de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género, en la redacción dada por el Artículo Único.28 Ley del Parlamento de Andalucía 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

<sup>698</sup> «1. La Administración de la Junta de Andalucía deberá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, en los que se cause la muerte a mujeres y menores.

2. La Administración de la Junta de Andalucía podrá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia de género cometidos en Andalucía, de forma debidamente justificada a causa de su especial gravedad o repercusión social». Artículo 38 Ley del Parlamento de Andalucía 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (redacción modificada por el artículo Único.28 Ley del Parlamento de Andalucía 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género).

en los delitos por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual a la voluntad de la víctima. Este reconocimiento, no obstante, es dispar. Así, se establece la autorización, la solicitud o la ausencia de negativa por parte de la víctima.

En un camino intermedio se sitúa Aragón. En esta comunidad se establecen dos escenarios. Por un lado, existe una obligación de ejercer la acción popular en caso de muerte de la mujer y, por otro lado, en los supuestos de violencia grave, sí se hace depender el ejercicio de la acción popular a la solicitud de la víctima<sup>699</sup>. Esta regulación nos parece insuficiente por cuanto se respeta la autonomía de la ofendida, sin embargo, este respeto decae respecto de los perjudicados (hermanos, hijos, etc.) en caso de muerte de aquella.

Junto a esta última previsión de la normativa aragonesa, La Rioja, igualmente, liga el ejercicio de la acción popular a la solicitud de la víctima. En este caso, la regulación se contempla tanto para los casos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, cuanto para los de violencia intrafamiliar y escolar<sup>700</sup>. Pese a que en esta normativa no se privilegia la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual respecto del resto de manifestaciones de la violencia en la pareja íntima, nuestras críticas al ejercicio de la acción popular por parte de las personas jurídico-públicas en este tipo de delitos son las mismas. Aunque la víctima sea una mujer heterosexual, o un hombre heterosexual, o una persona LGTBIQ+, la personación de la administración pública en el proceso penal no alcanza los fundamentos de la acción popular.

---

<sup>699</sup> «El Gobierno de Aragón ejercerá la acción popular en los casos más graves de violencia contra las mujeres, si la víctima así lo solicita, o cuando la acción delictiva provoque la muerte de esta, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal». Artículo 31 Ley de las Cortes de Aragón 4/2007, de 22 de marzo, de Prevención y Protección Integral a las Mujeres Víctimas de Violencia en Aragón.

<sup>700</sup> «El Gobierno de La Rioja podrá personarse, de acuerdo con la legislación procesal vigente, en los procedimientos por actos de violencia contra la mujer o en los ámbitos intrafamiliar o escolar cometidos en La Rioja.

El Gobierno de La Rioja ejercerá la acción popular en los casos más graves de violencia, si la víctima así lo solicita, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal. En todo caso, la acción popular se ejercerá con el consentimiento de la propia víctima, o, en su defecto, de la familia o, en su caso, de su representación procesal». Artículo 39 Ley del Parlamento de La Rioja 3/2011, de 1 de marzo, de prevención, protección y coordinación institucional en materia de violencia en La Rioja.

Otras CCAA, sin embargo, solo prevén el mero consentimiento, como el caso de Canarias, que solo fija el ejercicio de la acción popular en los casos de muerte o lesiones graves de la mujer y, siempre, con el consentimiento de los familiares<sup>701</sup>. En idénticos términos regula Cantabria, salvo que –en los casos de lesiones graves o incapacitación– también se requiere la autorización de la víctima<sup>702</sup>. Por su parte, Cataluña establece como presupuesto el consentimiento de la víctima o de su familiar, siempre que sea posible<sup>703</sup>. La regulación catalana destaca, además, por ampliar el ámbito subjetivo de la ley a las mujeres transgénero<sup>704</sup>.

---

<sup>701</sup> «La Comunidad Autónoma ejercerá la acción popular en los procedimientos penales por violencia de género, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los casos de muerte o incapacitación definitiva de la víctima por las secuelas de la violencia. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia». Artículo 42 Ley del Parlamento de Canarias 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género.

<sup>702</sup> «La Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, a través de la Dirección General del Servicio Jurídico, previa evaluación de los hechos por parte de la Consejería competente en materia de la Mujer y a requerimiento expreso de ésta y, previo informe de viabilidad jurídica del Servicio Jurídico, ejercerá la acción popular en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal, en los procedimientos penales por violencia de género en toda su extensión, en que por las secuelas de la misma se produzca la muerte, lesiones graves o incapacitación definitiva de la víctima. La acción popular se ejercerá con el consentimiento de la familia y de la propia víctima». Cfr. Ley del Parlamento de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia Contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas.

<sup>703</sup> «1. La Administración de la Generalidad puede personarse en los procedimientos penales por violencia machista, en los casos de muerte o lesiones graves de mujeres, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal.  
2. Si la personación es ejercida por otra administración pública, el Gobierno puede personarse de forma potestativa.  
3. El Gobierno puede personarse en otros casos además de los especificados por el apartado 1 y que sean de relevancia especial, previa evaluación de los hechos por parte del Instituto Catalán de las Mujeres.  
4. La personación de la Administración de la Generalidad debe ejercerse con el consentimiento de la mujer víctima o de su familia, siempre y cuando ello sea posible». Artículo 45 de la Ley del Parlament de Catalunya 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género.

<sup>704</sup> «Las mujeres transgénero que no tienen la mención de sexo registrada como mujer en la documentación oficial se equiparan, a los efectos de la presente ley, a las demás mujeres que han sufrido violencia machista en la medida que se reconocen como mujeres». Artículo 70.2 Ley del Parlament de Catalunya 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género, en la redacción dada por la Ley del Parlament de Catalunya 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia de género. En la redacción original del precepto, se hacía referencia a las mujeres transexuales, estableciendo los requisitos para su reconocimiento como tales. «Las transexuales que sufren violencia machista se equiparan a las mujeres que han sufrido esta violencia, a efectos de los derechos establecidos por esta ley, siempre y cuando se les haya diagnosticado disforia de sexo, acreditada mediante informe médico o psicológico elaborado por una persona profesional colegiada, o se hayan tratado médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las que corresponden al sexo reclamado, acreditado por un informe médico elaborado por persona colegiada bajo cuya dirección se haya efectuado el tratamiento» (modificado).



Por último, Galicia no requiere ni el consentimiento ni la solicitud, sino un acto expreso de la ofendida o, en su caso, de sus representantes legales negándose a que la administración autonómica se persone como acción popular en un proceso derivado de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>705</sup>. Desde un punto de vista formal, podría decirse que la normativa gallega atiende a la autonomía de la víctima, sin embargo, entendemos que anudar esa voluntad a un acto expreso de negativa es hacer recaer en la víctima una responsabilidad que no le corresponde. Bien podría decirse que parece que la norma gallega se pone el apósito antes de producirse la herida y prefiere tener un documento para, ulteriormente, poder aparecer ante los medios de comunicación y decir «ella no quiso».

#### **4. La inaceptable personación de las personas jurídicas y de las jurídico-públicas como acusación particular en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual**

La personación de las personas jurídicas y de las jurídico-públicas como acusación popular en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es, como se ha visto anteriormente, incuestionable a día de hoy conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional. Desde ese mismo punto de vista, es igualmente incuestionable que la figura de la acusación particular queda reservada, en estos casos, tanto para el ofendido cuanto para el perjudicado por el delito<sup>706</sup>, ya que, como afirma

<sup>705</sup> «1. La Administración de la Xunta de Galicia podrá ejercer la acción popular, en los procedimientos penales por violencia de género, en la forma y condiciones establecidas por la legislación procesal. 2. El ejercicio de la acción popular por parte de la Administración de la Xunta de Galicia no se llevará a cabo en caso de negativa expresa por parte de la mujer víctima de violencia de género o, en su caso, de quien ostente su representación legal». Artículo 30 Ley del Parlamento de Galicia 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género.

<sup>706</sup> Gimeno define a los acusadores particulares como «quienes, por ostentar la titularidad del bien penal bien jurídicamente protegido por la norma penal y ser sujetos pasivos del delito, pueden acceder al proceso en su calidad de «ofendidos» por el delito». Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 221. Por otro lado, la diferencia entre ofendido y perjudicado radica en la afectación directa (del ofendido) o colateral (del perjudicado) de los daños ocasionados por el delito. Así, el ofendido es considerado la víctima, mientras que el perjudicado se identifica con los familiares más próximos o herederos en los supuestos en los que la víctima ya no pudiera ejercer la acción, como en los casos de asesinato. CALAZA LÓPEZ, S., en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 63. En esta línea, el Tribunal Supremo afirma que «el ejercicio de la acusación particular debe corresponder, según la ley, al ofendido o perjudicado por el delito. El ofendido es el sujeto que resulta directamente afectado por la comisión del delito, esto es, el titular del bien jurídico protegido penalmente, pero en el concepto de perjudicado debe optarse por una opción abierta en el sentido de admitir ese "perjuicio" que



Moreno Catena, «[s]u especial relación con el delito, su afectación directa como consecuencia del mismo, marca el hecho diferencial con el acusador popular»<sup>707</sup>. En consecuencia, resulta censurable que se haya aceptado en el foro la personación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y de las CCAA como acusación particular en estos casos<sup>708</sup>, en los que la naturaleza del delito hace inviable que ni las personas jurídico-privadas ni las jurídico-públicas puedan alcanzar la consideración ni de ofendido ni de perjudicados por el delito. No obstante, en la jurisprudencia menor se ha llegado a afirmar que la previsión contenida en el artículo 29.2 LOVG establece *ex lege* una legitimación a favor de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer para el ejercicio de la acusación particular. Así, la Delegación Especial estaría legitimada

«para intervenir como acusación particular por cuanto tiene encomendada la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia de la mujer la defensa de derechos e intereses dictados en la L.O. 1/04, legitimación semejante a la que tiene el Abogado del Estado como representante de la Administración en otros procesos penales en tutela de intereses públicos de las distintas Administraciones»<sup>709</sup>.

Esta argumentación no se sostiene. La abogacía del Estado se persona como acusación particular en aquellos procesos penales en los que la propia administración es la ofendida (*v. gr.*, fraude a la hacienda pública o a la Seguridad Social). En los casos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, la administración nunca puede

---

puede constatar en quien es instituido heredero en disposición testamentaria para el supuesto de premoriencia de alguien y en su defecto, como aquí ocurre, por lo que es evidente que un testamento donde se fija la sustitución de heredero en caso de premoriencia del precedente debe conllevar la admisibilidad de la condición de perjudicado, y, por ello, la legitimación para ejercer la acusación particular». *Cfr.* STS, Sala de lo Penal, 137/2020, de 8 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:1128], ponente: Vicente Magro Servet, FD 2º.

<sup>707</sup> *Cfr.* MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal, óp. cit.*, pág. 114.  
<sup>708</sup> A modo de ejemplo, *vid.* SAP Tarragona, Tribunal del Jurado, 499/2009, de 16 de noviembre [ECLI:ES:APT:2009:1488], ponente: Ángel Martínez Sáez; SAP Asturias, Tribunal del Jurado, 23/2008, de 8 de abril [ECLI:ES:APO:2008:3010], ponente: Manuel Vicente Avelló Casielles; SAP Alicante, Sección 1ª, 618/2008, de 7 de octubre [ECLI:ES:APA:2008:3347], ponente: Alberto Facorro Alonso. Aún más llamativas, las SAP Jaén, Sección 3ª, 41/2009, de 6 de marzo [ECLI:ES:APJ:2009:431], ponente: Lourdes Molina Romero; y SAP Valencia, Sección 1ª, 165/2008, de 20 de mayo [ECLI:ES:APV:2008:1565], ponente: María Josefa Julia Igual, en las que actuaron como acusación particular la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y la Junta de Andalucía y la Generalitat Valenciana, respectivamente, pese a que la regulación autonómica establecía la personación de las últimas como acusación popular.

<sup>709</sup> *Cfr.* AAP Barcelona, 32/2008, Sección 20ª, de 7 de enero [ECLI:ES:APB:2008:236A], ponente: Fernando Pérez Maiquez, RJ Único.

ser ofendida, por lo que no compartimos la opinión de quienes defienden que esta personación sí cabría en el caso de que se regulara a través de una ley orgánica<sup>710</sup>.

En línea con la posición que estamos defendiendo, en un proceso ante el Tribunal del Jurado en el que se aceptó –y no se impugnó en primera instancia ni por el Ministerio Fiscal ni por la defensa– la personación de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y de la Junta de Castilla y León como acusadores particulares, la Audiencia Provincial de Burgos afirmó que

«[d]e los textos anteriormente transcritos no se deduce que esta Delegación Especial del Gobierno pueda comparecer en procesos penales como acusación particular a sostener imputación contra persona determinada como autores de delito de violencia contra la mujer. Se prevé la posibilidad de intervención pero dentro de los parámetros establecidos por nuestra legislación positiva y jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Es decir, mediante el ejercicio de la correspondiente acción popular y no de la acusación particular pues no se acredita que en los delitos de violencia de género exista un perjuicio directo en el Estado o en la Comunidad Autónoma que le permita el ejercicio de la acción penal en su propio nombre y representación en un delito, que como el presente, atenta contra la vida de un ciudadano»<sup>711</sup>.

En conclusión, en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual solo están legitimados para ejercer la acusación particular la víctima y, en aquellos supuestos en los que esta no pueda ejercer sus derechos –por ejemplo, en caso de fallecimiento–, sus familiares directos como perjudicados. Así, en este tipo de delitos, las personas jurídicas y las personas jurídico-públicas nunca podrán tener el estatus de perjudicado –ni, obviamente, de víctima– por lo que su actuación en el proceso, en todo caso, deberá reconducirse a través del instituto de la acción popular.

En este sentido, la regulación autonómica que prevé la personación de las administraciones públicas en los procesos penales derivados de delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en calidad de perjudicados no debe

---

<sup>710</sup> GÓMEZ RECIO, F., «De cómo las administraciones compiten con el Ministerio Fiscal...», *óp. cit.*, s. p.

<sup>711</sup> *Cfr. SAP Burgos, Sección 1ª, 40/2010, de 7 de junio [ECLI:ES:APBU:2010:908], ponente: Francisco Manuel Marín Ibáñez, FD 2º.*

tener, a priori, ninguna consecuencia práctica. Esta normativa se encuentra en las regulaciones autonómicas de Galicia<sup>712</sup>, de la Comunidad de Madrid<sup>713</sup> y de Navarra<sup>714</sup>.

### Reflexión final

El ejercicio de la acción penal por los particulares –sean o no ofendidos por el delito– es un derecho cívico y ciudadano que tiene como fundamento la participación de la ciudadanía en la Administración de Justicia y el control de la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal. En consecuencia, el régimen de legitimación activa en el proceso penal español deviene, por sí solo, una garantía democrática. Ahora bien, si las acusaciones particulares tienen el mismo fundamento, entonces, en aquellos supuestos – como en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual– en los que por la naturaleza de la acción delictuosa hay ofendidos y, en su caso, perjudicados, es suficiente la posibilidad de que se puedan personar esos ofendidos o perjudicados como acusación particular, por lo que, en estos casos, no debería admitirse la personación de la acción popular.

No obstante, en la actualidad, se permite el ejercicio de la acción popular en todos los delitos públicos por parte de las personas físicas y las personas jurídicas. Además, se ha validado la posibilidad de que las personas jurídico-públicas se personen como acción popular cuando haya una norma jurídica que lo permita. Esta previsión solo ha encontrado acomodo en la generosa interpretación del artículo 29.2 LOVG para la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y en la regulación de la práctica totalidad de las CCAA.

---

<sup>712</sup> «En los casos en que proceda, la Xunta de Galicia podrá acordar su personamiento en los procedimientos penales instados por causa de violencia de género, en calidad de parte perjudicada civilmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de enjuiciamiento criminal». Artículo 30.1 Ley del Parlamento de Galicia 11/2007, de 27 de julio.

<sup>713</sup> «En los casos en que proceda, la Comunidad de Madrid se personará en los procedimientos penales instados por tales causas, en calidad de parte perjudicada civilmente, conforme a lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Artículo 30.1 Ley de la Asamblea de Madrid 5/2005, de 20 de diciembre.

<sup>714</sup> «La Administración de la Comunidad Foral de Navarra y las entidades locales podrán acordar su personación en los procedimientos penales para ejercer la acción popular en los casos más graves de violencia contra las mujeres o cuando la acción delictiva provoque la muerte de estas, en calidad de parte perjudicada civilmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Artículo 65.1 Ley Foral del Parlamento de Navarra 14/2015, de 10 de abril.

De la normativa analizada, la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer y la inmensa mayoría de las CCAA que han legislado al respecto, no tienen en cuenta la voluntad de la víctima a la hora de personarse como acción popular, por lo que, a todas luces, se trata de una manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria.

## CAPÍTULO IV

# LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA TESTIFICAL: LA AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA Y LA DISPENSA DEL DEBER DE DECLARAR

### Introducción

En la definición de Taruffo, la prueba es «el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos»<sup>715</sup> y tiene como finalidad «la máxima aproximación posible, dentro de los límites del proceso, al conocimiento de la verdad o falsedad de los hechos»<sup>716</sup>. De esta forma, la prueba cobra tal importancia que, en la expresión de Carnelutti, «[u]n juicio sin pruebas no se puede pronunciar; un proceso no se puede hacer sin pruebas»<sup>717</sup>, en buena medida, porque sin prueba no se puede desvirtuar la presunción de inocencia<sup>718</sup>.

---

<sup>715</sup> Cfr. TARUFFO, M., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Editorial Metropolitana, 1ª ed., 2009, pág. 59. Ahora bien, en el proceso penal, el tribunal deviene obligado a encontrar la verdad material, por lo que se podrán practicar «[l]as diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación». Cfr. Artículo 729 2º LECrim.

<sup>716</sup> Cfr. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2005, pág. 35.

<sup>717</sup> Cfr. CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S., y AYERRA REDÍN, M., trads.), *Cómo se hace un proceso*, Temis, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1994, pág. 58.

<sup>718</sup> Para la presunción de inocencia, de referencia, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, *op. cit.* Igualmente, de interés, GIMENO SENDRA, V., «El derecho a la presunción de inocencia», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), y SANZ HERMIDA, Á. (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 201-218; NIEVA FENOLL, J., «La razón de ser de la presunción de inocencia», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2016, Barcelona, disponible en <https://indret.com/la-razon-de-ser-de-la-presuncion-de-inocencia/?edicion=1.16> [u. a. 09/06/2021]; MORENO CATENA, V., «Sobre la presunción de inocencia», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada: Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, vol. II, págs. 865-894; y LARA LÓPEZ, A. M., «Artículo 48. Presunción de inocencia y

Entre los medios de prueba, el ordenamiento procesal penal regula la prueba testifical<sup>719</sup>. En este sentido, el artículo 410 LECrim regula la obligación de todos los ciudadanos que residen en España de prestar declaración como testigo cuando sean

---

derecho de defensa», en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 1251-1276. El derecho a la presunción de inocencia, que se ha proyectado históricamente como principio informador del proceso penal, como regla de tratamiento del investigado, como regla probatoria y como regla de juicio (vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, op. cit., págs. 119-159), ha traspasado las fronteras del proceso, consagrándose, igualmente, como regla de tratamiento por parte de las autoridades públicas, al prohibirse las «referencias públicas a la culpabilidad». En este sentido, el artículo 4 de la Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, establece que «[l]os Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades públicas y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable. Todo ello sin perjuicio de los actos procesales encaminados a demostrar la culpabilidad del sospechoso o acusado, y de las resoluciones preliminares de carácter procesal, adoptadas por las autoridades judiciales u otras autoridades competentes y que se basen en indicios o en pruebas de cargo». La Directiva insta un derecho a la presunción de inocencia extraprocesal o extrajudicial que, como ya afirmamos, no tendrá consecuencias en el proceso en caso de ser vulnerado. PÉREZ TORTOSA, F., «La presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio tras la Directiva (UE) 2016/343», en VELILLA ANTOLÍN, N. (dir.), y CÁCERES RUIZ, L. (coord.), *Boletín Jurídico AJFV 2017*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2018, págs. 575-585, cita en pág. 579. En el mismo sentido, se ha afirmado que habrá que diferenciar entre el derecho a la presunción de inocencia que afecta al enjuiciamiento y el derecho a la presunción de inocencia integrante del derecho al honor y a la propia imagen. Cfr. HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., «Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Ars Iuris Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 4, n.º 2, Ediciones Universidad de Salamanca, diciembre de 2016, págs. 178-181, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15294> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 179. En el ámbito de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, esta previsión cobra especial relevancia por cuanto, como hemos afirmado anteriormente, el hombre heterosexual-victimario siempre es considerado un sujeto peligroso (derecho penal del enemigo) respecto del cual se podrían relajar ciertos derechos. En este sentido, resulta llamativo que, recientemente, la ministra de Igualdad del Gobierno de España haya hecho declaraciones en relación con un mediático caso, dando por sentado que la mujer «es víctima» (sensu contrario, el hombre sería un maltratador), cuando es público y notorio que el proceso se sobreescribió provisionalmente. Vid., por todas, <https://elpais.com/sociedad/2021-03-22/irene-montero-el-testimonio-de-rocio-carrasco-es-el-de-una-victima-de-violencia-de-genero.html> [u. a. 09/06/2021]. Para la incidencia de la Directiva en el ordenamiento español, de interés, GUERRERO PALOMARES, S., «¿Es necesaria la transposición de la directiva 343/2016, de 9 de marzo, en materia de presunción de inocencia?», en *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, n.º extraordinario monográfico 1, 2019, págs. 164-183, disponible en <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2019/n-extraordinario-monografico-1-2019/168-es-necesaria-la-transposicion-de-la-directiva-343-2016-de-9-marzo-en-materia-de-presuncion-de-inocencia> [u. a. 09/06/2021].

<sup>719</sup> De interés, ALEMAÑ CANO, J., *La prueba de testigos en el proceso penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002; y BUJOSA VADELL, L., «La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio», en *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n.º 21, enero-abril de 2008, págs. 53-82.

citados<sup>720</sup>. No obstante, a continuación, la LECrim establece –junto con la imposibilidad de obligar a declarar a las personas que estén incapacitadas física o psicológicamente (art. 417 3º LECrim)– una serie de excepciones y dispensas. Unas de carácter absoluto, en la medida que eximen por completo de la obligación de declarar o permiten deponer en lugar distinto al órgano jurisdiccional; y otras de naturaleza relativa, por cuanto solo dispensan del deber de declarar en algunos casos o circunstancias<sup>721</sup>. A modo de mero recordatorio, estas excepciones y dispensas son:

a) *Personas exentas de la obligación de concurrir y de declarar:*

- Por razones de Estado<sup>722</sup>: el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, la persona titular del Principado de Asturias, y los regentes (art. 411 LECrim).

- Por razones de Derecho internacional: los agentes diplomáticos acreditados en España, en cualquier caso; y el resto del personal de las misiones diplomáticas, así como sus familiares, cuando concurren en ellos los requisitos establecidos en los tratados internacionales (art. 411 LECrim).

b) *Personas exentas de la obligación de concurrir, pero no de declarar:*

- Personas que pueden declarar por escrito: los demás miembros de la Familia Real (art. 412.1 LECrim) y los cargos públicos enumerados en el artículo 412.2 LECrim<sup>723</sup> por los hechos de los que tuvieron conocimiento por razón de su cargo, y ello aunque ya no estén en activo (art. 412.4 LECrim).

- Personas que pueden declarar en lugar distinto a la sede judicial: los enumerados en el artículo 412.2 LECrim, en su despacho oficial o en su domicilio, sobre cuestiones de las que no hayan tenido conocimiento por razón de su cargo (art.

---

<sup>720</sup> «Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley».

<sup>721</sup> AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III*, Reus, Madrid, 1912, págs. 591-592.

<sup>722</sup> Adoptamos, en algunos casos, la terminología de Gómez Colomer. *Vid.* GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, págs. 224-226.

<sup>723</sup> 1. El Presidente y los demás miembros del Gobierno; 2. Los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado; 3. El Presidente del Tribunal Constitucional; 4. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial; 5. El Fiscal General del Estado; y 6. Los Presidentes de las Comunidades Autónomas.



412.3 LECrim). Igualmente, las personas enumeradas en el artículo 412.5 LECrim<sup>724</sup>, en su despacho oficial o en la sede del órgano del que sean miembros<sup>725</sup>.

c) *Personas exentas de declarar, pero no de concurrir*<sup>726</sup>:

<sup>724</sup> 1. Los Diputados o Senadores, 2. Los Magistrados del Tribunal Constitucional y los Vocales del Consejo General del Poder Judicial; 3. Los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo; 4. El Defensor del Pueblo; 5. Las Autoridades Judiciales de cualquier orden jurisdiccional de categoría superior a la del que recibiere la declaración; 6. Los Presidentes de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas; 7. El Presidente y los Consejeros Permanentes del Consejo de Estado; 8. El Presidente y los Consejeros del Tribunal de Cuentas; y 9. Los miembros de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

<sup>725</sup> Estas dos primeras categorías, que pueden ser consideradas como auténticos «privilegios políticos» (cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, *óp. cit.*, pág. 361), son una manifestación de los denominados «privilegios procesales», que –junto con los aforamientos– se concretan en los privilegios relativos a la persecución del hecho punible, a los referidos a la detención del presunto culpable y a los establecidos en relación a la comparecencia y obligación de declarar (PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, págs. 79-83), y que, en todo caso, atentan contra el derecho a la igualdad consagrado constitucionalmente (GÓMEZ COLOMER, J.-L., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, pág. 224). Afirma Nieva Fenoll, a este respecto, que «[s]e podría cometer la ingenuidad de decir que es el decoro, o las buenas formas, lo que aconseja que cargos con relevante responsabilidad política no comparezcan a declarar, por la mala imagen que quedaría de las instituciones si ello sucediera. Sin embargo, como digo, ello no es más que una ingenuidad. Lo que da mala imagen a las instituciones no es que un rey o un presidente de la república comparezca a declarar en un tribunal, sino que existan evidencias de su corrupción y pueda negarse a colaborar con la justicia». Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, *óp. cit.*, pág. 362. Pese a todo, el ALECRim2020 perpetúa el privilegio de no comparecer y no declarar para el Rey o la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe o Princesa de Asturias y quien ejerza la Regencia (art. 659 3 ALECRim2020), así como el privilegio para altos cargos de los poderes del Estado y de las CCAA de poder informar por escrito sobre los hechos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo (art. 659.4 ALECRim2020, que incorpora a los presidentes de las asambleas legislativas de las CCAA). Pese a parecernos insuficiente, cabe señalar que el ALECRim2020 no incluye ninguna previsión análoga respecto del, podríamos decir, segundo escalón de cargos de los poderes del Estado y de las CCAA, hoy incluidos en el privilegio conforme al artículo 412.5 LECrim.

<sup>726</sup> Pese a que en la doctrina se ha señalado lo contrario (*vid.* GÓMEZ COLOMER, J.-L., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, *óp. cit.*, pág. 224), la dispensa del deber de declarar contra parientes no faculta al testigo para no concurrir a la citación judicial. A este respecto se ha pronunciado la jurisprudencia menor. «En el presente caso, partiendo del relato fáctico, ha reconocido la propia recurrente que tuvo perfecto conocimiento de las cuatro citaciones y que voluntariamente dejó de comparecer en el Juzgado de Instrucción a fin de prestar declaración en calidad de testigo, después de ser sancionada con una multa y advertida de que tal incomparecencia podía ser constitutiva de delito de obstrucción a la Justicia o de desobediencia grave a la autoridad, llegando incluso el Juzgado a dictar auto de detención por tal incomparecencia, todo lo cual evidencia una actitud de voluntario y reiterado incumplimiento a la orden de la Autoridad Judicial que integra, desde luego, el delito de desobediencia del art. 556 CP, en relación con el art. 420 LECrim.

A la anterior conclusión no cabe oponer eficazmente la ausencia de dolo específico, porque desconociera que estaba dispensada de declarar contra su hijo (art. 416 LECrim), pues obvio es que tal norma no dispensa de la obligación de comparecer a la citación judicial. Y tampoco son de apreciar como se denuncia el miedo (art 20.6 CP) y el error (art 14 CP), ni cualesquiera otros supuestos como excluyentes de la antijuricidad del hecho o bien como causa de inculpabilidad, siquiera sea porque tales causas de justificación, después de incumplir el mandado de la Autoridad Judicial hasta en cuatro ocasiones, no son entendibles en quien ha sufrido una multa coercitiva y la

- Por razón de parentesco con el encausado: El cónyuge o parientes más próximos de la persona que está sometida a investigación o enjuiciamiento (art. 416.1 LECrim).

- Por tener obligación de guardar secreto profesional: El abogado del investigado, por los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor (art. 416.2 LECrim); los traductores e intérpretes que intervinieron en las conversaciones entre el investigado y su abogado (art. 416.3 LECrim); los religiosos de cualquier culto sobre los hechos que se les haya confiado por razón de su ministerio (art. 417 2º LECrim); y los funcionarios públicos, en el caso de faltar al secreto profesional o, cuando actúan en virtud de obediencia debida, cuando no sean autorizados por su superior jerárquico para testificar (art. 417 2º LECrim).

A los efectos de esta investigación, interesa entre todas estas previsiones la dispensa del deber de declarar por razón de parentesco, que tiene su correlativo, por lo que al inicio del procedimiento se refiere, en la dispensa del deber de denunciar que atribuye el artículo 261 LECrim al cónyuge o asimilado, a los ascendentes y descendientes, y a los parientes colaterales hasta el segundo grado inclusive, del presunto delincuente<sup>727</sup>.

La dispensa del deber de declarar, catalogada como un «privilegio familiar»<sup>728</sup>, es una de las instituciones procesales que ocupa a la doctrina y a la jurisprudencia en relación con el ámbito y el alcance de la aplicación y, con especial intensidad, respecto a si la mujer víctima de violencia en la pareja íntima heterosexual puede o no ser titular de este derecho. De nuevo, como veremos, la autonomía de una concreta testigo-víctima

---

advertencia de conducción forzosa a presencia judicial». Cfr. SAP Castellón, Sección 1ª, 404/2014, de 31 de octubre [ECLI:ES:APCS:2014:1076], ponente: Pedro Luis Garrido Sancho, FD 3º.

<sup>727</sup> Cabe señalar, el avance significativo que significa que el artículo 527 c) del ALECr2020 prevea que la dispensa del deber de denunciar no opera cuando se trata de delitos cometidos contra menores. A este respecto, se afirma en la Exposición de Motivos que «[l]a exención del deber de denunciar por razón del vínculo familiar o afectivo no alcanza ahora a los supuestos de delitos cometidos contra bienes personales de menores de edad. En tales casos, prima sobre la consideración al vínculo afectivo o familiar el deber de protección y garantía de la integridad e indemnidad del menor».

<sup>728</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vol. 22, n.º 1, 2019, págs. 267-276, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/66650> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 2.

queda relegada a un segundo plano en favor de los pretendidos beneficios que tendrá para todas las mujeres en su conjunto una regulación que les impida decidir si declarar o no hacerlo. En este sentido, resultan esclarecedoras las palabras de Sanz Mulas:

«En resumen, el convencimiento de que nos encontramos ante un asunto público, se ha llevado hasta el punto de privar a las mujeres de su propia autonomía. De tratarles como seres infantiles y débiles, incapaces de tomar una decisión racional. Seres, por tanto, necesitados de protección y tutela, incluso contra su propia voluntad, y sin importar si estamos ante un hecho puntual de escasa gravedad o ante un supuesto reiterado de violencia. Todo el sistema se ha construido desde un planteamiento victimista, considerando que las mujeres que sufren o han sufrido un maltrato, por muy leve que sea, son personas altamente vulnerables, necesitadas de la tutela permanente de las instituciones públicas»<sup>729</sup>.

## 1. La dispensa de la obligación de declarar

Como ya hemos apuntado anteriormente, entre las distintas excepciones y dispensas al deber general que tiene toda la ciudadanía a concurrir y declarar a requerimiento de un órgano jurisdiccional, el artículo 416 LEC –al que remite, igualmente, el artículo 707 LECrim al regular la práctica de la testifical en el juicio oral– establece la dispensa de declarar por el parentesco con el investigado o encausado, junto con la del abogado y el intérprete, en su caso, respecto de sus entrevistas con aquel para la preparación de la defensa en ese asunto concreto.

«Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

<sup>729</sup> Cfr. SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, óp. cit., pág. 68.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido.

3. Los traductores e intérpretes de las conversaciones y comunicaciones entre el imputado, procesado o acusado y las personas a que se refiere el apartado anterior, con relación a los hechos a que estuviera referida su traducción o interpretación».

Este derecho es una manifestación más de todas las instituciones procesales que están reguladas de forma general pero que han cobrado especial protagonismo por ser de titularidad de la víctima de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, especialmente –como se verá– por el interés en obtener una sentencia condenatoria en este tipo de delitos, y ello, de nuevo, proponiendo otorgar nula validez a la voluntad de la víctima, hasta el punto de que se propone que la víctima-testigo devenga obligada a declarar.

### 1.1. Fundamentos

El fundamento de la dispensa del deber de declarar a favor de los parientes del encausado se asienta en la imposibilidad de exigir al testigo-pariente una conducta distinta a la de guardar silencio. Esta inexigibilidad tiene su razón de ser –justifica el Tribunal Supremo– «en los vínculos de solidaridad derivados de la relación familiar entre el testigo y el acusado, y es acorde con la protección de las relaciones familiares que proclama el art. 39 de la Constitución , así como en el derecho a proteger la intimidad del ámbito familiar»<sup>730</sup>.

<sup>730</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 175/2021, de 25 de febrero [ECLI:ES:TS:2021:903], ponente: Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, FD 2. En el mismo sentido, STS, Sala de lo Penal, 557/2016, de 23 de junio [ECLI:ES:TS:2016:3041], ponente: Joaquín Giménez García, FD 1º.; y, anteriormente, STS, Sala de lo Penal, 292/2009, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1547], ponente: Luciano Varela Castro, FD 3º. Se está, por tanto, «ante el conflicto de preservar el ámbito íntimo de la familia o dar prevalencia al derecho del Estado a perseguir los delitos, procurando la consideración de la verdad material. Ante esa tesitura se opta por trasferir al testigo, que se ve inmerso en el conflicto, la posibilidad de optar, de sacrificar cualquiera de las dos posiciones anteriores. En su mano está dar mayor prioridad y prevalencia a su secreto familiar o colaborar activamente con la autoridad para la averiguación de la verdad material». Cfr. ALAÑÓN OLMEDO, F. «Algunos apuntes sobre el contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en IGLESIAS CANLE, I. C., y LAMEIRAS

Para nosotros, cuatro son los fundamentos de la dispensa: 1. La protección general que se hace en la LECrim de ciertos testigos frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses y, en particular, respecto de los parientes; 2. La protección de las relaciones familiares; 3. La libertad del testigo pariente para actuar con plena autonomía en el proceso; y 4. La liberación de la Administración de Justicia de tener que perseguir al testigo pariente que, obligado a declarar, decide mentir.

Respecto del primero, se ha puesto de manifiesto por la doctrina que la dispensa evita los problemas de conciencia que se pueden originar ante el dilema al que podría llegar a enfrentarse el testigo pariente del investigado o acusado, teniendo que elegir entre cumplir con la obligación legal de declarar y decir verdad, y la obligación moral de no perjudicar a una persona que pertenece a su misma familia<sup>731</sup>. A este respecto, la dispensa, en ningún caso se constituye como una obligación legal de guardar silencio, sin embargo, declarar contra un pariente se ha considerado siempre reprobable desde el punto de vista moral, en la medida en la que se entiende que las cuestiones que se revelan en el seno de una familia forman parte de la intimidad de las personas que la componen y no deben trascender extramuros del núcleo familiar. En este sentido, esta previsión sería considerada, tradicionalmente, como una exigencia de derecho natural, por lo que debe ser protegida por el legislador para no obligar a nadie a desarrollar una conducta contraria a su conciencia<sup>732</sup>. Así, resulta elocuente la cita de Aguilera de Paz, para quien la dispensa del artículo 416.1 LECrim se funda

«en la consideración potísima de que repugna á la propia naturaleza humana, y á los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos estrechos del parentesco, el que mutuamente puedan perjudicarse con sus respectivas declaraciones, exponiendo por su concurso unos á otros á sufrir las graves consecuencias de las imputaciones que en su contra hubieren de hacer, de no faltar á los deberes que la obligación de declarar impone. Y esa consideración tenida en cuenta por el legislador para

---

FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Universidade de Vigo-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 63-90, cita en pág. 65.

<sup>731</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)», en *Diario La Ley*, n.º 7577, 25 de febrero de 2011, s. p.; y SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 29, enero de 2013, pág. 21.

<sup>732</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4/2012, Barcelona, disponible en <https://indret.com/el-derecho-de-los-testigos-parientes-a-no-declarar-en-el-proceso-penal/> [u. a. 09/06/2021], pág. 12.

establecer en general dicha excepción, es igualmente poderosa respecto de aquellos que por virtud del matrimonio se colocan en el mismo lugar que los ascendientes y descendientes consanguíneos»<sup>733</sup>.

A este respecto, el TEDH ha afirmado que la dispensa del deber de declarar «no infringe en sí el artículo 6.1 y 3.a) del Convenio: teniendo en cuenta los problemas singulares que puede suscitar el careo entre un «acusado» y un testigo de su propia familia, pretende proteger a este último evitándole problemas de conciencia»<sup>734</sup>.

Parte de la doctrina afirma que estos vínculos morales no se rompen por el hecho de que la víctima deponga en el proceso penal, sino por los hechos delictivos que comete el victimario. Así, para Fuentes Soriano,

«[e]n este contexto en el que «los vínculos morales» que –según se ha visto– la norma pretende proteger han sido previamente destruidos por el agresor, favorecer que la víctima pueda escudarse en la exención del artículo 416 para no declarar constituye un fraude de ley que, en mi opinión, el ordenamiento jurídico no debería consentir»<sup>735</sup>.

Coincidiríamos plenamente con el argumento sino fuera porque, de nuevo, parece que se ofrece un resultado estereotipado de las consecuencias del delito, de la situación emocional y síquica en la que queda la víctima y, añade Fuentes Soriano, de las reacciones de los terceros cercanos a la pareja íntima<sup>736</sup>. De nuevo, no se hace distinción

<sup>733</sup> Cfr. AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III, óp. cit.*, pág. 600.

<sup>734</sup> Cfr. STEDH, de 24 de noviembre de 1986 [ECLI:CE:ECHR:1986:1124JUD000912080], Usterpertinger vs. Austria, FD I.

<sup>735</sup> Cfr. FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento...*, óp. cit., pág. 145.

<sup>736</sup> Afirma la autora que «no puede obviarse el hecho real –ni sus consecuencias– de que la víctima de los delitos que nos ocupan es una víctima que merece un tratamiento específico y que, por tanto, no debe quedar afectada por las razones de fondo que inspiraron la redacción del artículo 416 LECrim [...]».

El hecho incuestionable es que la víctima de violencia de género en el ámbito doméstico se encuentra sometida a enormes presiones físicas y psicológicas propiciadas no sólo por el agresor sino, en cierta medida, también, por su propio entorno y condiciones familiares así como por ella misma y la necesidad de confiar en que su relación sentimental pueda llegar a funcionar de forma satisfactoria. En ese maremágnum de sentimientos es extraordinariamente frecuente que, en la práctica, la víctima –bien por su propia voluntad, bien por las amenazas recibidas por su agresor– decida acogerse a la exención de declarar del artículo 416, frustrando así, en muchos casos, las expectativas probatorias del procedimiento». Cfr. *Ibíd.*, pág. 144. A este respecto, nos decantamos por no dejar de lado aquellas situaciones en las que la violencia es de baja intensidad, en la que no hay rastro de dominación y en la que, efectivamente, la víctima puede acogerse a la dispensa no porque desee «que su relación sentimental pueda llegar a funcionar de forma satisfactoria», sino porque esa relación sentimental ya funciona bien o, mejor dicho, que pese a un insulto o un zarandeo puntual –tal vez, incluso, de forma bidireccional–, la relación nunca dejó de ir bien. De esta forma,



alguna entre la violencia de dominación –en la que, efectivamente, los vínculos morales son destrozados por el agresor– y la violencia directa o, aún más, la violencia bidireccional, donde difícilmente han podido quebrarse esos vínculos. Así, la cuestión no es tanto cuáles sean las soluciones que se pueden adoptar –con las que se puede estar de acuerdo o no–, sino la presunción de que siempre, y en todo caso, el delito de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual convertirá a la víctima en un sujeto sin capacidad volitiva a la que hay que proteger sí o sí, y en todo caso, incluso en contra de su voluntad.

En relación con la protección de las relaciones familiares, el Tribunal Supremo afirma que el fundamento de la dispensa de la obligación de declarar a favor de los parientes del investigado o encausado se asienta en la necesidad de evitar la «colisión que puede surgir entre el deber de veracidad del testigo y el deber de fidelidad para con su pariente»<sup>737</sup>. En esta misma línea, más recientemente, señala el tribunal que

«[l]a dispensa está prevista en nuestro ordenamiento, a semejanza de muchos otros, como fórmula o válvula de escape que se brinda a la persona con fuertes vínculos afectivos con reconocimiento legal (matrimonio o situación asimilada; filiación, relación de consanguinidad) para eludir el conflicto entre esos lazos que presionan para no perjudicar de ninguna forma al pariente, menos aún provocando directa o indirectamente su condena penal y probable privación de libertad; y el imperativo legal de declarar la verdad sobre todo lo que se le pregunte en un proceso penal, bajo la amenaza de sanción penal (delito de falso testimonio) y con la fuerza de un previo juramento (o promesa) legal. El legislador (y, antes, el constituyente), con buen sentido, considera conveniente un mecanismo de

---

nos posicionamos con los que abiertamente hablan de posibilidad y no de certeza. Así, Miranda Estrampes señala que «hay que destacar que puede suceder que el ejercicio de este derecho a no declarar [...] sea fruto de las propias presiones o amenazas procedentes del agresor». Cfr. MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 449-474, cita en pág. 458.

<sup>737</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 1208/1997, de 6 de octubre [ECLI:ES:TS:1997:5884], ponente: Eduardo Moner Muñoz, FD 5°. En el mismo sentido, por todas, STS, Sala de lo Penal, 164/2008, de 8 de abril [ECLI:ES:TS:2008:1412], ponente: Siro Francisco García Pérez, FD 3; y STS, Sala de lo Penal, 459/2010, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2010:2648], ponente: José Manuel Maza Martín, FD 3°. Este fundamento ha tenido acogida, igualmente, por el Tribunal Constitucional, que señaló que «[e]l Tribunal Supremo, en una reiterada línea jurisprudencial constitucionalmente adecuada, invoca como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar prevista en los arts. 416 y 707 LECrim los vínculos de solidaridad que existen entre los que integran un mismo círculo familiar, siendo su finalidad la de resolver el conflicto que pueda surgir entre el deber de veracidad del testigo y el vínculo de familiaridad y solidaridad que le une al acusado». Cfr. STC, Sala Segunda, 94/2010, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TC:2010:94], ponente: Vicente Conde Martín de Hijos, FJ 6.



equilibrio que pasa por levantar en esos casos el deber general de todo ciudadano de declarar»<sup>738</sup>.

En definitiva, y como afirmó de forma muy gráfica el Tribunal Supremo, el fundamento de la dispensa del deber de declarar contra los parientes reside en «evitar el poner en Contradicción la voz de la sangre con el deber de todo ciudadano de colaborar en el descubrimiento y sanción de los delitos»<sup>739</sup>. Nuestra crítica a quienes defienden que las relaciones familiares no se rompen por la testifical del pariente, sino por el victimario<sup>740</sup>, debe correr la misma suerte que la apuntada en el anterior fundamento. Las relaciones familiares se romperán o no dependiendo de muchos factores, por lo que

---

<sup>738</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 205/2018, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629], ponente: Antonio del Moral García, FD 3º.

<sup>739</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, de 26 de noviembre de 1973 [ECLI:ES:TS:1973:460], ponente: Fernando Díaz Palos, C. 1.

<sup>740</sup> «Podrá aducirse que algunos delitos cometidos entre parientes pueden no romper esta relación familiar armoniosa. Ahora bien, creo que ocurre algo distinto en los casos de delitos de violencia doméstica y de género, que son la mayoría de los que se plantean en estas circunstancias ante nuestros tribunales. En estos supuestos ya no hay ocasión de proteger dicha armonía o paz familiar, puesto que ésta quiebra automáticamente como consecuencia del acto violento cometido por el acusado frente a uno de los integrantes del núcleo familiar». Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar...», *óp. cit.*, pág. 21.

no cabe hacer un planteamiento general y estereotipado<sup>741</sup>. Ahora bien, en la doctrina hay quien niega este fundamento por la ubicación sistemática del artículo 24.2 CE<sup>742</sup>.

En tercer lugar, el derecho a la dispensa de la obligación de declarar contra los parientes se asienta en la posibilidad que se otorga al testigo y, especialmente, al testigo-víctima pariente para producirse con libertad a lo largo del proceso decidiendo si quiere o no declarar, sin que de una opción u otra se puedan hacer determinadas lecturas acerca de sus motivaciones: quien decide declarar no necesariamente rompe una familia; y quien decide no declarar, no necesariamente está aceptando y avalando la violencia que sufre. El ejercicio libre de la dispensa del deber de declarar contra parientes es un síntoma de respeto a la autonomía de la víctima en el proceso. A este respecto, hacemos nuestras las palabras de Catalina Benavente, quien afirma que

<sup>741</sup> Ahora bien, defender que no se puede estereotipar no nos puede llevar ni a negar que existe la violencia de dominación ni a ocultar que, efectivamente, en muchos casos, la voluntad de la víctima está totalmente anulada. A este respecto, se llegó a detectar una tendencia por la que ciertas víctimas llegaron a autoinculparse de un delito de falso testimonio (art. 458.2 CP) para, una vez dictada sentencia firme condenatoria contra la mujer, el varón –previamente condenado igualmente– tuviera acceso a la revisión de sentencia firme y a obtener la revocación de la sentencia condenatoria. En uno de estos supuestos (STS, Sala de lo Penal, 1405/2011, de 22 de diciembre [ECLI:ES:TS:2011:9011], ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro), la víctima de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual compareció ante el juzgado que condenó al agresor declarando que su testimonio en el procedimiento de origen había sido falso. Con posterioridad, fue condenada en sentencia de conformidad. En otro caso (STS, Sala de lo Penal, 640/2012, de 5 de julio [ECLI:ES:TS:2012:5782], ponente: Carlos Granados Pérez), la denuncia por testimonio falso fue interpuesta por el condenado adjuntado con la denuncia una declaración jurada de la mujer en la que afirmaba que había mentado por resentimiento y ánimo de venganza por supuestas infidelidades. Posteriormente, durante la instrucción se reafirmó en este testimonio y, finalmente, aceptó –igualmente– una condena mediante sentencia de conformidad. Como punto de partida, la condena de una víctima por falso testimonio y la posterior revisión de la sentencia no debería tener la nota de excepcionalidad. No obstante, estos casos son singulares y ciertamente llamativos por cuanto fueron las propias víctimas las que, de una u otra forma, fomentaron su propia condena por testimonio falso. Así, y como ya tuvimos oportunidad de reclamar, en supuestos como estos tanto el Ministerio Fiscal cuanto los jueces deben extremar las cautelas y, por qué no, *de lege ferenda*, someter a la investigada a una pericial psicológica que ayudara al juez a valorar la autoinculpación. Vid. PÉREZ TORTOSA, F., «La prueba testifical de la víctima...», *óp. cit.*, pág. 67. Claro está, y en línea con lo que estamos defendiendo en esta investigación, estas propuestas son extensivas a cualquier manifestación no solo de violencia en la pareja íntima, sino de violencia intrafamiliar.

<sup>742</sup> «Repárese en que la referida previsión constitucional se plasma justo a continuación de un párrafo que reconoce al sujeto pasivo del procedimiento penal todo un haz de derechos y garantías fundamentales tan trascendentales como el derecho al juez predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informado de la acusación formulada, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia.

En este escenario, no creemos plausible sostener que el fundamento de la dispensa reside en el conflicto que se le puede plantear al testigo obligado a decir verdad entre cumplir con su deber y el vínculo de solidaridad y familiaridad que le une con el acusado». Cfr. CAMPANER MUÑOZ, J., «Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal», en *Revista de derecho y proceso penal*, Aranzadi, n.º 44, 2016, s. p.

«no es la lealtad hacia su marido o pareja, ni el amor, ni el respeto, ni la paz familiar, o por lo menos eso es lo que creemos nosotros; la exención se puede justificar, aparte de porque viene reconocido en la ley, en que la mujer víctima de violencia de género tiene que poder decidir qué intervención quiere tener en el proceso penal contra su agresor. Sin que esto signifique que aquella mujer que no quiere declarar contra su marido/pareja en el proceso penal no quiera poner fin a la violencia que padece en el seno de su relación de pareja»<sup>743</sup>.

Por último, la dispensa del deber de declarar tiene como fundamento –podría decirse que utilitarista o de eficiencia procesal– el de liberar a la Administración de Justicia de tener que perseguir penalmente al testigo pariente –especialmente en el caso del testigo-víctima– que, ante la obligación de declarar, decide mentir para no perjudicar a su pariente<sup>744</sup>. A este respecto, es pacífico en la jurisprudencia que

«[l]a exención al deber de declarar que impone el art. 410 [*sic.*] de la LECrim tiene mucho que ver con razones de índole puramente pragmática. El legislador sabe que las advertencias a cualquier testigo de su deber de decir verdad y de las consecuencias que se derivarían de la alteración de esa verdad, no surten el efecto deseado cuando es un familiar el depositario de los elementos de cargo necesarios para respaldar la acusación del sospechoso»<sup>745</sup>.

Se ha apuntado por la doctrina como fundamento de la dispensa, igualmente, la protección del reo, «considerando este derecho como una manifestación más del

<sup>743</sup> Cfr. CATALINA BENAVENTE, M. A., «La denuncia en los casos de violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y CATALINA BENAVENTE, M. A. (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 303-351, cita en pág. 345.

<sup>744</sup> El artículo 420 LECrim dispone que «[e]l que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

La multa será impuesta en el acto de notarse o cometerse la falta».

<sup>745</sup> STS, Sala Segunda, 310/2021, de 12 de abril [ECLI:ES:TS:2021:1355], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 2. En el mismo sentido, STS, Sala de lo Penal, 225/2020, de 25 de mayo [ECLI:ES:TS:2020:1559], ponente: Pablo Llarena Conde, FD 2º; y, anteriormente, STS, Sala de lo Penal, 319/2009, de 23 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:2139], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 1º. En la jurisprudencia menor, recientemente, por todas, SAP Gipuzkoa, Sección 3ª, 220/2020, de 20 de octubre [ECLI:ES:APSS:2020:562], ponente: Juana María Unanue Arratibel, FD 2º; SAP Tenerife, Sección 6ª, 878/2020, de 18 de diciembre [ECLI:ES:APTF:2020:997A], ponente: Emilio Moreno Bravo, FD 2º; y SAP Madrid, Sección 1ª, 624/2020, de 17 de diciembre [ECLI:ES:APM:2020:15482], ponente: Antonio Antón y Abajo, FD 4º.

principio *nemo tenetur*»<sup>746</sup>. Nos apartamos de estas posiciones por cuanto, aun siendo cierto que el Tribunal Supremo señaló que el derecho reconocido en el artículo 416.1 LECrim «está concebido para proteger al presunto reo y no para perjudicarlo»<sup>747</sup>, en realidad, no se refería el tribunal tanto a la dispensa cuanto a que las declaraciones sumariales pudieran reconducirse a verdaderas pruebas de cargo en el caso de que el testigo activara el derecho a no declarar en el plenario. Y esto es así, en la medida en la que, en no pocas ocasiones, las denuncias y las declaraciones durante la instrucción pueden estar movidas por fines torticeros.

«Ello es lo que ocurre en este caso en el que la denunciante, hija del acusado se acogió a dicha dispensa para no ratificar la incriminación verificada en la fase sumarial; y para tales supuestos se ha de recordar que como señalan las SS.TS. 990/1995 de 11 de octubre, y 331/1996, de 11 de abril la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son

<sup>746</sup> Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar...», *óp. cit.*, pág. 10. El aforismo latino *nemo tenetur se ipsum accusare*, o *nemo tenetur se detegere* se traduce por «nadie está obligado a acusarse a sí mismo» o «nadie está obligado a autoincriminarse». Cfr. Diccionario panhispánico del español jurídico, disponible, respectivamente, en <https://dpej.rae.es/lema/nemo-tenetur-se-ipsum-accusare> y <https://dpej.rae.es/lema/nemo-tenetur-se-detegere> [u. a. 09/06/2021]. Señala Andrés Ibáñez que este fundamento deviene una manifestación del principio de presunción de inocencia, por cuanto «es, precisamente, la rigurosa exención al imputado del deber de demostrar su inocencia, la que demanda, con el mismo rigor, un proceso de tipo acusatorio y la renuncia a imponerle la condición de fuente de prueba contra sí mismo, y por eso su investidura del, igualmente fundamental, derecho al *nemo tenetur se detegere*». Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Marcial Pons, n.º 1, 2020, págs. 75-102, disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22364> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 77. Respecto de la búsqueda de la autoinculpación, bordeando la vulneración del derecho del investigado al secreto, añade el autor que esta práctica «tiene la más acreditada confirmación en la añosa experiencia del imputado detenido que, en la policía, es objeto de una suerte de concienzudo *work in progress* que, al fin, desemboca en una (previsible) declaración autoinculpatoria. Un curso, tan asumido como *regular* por los policías, los fiscales y – ¡ay!– no pocos jueces, que, con frecuencia, se registra en los atestados con la mayor naturalidad. Así, se deja constancia de un primer momento en el que aquel manifiesta su propósito de no declarar, pero de que, al fin, acaba haciéndolo *voluntariamente*, incluso con llamativa locuacidad, al término de la detención. Y no se diga, cuando esta resulta prorrogada en aplicación de legislaciones como la antiterrorista». Cfr. *Ibíd.*, págs. 77-78 (en nota al pie). En este sentido, no faltan resoluciones jurisdiccionales que advierten de «una cierta presión policial -que sin estar cerca ni por asomo a la tortura, va ínsita al mero hecho objetivo de estar privado de libertad varios días en un centro de detención, sometido a constantes interrogatorios, donde obviamente se recoge el prestado finalmente ante abogado-». Cfr. SAN, Sala de lo Penal, 40/2016, de 27 de diciembre [ECLI:ES:AN:2016:4613], ponente: Enrique López López, FD 1º. En idénticos términos, SAN, Sala de lo Penal, 8/2016, de 6 de mayo [ECLI:ES:AN:2016:1507], ponente: Enrique López López, FD 2º; y SAN, Sala de lo Penal, 32/2014, de 11 de diciembre [ECLI:ES:AN:2014:5188], ponente: Enrique López López, FD 2º.

<sup>747</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 331/1996, de 11 de abril [ECLI:ES:TS:1996:2150], ponente: Ramón Montero Fernández-Cid, FD 1º.

infrecuentes las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir sobre la decisión de custodia»<sup>748</sup>.

Por último, se ha señalado igualmente como fundamento de la dispensa de la obligación de declarar, la protección de la búsqueda de la verdad en el proceso penal<sup>749</sup>, de escaso recorrido, por no decir nulo, en la doctrina y la jurisprudencia española.

## 1.2. Naturaleza jurídica

La dispensa del deber de declarar contra parientes, reconocida en el artículo 24.2 *in fine* CE constituye un derecho fundamental de carácter personalísimo, irrenunciable, inalienable e indescriptible<sup>750</sup> que el testigo debe activar, en todo caso, de forma voluntaria<sup>751</sup>. Así, se trata de un derecho subjetivo que ostenta el testigo-pariente frente al Estado, por lo que, en palabras del Tribunal Supremo «más que una exención al deber de declarar, el art. 416.1 arbitra una fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible»<sup>752</sup>.

<sup>748</sup> STS, Sala de lo Penal, 1587/1997, de 17 de diciembre [ECLI:ES:TS:1997:7745], ponente: Ramón Montero Fernández-Cid, FD 2º. Téngase presente que el derecho a la dispensa del deber de declarar se reconoce al testigo pariente, no al investigado o encausado, en la medida en la que «[n]o existe un derecho del acusado a que sus parientes no declaren; sino un derecho de esos familiares a no ser compelidos a declarar». Cfr. STS, Sala de lo Penal, Pleno, 389/2020, de 10 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2493], ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar, FD 6º. Para un análisis de la sentencia, *vid.* MARÍ FARINÓS, E., «La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim», en *La Ley Penal*, n.º 147, noviembre-diciembre de 2020, s. p. En el mismo sentido, STS, Sala de lo Penal, 205/2018, de 15 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629], ponente: Antonio del Moral García, FD 3º.

<sup>749</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar...», *óp. cit.*, pág. 11.

<sup>750</sup> SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber...», *óp. cit.*, pág. 22.

<sup>751</sup> En este sentido, el Tribunal Supremo, después de afirmar que no se puede sustituir la decisión libre de acogerse a la dispensa por la introducción de la declaración sumarial, declara que «hay que tener en cuenta, no obstante, lo distinto que sería, por supuesto, aquel caso en el que el Tribunal "a quo" apreciase que, como por desgracia en otras ocasiones sucede, la testigo presentaba rasgos o actitudes que hicieran sospechar el que pudiera sufrir amenazas o que, de cualquier forma, se sintiera atemorizada, a cuyo fin debieran adoptarse medidas excepcionales de esclarecimiento de tales circunstancias y, en su caso, de la consiguiente protección para la declarante, pudiéndose encontrar entonces, por tal motivo, justificada la negativa a otorgar valor a su decisión, no plenamente voluntaria, de no declara». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 459/2010, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2010:2648], ponente: José Manuel Maza Martín, FD 3º.

<sup>752</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 319/2009, de 23 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:2139], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 1º. En el mismo sentido, LOZANO EIROA, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 31, septiembre de 2013, pág. 3.

Ahora bien, el derecho a no declarar contra un pariente no atribuye al testigo ningún control del objeto del proceso. Como con especial claridad afirma el Tribunal Supremo,

«[e]l art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar»<sup>753</sup>.

En ese sentido, parte de la doctrina denuncia que, en no pocas ocasiones – especialmente, en el periodismo– se confunde el ejercicio de la dispensa del deber de declarar con el perdón<sup>754</sup>. Ahora bien, esta confusión no es ajena a la judicatura. Así, en la jurisprudencia menor se ha llegado a afirmar que

«[n]o es posible una interpretación que posibilite la impunidad, por razones de un entendido rigor procesal, que bien mirado entraña en ciertas ocasiones un fraude procesal ex art 11 LOPJ urdido precisamente por el acusado, y que de paso posterga ciertas y auténticas posibilidades procesales ( art. 714 , art. 730 LECr) de tener en cuenta el testimonio practicado un día en que la víctima se sintió con fuerzas para tratar de poner fin a su situación. Si se reconociera la dispensa legal a declarar de un testigo como un derecho que alcanza a revisar y a inutilizar lo declarado antes, también habría de permitirse al denunciante a retirar denuncias que pudo no interponer, convirtiéndose en ambos casos en condición semejante al perdón, o lo que es lo mismo la conversión práctica de delitos públicos o semipúblicos en privados»<sup>755</sup>.

No compartimos esta argumentación por cuanto se comparan dos derechos de las víctimas –la retirada de la denuncia y la dispensa del deber de declarar– que, por razones diversas tendrán distintas consecuencias pero que, en ningún caso, significan control alguno por parte de las víctimas del proceso ni pueden asimilarse al perdón. Por un lado, el ejercicio de la dispensa de la obligación de declarar solo tiene como

<sup>753</sup> STS, Sala de lo Penal, 319/2009, de 23 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:2139], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 1º.

<sup>754</sup> MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...», *óp. cit.*, pág. 149.

<sup>755</sup> Cfr. SAP Castellón, Sección 2ª, 150/2006, de 12 de abril [ECLI:ES:APCS:2006:601], ponente: José Luis Antón Blasco, FD 2º.



consecuencia que la previsible y legítimamente esperada testifical –que finalmente queda frustrada– no pase a formar parte del acervo probatorio, y ello sin perjuicio de que se puedan practicar otras pruebas. Por otro lado, la retirada de una denuncia o la falta de personación como acusación particular de la víctima es suplida por el ejercicio obligatorio de la acción penal por parte del Ministerio Fiscal<sup>756</sup> e, incluso, por la posibilidad de personación en el proceso de la acción popular. En consecuencia, ninguna de las dos posibilidades –distintas en todo caso– significa una legitimación del testigo pariente para privatizar y disponer del proceso penal.

## 2. La dispensa del deber de declarar de la testigo-víctima en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual

La dispensa del deber de declarar contra un testigo tiene soporte constitucional en el artículo 24.2 *in fine* CE, en el que se establece que «[l]a ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Sin embargo, el artículo 416.1 LECrim hace un desarrollo legislativo ciertamente vago, por lo que ha sido la jurisprudencia la que ha ido delimitando el contenido del derecho, eso sí, con criterios, en ocasiones, dispares.

Este desarrollo jurisprudencial –y las propuestas de reforma, entre otras, las contenidas en el ALECrin2020– ha tenido como origen, en buena medida, la línea punitivista de la actual política legislativa en relación con la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>757</sup>. En la dispensa del deber de declarar contra parientes, como en otros instrumentos procesales, solo se busca la condena del agresor aun a costa de dejar de lado la autonomía de la víctima porque, como se ha afirmado, «la dispensa le está perjudicando, dándole la posibilidad de no testificar y, por tanto, que los

<sup>756</sup> En este sentido, afirma Magro Servet que, de todas maneras, «esta actitud de la renuncia no es tan problemática si se considera que nos encontramos ante un delito perseguible de oficio y que desde la Fiscalía General del Estado se ha insistido desde antiguo que en estos casos debe el Ministerio Fiscal instar la continuación del proceso pese a la renuncia de la víctima, lo que resulta obvio». Cfr. MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?», en *Diario La Ley*, n.º 6333, 5 de octubre de 2005, s. p.

<sup>757</sup> Se afirma en este sentido, con un claro posicionamiento a favor de limitar este derecho, que «[s]i el sistema normativo español ha optado por la punición como uno de los pilares en la lucha contra esta lacra, la dispensa analizada impide que en muchos casos se alcance ese objetivo». Cfr. *Memoria de la Fiscalía General del Estado 2019, Capítulo III, 1.1, pág. 775*, disponible en [https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA\\_SITE/capitulo\\_III/cap\\_III\\_1\\_1.html](https://www.fiscal.es/memorias/memoria2020/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_1_1.html) [u. a. 09/06/2021].



presuntos delitos de su agresor queden impunes»<sup>758</sup>. En palabras de Lorenzo, en el caso de la dispensa aparece «[u]na vez más, el discurso único de la sanción penal. Y, como trasfondo, la posición paternalista que sitúa a las mujeres a las puertas de la inimputabilidad»<sup>759</sup>. En definitiva,

«[l]a víctima puede sobrevalorar el vínculo de afecto y parentesco que le une al victimario, que el legítimo derecho a declarar contra él. Es una colisión que debe resolverse reconociendo el derecho a la víctima de decidir libremente, en ejercicio de su autodeterminación en uno u otro sentido»<sup>760</sup>.

### 2.1. El origen de la discusión: las dificultades para acreditar hechos de violencia en la pareja íntima y en la violencia doméstica

Siguiendo a Martín Diz<sup>761</sup>, existen cinco condicionantes que determinan la particularidad de la prueba en los procesos penales por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, si bien –añadimos nosotros– estas circunstancias se dan en cualquier manifestación de la violencia en la pareja íntima, ya sea heterosexual –y con independencia de quien sea el sujeto activo y pasivo de la acción delictuosa, o de si se trata de agresiones recíprocas–, ya sea LGTBIQ+. Son:

a) *Clandestinidad*. En los delitos por violencia en la pareja íntima, la mayoría de casos se producen de forma directa en la intimidad de la pareja, ya sea en el domicilio o en cualquier otro lugar en el que –como en el primero– no existe la posibilidad de que haya testigos directos de los hechos.

---

<sup>758</sup> Cfr. PELAYO LAVÍN, M., «¿Es necesaria una reforma del artículo 416 LECr para luchar contra la violencia de género?», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 505-519, cita en pág. 508. Se añade, además, que las sentencias absolutorias derivadas del ejercicio por la víctima de la dispensa del deber de declarar, «refuerzan a los maltratadores a la vez que debilitan a sus víctimas». Cfr. VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho a no declarar de las víctimas de violencia...», *óp. cit.*, pág. 270. Esta afirmación resulta paradigmática del paternalismo jurídico que, como ya se ha afirmado anteriormente, desconoce los intereses de una concreta víctima. Efectivamente, la dispensa puede ser, en ocasiones, reflejo de la dominación a la que se tiene sometida a una víctima de violencia en la pareja íntima, sin embargo, también cabe la posibilidad, sobre todo en los casos de violencia de baja intensidad o prevalencia, o incluso en la violencia bidireccional, venga a reforzar la relación íntima.

<sup>759</sup> Cfr. LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas...?», *óp. cit.*, pág. 806.

<sup>760</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 134/2007, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1947], ponente: Joaquín Giménez García, FD 1º.

<sup>761</sup> MARTÍN DIZ, F., «Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género», en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, n.º 3, 2018, págs. 19-66, cita en pág. 43.

b) *Concurrencia de relación de afectividad*. La relación de afectividad que existe entre los sujetos de la acción delictuosa, ya sea con convivencia o sin ella, tiene una incidencia decisiva en la práctica de la prueba. Téngase presente que, en no pocas ocasiones, la pareja íntima continúa la relación afectiva con posterioridad a los hechos, por lo que las declaraciones de los dos miembros de la pareja (investigado y víctima) a lo largo del proceso pueden verse mediatizadas en el relato –o, incluso, en la mayor o menor predisposición de la víctima a acogerse a la dispensa del deber de declarar– por la situación de la pareja íntima en el momento de prestar declaración, ya sea durante la instrucción o en el juicio oral<sup>762</sup>.

c) *Disponibilidad de la prueba de cargo*. Derivado de la clandestinidad en el que se produce el hecho delictivo, la declaración de la víctima y del victimario son, en muchas ocasiones, las únicas pruebas de cargo con las que se puede contar para desvirtuar la presunción de inocencia. De esta forma, el silencio del acusado<sup>763</sup> y la opción de la testigo-víctima de acogerse a la dispensa tiene como consecuencia, en muchas ocasiones, la imposibilidad de probar el delito. En este sentido, Fuentes Soriano afirma que

«[l]a aplicación de esta dispensa sin mayores matices supuso desde el inicio la fatal consecuencia de dejar sin material probatorio a un elevadísimo número supuestos generando así, por un lado, una importante bolsa de impunidad para los agresores y, por otro, una contribución innegable al fracaso de las políticas públicas tendentes a la erradicación de la violencia de género»<sup>764</sup>.

<sup>762</sup> Para esta cuestión, *vid. supra*, pág. 68.

<sup>763</sup> Para el silencio del inculpado, de interés, ASECIO GALLEGOS, J. M., *El derecho al silencio como manifestación...*, *óp. cit.*, págs. 249-311; FUENTES SORIANO, O., «El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 46, septiembre de 2018; DEL MORAL GARCÍA, A., «A vueltas con el derecho al silencio del acusado», en ASECIO MELLADO, J. M. (dir.), y ROSELL CORBELLE, A. (coord.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, págs. 1303-1322; ORTEGO PÉREZ, F., «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del *ius tacendi*)», en *Diario La Ley*, n.º 6418, 9 de febrero de 2006, s. p.; VELAYOS MARTÍNEZ, M. I., «El derecho del imputado al silencio», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1-2, 1995, págs. 59-94; y LOZANO EIROA, M., «El derecho al silencio del imputado en el proceso penal», en *Diario La Ley*, n.º 7925, 18 de septiembre de 2021, s. p.

<sup>764</sup> FUENTES SORIANO, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 44, enero de 2018, págs. 9-10.

A este respecto, cabe señalar que, conforme a las estadísticas publicadas por el CGPJ<sup>765</sup> respecto del año 2020, en los JVM, el 10,2% de las víctimas se acogieron a la dispensa del deber de declarar. Por otro lado, en los juzgados de lo penal, se ingresaron un total de 26.551 procedimientos, se resolvieron 23.812 y se acogieron a la dispensa de la obligación de declarar 2.339 mujeres, por lo que el porcentaje se sitúa en unos parámetros parecidos. Por último, en los procedimientos en única instancia ante las secciones especializadas de las Audiencias Provinciales, se registraron un total de 408 procedimientos, resolviéndose un total de 351. En este caso se acogieron a la dispensa del deber de declarar únicamente 4 mujeres. El porcentaje es significativamente más bajo, es obvio, por dos razones. En primer lugar, los asuntos enjuiciados por las audiencias provinciales son los derivados de la violencia más grave, por lo que es normal que la víctima no se acoja a la dispensa. En segundo lugar, en este tipo de asuntos, la violencia ha podido tener como fatal resultado el fallecimiento de la mujer.

En cualquier caso, el hecho de que el porcentaje de mujeres que se acogen a la dispensa de la obligación de declarar se sitúe en los JVM y en los Juzgados de lo Penal alrededor del 10%, tal vez debería hacer reflexionar a la doctrina porque, igual, el problema que se denuncia no es tal o, al menos, no es de tal envergadura<sup>766</sup>. Si el 90% de las mujeres deciden declarar –en muchas ocasiones, constituyendo su declaración la única fuente de prueba<sup>767</sup>–, bien podría afirmarse, por un lado, que el recurso a la

<sup>765</sup> Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial--Anual-2020> [u. a. 09/06/2021]

<sup>766</sup> A modo de ejemplo de lo que afirmamos, señala Martín Ríos que «[e]n la práctica forense, se observa cómo esta excepción resulta ciertamente operativa en el ámbito de la violencia de género, siendo frecuente que la mujer víctima de este tipo de violencia se acoja a las exenciones vistas cuando es llamada a declarar contra su victimario». Cfr. MARTÍN RÍOS, M. P., «Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 15, 2008, pág. 2.

<sup>767</sup> En relación con el valor probatorio de la declaración de la víctima-testigo como única prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo ha establecido un total de once criterios interpretativos. Vid. STS, Sala de lo Penal, 119/2019, de 6 de marzo [ECLI:ES:TS:2019:678], ponente: Vicente Magro Servet, FD 3º; y, confirmando, STS, Sala de lo Penal, 254/2019, de 21 de mayo [ECLI:ES:TS:2019:1516], ponente: Vicente Magro Servet, FD 2º; y STS, 37/2021, de 21 de enero, [ECLI:ES:TS:2021:223], ponente: Vicente Magro Servet, FD 2º. De interés, GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Actualización jurisprudencial de los criterios orientativos de valoración del testimonio de la víctima de violencia de género en el juicio oral», en JIMÉNEZ CONDE, F., y BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), y LLOPIS NADAL, P., y DE LUIS GARCÍA, E. (coords.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 705-713, y GONZÁLEZ MONJE, A., «La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España», en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*,

dispensa es infrecuente y, por otro lado, que las mujeres víctimas de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual no son, globalmente consideradas, sujetos sin capacidad volitiva que deciden no declarar por las presiones (internas o externas) que – se dice– reciben y no pueden gestionar.

d) *Normalidad “aparente” del agresor.* En los casos de violencia en la pareja íntima, los victimarios –ya sean hombres o mujeres heterosexuales, o personas LGTBIQ+– mantienen un perfil social intachable, reservando la violencia para el ámbito doméstico.

e) *Importancia de los elementos probatorios objetivos.* Derivado de la clandestinidad propia de los delitos de violencia en la pareja íntima, cobra especial relevancia el material probatorio objetivo que venga a corroborar la versión de la víctima, como, por ejemplo, un informe médico de las lesiones producidas<sup>768</sup>.

## 2.2. *Ámbito subjetivo de aplicación de la dispensa*

La dispensa del deber de declarar contra parientes está prevista para cualquier tipo de delito, por lo que no hay ninguna especialidad en relación con el ámbito objetivo. Sin embargo, sí resulta problemático el ámbito subjetivo en relación con el ejercicio de la dispensa por la testigo-víctima –a la que haremos referencia más adelante<sup>769</sup>–, así como la influencia del cese de la relación íntima en el ejercicio de la dispensa y, finalmente, la titularidad del derecho a favor de los menores.

El artículo 416.1 LECrim delimita el ámbito subjetivo de la dispensa a

«[l]os parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos

---

vol. 6, n.º 3, 2020, págs. 1627-1660, disponible en <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/377> [u. a. 09/06/2021].

<sup>768</sup> Téngase presente que un parte médico puede corroborar la versión de la víctima respecto de cómo se produjeron los hechos y de su intensidad, pero no prueban la autoría de delito. *STC, Sala Primera, 94/2004*, de 24 de mayo [ECLI:ES:TC:2004:94], ponente: María Emilia Casas Baamonde, FJ 5. Para el valor probatorio de los informes médicos, *vid.* MONTESINOS GARCÍA, A., «Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, n.º 17, enero de 2017, págs. 127-165, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24471> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 153-155.

<sup>769</sup> *Vid. infra*, pág. 324.

o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261<sup>770</sup>».

La previsión de incluir a las personas unidas por una relación *more uxorio*<sup>771</sup> fue incorporada al precepto por el artículo 2.47 de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre. No obstante, la jurisprudencia ya venía, a estos efectos, asimilando estas relaciones a la unión matrimonial<sup>772</sup>. En esta línea, entendemos igualmente factible la asimilación en los casos de personas unidas por relaciones análogas a la línea directa ascendente y descendente, y a los hermanos, siempre que exista convivencia. Téngase presente que, en la actualidad, son habituales las familias reconstituidas<sup>773</sup> en las que los dos miembros de la pareja íntima conviven con los hijos de uno y/u otro. Incluso, la nueva pareja íntima puede tener descendencia común. En estos casos –insistimos, siempre que haya convivencia–, los fundamentos de la dispensa del deber de declarar son, en nuestra opinión, aplicables a todos los miembros de esa unidad familiar reconstituida<sup>774</sup>, y ello con independencia de lo que dicte el Libro de Familia<sup>775</sup>.

<sup>770</sup> Cabe señalar que, conforme a la DF 1.4 de LEVD, las personas incluidas en el número 3 del artículo 261 LECrim («Los hijos naturales respecto de la madre en todo caso, y respecto del padre cuando estuvieren reconocidos, así como la madre y el padre en iguales casos») quedaron fuera de los sujetos exentos del deber de denunciar, por lo que entendemos que, en este caso, el legislador de 2015 pudo sufrir un olvido al no reformar, igualmente, el artículo 416.1 LECrim.

<sup>771</sup> Para las implicaciones procesales de este tipo de relaciones, *vid.* JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Actos procesales de las uniones de hecho», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 15, mayo de 2008.

<sup>772</sup> *Vid.*, por todas, STS, Sala de lo Penal, 134/2007, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1947], ponente: Joaquín Giménez García, FD 1º; STS, Sala de lo Penal, 164/2008, de 8 de abril [ECLI:ES:TS:2008:1412], ponente: Siro Francisco García Pérez, FD 3; y STS, Sala de lo Penal, 292/2009, de 26 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:1547], ponente: Luciano Varela Castro, FD 3º.

<sup>773</sup> Para un interesante análisis de la regulación legal en España y en el derecho comparado de las familias reconstituidas, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, n.º 13, Valencia, 2020, págs. 194-223, disponible en <http://www.revista-aji.com/revista-numero-13/> [u. a. 09/06/2021]. De interés, desde la sociología, AJENJO-COSP, M., y GARCÍA-SALADRIGAS, N., «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», en *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Centro de Investigaciones Sociológicas, n.º 155, 2016, págs. 3-20, disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/jsp/REIS.jsp?opcion=articulo&ktitulo=2613&autor=MARC+AJENJO-COSP%2C+N%DARIA+GARC%CDA-SALADRIGAS> [u. a. 09/06/2021]. Para la prevalencia de la violencia filio-parental, distinguiendo en función del tipo de familia (monoparental, nuclear o reconstituida), *vid.* CARRASCO, N., GARCÍA, J., y ZALDÍVAR, F., «Diferencias asociadas a la violencia filio-parental en función del tipo de familia (“normalizadas” vs “en riesgo” y parentesco de la víctima)», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, Aitana investigación, vol. 5, n.º 3, septiembre de 2018, págs. 30-35, disponible en <https://www.revistapcna.com/es/contenido/70> [u. a. 09/06/2021].

<sup>774</sup> La jurisprudencia menor se ha mostrado en contra. Así, en un caso en el que la testigo no era hija biológica del acusado, pero formaba una familia reconstituida con aquel junto con la madre de esta, se afirma que el artículo 416.1 LECrim «otorga tan solo la dispensa a parientes en línea recta

Por lo que se refiere a la titularidad del ejercicio del derecho a la dispensa en función de la pervivencia o no de la relación afectiva, el Tribunal Supremo sostuvo dos posiciones diversas. En un primer momento estableció que, una vez rota la pareja íntima, se desvanecía la posibilidad de que la testigo-víctima pudiera acogerse a la dispensa del deber de declarar<sup>776</sup>. Sin embargo, posteriormente proclamó que el hecho de que la relación íntima hubiera finalizado definitivamente no implicaba que la testigo-víctima deviniera obligada a declarar<sup>777</sup>. Finalmente, el debate quedó zanjado por cuanto el Tribunal Supremo estableció que la exención de la obligación de declarar prevista en el artículo 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto, exceptuando «la

---

descendente y ascendente del delincuente, a su cónyuge o persona unida por análoga relación a la matrimonial y a sus hermanos y colaterales consanguíneos, no incluyendo a los afines». Cfr. SAP Alicante, Sección 1ª, 228/2017, de 31 de marzo [ECLI:ES:APA:2017:617], ponente: María de las Virtudes López Lorenzo, FD 2º. En el mismo sentido, se ha afirmado que «la Sala estima que ni siquiera se plantean las dudas que hacen oscilar a la jurisprudencia en el caso de las parejas de hecho; en primer lugar, porque la relación de parentesco de los descendientes y ascendientes afines -padrastra -hijastra- no es asimilable a la relación de filiación, sea natural o adoptiva, a diferencia de lo que ocurre entre las matrimonios y las relaciones more uxorio; en segundo lugar porque la LECrim., a diferencia con lo sucedido en estas relaciones, no ha desconocido su existencia, y si ha excluido a estos parientes de la obligación de denunciar, no lo ha hecho de la obligación de prestar declaración como testigos». Cfr. SAP Valencia, Sección 1ª, 117/2013, de 8 de marzo [ECLI:ES:APV:2013:1310], ponente: Carmen Llombart Pérez, FJ 2º. No compartimos estos criterios. Lo importante no es tanto establecer si se puede comparar el binomio matrimonio/relación *more uxorio* al de hijo/hijastra. Lo relevante, en nuestro criterio, es que ese nuevo núcleo familiar –y sus miembros– deben gozar de las mismas prerrogativas que el resto de las familias.

<sup>775</sup> En este sentido, en la medida n.º 130 del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (propuesta n.º 251 del Senado), se propone «[e]studiar la posibilidad de establecer la dispensa a no declarar de los menores no hijos del maltratador. Ante las dudas sobre la situación de conflicto que puede provocar a un menor tener que declarar en contra de un agresor con el que conviva, no siendo su padre y no pudiendo acogerse a la dispensa de declarar, se propone que el juez, dadas las circunstancias del caso, aprecie motivadamente la concurrencia de circunstancia análoga al parentesco que justifique esta dispensa especial». En línea con la posición que defendemos, nos apartamos parcialmente de una reforma en este sentido por cuanto, en primer lugar, está pensada únicamente respecto de los menores de edad; y, en segundo lugar, en la medida en la que la propuesta se circunscribe a los hechos en los que el sujeto activo del delito es un hombre heterosexual. No obstante, sí nos resulta interesante la posibilidad de introducir, con las debidas cautelas, un control judicial para que se pueda ejercer el derecho a la dispensa. De esta forma –y como defenderemos más adelante (*vid. infra*, pág. 330)–, entendemos que en los delitos de violencia en la pareja íntima podría limitarse el ejercicio de la dispensa del deber de declarar entre parientes por el juez, previo informe pericial.

<sup>776</sup> STS, Sala de lo Penal, 164/2008, de 8 de abril [ECLI:ES:TS:2008:1412], ponente: Siro Francisco García Pérez, FD 2; y STS, Sala de lo Penal, 13/2009, de 20 de enero [ECLI:ES:TS:2009:136], ponente: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar, FD 1º. Aun así, se distinguían aquellos casos en los que la convivencia –que no la relación– se interrumpía por estar el acusado en prisión. En estos supuestos, ninguna merma había en relación con la titularidad del derecho a la dispensa por parte de la testigo-víctima. STS, Sala de lo Penal, 134/2007, de 22 de febrero [ECLI:ES:TS:2007:1947], ponente: Joaquín Giménez García, FD 1º.

<sup>777</sup> STS, Sala de lo Penal, 459/2010, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2010:2648], ponente: José Manuel Maza Martín, FD 3º.



declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto»<sup>778</sup>.

En relación con el testigo-víctima menor de edad, el Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente<sup>779</sup> en un caso de agresión sexual por un padre respecto de sus tres hijas<sup>780</sup>, y en el que las menores fueron exploradas en la fase de instrucción sin que se les instruyera acerca de la posibilidad de guardar silencio en aplicación de la dispensa de declarar contra un pariente. En la sentencia se aborda, en primer lugar, la edad en la que se puede presumir que los menores tienen el grado de madurez necesario para tomar una decisión acerca de la dispensa de la obligación de declarar<sup>781</sup>, estableciendo la presunción de madurez en el rango de edad entre los 12 y los 14 años, a salvo que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.

«no puede afirmarse con la contundencia que lo hace el recurso, que este Tribunal en sede penal se haya decantado por considerar los 12 años como umbral de la madurez de quien ha de declarar en un proceso en relación con un pariente de los abarcados por el artículo 416 LECRIM. Es una cuestión, y así lo hemos dicho, que no puede quedar exenta de ponderación respecto las particulares circunstancias y condiciones del menor, sin restar relevancia al hecho de que el propio ordenamiento procesal civil imponga como preceptiva a partir de esa edad que los menores sean escuchados en procedimientos de familia o hayan de consentir su propia adopción. A partir de la pauta que tal previsión ofrece, podría entenderse como razonable residenciar la presunción madurez en la horquilla de edad que oscila entre los 12 y los 14 años, a salvo de que concurran especiales circunstancias que revelen esa edad biológica como prematura.

<sup>778</sup> Cfr. Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece, disponible en [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunal\\_Supremo/Jurisprudencia\\_/Acuerdos\\_de\\_Sala/ci.Acuerdos\\_del\\_Pleno\\_No\\_Jurisdiccional\\_de\\_la\\_Sala\\_Segunda\\_del\\_Tribunal\\_Supremo\\_d\\_e\\_24\\_04\\_2013\\_sobre\\_la\\_interpretacion\\_del\\_art\\_416\\_de\\_la\\_LECrim\\_formato3](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia_/Acuerdos_de_Sala/ci.Acuerdos_del_Pleno_No_Jurisdiccional_de_la_Sala_Segunda_del_Tribunal_Supremo_d_e_24_04_2013_sobre_la_interpretacion_del_art_416_de_la_LECrim_formato3) [u. a. 09/06/2021].

<sup>779</sup> STS, Sala de lo Penal, 329/2021, de 22 de abril [ECLI:ES:TS:2021:1405], ponente: Ana María Ferrer García.

<sup>780</sup> Si bien la casuística del asunto es distinta a la que centra nuestra investigación, la jurisprudencia es aplicable, por ejemplo, a los casos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en los que la víctima sea menor de edad.

<sup>781</sup> La necesidad de que los menores sean instruidos acerca de la dispensa cuando hayan alcanzado un cierto nivel de madurez ya había sido establecida por el Tribunal Supremo anteriormente. Vid. STS, Sala de lo Penal, 209/2017 [ECLI:ES:TS:2017:1202], ponente: Ana María Ferrer García, FD 4º; STS, Sala de lo Penal, 367/2017, de 19 de mayo [ECLI:ES:TS:2017:2021], ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez, FD 1º; STS, Sala de lo Penal, 699/2014, de 28 de octubre [ECLI:ES:TS:2014:4870], ponente: Antonio del Moral García, FD 2º.



Los 14 años son tomados como referencia en el proyecto de LO de "Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia", aprobado hace escasas fechas en el Congreso y pendiente de su tramitación ante la Cámara Alta, como umbral por debajo del cual parece interpretar el legislador que la comparecencia en juicio conlleva un riesgo de victimización secundaria. Así debe entenderse a partir del diseño de un sistema de exploraciones preconstituidas de los testigos menores de esa edad cuando sean víctimas, entre otros, de delitos contra la libertad sexual, acotando su presencia en juicio a supuestos excepcionales. Este mismo texto, que proclama como uno de sus fines reforzar el ejercicio del derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos, escuchados y tenidos en cuenta en contextos de violencia contra ellos, proyecta también modulaciones en la dispensa del artículo 416 LECRIM en relación a los testigos menores, que queda supeditada a que, por su edad, puedan comprender el sentido de la dispensa, lo que con facilidad nos coloca en la indicada franja que oscila entre los 12 y los 14 años como momento a partir del cual resulta necesaria tal ponderación» (FD 1º).

En segundo lugar, la sentencia analiza si el hecho de que un menor ejerza la acusación particular representado por un adulto implica la renuncia al derecho a no declarar contra un pariente. El tribunal desliga el ejercicio de la acusación particular de la posibilidad de acogerse al derecho consagrado en el artículo 416.1 LECrim en los casos, igualmente, en los que se haya alcanzado el grado de madurez necesario para tomar una decisión acerca de si acogerse o no a la dispensa, por lo que «alcanzado un estado de madurez suficiente para decidir personalmente sobre la posibilidad de acogerse o no a la dispensa, la previa opción de la madre no les puede privar de la capacidad de elegir por sí mismas» (FD 1º)<sup>782</sup>.

### 2.3. *El deber de la policía y del órgano jurisdiccional de informar al testigo-pariente del derecho a no declarar*

Junto con el deber de respetar la decisión del testigo-pariente de no declarar para no perjudicar a su familiar, el artículo 416 LECrim impone la obligación de informar al testigo del derecho que tiene a no declarar contra su pariente<sup>783</sup> tanto al órgano

---

<sup>782</sup> En este sentido, el tribunal ya había afirmado anteriormente que «[i]ncluso si la madre hubiese permanecido como acusación particular, los hijos, ya maduros o mayores, conservan la facultad para decidir por sí y con autonomía sobre la posibilidad de declarar o no. No se les arrebata esa facultad por el hecho de que su madre se personase en nombre de ellos siendo menores». *Cfr. STS, Sala de lo Penal, 205/2018, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629], ponente: Antonio del Moral García, FD 4º.*

<sup>783</sup> RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Dispensa del deber de declarar contra...», *óp. cit.*, s. p.

jurisdiccional cuanto a la policía<sup>784</sup>, hasta el punto de que la inobservancia de esta previsión tiene como sanción la consideración de esa testifical como prueba prohibida<sup>785</sup>, sin que, en ningún caso, la defensa tenga la carga de procurar que se instruya al testigo. Ahora bien, como cualquier otra causa de nulidad, la defensa sí deviene obligada a denunciar la vulneración del derecho en la primera ocasión en la que sea posible ya que, de lo contrario, la alegación posterior sería extemporánea.

«Ni corresponde a la defensa del acusado velar que la prueba de cargo se conforme de forma inobjetable, ni puede tacharse de ilegítima o extemporánea la estrategia de defensa que cuestiona los presupuestos de legalidad al objeto de diluir su efectividad probatoria. Lo que resulta contrario a las reglas de la buena fe en el proceso, es plantear la cuestión en un momento en el que resulte a todas luces insubsanable»<sup>786</sup>.

En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, esta obligación fue matizada por el Tribunal Constitucional en un supuesto en el que la esposa (testigo-víctima) y la hija (testigo) del acusado declararon en juicio sin que por el tribunal enjuiciador se les informara de su derecho a no declarar. Tal vez, la ausencia de información a la víctima trajo causa de su actitud espontánea y proactiva a lo largo de todo el procedimiento, personándose como acusación particular y solicitando graves penas para el acusado. En segunda instancia, la Audiencia Provincial absolvió al inicialmente condenado al anular las testificales de la esposa y de la hija por no haber sido informadas de su derecho a no declarar. En el caso de la testigo-víctima, el Tribunal Constitucional concedió el amparo a la esposa al interpretar –con buen criterio a nuestro entender– que la decisión de la Audiencia Provincial fue

<sup>784</sup> «Es por ello indispensable que exista constancia de que el testigo pariente fue advertido de la posibilidad de ejercer tal derecho. Es fácil entender que el ejercicio de esa dispensa exige como presupuesto su conocimiento por el pariente al que afecta. De ahí la importancia de su comunicación, no sólo por el Juez instructor, sino también por la Policía ( SSTS 385/2007, 10 de mayo y STS 1128/2004, 2 de noviembre) recordando esta Sala que, en caso de renuncia, ésta ha de resultar "concluyentemente expresada"». *Cfr.* STS, Sala Segunda, 310/2021, de 12 de abril [ECLI:ES:TS:2021:1355], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 2. En el mismo sentido, STS, Sala de lo Penal, 486/2016, de 7 de junio [ECLI:ES:TS:2016:2631], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 2.; y STS, Sala de lo Penal, 319/2009, de 23 de marzo [ECLI:ES:TS:2009:2139], ponente: Manuel Marchena Gómez, FD 1º.

<sup>785</sup> LÓPEZ YÁGÜES, V., en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 163.

<sup>786</sup> STS, Sala de lo Penal, 205/2018, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629], ponente: Antonio del Moral García, FD 4º.

«desproporcionada por su formalismo, al sustentarse en un riguroso entendimiento de aquella facultad de dispensa desconectada de su fundamento y finalidad, que ha menoscabado, de conformidad con la doctrina constitucional expuesta en el fundamento jurídico 3, el ius ut procedatur del que es titular la demandante de amparo, lo que al propio tiempo determina su falta de razonabilidad»<sup>787</sup>.

De esta forma, el Tribunal Constitucional estableció que no se puede caer en un rigorismo excesivo a la hora de anular una testifical en sede de recursos cuando, además, la anulación iría en contra del deseo de no acogerse a la dispensa manifestado de forma tácita por la testigo-víctima. En consecuencia, en nuestra opinión –y en contra de lo que se ha afirmado<sup>788</sup>–, el Tribunal Constitucional no estableció que se pueda prescindir del deber de informar sobre la dispensa en los casos de denuncia espontánea por la víctima<sup>789</sup>.

<sup>787</sup> Cfr. STC, Sala Segunda, 94/2010, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TC:2010:94], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 6º.

<sup>788</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho a no declarar de las víctimas de violencia...», *óp. cit.*, pág. 272; y LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves Prácticas...*, *óp. cit.*, pág. 282.

<sup>789</sup> Téngase presente, además, que el ámbito del deber de informar del derecho a la dispensa a los testigos deviene, en todo caso, una cuestión de legalidad ordinaria, respecto de la que el Tribunal Constitucional no puede pronunciarse. En este sentido, en la propia sentencia se afirma que «la tarea de este Tribunal con ocasión del presente recurso de amparo en el ejercicio de su jurisdicción no consiste, como es obvio, en interpretar o enjuiciar las interpretaciones efectuadas por los órganos judiciales de los preceptos legales que regulan la obligación de informar a determinados testigos de la dispensa de no estar obligados a declarar contra el denunciado (art. 261 LECrim), imputado o procesado (arts. 416 y 707 LECrim), al tratarse, en principio, de una cuestión de legalidad que compete a aquéllos en el ejercicio de la función jurisdiccional que les confiere el art. 117.3 CE, sino, más concretamente, en determinar si en el caso que nos ocupa la decisión de la Audiencia Provincial de Barcelona de tener por no realizada la prueba testifical de la demandante de amparo y de su hija al no haber sido advertidas por el órgano judicial de la dispensa de la obligación de declarar del art. 416 LECrim ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)». Cfr. STC, Sala Segunda, 94/2010, de 15 de noviembre [ECLI:ES:TC:2010:94], ponente: Vicente Conde Martín de Hijas, FJ 6º. Así, y como ha recordado el tribunal recientemente, «el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE “no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que afecte al contenido de otros derechos constitucionales distintos al de tutela judicial efectiva” (recientemente, entre otras, SSTC 3/2011, de 14 de febrero, FFJJ 3 y 5, y 183/2011, de 21 de noviembre, FFJJ 5 y 7). Y que la simple discrepancia de las partes con una resolución judicial, aun fundada en otra interpretación posible de la legalidad aplicada, incluso por plausible que esta resulte, no convierte el correspondiente razonamiento judicial en arbitrario o manifiestamente irrazonable ni, menos aún, obliga a este tribunal a elegir entre las interpretaciones posibles cuál es la que debe prevalecer (SSTC 59/2003, de 24 de marzo, FJ 3; 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 140/2005, de 6 de junio; FJ 5, y 221/2005, de 12 de septiembre, FJ 5)». Cfr. STC, Sala Primera, 61/2021, de 15 de marzo [ECLI:ES:TC:2021:61], ponente: Santiago Martínez-Vares García, FJ 4. De interés, PÉREZ SÁNCHEZ, G., «Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria», en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, n.º 26, diciembre de 2009, págs. 67-91, disponible en <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/13713> [u. a. 09/06/2021]; y con abundante casuística, DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 263-361.

### 3. Las manifestaciones de la búsqueda de la condena sin tener en cuenta la autonomía de la víctima

En los procesos por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, la dispensa del deber de declarar contra parientes de la testigo-víctima se está viendo asediada –tanto por el legislador, cuanto por la jurisprudencia y la doctrina– como consecuencia de una política punitivista que busca la condena por encima de cualquier otra consideración y que parte de una concepción estereotipada de la víctima –en este caso también– como un sujeto sin capacidad volitiva que necesita de una especial tutela por parte del Estado, y ello en el bien entendido que el Estado y solo el Estado es el que conoce cuáles son los intereses de cada víctima y, sobre todo, cuál debe ser su reacción ante el delito.

En la práctica judicial, en ocasiones, la búsqueda de la condena se hace, incluso, apartándose de los principios básicos que informan el proceso penal. A modo de ejemplo, traemos a colación un asunto en el que se enjuiciaba –entre otros– un delito de quebrantamiento de condena. El juez hizo las preguntas generales de control para verificar si la víctima podía o no acogerse a la dispensa del deber de declarar, reconociendo esta que, cuando sucedieron los hechos, ella y el acusado eran pareja íntima. Posteriormente, la testigo-víctima se acogió al derecho a no declarar. Sorprendentemente, y en contra de cualquier lógica procesal, el juez condenó por el quebrantamiento de condena sustentando su decisión, como único acervo probatorio, en la respuesta de la testigo-víctima a las preguntas de control previas a la testifical. En el acertado y meritorio análisis de la sentencia de segunda instancia –que revocó la condena–,

«[e]n efecto, el juez *a quo* considera que reconocer que era pareja del acusado en el momento en el que sucedieron los hechos no solo despliega sus efectos en relación con la aplicación de la dispensa de declarar, sino que se trata de información con valor probatorio, porque "de lo contrario se estaría produciendo una incongruencia y un fraude procesal en cuanto al valor procesal-constitucional que se otorga a la declaración de la presunta víctima" (FJ primero). Sin embargo, no es posible compartir este criterio por dos razones. La primera, porque precisamente el fraude procesal se plantea al utilizar como prueba de cargo la información que la denunciante ofrece con la exclusiva finalidad de acogerse a su derecho a no prestar declaración y, por tanto, al tratarse de información que no puede

entenderse, en sentido estricto, parte de la declaración que la víctima no desea prestar amparándose en lo dispuesto en el art. 416 LECrim , cuyo contenido, en otro caso, resultaría gravemente afectado. En segundo lugar, porque, aun en el caso de que fuera posible otorgar valor probatorio a dicha información (recordemos que en el juicio oral se limitó a declarar que subsistía la relación de pareja), de ella no puede razonablemente inferirse que se haya producido el quebrantamiento de la prohibición de aproximación en los términos en los que se indica en la sentencia (y, en particular, que el 14 de julio de 2016 el acusado se personase en el domicilio de Adriana ). En efecto, tanto la sentencia impugnada como el Ministerio Fiscal en su escrito de oposición al recurso de apelación realizan una inferencia que difícilmente puede compartirse: si Adriana declaró que seguía viéndose con el acusado, queda acreditado que el 14 de julio de 2016 (día en el que se sitúan los hechos en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal y en los hechos probados de la sentencia) el acusado quebrantó la prohibición de aproximación. Ni la información ofrecida por la denunciante tiene valor probatorio ni, aunque lo tuviera, permitiría alcanzar esa conclusión, y ello porque no existe ningún otro elemento probatorio relativo al supuesto quebrantamiento sucedido el día 14 de julio, aunque en la sentencia se aluda a la declaración sumarial del acusado (en la que se refiere a encuentros anteriores, pero no al que es objeto de enjuiciamiento) y al atestado, en el que se indica que la detención se produjo en las proximidades del domicilio de Adriana . Ambos (declaración sumarial y atestado policial) son meras diligencias de investigación que la sentencia eleva al grado de elementos corroboradores de la "declaración" prestada por la víctima en el juicio oral (FJ primero), pero ni tal declaración se incorporó al juicio oral ni el atestado fue ratificado por los agentes intervinientes, por lo que su eficacia procesal se agota en la de ser, como se ha señalado, meras diligencias de la fase de investigación, que al no haber sido sometidas al debate contradictorio del juicio oral, en modo alguno pueden alcanzar el valor probatorio necesario para desvirtuar la presunción de inocencia»<sup>790</sup>.

Este hostigamiento se concreta en dos tipos de propuestas: por un lado, la subversión de la voluntad de la víctima de no declarar, sustituyendo su silencio por las declaraciones sumariales; y, por otro lado, la limitación del ejercicio de la dispensa cuando se haya realizado a lo largo del proceso una actividad incompatible con ese derecho, como –fundamentalmente– el haber estado personada como acusación particular.

---

<sup>790</sup> Cfr. SAP Alicante, Sección 1ª, 206/2017 [rec. 41/2017; ECLI:ES:APA:2017:581], ponente: Mercedes Fernández López, FD 2º. Tal vez con el ánimo de atajar estas conductas, el artículo ALECrin2020 establece, en relación con las preguntas tendentes a corroborar si se dan los presupuestos para acogerse a la dispensa, «carecerán de valor probatorio a efectos del juicio».

### 3.1. La pretendida utilización de las declaraciones sumariales como alternativa al ejercicio de la dispensa por la testigo-víctima

Se ha propuesto en la doctrina que, ante el ejercicio del derecho a la dispensa del deber de declarar, puedan traerse al plenario las declaraciones sumariales de la víctima vía artículo 730 LECrim<sup>791</sup>. Estas formulaciones, que tuvieron acomodo en alguna resolución judicial residual<sup>792</sup>, se fundamentan, junto con la ya comentada búsqueda de la condena, de nuevo, en la pretendida distinción entre la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual y el resto de violencias intersubjetivas. Se afirma, en este sentido, que

«[n]o puede obviarse el hecho real –ni sus consecuencias– de que la víctima de los delitos que nos ocupan es una víctima que merece un tratamiento específico y que, por tanto, no debe quedar afectada por las razones de fondo que inspiraron la redacción del artículo 416 LECrim [...]»<sup>793</sup>.

Aceptar esta argumentación sería tanto como introducir un derecho procesal penal asimétrico, por no decir un *derecho procesal penal del enemigo*, en el que rigieran unos principios distintos al *proceso penal general*, y ello con la única fundamentación de una consideración estereotipada de la víctima. Resulta, por tanto, evidente, que la argumentación no nace de una lectura más o menos generosa del precepto, sino de subvertir las normas del proceso penal y la autonomía de la víctima con el único pretexto de conseguir la condena<sup>794</sup>. Nos sumamos, en consecuencia, a los argumentos en los que se denuncia que la introducción de las declaraciones sumariales de la testigo-víctima constituyen un fraude de ley que tiene como fundamento la búsqueda de la

<sup>791</sup> «Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral, y las declaraciones recibidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 448 durante la fase de investigación a las víctimas menores de edad y a las víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección».

<sup>792</sup> SAP Madrid, Sección 27ª, 1028/2007, de 3 de diciembre [ECLI:ES:APM:2007:16879], ponente: Ana María Pérez Marugán, FD 1º.

<sup>793</sup> Cfr. FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento...*, *óp. cit.*, pág. 144.

<sup>794</sup> Coincidimos, por tanto, con quienes afirman que «[l]a pretensión de aplicar el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando la mujer se vuelve atrás de lo declarado no es una cuestión de interpretación más o menos técnica de una norma: es el intento de desconocer un principio esencial del proceso, principio que se resuelve en una garantía constitucionalizada». Cfr. MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...», *óp. cit.*, pág. 148.

irrelevancia de la voluntad de la víctima en los supuestos en los que decide no declarar en el plenario tras hacerlo durante la instrucción.

«Constituiría un claro fraude de ley que vaciaría de contenido el derecho del pariente a no declarar recogido en los artículos 416 y 707 el que, ante la falta de declaración en el plenario por acogerse a su derecho, acudiéramos a sus declaraciones previas y las tuviéramos como prueba»<sup>795</sup>.

En este mismo sentido se pronunció con notable claridad el Tribunal Supremo, haciendo especial incidencia en el respeto a la autonomía de la víctima en el proceso penal.

«no cabe discutir en modo alguno el derecho de la denunciante a ejercer esa dispensa que la propia Ley le otorgaba cuando de él dispuso, sustituyendo una decisión libre y voluntaria de una persona mayor de edad y capaz por criterios de orientación tuitiva, cuando no impropriamente "paternalistas", en forma de facultades que el Tribunal se atribuye y que tienden a suprimir la libertad del ciudadano en la disposición y ejercicio de sus derechos»<sup>796</sup>.

Aun cuando alguna sentencia admitió la posibilidad de incorporar las declaraciones sumariales de los testigos parientes, que no del testigo-víctima pariente<sup>797</sup>, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es pacífica en el sentido de negar la posibilidad de introducir las declaraciones sumariales de la testigo-víctima utilizando la previsión del 730 LECrim<sup>798</sup>. Ahora bien, pese a la pacífica doctrina jurisprudencial, el Tribunal Supremo incluyó en uno de sus acuerdos no jurisdiccionales una previsión por la que

«[e]l acogimiento, en el momento del juicio oral, a la dispensa del deber de declarar establecida en el artículo 416 de la LECRIM, impide rescatar o valorar anteriores

<sup>795</sup> Cfr. SAP Cáceres, Sección 2ª, 64/2005, de 9 de mayo [ECLI:ES:APCC:2005:245], ponente: Valentín Pérez Aparicio, FD 2º.

<sup>796</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 459/2010, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2010:2648], ponente: José Manuel Maza Martín, FD 3º.

<sup>797</sup> STS, Sala de lo Penal, 1065/2005, de 21 de septiembre [ECLI:ES:TS:2005:5408], ponente: Joaquín Giménez García, FD 2º. En este caso, en un supuesto de asesinato de una mujer en la pareja íntima heterosexual, se introdujeron en el plenario en el ámbito del Jurado, las declaraciones sumariales del padre del acusado.

<sup>798</sup> Vid., por todas, la ya citada STS, Sala de lo Penal, 459/2010, de 14 de mayo [ECLI:ES:TS:2010:2648], ponente: José Manuel Maza Martín, FD 3º; y STS, Sala de lo Penal, 703/2014, de 29 de octubre [ECLI:ES:TS:2014:4466], ponente: Andrés Palomo del Arco, FD 3º.



declaraciones del familiar-testigo aunque se hubieran efectuado con contradicción o se hubiesen efectuado con el carácter de prueba preconstituida»<sup>799</sup>.

Es cierto que puede generar una cierta frustración que la decisión de la testigo-víctima de no declarar –cuando lo ha hecho en la instrucción– aboque a una sentencia absolutoria, sin embargo, nos apartamos de los que abogan por reformar el artículo 730 LECrim en el sentido de que se puedan leer las declaraciones sumariales siempre que se hubieran respetado las garantías de la defensa y que se hubiera advertido a la víctima que, si declaraba en ese momento, esa declaración ya tendría valor como si estuviera declarando en juicio<sup>800</sup>. Una mera advertencia no puede significar una pérdida de derechos, en la medida en la que «[l]os derechos procesales no se renuncian; se ejercitan o no se ejercitan en los momentos concretos»<sup>801</sup>.

### 3.2. La limitación del derecho a la dispensa de la testigo-víctima

El principio de que los derechos procesales no se renuncian, sino que se ejercitan o no en cada momento a lo largo del proceso, cobra especial relevancia –y debería ser tenido en cuenta– ante la limitación que se está produciendo en el derecho del testigo-víctima a la dispensa de declarar contra parientes. Esta limitación tiene como eje central la imposibilidad por el testigo-víctima de ejercer el derecho a no declarar contra parientes cuando, previamente, ha ejercido la acusación particular y, posteriormente, ha decidido abandonar la acusación. De nuevo, nos situamos en un escenario en el que se intenta, de forma fraudulenta, subvertir la voluntad de la víctima. En este mismo sentido, se ha afirmado que

«este derecho a decidir libremente, no parece que deba ser orillado en aquellos casos en que la presunta víctima, pese a haberse erigido en acusación particular, decide en un momento

<sup>799</sup> Cfr. Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01.2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECrIm-> [u. a. 09/06/2021].

<sup>800</sup> VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho a no declarar de las víctimas de violencia...», *óp. cit.*, págs. 275-276; FUENTES SORIANO, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios...», *óp. cit.*, pág. 13; y RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor?», en *Diario La Ley*, n.º 9014, 5 de julio de 2017, s. p.

<sup>801</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial...», *óp. cit.*, pág. 148.

del procedimiento dejar de ser parte acusadora, pues el hecho de haber decidido y transmitido al tribunal de forma expresa y clara la renuncia a continuar incriminando a la persona con la que se encuentra ligada por alguno de los vínculos a los que se refiere el art. 416 -en el caso, a su esposo-, a nuestro parecer hace que recupere también de forma clara la *pietas familiaris* o la razón de ser de su voluntad de guardar silencio»<sup>802</sup>.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo ha venido defendiendo posiciones dispares. En un primer momento, se apuntó que las víctimas que denunciaban los hechos «de forma espontánea» ya no eran titulares del derecho a la dispensa, por cuanto «el art. 416.1º establece un derecho renunciabile en beneficio de los testigos, pero no de los denunciantes espontáneos respecto de hechos que los han perjudicado y que acuden a la Policía en busca de protección»<sup>803</sup>.

No obstante, posteriormente estableció que se exceptuaba la dispensa en los «[s]upuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso»<sup>804</sup>. Esta previsión abocaba a la discusión acerca de si era necesaria que la testigo-víctima estuviera personada en el momento de activar el derecho a no declarar, o cualquier personación anterior ya le inhabilitaba para acogerse a la dispensa a no declarar. En este sentido, afirmó el Tribunal Supremo que,

«tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de Abril de 2013 .

Ciertamente renunció posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareció al Plenario como testigo / víctima, pero en la medida que con anterioridad había ejercido la Acusación Particular, ya no era obligatorio instruirle de tal derecho de no

<sup>802</sup> SAP Tarragona, Sección 4ª, 330/2017, de 2 de octubre [ECLI:ES:APT:2017:1444], ponente, Jorge Mora Amante, FD 2ª.

<sup>803</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 625/2007, de 12 de julio [ECLI:ES:TS:2007:5286], ponente: Enrique Bacigalupo Zapater, FD Único. En este sentido, ya había afirmado anteriormente que en las situaciones en las que el testigo-víctima denuncia, «es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene [...]». Cfr. STS, Sala de lo Penal, 1225/2004, de 27 de octubre [ECLI:ES:TS:2004:6855], ponente: Joaquín Giménez García, FD 3º.

<sup>804</sup> Cfr. Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 24 de abril de dos mil trece, sobre la interpretación del art. 416 de la LECrim, disponible en [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/ Poder Judicial/Tribunal Supremo/Jurisprudencia /Acuerdos de Sala/ci.Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo d e 24\\_04\\_2013 sobre la interpretacion del art 416 de la LECrim .formato3](https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/ Poder Judicial/Tribunal Supremo/Jurisprudencia /Acuerdos de Sala/ci.Acuerdos del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo d e 24_04_2013 sobre la interpretacion del art 416 de la LECrim .formato3) [u. a. 09/06/2021].

declarar que había definitivamente decaído con el ejercicio de la Acusación Particular . Caso contrario y a voluntad de la persona concernida, se estaría aceptando que sucesivamente y de forma indefinida la posibilidad de que una misma persona, pudiera tener uno u otro status, a expensas de su voluntad, lo que en modo alguno puede ser admisible»<sup>805</sup>.

Posteriormente, el Tribunal Supremo aclaró que «[n]o queda excluido de la posibilidad de acogerse a tal dispensa (416 LECRIM) quien, habiendo estado constituido como acusación particular, ha cesado en esa condición»<sup>806</sup>. Este acuerdo venía a ser una suerte de bocanada de aire fresco en las artesonadas dependencias del Tribunal Supremo y, sobre todo, un tímido avance en relación con la autonomía de la víctima en el proceso penal. Aplicando este Acuerdo, el propio Tribunal Supremo estableció claramente la diferencia entre estar personado como acusación particular y haberlo estado con anterioridad a los efectos de la dispensa.

«La situación es radicalmente diferente cuando esa persona, por las razones que sean (incluso por el deseo de no afrontar nuevamente la tensión de declarar en contra de su familiar), ha renunciado a esa pretensión desistiendo de su condición de acusación particular. No se aprecia entonces nada en sí contradictorio; solo un cambio de postura, de opinión o de estrategia o una reordenación de sus preferencias, decisiones todas ellas que el derecho debe respetar, desde el momento en que ningún particular está obligado a formular acusación (sí en muchos casos a denunciar): es un derecho renunciable, nunca una obligación legal, sin perjuicio de las consecuencias que en ciertos casos pudiera arrastrar (v.gr. costas procesales).

No hay razones plausibles para derivar de una personación como acusación particular en un momento dado la renuncia definitiva e irrevocable a acogerse a la dispensa. Podrá exigirse a quien se acoge a la dispensa que renuncie a ejercer una acusación a la que pone dificultades y trabas; pero no que por haber ostentado en algún momento la condición de acusación particular se vea ya despojado de ese derecho constitucional; al menos mientras que el legislador no prevea otra cosa.

---

<sup>805</sup> *Cfr. STS, Sala de lo Penal, 449/2015, de 14 de julio [ECLI:ES:TS:2015:3500], ponente: Joaquín Giménez García, FD 3º.*

<sup>806</sup> Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 23-01-2018, sobre el alcance de la dispensa del artículo 416 LECrim, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Jurisprudencia-/Acuerdos-de-Sala/Acuerdo-del-Pleno-No-Jurisdiccional-de-la-Sala-Segunda-del-Tribunal-Supremo-de-23-01-2018--sobre-el-alcance-de-la-dispensa-del-articulo-416-LECRim-> [u. a. 09/06/2021].

Como tampoco sería aceptable una renuncia de futuro a ese privilegio. Puede hacerse uso in actu de la dispensa o no: en esa medida es un derecho renunciabile. Pero no cabe la renuncia proyectada al futuro; por muy informada que sea esa renuncia.

Nótese además, en un plano más pragmático, como la legislación específica en esta materia, rodeada de una especial y elogiabile sensibilidad hacia la víctima (art. 20 de la ley especial antes citada), empuja de alguna forma a la víctima a la personación para robustecer su posición. El Estado pone a su disposición los medios alentando esa decisión de constituirse en acusación. Significaría un exceso que, pasados esos momentos iniciales, la víctima se viese privada de la facultad de eludir ese conflicto -declaración contra el familiar versus falso testimonio-, viéndose abocada a la opción entre delinquir o traicionar los fuertes sentimientos surgidos de esa relación familiar»<sup>807</sup>.

Sin embargo, en lo que puede ser denominado como una auténtica pirueta regresiva, el Tribunal Supremo ha vuelto a cambiar su posición, estableciendo que la víctima, una vez personada como acusación particular pierde su derecho a dispensa y que, si decide abandonar la posición de acusadora, no recupera el derecho. Así, para el tribunal,

«la víctima, que ha ostentado la condición de acusación particular, ha resuelto su conflicto, a favor de denunciar primero y ostentar la posición de parte acusadora después. El derecho de dispensa es esencialmente renunciabile, y la víctima ha renunciado a él. Renunciado el derecho por parte del testigo, como dice nuestra jurisprudencia, no se recobra su contenido, ni hay razón alguna para ello. Esto es común con todos los derechos, salvo el derecho a no declarar del acusado por afectar esencialmente a su derecho de defensa»<sup>808</sup>.

Para el Tribunal Supremo, las razones que justifican esta posición son las siguientes:

1. El derecho a la dispensa del deber de declarar contra parientes es incompatible con la posición del denunciante como víctima de los hechos, máxime en los casos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. «Pretender que la denunciante pueda abstenerse de declarar frente a aquel, es tanto como dejar sin contenido el propio significado de su denuncia inicial». Yerra el tribunal en la medida en la que la denuncia

<sup>807</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 205/2018, de 25 de abril [ECLI:ES:TS:2018:1629], ponente: Antonio del Moral García, FD 3º.

<sup>808</sup> Cfr. STS, Sala de lo Penal, 389/2020, de 10 de julio [ECLI:ES:TS:2020:2493], ponente: Julián Artemio Sánchez Melga, FD 11º.

nunca pierde su significado como instrumento de iniciación del proceso, por cuanto es ese, y no otro, la naturaleza jurídica de la denuncia, aun cuando la denuncia de la víctima «incorpora determinados **elementos volitivos** en la persecución del hecho punible»<sup>809</sup>.

2. Si la persona denunciante que se constituye en acusación particular no ostenta la facultad de dispensa, se le da por renunciada en su derecho, sin posibilidad de volver a ser titular del mismo. «[U]na vez resuelto el conflicto que constituida su fundamento, no hay razón alguna para su recuperación, lo cual, por cierto, es un mecanismo que se predica de la renuncia a cualquier derecho». Olvida el tribunal que, como hemos afirmado, los derechos procesales no se renuncian, sino que se actúan o no, máxime – además– cuando, en todo caso, se trataría de una renuncia tácita por el ejercicio de otro derecho. La personación como acusación particular puede –vía jurisprudencial– significar que la testigo-víctima no pueda acogerse al derecho a la dispensa, pero en ningún caso puede ser considerada como un acto expreso de renuncia a ningún derecho. *Sensu contrario*, podríamos afirmar, en consecuencia, que, si una víctima se acoge a la dispensa del deber de declarar, por ejemplo, en sede policial, luego no podría, no solo declarar, sino tampoco personarse como acusación particular. La diferencia es que esta última opción favorece el fin punitivista buscado por el legislador y la mayoría del Tribunal Supremo, mientras que la anterior desbarata esta aspiración. Se olvida, en demasiadas ocasiones, que lo importante es la autonomía de la víctima, aunque, en ocasiones, no nos guste el resultado.

Ahora bien, lo que resulta censurable es que se le niegue a una víctima cambiar de opinión cuando el propio tribunal, en apenas año y medio, ha mutado su posición jurisprudencial<sup>810</sup>. Si, como se verá en la justificación cuarta, el Tribunal Supremo afirma que la testigo-víctima está sometida a presiones y, por eso, no es libre; igual

<sup>809</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 330.

<sup>810</sup> «Lo mismo que la víctima tiene derecho a cambiar de opinión sin que deba explicaciones a nadie (nadie puede expropiarle su capacidad de decidir cómo resolver su conflicto personalísimo en ese universo de vínculos afectivos cualificados), y pasar de ejercitar la acusación particular a acogerse a la dispensa del deber de declarar (lo que es muy distinto de sostener simultáneamente dos actitudes incompatibles), también los magistrados en particular y la jurisprudencia en general (que, en mi concepción, es mucho más, que la opinión de la mayoría de los que componen la correspondiente Sala del Tribunal Supremo en un momento dado) pueden cambiar de opinión». Cfr. Voto particular del magistrado Del Moral García, al que se adhiere Llarena Conde.

cabría plantearse si la mayoría del Pleno de la Sala Segunda del Tribunal Supremo es libre de las presiones de ciertos ámbitos del feminismo que apuestan decididamente por subvertir la voluntad de la víctima en el proceso penal.

3. Cuando la víctima decide denunciar a su agresor –cuando está dispensada de hacerlo– es porque ya no hay espacio para que se produzca una colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad que unen al testigo-víctima con el acusado. Afirma el tribunal que, en estos casos, la víctima ya ha resuelto el conflicto que, derivado de su vínculo con el agresor, le permitía abstenerse de declarar contra él. El tribunal –aplicando los fundamentos del paternalismo jurídico– se erige en intérprete de las motivaciones de las víctimas y se aventura, incluso, a concluir si las víctimas –todas– tienen o no conflictos morales. Como hemos afirmado anteriormente, ni siempre que hay una agresión –en ocasiones, bidireccional–, ni siempre que hay una denuncia –en ocasiones, cruzada–, se rompe la paz familiar ni desaparecen los conflictos morales a los que se enfrentan las víctimas para declarar contra un pariente.

4. El testigo-víctima no puede ser coaccionado en su actuación posterior al prestar testimonio, para que se acoja a la dispensa, siendo libre de declarar con arreglo a su estatuto de testigo. Resulta llamativo que el tribunal justifique su decisión en la libertad de la víctima cuando es el propio tribunal el que, con esta sentencia, cercena la libertad de la víctima para decidir si quiere o no deponer en el plenario.

5. Porque dar autonomía a la víctima –permitiendo que cambie de opinión– sería tanto como privatizar la persecución de delitos públicos. El tribunal otorga a la dispensa una trascendencia procesal que no tiene. Negarse a declarar solo elimina la posibilidad de que la posible declaración pueda formar parte del acervo probatorio. Sin embargo, en ningún caso significa privatizar la persecución del delito, máxime en estos delitos, en los que, junto al Ministerio Fiscal, existe la posibilidad de que se ejerza la acción popular por las Administraciones Públicas. Confunde el tribunal la imposibilidad de condenar por falta de pruebas con la privatización del proceso penal.

6. Porque al tratarse de una excepción, debe ser interpretada restrictivamente, y por ello únicamente aceptable en los casos que fundamentan tal dispensa. Este

argumento sería aceptable si no fuera porque, puesto en conexión con las anteriores razones, está fundamentado en un ánimo represor y punitivista, y en la búsqueda de anular la autonomía de la víctima de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en el proceso penal.

#### **4. De lege ferenda: el control judicial de la dispensa en virtud de pericia**

En línea con la última posición jurisprudencial del Tribunal Supremo, el artículo 660.2 ALECr2020 establece que el testigo quedará excluido de la dispensa del deber de declarar contra parientes, «[c]uando el testigo esté o haya estado personado en el procedimiento como acusación particular»; y, «[c]uando el testigo haya aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informado de su derecho a no hacerlo». Sin duda, esta propuesta es la consagración legislativa de la búsqueda desafortunada por eliminar, en todo caso, la autonomía de la víctima en los procesos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Y es, como ya hemos denunciado, en ese *en todo caso*, donde la actual política legislativa muestra la clara influencia ejercida por el feminismo elitista y victimista de la segunda ola.

En nuestra opinión, el ejercicio de la dispensa del deber de declarar debe depender –como diremos más adelante con la mediación– de que se verifique que, en ese caso concreto, la víctima tiene la capacidad volitiva efectivamente anulada. En ese sentido, proponemos *de lege ferenda*, que en los casos de testigos-víctima-parientes –sea cual sea la manifestación de la violencia intrafamiliar–, sea el juez –en cada caso– quien pueda establecer mediante resolución motivada –y previo informe pericial al efecto– la exclusión de un testigo-víctima del derecho a la dispensa del deber de declarar. Solo se puede sustituir la autonomía de la víctima cuando la víctima no tiene autonomía, y la falta de autonomía no se puede decretar a modo de presunción *iuris et de iure*.

Por otro lado, resulta inquietante que el Anteproyecto no disponga el deber de informar a la víctima de que, en el caso de que declare o se persone como acusación popular –por ejemplo, en el trámite de ofrecimiento de acciones (art. 115 ALECr2020)– ya no podrá acogerse a la dispensa del deber de declarar. En definitiva, se da carta de naturaleza a lo que no es sino una auténtica emboscada procesal.



A modo de conclusión, la búsqueda de la condena y de la propia reafirmación de la actual política legislativa no puede hacerse a costa de coartar la libertad de la víctima –esa libertad que falazmente se dice proteger– de activar los derechos que le asisten en el proceso. Es frustrante –para nosotros también– que algunos asuntos queden impunes porque la víctima no declare, sin embargo, no es tolerable pisotear los derechos de las víctimas y desconocer algunos principios básicos del proceso penal. En definitiva, todas estas previsiones parecen estar pensadas para sustentar el andamiaje de una injustificada e ineficaz política legislativa, aun a costa de los derechos fundamentales de unos y de otros. En este sentido, hacemos nuestras las palabras de Rodríguez Lainz.

«Una sentencia absolutoria o un archivo de las actuaciones sin sentencia, se base o no en el ejercicio por la víctima de la dispensa del deber de declarar, no pueden tildarse en sí mismos como un fracaso del sistema; ni pueden, en el contexto del elemental derecho a un juicio justo, abanderarse reformas que no tengan otra finalidad que la de garantizar o promocionar condenas»<sup>811</sup>.

### Reflexión final

Los reiterados intentos encaminados a que la testigo-víctima en los delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual no pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar son una manifestación del empeño del legislador y de ciertos ámbitos del feminismo de la segunda ola por mitigar, cuanto no eliminar, cualquier atisbo de autonomía de la víctima en el proceso penal. Además, de nuevo, se parte de una concepción estereotipada de la víctima. Así, las restricciones al ejercicio de la dispensa del deber de declarar se establecen para todos los supuestos, en el bien entendido que siempre, y en todo caso, la testigo-víctima tiene la capacidad volitiva adulterada de forma tal, que no es libre para decidir declarar o no.

En línea con nuestra tesis, defendemos la autonomía de la víctima y partimos de la premisa de que las víctimas no tienen la capacidad volitiva afectada. Ahora bien, entendemos que, en aquellos casos en los que una pericia establezca que la testigo-víctima ha sufrido daños psicológicos de tal envergadura que han afectado a su libertad

---

<sup>811</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia...?», *óp. cit.*, s. p.

para decidir, el juez podrá acordar que la testigo-víctima no pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar.

PARTE TERCERA

**MANIFESTACIONES DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN EL DERECHO  
PARAPROCESAL**



## CAPÍTULO V

# LAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE ACTUACIÓN OBLIGATORIA EN LOS SISTEMAS AUTOCOMPOSITIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LA AUTONOMÍA DE LA VÍCTIMA Y LA MEDIACIÓN

### Introducción

La necesidad de solucionar los conflictos jurídicos es intrínseca a la propia naturaleza humana, principalmente, por dos motivos: de un lado, desde las sociedades más primitivas se ha verificado que el ser humano incumple las normas; y de otro lado, la sociedad en su conjunto exige que se ponga fin a los conflictos jurídicos.

El germen de estos conflictos jurídicos se sitúa en el hecho de que los individuos tienen intereses, definidos por Montero como «la relación existente entre una persona que siente una necesidad para el que se estima mejor desarrollo de su vida y el bien apto para satisfacer esa necesidad»<sup>812</sup>. Ahora bien, hay ocasiones en las que dos o más personas pueden tener interés por un bien que, por su naturaleza, no puede satisfacer a todas esas personas. En esos casos, y ante el surgimiento de los conflictos de intereses – que están regulados por las normas de derecho sustantivo–, las partes pueden decidir obviar la controversia. Sin embargo, en el caso de que las partes sí tengan *interés en el interés*, aparece el conflicto jurídico, que es el que la sociedad reclama que se solucione. En palabras de Carnelutti,

«[c]uando los intereses pertenecen a personas distintas (conflicto intersubjetivo), su incompatibilidad constituye un peligro, pero no todavía un daño para la paz, ya que puede

---

<sup>812</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J. en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, óp. cit., pág. 40.

ocurrir o que uno de los interesados tolera la insatisfacción o entre ellos medie un acuerdo. El peligro se transforma en daño cuando, no verificándose ninguna de las hipótesis recién imaginadas, los interesados pasan a ser *contendientes* en cuanto cada uno de ellos exige se satisfaga su interés»<sup>813</sup>.

Históricamente, los conflictos jurídicos se han solucionado por la jurisdicción<sup>814</sup>. No obstante, el proceso sufre hoy un cierto descrédito entre los administrados, en buena medida, por la lentitud e ineficacia en algunos casos<sup>815</sup>. En este sentido, y siguiendo a Taruffo<sup>816</sup>, la crisis de efectividad de la justicia, que trae causa de los retrasos cada vez mayores en la respuesta jurisdiccional, origina varias consecuencias. En primer lugar, cada vez son más las materias y las áreas del derecho en las que, de hecho, no se administra realmente una justicia aceptable. Esta primera manifestación hace que muchos administrados opten por no hacer valer sus derechos ante la jurisdicción, por lo

<sup>813</sup> Cfr. CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S., trad. a la 5ª ed. italiana), *Instituciones del proceso civil. Volumen I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989, pág. 25.

<sup>814</sup> Coincidimos con Soletto cuando apunta que, en España, se apuesta por la jurisdicción por el carácter litigante de la sociedad, que se manifiesta en que «las formas y el funcionamiento de la Justicia siguen anclados en el siglo XIX, y la mentalidad subyacente a los procesos sustentándose en los principios tradicionales, reforzados con los conseguidos a partir del advenimiento de la Constitución». Cfr. SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en BLANCO GARCÍA, A. I. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 19-47, cita en pág. 19. Añade la autora, además, una serie de factores que coadyuvan a la alta judicialización en España: a) El bajo coste de la justicia; b) El amplio reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita; c) La inflación normativa y jurisprudencial del derecho a la tutela judicial efectiva, «probablemente como reacción al sistema de la dictadura»; d) La falta de cultura autocompositiva en la sociedad y en la abogacía; y e) El gran número de abogados. *Ibid.*, págs. 20-21. En ese sentido, ya afirmaba Ramos Méndez que la excesiva judicialización trae causa de que «[a] medida que el ciudadano ha visto que el sistema le respondía con garantías, en esa medida ha incrementado sus necesidades de justicia y ha judicializado todo. Se acude a los Tribunales por un quítame de allá esas pajas. Todo el mundo ha pasado de lavar el honor con la espada como en los tiempos clásicos, según revela nuestra literatura y nuestro Siglo de oro, para lavarla por la vía judicial. Hoy todo el mundo siente la necesidad de apelar a los Tribunales y a veces por cosas que no debían llegar a la vía judicial y que cuando entran en la vía judicial, no se pueden solucionar porque necesariamente chocan con la complejidad del sistema». Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial», en *Justicia*, 1994, n.º 4, págs. 807-822, pág. cita en 812.

<sup>815</sup> Se apuntan como causas de esta situación, fundamentalmente, la falta de inversión, que se manifiesta en la prácticamente nula creación de tribunales, así como la atávica falta de medios personales y materiales, y de formación del personal judicial. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 26. A modo de ejemplo, conforme a los últimos datos ofrecidos por la Comisión para la Eficiencia de la justicia (CEPEJ) del Consejo de Europa (referentes a 2018), España tiene una ratio de 11,5 jueces por cada 100.000 habitantes, situándose en unos parámetros similares a los de países como Francia (10,9) e Italia (11,6), pero alejados de los de Portugal (19,3), y más aún de los de los países centroeuropeos, como Alemania (24,5), Polonia (25,5) o Austria (27,3). Cfr. *European judicial systems CEPEJ. Evaluation Report. Part 1. Tables, graphs and analyses. 2020 Evaluation cycle (2018 data)*, pág. 46, disponible en <https://www.coe.int/en/web/cepej/special-file-publication-of-the-report-european-judicial-systems-cepej-evaluation-report-2020-evaluation-cycle-2018-data> [u. a. 09/06/2021].

<sup>816</sup> TARUFFO, M. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., trad.), «Racionalidad y crisis...», *óp. cit.*, pág. 315.

que, en palabras del autor, «se produce una sustancial elusión de la necesidad de tutela procesal y se vuelven ineficaces las garantías de acceso a los tribunales que están recogidas en numerosas Constituciones contemporáneas». Igualmente, para aquellos que deciden acudir a la tutela jurisdiccional, la ineficacia judicial puede ocasionar que quien resulte realmente beneficiario sea el sujeto pasivo del proceso. Estos inconvenientes, no obstante, tienen distinta incidencia en función de los sujetos que acudan a la jurisdicción en defensa de sus derechos, por cuanto hay sujetos o categorías de sujetos que están en situación de tolerar más ampliamente los inconvenientes del retraso en la tramitación de un procedimiento, mientras que otros –fundamentalmente cuando se trata de reclamaciones de índole económico– difícilmente pueden soportar la lentitud del sistema<sup>817</sup>. Se apunta, igualmente, que las tipologías de conflictos intersubjetivos y sociales han aumentado y se han diversificado, sin embargo, estos cambios no tienen una respuesta adecuada e inmediata por parte del Derecho y sus instituciones, que transitan a otro ritmo<sup>818</sup>.

Este y no otro es el escenario en el que aparecen, a partir de los años setenta del siglo XX, las ADR<sup>819</sup>. Sin embargo, la progresiva integración de las ADR en los

---

<sup>817</sup> Piénsese, por ejemplo, en las distintas posibilidades de soportar la pendencia de un pleito, en un caso de despido, entre el trabajador –sin apenas ingresos–, y la empresa. Este y no otro es el origen de la creación del orden social de la jurisdicción. En un primer momento, los pleitos derivados de las relaciones laborales se resolvían por los órganos del orden jurisdiccional civil, sin embargo, esta opción resultaba enormemente insatisfactoria «por un lado, debido a la especialización de la materia laboral, con principios inspiradores diversos a los del derecho común; por otra parte, porque los procesos civiles eran muy lentos; finalmente, porque su utilización representaba un importante coste económico que los hacía inviables para los trabajadores. [...] Así las cosas, no es de extrañar que una de las aspiraciones del movimiento obrero fuera la creación de unos órganos especializados en materia laboral y unos procedimientos específicos que permitieran resolver los conflictos derivados de las relaciones de trabajo de manera rápida y económica». Cfr. NORES TORRES, L. E., en GOERLICH PESET, J. M., NORES TORRES, L. E., y ESTEVE-SEGARRA, A., *Curso de Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 25-26. Ahora bien, no hay que caer en el error de pensar que una regulación procesal que prevea procedimientos más o menos rápidos descongestiona la Administración de Justicia.

<sup>818</sup> LÓPEZ YÁGÜES, V., en ASECIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 371. Ante esta incuestionable realidad, se señalan tres posibles soluciones: a) Mejorar la inversión, aumentando los medios materiales y personales de la Administración de Justicia; b) Introducir reformas procesales que den respuesta a las necesidades procedimentales que vayan suscitándose; c) Apostar por soluciones extramuros de la jurisdicción para la resolución de los conflictos jurídicos. BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR en el derecho comparado», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y CATALINA BENAVENTE, M. A. (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 455-499, cita en pág. 460.

<sup>819</sup> Para el cambio de paradigma en EEUU y en los países del Consejo de Europa y la Unión Europea, vid. SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *óp. cit.*, págs. 22-29.

ordenamientos jurídicos no es un elemento enteramente positivo, sino que también deviene un manifiesto indicador de la crisis de la jurisdicción<sup>820</sup>. Además, el recurso a los métodos alternativos de resolución de controversias no es la panacea ni la solución incuestionablemente eficaz para solucionar los males endémicos de la jurisdicción<sup>821</sup>. Ahora bien, frente al *negativo* fundamento de las ADR como *desatascador* de la jurisdicción, en nuestra opinión, la *positiva* y genuina justificación de las ADR es el hecho de que ponen a disposición de la ciudadanía unos mecanismos alternativos a la jurisdicción, y es que, como señala con acierto López Yagües, «resulta ingenuo y, por ello erróneo, confiar en que la eliminación de esa patología que presenta el proceso pueda lograrse mediante la estrecha estrategia de potenciar la mediación u otros recursos ADR»<sup>822</sup>. Frente al monopolio del proceso judicial –y, por tanto, de la obligatoriedad de acudir a él para resolver un conflicto jurídico–, las ADR ofrecen a los sujetos inmersos en un conflicto jurídico la libertad para, en primer lugar, decidir que el conflicto se resuelva mediante un procedimiento distinto a la jurisdicción y, en segundo lugar, para determinar, en la mayoría de sistemas<sup>823</sup>, la propia solución al conflicto. Así, y como afirma Gómez Colomer,

<sup>820</sup> TARUFFO, M. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., trad.), «Racionalidad y crisis...», *óp. cit.*, pág. 316.

<sup>821</sup> En este sentido, MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 669-688, cita en pág. 671. Por otro lado, se ha afirmado que la interrogante acerca de si es mejor las ADR o la jurisdicción «no pasa de ser la típica y tópica cuestión retórica con que se inicia cualquier seminario, cenáculo o seudo producto arbitral». *Cfr.*, refiriéndose al arbitraje, RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005.

<sup>822</sup> *Cfr.* LÓPEZ YAGÜES, V., «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 137, marzo-abril de 2019, s. p.

<sup>823</sup> Téngase presente que, pese a que en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil (disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/61c3379d-bc12-431f-a051-d82f6fc20a04> [u. a. 09/06/2021]) se afirma que «la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, de los que el arbitraje propiamente dicho queda excluido» (*Cfr.*, pág. 6), en España, la doctrina entiende que el arbitraje es una manifestación de las ADR. *Vid.* BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajurisdiccional de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pág. 120; TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas», en VÁZQUEZ ALBERT, D., y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F. (dirs.), *El arbitraje: Nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 145-167, cita en pág. 155; MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pág. 17; LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 252.



«la alternativa al proceso no se justifica adecuadamente en la sobrecarga judicial, eso es una explicación simple, sino más bien en la libertad del individuo en generar varias posibilidades de solución a los conflictos. En un sistema de Justicia moderno y avanzado, todas las instituciones llamadas a resolver conflictos coadyuvan al mismo fin, la decisión justa del mismo, sin que ninguna sea mejor que otra, eso dependerá del propio conflicto y de la misma voluntad de las partes. Es cierto que una de ellas debe ser siempre la última posibilidad del sujeto en conflicto, el Poder Judicial o Jurisdicción, pero acudir al arbitraje no es una manifestación del agobio judicial que obliga a la parte a huir del Poder Judicial, sino una manifestación de la libertad humana de querer decidir el conflicto de esta manera.

Si se contemplan desde esta perspectiva, las llamadas soluciones alternativas a la Jurisdicción, en realidad otros medios de solución de conflictos, ganarán mucho en fortaleza jurídica y, sobre todo, en fiabilidad para el ciudadano, porque no serán el parche a una rueda que pierde aire y por tanto funciona mal, sino una rueda distinta. Su desarrollo desde esta nueva perspectiva sólo dependerá entonces de su funcionamiento autónomo y eficacia propia y no de la del proceso»<sup>824</sup>.

Esta doble vertiente de la libertad de la ciudadanía –elegir el método de resolución y, en algunos casos, la propia solución del conflicto– es el verdadero avance que ofrecen las ADR. Sin embargo –y como veremos en este capítulo– esta libertad es vedada a todas las víctimas, sin excepción, de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Haciendo de nuevo un ejercicio de paternalismo jurídico, el legislador de 2004 prohibió la mediación en esta manifestación de la violencia en la pareja íntima y, en línea con la estereotipación de la víctima, hizo extensiva la prohibición a todos los supuestos de violencia en la pareja íntima heterosexual, con independencia de la gravedad de los hechos delictivos y de la verdadera capacidad volitiva de la víctima en cada caso. De nuevo, bien podría afirmarse que la autonomía de la víctima queda anulada por quienes afirman buscar y defender la autonomía de la víctima [*sic.*].

## 1. Medios de resolución de controversias

En la necesidad de resolver los conflictos jurídicos, las sociedades han articulado a lo largo de la historia distintos métodos de resolución, transitando desde los medios primarios hasta los más evolucionados. En este sentido, la autotutela aparece como el

<sup>824</sup> Cfr. GÓMEZ COLOMER, J.-L. en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, óp. cit., pág. 40.

sistema más primitivo de resolución de controversias por cuanto, como se verá más adelante, responde al principio de «la ley del más fuerte». Sin embargo, conforme las sociedades avanzaron en su proceso de civilización, se hizo necesario implantar unos sistemas menos gravosos, apareciendo los sistemas compositivos<sup>825</sup>, distinguiéndose entre los métodos autocompositivos, en los que los sujetos que ponen fin al conflicto son los propios afectados, bien solos o con ayuda de un tercero, y los heterocompositivos, en los que es un tercero el que adopta e impone la solución.

Por otro lado, los métodos compositivos se distinguen entre aquellos en los que la realización de la justicia la asumen en régimen de exclusividad los jueces y magistrados (proceso) y las manifestaciones del –en la terminología de Calaza, que adoptamos– derecho paraprocesal<sup>826</sup>, en el que la composición del litigio no se traduce necesariamente en un ejercicio de actividad procesal o procedimental<sup>827</sup>. Así, y a partir de la concepción de este segundo grupo de métodos como «no judiciales», en la mejor doctrina en esta materia se distingue entre los métodos procesales y no judiciales (el arbitraje) y los métodos no judiciales ni procesales (negociación, conciliación y

<sup>825</sup> A este respecto, se ha definido el proceso como «una operación mediante la que se obtiene la composición del litigio». Cfr. CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción y función del proceso civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1944, pág. 49. Resulta llamativo que el Diccionario de la Real Academia no contenga una acepción jurídica del verbo *componer*, si bien, sí se define el término como «[a]justar y concordar, poner en paz a los enemistados, y concertar a los discordes». Cfr. Diccionario de la Real Academia Española, disponible en <https://dle.rae.es/componer?m=form> [u. a. 09/06/2021].

<sup>826</sup> CALAZA LÓPEZ, S., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 413. Estos métodos de resolución de controversias reciben, igualmente, la denominación de «extrajudiciales», cfr. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 30; y «distintas al Poder Judicial», cfr. GÓMEZ COLOMER, J.-L., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, *óp. cit.*, pág. 40. Por su parte, Carnelutti utilizaba el sintagma «equivalentes jurisdiccionales» para referirse a los métodos no jurisdiccionales utilizados para la consecución de los mismos objetivos que la jurisdicción, incluyendo la transacción, la conciliación, el compromiso, así como la sentencia extranjera, el reconocimiento y la renuncia. Cfr. CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción...*, *óp. cit.*, págs. 183-212. En concreto, respecto del arbitraje, el Tribunal Constitucional lo define como «para-jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional», Cfr. ATC, Pleno, 505/2005, de 13 de diciembre [ECLI:ES:TC:2005:505A], FJ 3; ATC, Pleno, 508/2005, de 13 de diciembre [ECLI:ES:TC:2005:508A], FJ 3; y ATC, Pleno, 59/2006, de 15 de febrero [ECLI:ES:TC:2006:59A], FJ 3.

<sup>827</sup> Para Guasp, «cuando decimos que el árbitro es un Juez o que el arbitraje es un proceso, nos encontramos, más bien en un terreno metafórico, que taxativamente científico. Estrictamente, rigurosamente hablando, el árbitro no es un Juez ni el arbitraje es un fenómeno procesal». Cfr. GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español: Su nueva reglamentación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956, pág. 22.

mediación)<sup>828</sup>. Además, la diferencia fundamental entre el arbitraje y el resto de manifestaciones del derecho paraprocesal es el distinto rol que juega el tercero, por cuanto que, en el arbitraje, el árbitro sí tiene la capacidad de resolver el conflicto y, por tanto, de imponer la solución. En palabras de Guasp, «es totalmente diferente el que las partes en conflicto acudan a la obra del tercero, reservándose su ulterior libertad de acción, o que las partes acudan a la intervención del tercero comprometiéndose a aceptar la obra de pacificación que ese tercero les proporcione»<sup>829</sup>.

### 1.1. Autotutela

La autotutela, también conocida como autodefensa<sup>830</sup>, autoayuda<sup>831</sup> o justicia privada<sup>832</sup>, es un sistema caracterizado porque una de las partes en conflicto impone la solución de forma coactiva, y ello por la posición de fuerza o preponderancia que tiene sobre la otra parte, lo que implica la ausencia de un tercero ajeno al conflicto que intervenga en su resolución. Es esta característica de ajenidad es la que hace que este sistema haya sido definido como «tuitivo»<sup>833</sup>.

Desde una perspectiva histórica, la autotutela constituye un sistema primario propio de las sociedades primitivas, en las que la ausencia de una organización estatal consolidada implicaba que los individuos recurrieran a tomarse la justicia por su mano. Más tarde, conforme se fue produciendo un fortalecimiento de los Estados y de sus instituciones, la autotutela fue perdiendo protagonismo frente a otros métodos más civilizados, hasta el punto de estar proscrita en la casi totalidad de ordenamientos jurídicos. No hay que olvidar, a este respecto, que una de las aspiraciones de la vida en sociedad es la paz social de la comunidad, por lo que, en palabras de Carnelutti «el empleo de la violencia para solucionar conflictos hace difícil, si no imposible, la

<sup>828</sup> Vid. BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *óp. cit.*, págs. 345 y 365.

<sup>829</sup> GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español...*, *óp. cit.*, pág.

<sup>830</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1970, pág. 35; y ROBLES GARZÓN, J. A., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, *óp. cit.*, pág. 31.

<sup>831</sup> «selbsthilfe». Schmidt, citado en GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal: (Jurisdicción, Acción y Proceso)*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1981, pág. 22.

<sup>832</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 23.

<sup>833</sup> BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR...», *óp. cit.*, pág. 461.

permanencia de los hombres en sociedad»<sup>834</sup>. Especialmente certero se muestra Alcalá-Zamora, para quien la autotutela «que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo»<sup>835</sup>.

Por lo que al ordenamiento jurídico español se refiere, el Código Penal prohíbe la realización arbitraria de un derecho propio (art. 455)<sup>836</sup>, y tipifica como un delito de coacciones las acciones de impedir a otro con violencia hacer lo que la ley no prohíbe, u obligar a efectuar lo que no quiere, sea justo o injusto (art. 172.1)<sup>837</sup>. Ahora bien, esta prohibición de la autotutela tiene que ser compensada, necesariamente, con un sistema reforzado de defensa del derecho de la ciudadanía al acceso a la justicia, sistema que se ha consagrado constitucionalmente a través del derecho al acceso a la jurisdicción como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Aún más, acudir a la justicia no es una mera opción o posibilidad para los administrados por cuanto, a salvo los sistemas heterocompositivos que se analizarán a continuación, los ciudadanos devienen obligados, en muchos casos, a solventar sus controversias a través de los juzgados y tribunales<sup>838</sup>. En definitiva, la alternativa a la autotutela aparece con los sistemas compositivos, en los que se garantiza una solución al conflicto jurídico salvaguardando la paz social.

El principio general por el que la autotutela está proscrita como método de resolución de conflictos<sup>839</sup>, queda matizado en el ordenamiento jurídico español por una

<sup>834</sup> CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción...*, óp. cit., pág. 17.

<sup>835</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición...*, óp. cit., pág. 13.

<sup>836</sup> «1. El que, para realizar un derecho propio, actuando fuera de las vías legales, empleare violencia, intimidación o fuerza en las cosas, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses». De interés, BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Olejnik, Buenos Aires, 1ª ed., 2019; y GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch-Universitat de València, Valencia, 2003.

<sup>837</sup> Vid. HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El delito de coacciones*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1978.

<sup>838</sup> Afirma Asencio, en este sentido, que «el acceso a la Justicia no puede ser contemplado exclusivamente en su faceta de derecho olvidando la de deber ínsito a la propia existencia de un Estado. De esta manera, el recurso a los tribunales se constituye también como un deber al que no puede ser opuesto el de renunciar al ejercicio de los derechos, máxime cuando algunos son irrenunciables o algunas pretensiones, como las constitutivas, requieren siempre de una resolución judicial», Cfr. ASENCIO MELLADO, J. M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre», en *Diario La Ley*, n.º 8115, 28 de junio de 2013, s. p.

<sup>839</sup> En sentido contrario, se ha afirmado que «[n]o es cierto que el modelo procesal prohíba en absoluto la autotutela. Seguramente no podría hacerlo, porque el sistema mismo es finito. No obstante se ha

serie de excepciones. Por un lado, en el ámbito del derecho penal, una manifestación de autotutela es la legítima defensa consagrada en el artículo 20 4º CP, que tiene una naturaleza de causa de justificación y que, dándose todos los requisitos, excluye la antijuricidad<sup>840</sup>. Conforme al precepto penal, los requisitos son: 1. Que se haya producido una agresión ilegítima, entendida como un ataque a los derechos propios o ajenos que constituya delito y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes, incluida la entrada ilegítima en el inmueble que constituya morada o sus dependencias; 2. Que exista una necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla; y 3. Que no haya habido provocación suficiente por parte del defensor.

En otros ámbitos del derecho<sup>841</sup>, la autotutela se manifiesta en el derecho laboral en el derecho a la huelga y al cierre patronal<sup>842</sup>. Respecto de esta excepción, el Tribunal Constitucional ha afirmado que,

«[c]omo sucede con todos los derechos, el de libertad sindical no es un derecho ilimitado. Entre los derechos y bienes constitucionalmente protegidos que deben tenerse presentes al delimitar su contenido figuran, sin duda, derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial, sin embargo, al realizar esta operación debe tenerse muy

---

restringido notablemente, con grandes diferencias entre los diversos sectores jurídicos afectados». Cfr. RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, J. M. Bosch Editor, 4ª ed., Barcelona, 1999, pág. 91.

<sup>840</sup> ORTS BEREGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, 2020, pág. 185. De interés, LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho», en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal: Violencia doméstica*, BdeF, Buenos Aires - Montevideo, 2008, págs. 41-94; y, la misma autora, de forma resumida, LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal», en *Jueces para la democracia: Información y debate*, Asociación de Jueces para la democracia, n.º 23, marzo de 1994, págs. 22-23.

<sup>841</sup> De interés, para las manifestaciones de la autotutela en defensa del crédito en el derecho comparado, vid. DELGADO CASTRO, J., PALOMO VÉLEZ, D., y DELGADO, G., «Autotutela, solución adecuada del conflicto y repossession: Revisión y propuesta», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 24, n.º 2, 2017, págs. 265-289, disponible en <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2992> [u. a. 09/06/2021].

<sup>842</sup> Cabe destacar la reciente supresión –a través del artículo único de la LO 5/2021, de 22 de abril, del artículo 315.3 CP, que establecía, con la redacción dada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, que «[q]uienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses». Para un pronto análisis de la reforma, vid. QUINTERO OLIVARES, G., «La supresión de la coacción a la huelga y algunos problemas conexos», en *Almacén de Derecho*, 20 de abril de 2021, s. p., disponible en <https://almacendederecho.org/la-supresion-de-la-coaccion-a-la-huelga-y-algunos-problemas-conexos> [u. a. 09/06/2021]. Para la colisión entre este delito y el derecho fundamental a la huelga, antes de la despenalización, de interés, RODRÍGUEZ MOLINA, A., «El delito de coacciones a la huelga: consideraciones sobre su tipificación», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 31, mayo de 2019.

presente que la actividad sindical de representación y defensa de los intereses de los trabajadores es una actividad caracterizada por la autotutela de esos intereses; no puede olvidarse que los sindicatos se hallan objetivamente en una posición dialéctica de contrapoder respecto de los empleadores y que la defensa de sus objetivos no se basa en fórmulas de composición de intereses o de colaboración, sino de autodefensa en la que no cabe abogar por la existencia de un genérico deber de lealtad con un significado omnicomprendido de sujeción del trabajador al interés empresarial, ni caben tampoco, en consecuencia, genéricas interferencias del empleador en el desarrollo de esas actividades sindicales (SSTC 120/83; en este mismo sentido, entre otras 23/1983)»<sup>843</sup>.

Igualmente, y en el ámbito del derecho privado, en los artículos 592<sup>844</sup> y 612<sup>845</sup> del Código Civil se regulan dos anecdóticas y residuales excepciones a la prohibición de la autotutela<sup>846</sup>. Además, en el derecho internacional público, la guerra se revela como una muestra de autotutela producto de la supremacía de unos estados frente a otros y de la ausencia de una jurisdicción supranacional para solventar estas controversias<sup>847</sup>.

<sup>843</sup> Cfr. STC, Sala Segunda, n.º 134/1994, de 9 de mayo [ECLI:ES:TC:1994:134], ponente: Carles Viver Pi-Sunyer, FJ 4.º.

<sup>844</sup> «Si las ramas de algunos árboles se extendieren sobre una heredad, jardines o patios vecinos, tendrá el dueño de éstos derecho a reclamar que se corten en cuanto se extiendan sobre su propiedad, y si fueren las raíces de los árboles vecinos las que se extendiesen en suelo de otro, el dueño del suelo en que se introduzcan podrá cortarlas por sí mismo dentro de su heredad» En el mismo sentido, artículo 546-6 de la Ley del Parlament de Cataluña, 5/2006, de 10 de mayo. «Los propietarios de una finca pueden cortar las ramas o raíces de un árbol o de un arbusto plantado en una finca vecina que se hayan introducido en su finca y retener la propiedad de las mismas, pero deben hacerlo de la forma generalmente aceptada en el ejercicio de la jardinería, agricultura o explotación forestal».

<sup>845</sup> «El propietario de un enjambre de abejas tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado. Si estuviere cercado, necesitará el consentimiento del dueño para penetrar en él.

Cuando el propietario no haya perseguido, o cese de perseguir el enjambre dos días consecutivos, podrá el poseedor de la finca ocuparlo o retenerlo.

El propietario de animales amansados podrá también reclamarlos dentro de veinte días, a contar desde su ocupación por otro. Pasado este término, pertenecerán al que los haya cogido y conservado».

<sup>846</sup> GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 32; y MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 39. En sentido contrario, parte de la doctrina no considera estas previsiones como manifestaciones de la autotutela, bien de forma expresa (RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, *óp. cit.*, pág. 91), bien de forma tácita, al no nombrarlas (BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *óp. cit.*, pág. 28; y MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, *óp. cit.*, pág. 38).

<sup>847</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 39. De interés, GARCÍA SÁEZ, J. A., «Pacifismo jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III, n.º 17, octubre de 2019-marzo de 2020, págs. 220-234, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5027> [u. a. 09/06/2021]; y GARCÍA SÁEZ, J. A., «Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen», en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2010,



Por otro lado, el ejercicio de la violencia intersubjetiva para imponer determinadas actitudes no es sinónimo de autotutela<sup>848</sup>. De esta forma, el hecho de que en la violencia en la pareja íntima se impongan determinadas conductas (de hacer o de no hacer) a la víctima en contra de su voluntad a través de la fuerza no puede ser considerado autotutela, por cuanto esa fuerza no se orienta a poner fin a una controversia jurídica, sino –en ocasiones– a dominar la capacidad volitiva de la víctima.

## 1.2. Autocomposición

El término autocomposición fue acuñado por Cernelutti para adjetivar el «poder reconocido a la voluntad de los interesados para la tutela de sus intereses»<sup>849</sup>. Así, la autocomposición equivaldría a la jurisdicción en la medida en la que, a través de aquella, las partes consiguen el mismo objetivo que por medio de la heterocomposición, es decir, la composición del conflicto. Sin embargo, coincidimos con quienes entienden que la autocomposición es un medio para la resolución de conflictos, más que un modo de concluir el proceso, y ello porque puede haber composición al margen del proceso (v. gr., transacción extrajudicial), así como que el proceso judicial puede finalizar sin una resolución judicial sobre el fondo del asunto (v. gr., desistimiento de la demanda)<sup>850</sup>.

La autocomposición es un sistema de resolución de controversias más civilizado que la autotutela<sup>851</sup>, caracterizado porque las partes, con o sin ayuda de un tercero,

---

págs. 177-189, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/239021> [u. a. 09/06/2021].

<sup>848</sup> MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica de conflictos», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 27-46, cita en pág. 30. Señala el autor que «el recurso a la violencia en las relaciones sociales no califica un método como de autotutela, sino tan sólo cuando el recurso a la violencia es definitivo, es decir, cuando legítima por sí la solución alcanzada, de tal manera que en el método heterocompositivo jurisdiccional existen naturalmente manifestaciones de autotutela –los delitos violentos, sin ir más lejos– pero éstas crean a su vez conflictos que son solucionados definitivamente mediante otro método». *Cfr. Íd.*

<sup>849</sup> *Cfr.* CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción...*, *óp. cit.*, pág. 197.

<sup>850</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición...*, *óp. cit.*, pág. 72. En el mismo sentido, MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 140.

<sup>851</sup> GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 33. En este sentido, Alcalá-Zamora afirmó que «[m]ientras la autodefensa supone darle rienda suelta al impulso individual, y en tanto que el proceso implica la sumisión al mecanismo establecido por el Estado, que además lo convierte en forzoso cuando se trata de derechos no disponibles, la autocomposición en un producto de la reflexión individual, y ésta se encuentra con frecuencia ofuscada por la existencia misma del litigio». *Cfr.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición...*, *óp. cit.*, págs. 27-28.



ponen fin al conflicto mediante un acuerdo entre ambas o por el desistimiento libremente aceptado de una de ellas<sup>852</sup>. Si bien coincide con la autotutela en que son las partes quienes, igualmente, ponen fin a la controversia, la gran diferencia es que, en este sistema de resolución de controversias, la solución llega a través del acuerdo de voluntades y nunca mediante la imposición coercitiva por parte de una de ellas<sup>853</sup>. Por tanto, uno de los fundamentos de los métodos autocompositivos es el carácter no adversativo, y ello derivado del uso del diálogo entre las partes para la resolución de las controversias.

Como ya ha quedado expuesto, existen sistemas autocompositivos –como la mediación– en los que interviene un tercero ajeno a la controversia. Ahora bien, ese tercero no impone la decisión, sino que trata de facilitar que las partes consigan finalizar el conflicto. De esta forma, los terceros ajenos al conflicto que actúan en los sistemas autocompositivos se sitúan *inter partes*, no *supra partes*<sup>854</sup>, a diferencia, como se verá posteriormente, de lo que sucede en los métodos heterocompositivos, en los que el tercero sí cuenta con la facultad de adoptar e imponer la solución.

#### 1.2.1. *El principio de igualdad entre las partes como elemento esencial de los métodos autocompositivos*

Como ya se ha señalado, la diferencia fundamental entre los métodos autocompositivos y el resto de sistemas de resolución de conflictos (autotutela y heterocomposición) es la participación activa de los interesados a través de un diálogo para la composición del conflicto. Ahora bien, en ese diálogo debe estar garantizado que se dé un ambiente propicio, en el cual las partes se sientan libres para que el pacto

<sup>852</sup> A este respecto, se ha distinguido entre la autocomposición unilateral y la bilateral. *Ibid.*, pág. 13. Carnelutti hace la misma distinción, si bien, las denomina, respectivamente, autocomposición simple y compleja. CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción...*, *óp. cit.*, pág. 197.

<sup>853</sup> Se ha señalado, en este sentido, que «[I]a resolución positiva del conflicto va a depender fundamentalmente de dos premisas: por un lado, la disposición o talante, es decir, la actitud con que las personas se posicionan personalmente frente a la eventual resolución de la crisis y, por otro, los recursos de que dispongan para articular y desarrollar procedimientos eficaces que promuevan la resolución del problema sobre la base de la mutua colaboración». Cfr. MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, P., *Mediación penal: “Una visión práctica desde dentro hacia fuera”*, Editorial Club Universitario, San Vicente, 2011, pág. 9.

<sup>854</sup> GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 33; y BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *óp. cit.*, pág. 28.

compositivo sea la plasmación de la voluntad real de las mismas<sup>855</sup>. Ahora bien, no hay que confundir esta igualdad material entre los contendientes con la equidad, entendida como una suerte de igualdad formal por el que las partes tienen garantizada la igualdad de tratamiento y de oportunidad de defensa en el ámbito del procedimiento paraprocesal<sup>856</sup>.

El factor decisivo para que se pueda alcanzar una verdadera composición del conflicto es la inexistencia de desequilibrio emocional o síquico entre las partes o, si se prefiere, la inexistencia de desequilibrio en la relación de *poder*<sup>857</sup> entre las partes. Como se verá más adelante respecto de los supuestos de violencia en la pareja íntima, los métodos autocompositivos resultan inviables en aquellos supuestos en los que una parte ejerce una influencia notoria y decisiva sobre la otra, afectando a su capacidad volitiva e impidiéndole invocar y defender sus legítimos derechos e intereses. Téngase presente, a este respecto, que se trata de situaciones en las que existe una conexión emocional entre las partes y en las que una de ellas pueda detentar una posición de dominio sobre la otra.

Parece lógico, en consecuencia, que el legislador deba prever esta exigencia de igualdad en la normativa, por cuanto de lo contrario, las ADR no cumplirían su verdadera función autocompositiva. En este sentido, llama la atención que la Directiva 2008/52/CE y la LMACM no contengan previsión alguna al respecto, a salvo la equidad a la que se ha hecho referencia anteriormente. Por el contrario, sí encontramos algunas

---

<sup>855</sup> En este sentido, cabría plantearse si, en los casos de violencia de dominación en la pareja íntima, los medios autocompositivos pueden desembocar en una suerte de *autotutela encubierta*, y ello en atención a la ascendencia que pueda llegar a tener el victimario frente a la víctima. A este respecto, ya avanzamos que nos oponemos a la utilización de métodos autocompositivos en los supuestos en los que se verifique que la víctima tiene la capacidad volitiva afectada o anulada.

<sup>856</sup> Respecto de la mediación, *vid.* el considerando 18 de la Directiva 2008/52/CE. En este punto, la Directiva remite a la Recomendación 98/257/CE, de 30 de marzo de 1998, que consagra la equidad como un requisito esencial de la mediación, y a la Recomendación 2001/310/CE, de 4 de abril de 2001, que señala una serie de circunstancias que deben contemplarse en los procesos de mediación, como la información que debe ofrecerse a ambas partes sobre el procedimiento y sus derechos en las ADR.

<sup>857</sup> Para esta cuestión, de interés, MERINO ORTIZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas: Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, 1ª ed., Madrid, 2013, págs. 97-105; y MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M., y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 451-487.

manifestaciones legislativas que consagran este principio de igualdad, como el artículo 6.1 de la Ley del Parlament de Catalunya 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado<sup>858</sup>.

En cualquier caso, la resolución de conflictos a través de un método autocompositivo requiere de una relación de poder simétrica entre las partes. Estas, cualquiera de ellas, tienen que ser libres para iniciar el procedimiento, para continuarlo y, claro está, para decidir la solución que componga la controversia. En ese sentido, y como no puede ser de otra forma, en los medios autocompositivos en los que interviene un tercero –por ejemplo, en la mediación–, es ese tercero el que debe verificar si concurre, en ese supuesto, el necesario equilibrio de poder entre las partes.

En consecuencia, no compartimos la opción por la que recurre la actual política legislativa de prohibir, en todo caso –y sin verificación alguna de la relación de poder existente en cada supuesto–, la mediación en los conflictos derivados de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Así, en palabras de Marques Cebola, que hacemos nuestras,

«no consideramos que la solución pase por la prohibición ab initio y en abstracto de la mediación en determinados casos. Lo que el legislador deberá exigir y consagrar legalmente es que las partes no sean coaccionadas de ninguna forma a participar en la mediación. Y si durante la mediación se sintieren en una situación de inferioridad, deberán desistir de este método de resolución de conflictos»<sup>859</sup>.

### 1.2.2. *Sistemas autocompositivos de resolución de controversias*

Los sistemas autocompositivos arrojan una solución al conflicto jurídico mejor y más duradera, en la medida en la que son las partes –que devienen las que mejor pueden conocer sus intereses– las que establecen la solución<sup>860</sup>. Esta solución se alcanza a través de tres sistemas, la negociación, la conciliación y la mediación.

<sup>858</sup> «La persona mediadora ejerce su función con imparcialidad y neutralidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es preciso, debe interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no esté garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia».

<sup>859</sup> MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 189.

<sup>860</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 41.

### 1.2.2.1. La negociación

La negociación es definida por Barona como

«una técnica mediante la cual se comunican entre sí dos o más personas que se encuentran involucradas en la disputa o conflicto, realizando un esfuerzo con mayor o menor intensidad por aproximar sus posiciones en aras de satisfacer sus necesidades e intereses, que no siempre caminan en direcciones opuestas»<sup>861</sup>.

Se distingue entre la *negociación directa*, en la que las partes abordan y solucionan por sí mismas el conflicto, o *negociación indirecta o asistida*, en la que la negociación se realiza a través de terceras personas –normalmente los representantes legales de las partes–, posibilidad, esta última, que sucede en la mayoría de ocasiones<sup>862</sup>. Por otro lado, Soletto distingue, igualmente, entre la *negociación distributiva*, en la que cada parte prioriza conseguir lo máximo posible, aunque esa actitud ocasione un deterioro de las relaciones de las partes; y la *negociación integradora*, que se fundamenta en la noción de cooperación y de la satisfacción de los intereses de las partes. Así, afirma la autora que «[l]a negociación para la ganancia mutua supone el conocimiento de los intereses de las partes, con el fin de generar opciones creativas, que «agranden la tarta», y que se aparten del concepto tradicional de negociación distributiva, en la que una parte gana y la otra pierde»<sup>863</sup>.

Desde el punto de vista del proceso, la consecución de una solución al conflicto a través de la negociación tiene su cauce procesal a través de la transacción, reconocida en el ordenamiento jurídico español a través del artículo 1.809 del Código Civil. Igualmente, el acuerdo negociado puede traducirse en la renuncia, el allanamiento o el desistimiento<sup>864</sup>.

<sup>861</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *óp. cit.*, pág. 349.

<sup>862</sup> MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica...», *óp. cit.*, pág. 36.

<sup>863</sup> SOLETO MUÑOZ, H., «Negociación», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 157-187, cita en pág. 158; y más recientemente, SOLETO MUÑOZ, H., «Negociación integradora», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.

<sup>864</sup> Para un completo análisis de estos instrumentos procesales, *vid.* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición...*, *óp. cit.*, págs. 83-92; DOIG DÍAZ, Y., *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2008, págs. 28-62.

### 1.2.2.2. La conciliación

Conforme a la conceptualización de Calaza, la conciliación es

«un método autocompositivo de resolución de conflictos en virtud del cual las partes, debidamente asistidas y convenientemente asesoradas, llegan a un entendimiento, un acuerdo o, si se prefiere, una transacción, en la que, con una recíproca resignación de posiciones, ponen fin al conflicto sin necesidad de iniciar –en la conciliación pre-procesal– o de proseguir –en la conciliación procesal– el proceso ante la Jurisdicción»<sup>865</sup>.

En este sistema, el tercero puede sugerir, proponer o plantear diferentes soluciones al conflicto<sup>866</sup>. La conciliación estuvo regulada en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 como un presupuesto procesal –al igual que ocurre en la actualidad en la LRJS<sup>867</sup>–, en la medida en la que, con carácter previo a la interposición de la demanda, debía hacerse un intento de conciliación. Sin embargo, con la reforma parcial de la LEC operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, la conciliación pasó a ser dispositiva.

En la actualidad, y conforme a la definición aportada, existen dos tipos de conciliación: la procesal –también denominada intraprocesal<sup>868</sup>–, que se plantea estando pendiente un proceso, o bien la pre-procesal, que es previa al inicio de un proceso, y que se regula en los artículos 139 a 148 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>865</sup> Cfr. CALAZA LÓPEZ, S., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 414.

<sup>866</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 40.

<sup>867</sup> La conciliación previa en el proceso laboral, que tiene carácter administrativo, se regula en los artículos 63 a 68 de la LRJS. A este respecto, el artículo 63 dispone que «[s]erá requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación ante el servicio administrativo correspondiente o ante el órgano que asuma estas funciones que podrá constituirse mediante los acuerdos interprofesionales o los convenios colectivos [...]». Para la conciliación previa, de interés MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; LÓPEZ JIMÉNEZ, R., «La evitación del proceso laboral a través de la conciliación», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.; y MORENO VIDA, M. N., «De la conciliación previa», en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), y SERRANO FALCÓN, C., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), *El nuevo proceso laboral: Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, 1ª ed., Granada, 2011, págs. 271-305.

<sup>868</sup> BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *óp. cit.*, pág. 350. De interés, GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Las Rozas, 2010.

### 1.2.2.3. La mediación

El concepto de mediación se define en el artículo 3, párrafo a) de la Directiva 2008/52/CE como un «procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador». Por otro lado, el artículo 1 de la LMACM establece que la mediación es «aquél medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes en conflicto intentan voluntariamente alcanzar por sí misma un acuerdo para su resolución con la intervención de un mediador»<sup>869</sup>.

En el caso de la mediación, la intervención del tercero –el mediador– consiste en intentar que las partes, reconociendo la posición del contrario, puedan por ellos mismos obtener la composición del conflicto<sup>870</sup>. Es decir, el mediador es, simplemente, una persona «que guía a las partes en un proceso de negociación»<sup>871</sup>. En definitiva, y a

---

<sup>869</sup> Por su parte, en la doctrina se define la mediación como «un mecanismo auto-compositivo de resolución armoniosa de conflictos intersubjetivos de naturaleza privada –civil y mercantil–, en virtud de la cual los protagonistas principales de la controversia, acompañados y asistidos por un profesional especializado –el Mediador– pueden llegar a alcanzar un acuerdo que ponga término a su discordia y deje pacificada, en todo o en parte, la relación jurídica». Cfr. CALAZA LÓPEZ, S., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 416.

<sup>870</sup> MORENO CATENA, V., en MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 40. Para la figura del mediador, *vid.* PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., «El estatuto del mediador», en OROZCO PARDO, G., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.), y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., y LOZANO MARTÍN, A. M. (coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 137-152; CARRETERO MORALES, E., «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.; BOQUÉ TORREMORELL, M. C., «La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 41-100; y OTERO PARGA, M. M., «La ética del mediador», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.

<sup>871</sup> Cfr. MOLINA CABALLERO, M. J., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, *óp. cit.*, pág. 214. En este sentido, se ha afirmado que «la diferencia básica entre mediación y conciliación consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. [...], la injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de sus propuestas. En cambio, en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes». Cfr. GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis...*, *óp. cit.*, pág. 38. En la doctrina, no obstante, se defiende que el criterio de distinción entre la conciliación y la mediación en función de las facultades del tercero «es imposible, dado que, si el mediador no realiza propuestas de acuerdo, la conclusión es que no hace



diferencia de lo que sucede en la conciliación, en la mediación, el tercero no puede sugerir la solución.

El carácter paraprocesal de la mediación desaconseja que nos refiramos a ella como un «proceso», término que tiene, a nuestro entender, una fuerte carga jurisdiccional. Así, nos situamos entre los que se han decantado por la locución «procedimiento»<sup>872</sup>, por cuanto, como señaló Alcalá-Zamora con notable erudición,

«[e]l proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras el procedimiento [...] se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo»<sup>873</sup>.

Conforme a todo lo anterior, podemos definir la mediación como un procedimiento de resolución de controversias jurídicas complementario a la jurisdicción, por el que las partes alcanzan un acuerdo negociado con la ayuda de un

---

nada en realidad, o bien se convierte en un simple gestor de emociones, lo que ha sido descartado por la mayoría de autores». Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 27.

<sup>872</sup> Para Barona, la mediación «es un procedimiento de gestión y de solución de controversias en el que dos o más partes, de forma voluntaria, pretenden alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención del tercero, ajeno al conflicto». Cfr. BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, pág. 67. En la misma línea, Martín Diz defiende la denominación de «procedimiento», estimando incorrecta la utilización de «proceso» y «recurso mediador», y albergando dudas sobre la locución «procedimiento mediador». Vid. MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010, pág. 51. Igualmente, Gil Nievas, quien afirmó, en relación con el proyecto que luego desembocó en la Directiva 2008/52/CE que «[d]esde un punto de vista terminológico, la utilización del término "proceso" debe ser corregida en la versión española y sustituida por "procedimiento", dado que "proceso" tiene un carácter eminentemente judicial y la mediación es un procedimiento extrajudicial». Cfr. GIL NIEVAS, R., «La directiva de mediación en la comunidad europea», en GONZALO QUIROGA, M. (dir.-edit.), y BAGAZA FERNÁNDEZ, I., GONZALO QUIROGA, M., y VENTAS SASTRE, R. (coords.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson, Madrid, 2006, págs. 35-58, cita en pág. 41. Por otro lado, hay en la doctrina quienes apuestan por el término «método», y ello por el carácter no formalista de los procedimientos de mediación. De esta forma, para Marques Cebola, la mediación es un «método de resolución de conflictos en que un profesional - el mediador - percibiendo los objetivos de las partes y los obstáculos y recursos disponibles, emplea técnicas e instrumentos para fomentar el diálogo entre los sujetos en disputa, en orden a que construyan alternativas de solución, debiendo escoger la que mejor responda a los intereses de ambos». Cfr. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 93. Para la autora, «obrar con método implica un previo análisis de los objetivos que se pretenden alcanzar; de las situaciones a enfrentar, así como de los recursos disponibles, para el establecimiento de las varias alternativas posibles, escogiendo la que mejor satisfaga los objetivos trazados». Cfr. *Íd.*

<sup>873</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición...*, *óp. cit.*, pág. 116.



tercero imparcial e independiente que articula entre las partes vías de diálogo y entendimiento.

La mediación está regulada en España por la LMACM, posteriormente desarrollada por el RD 980/2013, de 13 de diciembre. Esta normativa vino a trasponer la Directiva 2008/52/CE, si bien, como se indica en la Exposición de Motivos de la propia Ley,

«va más allá del contenido de esta norma de la Unión Europea», ya que no se limita a regular los conflictos transfronterizos, conformando «un régimen general aplicable a toda la mediación que tenga lugar en España y pretenda tener un régimen jurídico vinculante, si bien circunscrita al ámbito de los asuntos civiles y mercantiles»<sup>874</sup>.

### 1.3. Heterocomposición

La heterocomposición, también denominada heterotutela<sup>875</sup>, se caracteriza, fundamentalmente, por la existencia de un tercero ajeno al conflicto que viene a imponer la solución de forma coercitiva. De esta forma, y a diferencia de lo que sucede en la autocomposición, los sujetos de la pretensión no solucionan el conflicto mediante un acuerdo de voluntades, sino que es este tercero, investido de lo que se ha denominado «poder compositivo heterónimo»<sup>876</sup> el que resuelve el conflicto.

#### 1.3.1. Sistemas heterocompositivos de resolución de controversias

Los modelos comúnmente aceptados de heterocomposición son el proceso y el arbitraje.

---

<sup>874</sup> Sobre la mediación en distintos ámbitos civiles y mercantiles, *vid.* FONTESTAD PORTALÉS, L., «En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte de mercancías», en *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, Marcial Pons, n.º 26, 2020, págs. 103-146; FONTESTAD PORTALÉS, L., «Derecho marítimo y mediación: un camino por recorrer», en MARTÍN DIZ, F. (dir.), y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL (coord.), *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*, Andavira, Madrid, 2017, págs. 115-144; y BLANCO GARCÍA, A. I., «El conflicto hipotecario: La mediación como vía de protección de los deudores hipotecarios», en BLANCO GARCÍA, A. I. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 271-293.

<sup>875</sup> NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 16.

<sup>876</sup> «en los medios heterocompositivos, los sujetos activos de la composición ya no se identifican, ni representan a los sujetos activos de las pretensiones. La solución del conflicto es llevada a cabo por alguien externo al mismo, dotado por tanto de lo que podríamos denominar poder compositivo heterónimo». *Cfr.* MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 30.

### 1.3.1.1. El proceso

Como contrapartida a la prohibición de la autotutela, el Estado pone a disposición de la ciudadanía un sistema de resolución de controversias en la que un tercero imparcial compone la solución al conflicto. En este caso, el tercero situado supra partes es titular de *auctoritas* –como sucede, igualmente, en el arbitraje– y de *potestas*, en la medida en la que se le atribuye una posición de supremacía o superioridad respecto de los administrados con capacidad de vincular el comportamiento ajeno, incluso mediante la fuerza<sup>877</sup>.

El proceso, como instrumento de la jurisdicción para la resolución de conflictos jurídicos, está asociado a la existencia del Estado. Así, y como afirma Gimeno, «[s]in una mínima organización estatal no puede existir, ni la Jurisdicción, ni el proceso, habiendo de acudir las partes a soluciones autodefensivas, autocompositivas o, a lo sumo, arbitrales (por ejemplo, la de los «patriarcas» en determinadas etnias), pero nunca al proceso»<sup>878</sup>.

Pese al descrédito de la jurisdicción al que hemos hecho referencia anteriormente<sup>879</sup>, coincidimos con la doctrina que entiende que el proceso es el método de resolución de controversias más avanzado<sup>880</sup>.

<sup>877</sup> ROBLES GARZÓN, J. A., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, *óp. cit.*, págs. 34-35. Esta potestad emana de la soberanía popular, por lo que, con carácter general, los límites de su actuación están fijados por la propia soberanía, es decir, por el territorio y las personas a ella sometida. GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal: (Jurisdicción, ...)*, *óp. cit.*, pág. 32.

<sup>878</sup> Cfr. GIMENO SENDRA, V., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 38.

<sup>879</sup> *Vid. infra*, pág. 336.

<sup>880</sup> «La Jurisdicción es –o así nos lo parece– el mecanismo más depurado, perfeccionado y desarrollado de resolución de conflictos, por cuánto asienta sus raíces en principios, reglas y valores constitucionales muy arraigados en nuestro sistema democrático de Derecho, además de encomendarse a prestigiosos profesionales –Jueces y Magistrados– integrados en el tercer y más alto poder del Estado –el Poder Judicial– que opera, con plena autonomía orgánica y funcional respecto de los restantes, lo que cristaliza en un ejercicio de la función jurisdiccional –por parte de estos prestigiosos profesionales: Jueces y Magistrados– caracterizado por atributos y conforme a principios tales como la independencia, la imparcialidad, la responsabilidad, la inamovilidad y la sumisión exclusiva a la Ley [...]». Cfr. CALAZA LÓPEZ, S., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, pág. 413. Se apunta, igualmente, que, con el proceso, se llega a una solución a partir de las pruebas y los argumentos, mientras que las ADR autocompositivas «suponen, casi siempre, que consiga algo quien no tiene razón, lo que pone en tela de juicio su justicia. En cambio, lo que sí suelen obtener –cuando tienen éxito– es la pacificación, lo que puede resultar aceptable desde un punto de vista social, al menos a primera vista». Cfr. NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 28. Ahora

### 1.3.1.2. El arbitraje

El arbitraje es definido por Barona como

«un instrumento heterocompositivo, a través del cual una o varias personas imparciales son nombradas, ya por las partes o ya por un tercero (los restantes árbitros, una institución arbitral, o por el juez) para el ejercicio de la función heterocompositiva de imponer la solución al conflicto suscitado, debido al sometimiento que las partes efectúan por medio del convenio arbitral y con exclusión de la jurisdicción»<sup>881</sup>.

La doctrina ha señalado las siguientes notas características del arbitraje<sup>882</sup>: a) Sirve para la resolución de conflictos, pues a través del mismo se aplica el derecho al caso concreto, incluso en los supuestos de que los árbitros decidan en equidad; b) Se desenvuelve a través de un proceso jurisdiccional, en la medida en la que deben respetarse los principios jurídicos naturales y se estructura en una serie o sucesión de actos, que pueden sistematizarse en actos de alegación, prueba y conclusión; c) Se constituye como un método heterocompositivo, de manera que es un tercero ajeno al conflicto el que compone el mismo; d) Los árbitros deben ser independientes e imparciales, y están sujetos a responsabilidad en el ejercicio de su encomienda<sup>883</sup>; y e) Las resoluciones arbitrales generan los efectos de la cosa juzgada.

---

bien, la jurisdicción tampoco está exenta de llegar a soluciones *injustas*. En ese sentido afirma Bujosa que, «[e]l acto de juzgar por una autoridad pública que ejerce una potestad constitucional, por supuesto, no es garantía de justicia, por mucho que ese sea el objetivo fijado por el propio ordenamiento jurídico». Cfr. BUJOSA VADELL, L., «De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y el acto de juzgar» en *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, vol. 2, n.º 1, Salamanca, junio de 2014, págs. 49-79, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/11968> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 77. En cualquier caso, y como advierte Barona Vilar que «esa posición de euforia y fascinación que puede arrastrar tras de sí la incorporación y consolidación de las ADR en el marco de la tutela de los ciudadanos (*Acces to justice*) debe, sin embargo, valorarse y controlarse, so pena de convertir la eficiencia en el elemento esencial de conformación de este nuevo modelo, en detrimento de la *justicia*, como valor superior de un Estado social, que exige en todo momento el control por parte del Estado de aquél». Cfr. BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, pág. 17.

<sup>881</sup> Cfr. *Ibid.*, pág. 119.

<sup>882</sup> MOLINA CABALLERO, M. J., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, *óp. cit.*, pág. 203.

<sup>883</sup> Sobre la interesante figura del árbitro designado para decidir sobre alguna medida cautelar, de interés, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Algunas consideraciones sobre el árbitro de urgencia o de “emergencia”», en RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal: Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 183-200.

Por otro lado, se han planteado en la doctrina distintas teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Siguiendo a Molina Caballero<sup>884</sup>, la teoría contractualista o privatista se centra en la causa del arbitraje, es decir, en el acuerdo de voluntades para someterse al arbitraje que se manifiesta en el convenio arbitral. Por otro lado, la teoría jurisdiccionalista prioriza la capacidad del árbitro de componer el conflicto con los efectos de la cosa juzgada, por lo que ejerce la función jurisdiccional que, para los defensores de esta teoría, no está atribuida únicamente a los jueces y magistrados. Por último, la teoría intermedia aúna las dos primeras, en buena medida, porque divide la institución en dos fases: por un lado, la adopción del acuerdo de sometimiento al arbitraje (privado); y, por otro lado, el desarrollo del arbitraje (jurisdiccional). No obstante, estas discusiones parecen estar superadas por cuanto, como señala Montero, el arbitraje

«es otro instrumento dentro del sistema de Justicia para resolver conflictos, distinto del clásico, es decir, de aquél en el que los conflictos son resueltos por el Poder Judicial, sea o no alternativa, y que, por tanto, el arbitraje es el arbitraje y sólo ésa es su naturaleza jurídica»<sup>885</sup>.

La regulación del arbitraje está contenida actualmente en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, que fue modificada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo.

El arbitraje y el proceso tienen en común que un tercero compone el conflicto jurídico a partir de las alegaciones de las partes, sin embargo, podemos destacar una serie de diferencias:

a) Las partes determinan voluntariamente someterse a arbitraje. Sin embargo, en el proceso, una vez que una de las partes realiza un acto procesal y sostiene la pretensión, la parte contraria se verá afectada por la decisión del tercero, aunque aquella decida voluntariamente no participar.

---

<sup>884</sup> MOLINA CABALLERO, M. J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002, págs. 40-62.

<sup>885</sup> Cfr. MONTERO AROCA, J., en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, *op. cit.*, págs. 42-43. En el mismo sentido, justificando el paradigma de que «el arbitraje es arbitraje», BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *op. cit.*, págs. 126-127; y BARONA VILAR, S., en GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal...*, *op. cit.*, pág. 369.

b) En el arbitraje, las partes tienen la libertad de designar directamente al árbitro o acudir a una entidad que lo nombre. En el proceso, por el contrario, el tercero está predeterminado por la ley<sup>886</sup>.

c) El juez está investido de *auctoritas* y de *potestas*, mientras que el árbitro únicamente tiene *auctoritas*. A este respecto, resultan especialmente clarificadoras las palabras de Guasp:

«La sentencia de un Juez no vale porque las partes la consientan *a posteriori*, pero tampoco porque la hayan aceptado *a priori*: la sentencia de un Juez vale en cuanto órgano del Poder público que liga al súbdito, “velis nolis”, con o contra su voluntad. Pero en el arbitraje, por esencia, no ocurre así; si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así, el laudo arbitral es el resultado de la libertad de los contendientes, no de su sujeción, porque, si bien el resultado no es para ellos libre “in effectum”, ha sido libre “in causa” y tiene, por lo tanto, fuerza de obligar, porque ellos quisieron que se les obligara»<sup>887</sup>.

## 2. Las Alternative Dispute Resolution (ADR)

Los métodos alternativos de resolución de controversias han existido en todas las sociedades a lo largo de la historia, si bien es cierto que la eclosión de las modernas ADR se ha situado en la *Pound Conference*<sup>888</sup>, celebrada en EEUU en 1976 y, especialmente, en el discurso del profesor de Derecho de la Universidad de Harvard, Frank Sander, en el que señaló las limitaciones del sistema judicial y defendió la existencia de otros medios de resolución de conflictos. De esta forma, esta Conferencia

---

<sup>886</sup> De interés, para la predeterminación del juez, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009, págs. 111-127; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n.º 31, enero-abril de 1991, págs. 75-123; ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas-Universidad de Córdoba, 1ª ed., Madrid, 1990; ARAGONESES MARTÍNEZ, S., «El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en el orden penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 74, Madrid, 1988-1989, págs. 93-106; y más recientemente, RIZO GÓMEZ, B., «El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la predeterminación de la competencia. Principios que deben inspirar toda reforma competencial del sistema judicial español», en *Diario La Ley*, n.º 8372, 8 de septiembre de 2014, s. p.

<sup>887</sup> Cfr. GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español...*, *óp. cit.*, pág. 22.

<sup>888</sup> Para el desarrollo de la Conferencia, *vid. SOLETO MUÑOZ, H.*, «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *óp. cit.*, págs. 22-27.

se constituyó como el hito histórico que vino a modificar el monopolio de los tribunales en la resolución de las controversias jurídicas.

Con el sintagma ADR se hace referencia a dos realidades<sup>889</sup>. En primer lugar, al movimiento antinormativista, próximo al realismo jurídico<sup>890</sup>, que se inició en ciertas comunidades y que fue desarrollado jurídicamente en la Universidad de Harvard; y, en segundo lugar, a los medios concretos de resolución de conflictos en los que la decisión no se adopta por jueces en el ejercicio de la función jurisdiccional y en los que los objetivos fundamentales son la gestión y la solución del conflicto.

Estos medios concretos –como ya hemos apuntado anteriormente– se manifiestan tanto en los métodos autocompositivos de resolución de controversias (negociación, conciliación y mediación) cuanto en el arbitraje, y pese a que existen notables diferencias entre todos ellos, se ha apuntado por la doctrina una serie de características comunes<sup>891</sup>:

- En todos se intenta mantener una posición intermedia entre una actitud meramente pasiva y otra que permita la escalada del conflicto.
- Son vías menos formales que el proceso judicial y, en algunos supuestos, tiene su fundamento en una concepción privatista e individualizada del conflicto.
- Conlleva una mayor participación de los implicados en la configuración y desarrollo del método, lo que hace que se sientan protagonistas en la composición del conflicto y sometidos a la solución alcanzada.
- En un primer momento, se circunscribían a conflictos de derecho privado, sin embargo, a lo largo del tiempo se están expandiendo a otros sectores del ordenamiento jurídico, como el derecho laboral o el derecho público.

---

<sup>889</sup> BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, pág. 19.

<sup>890</sup> Para una aproximación al realismo jurídico, *vid.* CAMPOS ZAMORA, F. J., «Nociones fundamentales del realismo jurídico», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, n.º 122, mayo-agosto de 2010, págs. 191-220, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562> [u. a. 09/06/2021].

<sup>891</sup> BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR...», *óp. cit.*, pág. 467.

Desde la eclosión de las modernas ADR, se ha puesto el énfasis en su carácter de vía de solución de las controversias «al margen de la justicia estatal»<sup>892</sup>, sin embargo, no parece que el término «alternativo» responda de forma global a los fundamentos de los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos, por cuanto no siempre las ADR se constituyen como una alternativa a la jurisdicción. De esta forma, y descartado el arbitraje –que, en todo caso es alternativo y excluyente del proceso– las ADR han evolucionado, convirtiéndose, en los supuestos autocompositivos, en elementos integrados dentro del proceso y con plenos efectos procesales. Las ADR han perdido el inicial carácter alternativo al proceso para mutar, en la mayoría de los casos, en mecanismos complementarios e integrados en la jurisdicción<sup>893</sup>. Esta evolución ha hecho que, aun conservando el acrónimo ADR, en la actualidad reciban la denominación de *adequated o appropriated dispute resolution*<sup>894</sup>. A este respecto, en España, el legislador ha adoptado la denominación de *Métodos Adecuados de Solución de Controversias (MASC)*<sup>895</sup>.

Ante esta nueva perspectiva, en las que las ADR pueden llegar a ser auténticos procedimientos complementarios al proceso, entendemos necesario delimitar las diferencias entre ambas instituciones.

---

<sup>892</sup> MULLERAT, I., «La justicia alternativa («*Alternative Dispute Resolution*») en los Estados Unidos de Norteamérica», en VV. AA., *Anuario de justicia alternativa. Derecho arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona-J. M. Bosch Editor, n.º 3, Barcelona, 2002, págs. 45-73, cita en pág. 50.

<sup>893</sup> Si bien es cierto que se pueden hacer construcciones teóricas acerca del carácter alternativo o complementario de las ADR, coincidimos con quienes defienden que las sinergias entre los métodos extrajudiciales y la jurisdicción dependerán de la opción legislativa por la que se apueste en cada ordenamiento jurídico, del mecanismo del que se trate y de los elementos fácticos del caso. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, págs. 59 y 61. Así, los métodos paraprocesales devendrán alternativos cuando el legislador prevea que una misma materia pueda ser solventada a través de la jurisdicción o mediante un método extrajudicial. Por otro lado, existen supuestos en los que el juez invita a las partes a someterse a un proceso de mediación, como suele suceder en las ejecuciones de obligaciones de hacer personalísimas en los procesos de familia (v. gr., cumplimiento del régimen de visitas), si bien, en este caso, la solución alcanzada por las partes deberá ser homologada judicialmente para alcanzar carácter ejecutivo.

<sup>894</sup> BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, pág. 20.

<sup>895</sup> *Vid.* Título I del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. Disponible en <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf> [u. a. 09/06/2021].



## 2.1. Diferencias entre las ADR y la jurisdicción

En el ordenamiento jurídico español, junto con el arbitraje, las ADR comúnmente aceptadas son la negociación, la conciliación y la mediación. Ahora bien, toda vez que estos sistemas son admitidos por el ordenamiento jurídico, es relevante analizar las diferencias entre las ADR y la jurisdicción. No hay que olvidar, a este respecto, que el éxito en la aplicación de los sistemas alternativos de resolución de conflictos solo será viable si la sociedad primero, y el legislador después, entienden y valoran las bondades de estos sistemas. Apostar por las ADR, única y exclusivamente, por el hecho de que vayan a descongestionar los juzgados, es la mejor forma de garantizar el fracaso de estas nuevas formas de hacer justicia.

Las diferencias entre las ADR y la jurisdicción se pueden analizar desde distintas perspectivas<sup>896</sup>.

### a) *Ámbito público o privado*

Junto con la habitual configuración de la jurisdicción como un Poder del Estado<sup>897</sup>, para Ortells «los tribunales de justicia y su actividad deben ser considerados, también, desde una perspectiva más humilde: la de un servicio público que debe ser prestado a las personas que –desde diferentes posiciones– piden el ejercicio de la potestad propia de los tribunales»<sup>898</sup>. De esta forma, es la propia administración pública la que dota de una estructura personal y material a la Administración de Justicia para facilitar y garantizar que los jueces y magistrados ejerzan la potestad jurisdiccional. Así, el coste económico derivado del funcionamiento de la jurisdicción se financia principalmente vía impuestos, con excepción de las tasas judiciales<sup>899</sup>, los depósitos

<sup>896</sup> Seguimos el esquema propuesto en MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 54.

<sup>897</sup> De interés, GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal: (Jurisdicción, ...)*, *óp. cit.*, págs. 28-31.

<sup>898</sup> *Cfr.* ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M. (dir.), *Introducción al Derecho Procesal*, Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor, 2020, pág. 50.

<sup>899</sup> Para el debate acerca de la constitucionalidad de las tasas judiciales, especialmente en el ejercicio de la acción por parte de las personas físicas, *vid.* GIMENO SENDRA, V., «La Ley de tasas judiciales en el orden procesal civil», en *Diario La Ley*, n.º 8037, 6 de marzo de 2013, s. p.; ASENCIO MELLADO, J. M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas...», *óp. cit.*, s. p.; y PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses: dudas sobre su inconstitucionalidad», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, *La Ley*, n.º 102, mayo-junio de 2013, s. p.

para recurrir<sup>900</sup> y las costas procesales que, en ningún caso, cubren la totalidad de los gastos originados por el proceso<sup>901</sup>. Ahora bien, el proceso, en ocasiones, no culmina las expectativas de los administrados. En ese sentido, afirmó Vázquez Sotelo que,

«una de las principales lacras del proceso civil moderno, bastante generalizada en todos los países y ya señalada entre nosotros hace tiempo, es que el proceso es excesivamente largo, excesivamente caro y excesivamente inseguro, con lo que a su bajo rendimiento va unido un alto coste que se traduce en un proceso civil ineficaz»<sup>902</sup>.

Por el contrario, en las ADR, las partes tienen la posibilidad de articular los mecanismos por los que se desarrollará el procedimiento nombrando al tercero, que intentará resolver el conflicto, o creando o adhiriéndose a las cortes arbitrales. Cabe señalar, a este respecto, que tanto las cortes arbitrales cuanto los centros de mediación son instituciones privadas, si bien, pueden estar subvencionadas por la propia Administración<sup>903</sup>.

---

<sup>900</sup> Sobre el depósito para recurrir, *vid.* BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo depósito para recurrir», en *Diario La Ley*, n.º 7228, 29 de julio de 2009, s. p.; DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «El reinstaurado depósito para recurrir la casación», en BONET NAVARRO, J. (dir.), y MARTÍN PASTOR, J. (coord.), *El Recurso de Casación Civil*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2010; MAGRO SERVET, V., «La constitución del depósito para recurrir en los supuestos del art. 449 LEC y de la D.A. 15.ª LOPJ», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 102, mayo de 2013, s. p.; y PÉREZ TORTOSA, F., «El depósito para recurrir», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 102, mayo de 2013, s. p.

<sup>901</sup> A este respecto, las costas han sido definidas por Fuentes Soriano como «los gastos satisfechos por las partes de un proceso, que reconocen a éste como su causa de producción y de las cuales una de las partes podrá resarcirse si se produce la condena en costas de la contraria mediante la correspondiente resolución judicial». *Cfr.* FUENTES SORIANO, O., *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 31. En consecuencia, las costas procesales son una parte de un concepto mayor que son los gastos procesales. Para una clarificadora distinción entre gastos judiciales, gastos extraprocesales y gastos procesales, *vid.* MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Las costas*, Montecorvo, Madrid, 1981, págs. 26-35.

<sup>902</sup> *Cfr.* VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «El pacto sobre costas y el nuevo art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, 1986, Tomo 2, pág. 1017, s. p.

<sup>903</sup> No obstante, en la doctrina se defiende que si la mediación –entendemos esta previsión aplicable a cualquier ADR autocompositiva– se integra en la jurisdicción, entonces también la mediación es pública e institucional. MARTÍN DIZ, F., «Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., y FERREIRO BAAMONDE, X. (dirs.), y NEIRA PENA, A. M. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la Sociedad Globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 131-146, cita en pág. 134.

## b) *Carácter necesario o voluntario*

La jurisdicción tiene un marcado carácter impositivo, obligatorio o unilateral, por lo que la voluntariedad concertada de las partes no tiene la menor incidencia en la iniciación del procedimiento. Por un lado, el proceso penal principia necesariamente ante la comisión de un delito público, bien por la denuncia de la víctima o de cualquier otro ciudadano<sup>904</sup>, bien mediante querrela<sup>905</sup>, o bien, de oficio<sup>906</sup>. Por otro lado, en el proceso civil, la iniciación y el desarrollo del procedimiento no requiere del concurso del demandado<sup>907</sup>, a salvo, claro está, que exista alguna cláusula de sumisión a las ADR<sup>908</sup>.

<sup>904</sup> La denuncia es definida por Armenta como «la declaración de conocimiento o ciencia, en virtud de la cual se ponen en conocimiento de la autoridad unos hechos que revisen los caracteres de delito» (Cfr. ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, *óp. cit.*, pág. 158) y se regula en el artículo 259 LECrim, que establece la obligación de denunciar al «que presenciare la perpetración de cualquier delito público».

<sup>905</sup> Conforme a Gimeno, «[a] diferencia de la denuncia, la querrela, conforme a la terminología utilizada por la LECrim, es un acto de ejercicio de la acción penal (art. 100 y ss. y 270), mediante el cual el querellante asume la cualidad de parte acusadora a lo largo del procedimiento.

La querrela es, pues, un acto procesal de postulación, que asiste al ofendido o a cualquier sujeto del Derecho con la capacidad necesaria, mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional competente la iniciación del procedimiento y la adquisición por el querellante de la cualidad de parte acusadora». Cfr. GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, pág. 336.

<sup>906</sup> El artículo 308 LECrim dispone que «[i]nmediatamente que los Jueces de instrucción o de Paz, en su caso, tuvieren noticia de la perpetración de un delito, el Secretario judicial lo pondrá en conocimiento del Fiscal de la respectiva Audiencia, y dará, además, parte al Presidente de ésta de la formación del sumario, en relación sucinta, suficientemente expresiva del hecho, de sus circunstancias y de su autor, dentro de los dos días siguientes al en que hubieren principiado a instruirle».

<sup>907</sup> La ausencia del demandado tiene como sanción la declaración de rebeldía procesal, situación que, conforme al artículo 496.2 LEC, no tiene la consideración de allanamiento ni de admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario. De interés, VERGÉ GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989; BACHMAIER WINTER, L., *Rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Universidad Complutense, Madrid, 1994, págs. 149-321; LÓPEZ GIL, M., «Efectos de la rebeldía en la determinación de la competencia territorial por sumisión tácita», en ROBLES GARZÓN, J. A., y ORTELLS RAMOS, M., (dirs.), y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., FONTESTAD PORTALÉS, L., LÓPEZ GIL, M., MOLINA CABALLERO, M. J., y LARA LÓPEZ, A. (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal. Tomo II*, Centro de Estudios de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, págs. 127-134; MAGRO SERVET, V., «Posibilidades procesales del demandado una vez declarada la rebeldía», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 47, marzo de 2008, s. p.; y MARTÍ MARTÍ, J., «De la rebeldía del demandado (análisis de los artículos 496 a 500 LEC)», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 86, octubre de 2011, s. p.

<sup>908</sup> En estos casos, el demandado puede utilizar la declinatoria para denunciar la falta de jurisdicción del órgano jurisdiccional. Para esta cuestión, de interés, DAMIÁN MORENO, J., «La declinatoria de arbitraje», en DAMIÁN MORENO, J. (dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Las Rozas, 2013, págs. 19-35; BERNABÉU PÉREZ, I. C., «La declinatoria y el arbitraje», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 45, enero de

Sin embargo, los métodos alternativos de resolución de conflictos responden a un acentuado carácter dispositivo o, si se quiere, voluntario, deviniendo imprescindible el consentimiento de ambas partes para el inicio del procedimiento extrajudicial de resolución de la controversia<sup>909</sup>. A este respecto, se ha señalado que «[e]n la mediación y en la conciliación la voluntariedad es manifestada en el acuerdo de consentimiento y constituye la propia esencia de estos mecanismos, ya que nadie puede ser obligado a negociar o discutir un problema»<sup>910</sup>.

La voluntariedad, sin embargo, decae en relación con la conciliación previa en el proceso laboral<sup>911</sup>. Por otro lado, el artículo 3 del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia establece que,

«[e]n el orden jurisdiccional civil, con carácter general, se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias para que sea admisible la demanda. Para entender cumplido este requisito habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones sobre dicho objeto pudieran variar.

---

2008, s. p.; y GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, n.º 7871, 1 de junio de 2012, s. p.

<sup>909</sup> Por ejemplo, el artículo 6 LMACM dispone: «1. La mediación es voluntaria.

2. Cuando exista un pacto por escrito que exprese el compromiso de someter a mediación las controversias surgidas o que puedan surgir, se deberá intentar el procedimiento pactado de buena fe, antes de acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial. Dicha cláusula surtirá estos efectos incluso cuando la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste.

3. Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo». Igualmente, el artículo 9.1 LA regula que «[e]l convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». Se advierte por la doctrina que, pese al silencio de la ley, la mediación es voluntaria tanto para los interesados cuanto para el mediador. GARCÍA MOLINA, P., «Los principios informadores de la mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 63-69, cita en pág. 65.

<sup>910</sup> Cfr. MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 55. Para el sometimiento a mediación, *vid.* VILLAR FUENTES, P., «El convenio de sometimiento a mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 93-98.

<sup>911</sup> El artículo 63 de la LRJS dispone que «[s]erá requisito previo para la tramitación del proceso el intento de conciliación o, en su caso, de mediación [...]». De esta forma, la conciliación en el proceso laboral se conceptúa como una actividad, como un contrato de transacción y como un presupuesto procesal. *Vid.* MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial...*, *óp. cit.*, págs. 11-26, y más resumidamente, MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid-Barcelona, 2000, pág. 137.

Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negocial no tipificada legalmente pero que cumpla lo previsto en el apartado anterior y permita dejar constancia de la recepción por la parte requerida de la propuesta de negociación, así como de su fecha, contenido e identidad de la parte proponente. Singularmente, se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negocial se desarrolle directamente por las partes asistidas de sus abogados cuando su intervención sea preceptiva».

Esta previsión se conecta con la que se introdujo en el ya extinto Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación<sup>912</sup>, en el que se preveía una «obligatoriedad mitigada»<sup>913</sup>, que tenía como resultado que la mediación, en determinados casos, se constituyera como un presupuesto procesal. En este sentido, coincidimos con la doctrina que entiende que la obligatoriedad de la mediación previa al proceso tendría serias dudas de constitucionalidad. Así, para Martín Diz,

«caso de ser instaurada la mediación como sistema público y complementario de Administración de la Justicia, no debiera en ningún caso establecerse como obligatoria, constituyendo de esa forma y si así se hiciera, erróneamente, un presupuesto previo al proceso judicial que lesionaría directamente el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción»<sup>914</sup>.

Ahora bien, más allá de la constitucionalidad o no de la obligatoriedad de la mediación, lo verdaderamente relevante, a nuestro entender, es que obligar a mediar como paso previo a la interposición de la demanda tendrá el efecto negativo, en muchos

<sup>912</sup> Disponible en <https://www.aeafa.es/files/noticias/anteproyectoleyimpulsomediacion.pdf> [u. a. 09/06/2021].

<sup>913</sup> Se afirmaba en la Exposición de Motivos del Anteproyecto que «[l]as modificaciones propuestas responden al deseo de impulsar el uso de la mediación para la resolución de los conflictos, de manera que se opta por superar el vigente modelo de mediación basado en el carácter exclusivamente voluntario de la misma, por otro comúnmente denominado de “obligatoriedad mitigada”, que configura como obligación de las partes un intento de mediación previa a la interposición de determinadas demandas (las materias concretas donde se establece esta obligación se recogen en la Ley 5/2012, de 6 de julio), o bien cuando el tribunal en el seno de un proceso considere conveniente que las partes acudan a esta figura».

<sup>914</sup> MARTÍN DIZ, F., «Retos de la mediación como complemento al proceso...», *óp. cit.*, pág. 134. En el mismo sentido, Asencio Mellado afirma «[l]a mediación constituye un instrumento válido, pero no puede en caso alguno hacerse aparecer como remedio a las dificultades de un proceso derivadas de obstáculos superables y que el Estado debe eliminar. No se puede compeler al uso de fórmulas autocompositivas, ni siquiera indirectamente. Tal conducta roza la inconstitucionalidad por muchas razones que se quieran argüir». Cfr. ASCENCIO MELLADO, J. M., en ASCENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 165.

casos, de convertir la mediación –o cualquier ADR autocompositiva– en una suerte de trámite procedimental previo al que las partes no den ningún valor. De esta forma, nos posicionamos con Barona, quien afirma que la obligatoriedad, «[m]ás allá de generar cultura mediadora puede provocar incluso cultura contraria, al no percibirla como el instrumento que permite con las partes trabajar en la búsqueda de una acuerdo entre ellas, sino un presupuesto de procedibilidad»<sup>915</sup>.

### c) Grado de flexibilidad del procedimiento

El ejercicio de la jurisdicción se articula sobre la base de las normas procesales, que se configuran como el mecanismo para la aplicación del derecho sustantivo en la consecución de la respuesta judicial. De esta forma, las normas procesales son de derecho público, lo que «excluye el proceso convencional»<sup>916</sup>, quedándole vedada a las partes, y al resto de operadores jurídicos, la posibilidad de adecuar el desarrollo del procedimiento a cada caso. Es cierto que en el orden civil de la jurisdicción se deja un cierto margen de maniobra a las partes<sup>917</sup>, sin embargo, toda vez planteado el conflicto, el procedimiento se desarrollará conforme a las reglas establecidas en la LEC.

<sup>915</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, pág. 69. Sobre la obligatoriedad de asistencia a la sesión informativa de mediación, *vid.* SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», *óp. cit.*, págs. 34-39.

<sup>916</sup> Cfr. ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M. (dir.), *Introducción al Derecho Procesal*, *óp. cit.*, pág. 461. Esto significa que «el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad no tiene eficacia alguna en las normas de derecho procesal, que no pueden ser sustituidas por la voluntad de las partes, ni derogadas y tampoco ser objeto de negociaciones o pactos de las partes o de los Jueces y Magistrados». Cfr. DOIG DÍAZ, Y., en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, *óp. cit.*, pág. 21.

<sup>917</sup> El principio dispositivo es, conforme a la sistematización de De la Oliva, un principio jurídico-técnico que tiene su primera manifestación en que «el proceso no comience por iniciativa del propio órgano jurisdiccional (*ne procedat iudex ex officio*: “que el juez no proceda de oficio”) sino sólo por la de un sujeto jurídico que pretende obtener una resolución jurisdiccional concreta». Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, A., en DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, *óp. cit.*, pág. 67. Además, las manifestaciones del principio dispositivo en el proceso civil se concretan tanto respecto del objeto del proceso (renuncia, desistimiento, allanamiento, transacción, caducidad de la instancia, satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto, y enervación del desahucio), cuanto de la competencia territorial (sumisión tácita y expresa). De interés, CASTILLEJO MANZANARES, R., «Proceso civil y principio dispositivo», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y NOYA FERREIRO, L., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (coords.), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21-37, cita en págs. 25-37; CALAZA LÓPEZ, S., en GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, *óp. cit.*, págs. 17-19; LARA LÓPEZ, A. M., en ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, *óp. cit.*, págs. 140-149; y RIZO GÓMEZ, B., *La competencia territorial. La sumisión tácita*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2006.



Por el contrario, los medios alternativos de resolución de controversias ofrecen a las partes, y al resto de protagonistas que intervienen en el procedimiento, un amplio margen de flexibilidad en relación con la forma en la que se desarrollará el procedimiento, lo que vendrá a crear un clima de confianza<sup>918</sup>.

d) *Grado de adaptación de la solución al caso concreto*

La jurisdicción está orientada a la aplicación de la ley, si bien, más allá de los hechos probados, al juez le está vedada la posibilidad de adecuar la resolución judicial a toda una serie de circunstancias que, sin ser objeto del pleito, influyen decisivamente en su origen. Aún más, como ya se ha dicho anteriormente, el carácter imperativo de las normas procesales impide adecuar el propio procedimiento judicial a la coyuntura específica del caso concreto.

Sin embargo, en la resolución extrajudicial de controversias, la solución se dirige tanto a dar una solución que realice el derecho del agraviado cuanto a que ambas partes obtengan una cierta satisfacción, por cuanto la solución, con excepción del arbitraje, llega tras un acuerdo de voluntades. Ahora bien, las ADR tienen que estar encaminadas a la resolución del conflicto jurídico y, en todo caso, a una pacificación de las relaciones que haga que el conflicto jurídico no se reavive en el futuro. De esta forma, las ADR –y, especialmente, en el ámbito de la violencia en la pareja íntima–, en ningún caso pueden constituirse como una suerte de *terapia de pareja*. Las ADR están orientadas a una pacificación del conflicto jurídico, no a reconstruir las relaciones afectivas rotas por ese conflicto. Así, haciendo referencia a la mediación, Martín Diz afirma que

«[I]a mediación es una institución jurídica, es una forma de resolver conflictos, con previsiones normativas al respecto, en aquellos países en los cuales está en funcionamiento, y, lo que es más importante, con consecuencias jurídicas derivadas directamente del acceso a la misma por las partes en conflicto. Por tanto, la mediación no es una terapia»<sup>919</sup>.

<sup>918</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, pág. 98.

<sup>919</sup> Cfr. MARTÍN DIZ, F., «Retos de la mediación como complemento al proceso...», *óp. cit.*, pág. 134.



e) *Grado de confidencialidad*

El proceso judicial está informado por la publicidad de las actuaciones, a salvo determinadas circunstancias tasadas<sup>920</sup>. Sin embargo, en las ADR, la norma es la confidencialidad<sup>921</sup>. A este respecto, el artículo 7 de la Directiva establece que

«1. Dado que la mediación debe efectuarse de manera que se preserve la confidencialidad, los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso, excepto:

a) cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona, o

b) cuando el conocimiento del contenido del acuerdo resultante de la mediación sea necesaria para aplicar o ejecutar dicho acuerdo».

Se ha distinguido entre la confidencialidad objetiva, que incluye la protección de toda la información tratada durante la mediación y la protección de los acuerdos adoptados; y la confidencialidad subjetiva, que se constituye como un compromiso de las partes y del tercero de no revelar las cuestiones que han sido objeto de

<sup>920</sup> A este respecto, el artículo 120.1 CE regula que «[l]as actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». Desarrollando el precepto constitucional, el artículo 232 LOPJ establece que «1. Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento.

2. La relación de señalamientos del órgano judicial deberá hacerse pública. Los Letrados de la Administración de Justicia velarán por que los funcionarios competentes de la Oficina judicial publiquen en un lugar visible al público, el primer día hábil de cada semana, la relación de señalamientos correspondientes a su respectivo órgano judicial, con indicación de la fecha y hora de su celebración, tipo de actuación y número de procedimiento.

3. Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». Por otro lado, para la publicidad de las resoluciones judiciales, *vid.* GARCÍA HERRERA, V., «Trasparencia jurisdiccional y protección de datos. La anonimización de sentencias», en *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, n.º 3, marzo de 2019, s. p.

<sup>921</sup> Para la confidencialidad en el arbitraje, *vid.* MERINO MERCHÁN, J. F., «Confidencialidad y arbitraje», en *Spain arbitrator review: Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 2, 2008, págs. 75-95; y más recientemente, FEBLES POZO, N., «Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional», en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, enero-junio de 2021, págs. 465-494.

tratamiento<sup>922</sup>. Ahora bien, la voluntad de las partes alcanza a la posibilidad de que puedan –mediante pacto expreso– dispensar a los obligados por la confidencialidad<sup>923</sup>.

Por otro lado, el artículo 15.2 de la LEVD, establece que

«[L]os debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función».

f) *Carácter interno o externo del control de las resoluciones*

Las resoluciones emanadas en los procesos jurisdiccionales son controladas por los tribunales de rango superior a través de los recursos legalmente establecidos. De esta forma, la jurisdicción se controla a sí misma. Por el contrario, las resoluciones emanadas de las ADR son controladas externamente por la jurisdicción. En este punto, se hace necesario distinguir entre el arbitraje y el resto de ADR. A este respecto, el Título VII LA regula la anulación y la revisión del laudo arbitral, que se constituye como un nuevo procedimiento ante la jurisdicción y que se sustancia por los trámites del juicio verbal<sup>924</sup>. En relación con el resto de ADR, el control externo se manifiesta desde dos perspectivas. Por un lado, los acuerdos autocompositivos necesitan de homologación judicial, no solo para que adquieran fuerza ejecutiva y desplieguen los efectos de la cosa juzgada, sino porque en ciertos casos –especialmente en los procesos de familia con interesados menores de edad–, los acuerdos deben ser suscritos previamente por el Ministerio Fiscal. Por otro lado, y como quiera que el acuerdo no es

<sup>922</sup> MERINO ORTIZ, C., y LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (coords.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 115-121.

<sup>923</sup> Esta previsión se recoge en el artículo 9.2 a) LMACM. Igualmente, se exceptúa del deber de confidencialidad «b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal».

<sup>924</sup> De interés, MOLINA CABALLERO, M. J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, *óp. cit.*, págs. 175-220; y RIPOL, I., *La ejecución del laudo y su anulación: Estudio del artículo 45 LA*, J. M. Bosch Editor, 2013, págs. 81-110.

sino un contrato, la impugnación del acuerdo autocompositivo se realizará conforme a la acción y por las causas de nulidad y de anulabilidad de los contratos<sup>925</sup>.

### 3. La mediación penal

El proceso penal tiene como funciones la actuación del *ius puniendi* del Estado, la protección del derecho a la libertad, la protección de la víctima y la rehabilitación del investigado<sup>926</sup>. Ahora bien, la jurisdicción penal no es ajena a la crisis general del proceso, habiéndose señalado dos factores por los que se hace necesaria la adopción de medidas para la mejora de la administración de justicia en el ámbito penal. Por un lado, la incapacidad del sistema penológico para conseguir la resocialización y rehabilitación del infractor, y por otro, el sistemático olvido de los derechos y garantías de las víctimas y de su inapropiado tratamiento en el sistema judicial actual<sup>927</sup>.

De esta forma, las ADR también han encontrado acomodo en el ámbito penal y, en nuestra opinión, son bienvenidas, en la medida en la que se implican la libertad de la víctima y del victimario para intentar *hacer algo más* que acusar y defenderse en un proceso judicial, cobrando un protagonismo que el proceso les niega. En las acertadas palabras de Hidalgo Huerta, «es necesario dejar a un lado el concepto de que el proceso penal, es un campo de batalla donde existen vencedores y vencidos. Con la mediación penal, la sociedad se va dando cuenta de que es posible que las personas se sienten a dialogar»<sup>928</sup>.

<sup>925</sup> De interés, ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Impugnación, cumplimiento y ejecución forzosa del acuerdo por mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 147-161; cita en págs. 147-150.

<sup>926</sup> Para una aproximación a estas funciones, *vid.* GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, *óp. cit.*, págs. 62-64.

<sup>927</sup> CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 31-32.

<sup>928</sup> *Cfr.* HIDALGO HUERTA, J. J., «Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal», en *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil, edición 22, 2007, págs. 339-360, disponible en <https://www.revistajuridicaonline.com/2007/07/justicia-retributiva-justicia-restaurativa-mediacion-penal-y-critica-al-modelo-del-proceso-penal/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 345. En este sentido, Ríos Martín afirma que, en la justicia retributiva, «[v]íctima e infractor están situados en posiciones procesales diferentes. Sin embargo, el único momento de enfrentamiento irresoluble entre ambos lo constituye el infeliz momento del delito. Es entonces cuando sus intereses son radicalmente contrapuestos. Lo que más tarde debe procurar el proceso penal contemplado desde la mirada restaurativa es superar la confrontación y apostar por el diálogo. Para ello, habrá de asegurar la protección inmediata y efectiva de la víctima y su derecho a la reparación del daño, y hacer posible que el infractor asuma los hechos –de haber sido responsable de los mismos– y repare el daño causado». *Cfr.* RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», en *Icade. Revista de*

Sin embargo, y como bien denuncia Asencio, resulta paradójico que en el proceso civil se restrinja el principio dispositivo cuando existen ciertos intereses que se consideran de especial protección –supuestos con interesados menores de edad o con incapaces– y, por el contrario, se potencie la mediación en el derecho público.

«Aparece así la enorme paradoja de los tiempos presentes, pues mientras que en los procesos privados se delimita el principio dispositivo que se entiende menos protector de los sujetos más desprotegidos, así como se ponen condiciones a acuerdos que supongan atentados a los principios procesales y materiales básicos, en el proceso penal se propaga la idea, cuando se extreman las posiciones, de que la legalidad es un rémora autoritaria que debe dejar paso a la oportunidad más amplia y no sólo en lo referido a la terminación del proceso mediante decisiones que asuman fines constitucionalmente relevantes, sino también en lo relativo a la investigación del delito, a los medios de que debe disponer el Estado, a las concesiones a la delación premiada, etc.»<sup>929</sup>.

### 3.1. Las ADR en el enjuiciamiento penal: la justicia restaurativa

Si bien se ha planteado que la justicia restaurativa es una nueva forma de hacer justicia<sup>930</sup>, no es menos cierto que todos los procedimientos que son manifestación de la justicia restaurativa<sup>931</sup> han existido desde la antigüedad, aunque el recurso a estas formas de justicia se fue perdiendo con la formación de los Estados y su estructura

---

*las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 98, mayo-agosto de 2016, págs. 103-126, disponible en <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/7139> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 108.

<sup>929</sup> Cfr. ASCENCIO MELLADO, J. M., Prólogo a CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 13-18, cita en pág. 15.

<sup>930</sup> BELLOSO MARTÍN, N., «Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo de 2012, págs. 21-34, cita en pág. 23.

<sup>931</sup> Junto con la mediación, se ha extendido el uso de otros procedimientos de justicia restaurativa, como la conferencia de grupo familiar, los círculos sentenciadores los paneles restaurativos, y la mediación comunitaria. Para una aproximación a estos procedimientos, *vid.* SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en GARCÍANDÍA GONZÁLEZ, P. M., y SOLETO MUÑOZ, H. (dirs.), y OUBIÑA BARBOLLA, S. (coord.), *Sobre la Mediación penal: Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2012, págs. 41-68, cita en págs. 63-67. Igualmente, de interés, MONTESINOS GARCÍA, A., «Una breve aproximación a la justicia restaurativa», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21-52, cita en págs. 32-39.

política y administrativa, si bien muchos de sus valores y prácticas permanecen aún en comunidades indígenas<sup>932</sup>.

La justicia restaurativa<sup>933</sup> ha sido definida de forma sintética por el criminólogo australiano John Braithwaite como «un procedimiento en el que todas las partes afectadas por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo se han visto afectadas por ella y decidir qué se debe hacer para reparar el daño»<sup>934</sup>. En sentido más amplio, Ríos Martín, conceptúa la justicia restaurativa como

«la filosofía y el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo comunitario y el encuentro personal entre los directamente afectados, con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito»<sup>935</sup>.

---

<sup>932</sup> De interés, DEL VAL, T. M., «Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad», en *Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, 2012, págs. 45-55; y JIMENO BULNES, M., «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 96-148, cita en págs. 111-121.

<sup>933</sup> Desde el punto de vista terminológico, y en el ámbito de los conflictos sociales, como en procesos de fin del terrorismo o de justicia transicional, hay en la doctrina quien utiliza el término «justicia reconstructiva» de forma sinónima e indistinta al de justicia restaurativa, si bien, se prefiere el término justicia restaurativa para el ámbito político-jurídico, y la acepción reconstructiva para el ámbito moral. RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», en VV. AA., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo» Junio 2012*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, págs. 23-45, pág. 23. Sobre la justicia transicional, *vid.* BUJOSA VADELL, L., «Verdad y proceso en la justicia transicional», en RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal: Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 25-56; y DE DOMINGO PÉREZ, T., *Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2012, págs. 15-57. De interés, igualmente, CHAVES, J., y MOLINA, A., «La justicia transicional: de la razón a la racionalidad y de la racionalidad a la razón», en *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, págs. 225-242. También en la doctrina hay quien prefiere el término «justicia reparadora». *Cfr.* BARALLAT LÓPEZ, J., «La mediación en el ámbito penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, n.º 29, Valladolid, 2013, pág. 3.

<sup>934</sup> «Restorative justice is a process where all the stakeholders affected by an injustice have an opportunity to discuss how they have been affected by the injustice and to decide what should be done to repair the harm». *Cfr.* BRAITHWAITE, J., «Retorative Justice and De-Professionalization», en *The Good Society*, The Pennsylvania State University, vol. 13, n.º 1, 2004, págs. 28-31, cita en pág. 28.

<sup>935</sup> *Cfr.* RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia», en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, n.º 3, 2008, disponible en

Por otro lado, en la Resolución 2002/14 del Consejo Económico y Social, anexo, modificado por el Grupo de Expertos sobre Justicia Restaurativa<sup>936</sup> se hace una prolija definición de los términos que interesan en relación con la justicia restaurativa:

«1. Por “programa de justicia restaurativa” se entiende todo programa que utilice procesos restaurativos e intente lograr resultados restaurativos.

2. Por “proceso restaurativo” se entiende todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito, participen conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito, por lo general con la ayuda de un facilitador. Entre los procesos restaurativos se puede incluir la mediación, la conciliación, la celebración de conversaciones y las reuniones para decidir sentencias.

3. Por “resultado restaurativo” se entiende un acuerdo alcanzado como consecuencia de un proceso restaurativo. Entre los resultados restaurativos se pueden incluir respuestas y programas como la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, encaminados a atender a las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y del delincuente.

4. Por “partes” se entiende la víctima, el delincuente y cualesquiera otras personas o miembros de la comunidad afectados por un delito que participen en un proceso restaurativo.

5. Por “facilitador” se entiende una persona cuya función es facilitar, de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo».

El artículo 2-1d) de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012<sup>937</sup>, define la justicia restaurativa como «cualquier proceso que permita a la víctima y al infractor participar activamente, si dan su

---

[https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/PONENCIA%20JULIAN%20RIOS\\_1.0.0.pdf](https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/PONENCIA%20JULIAN%20RIOS_1.0.0.pdf) [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 3-4.

<sup>936</sup> Proyecto revisado de elementos de una declaración de principios básicos sobre la utilización de programas de justicia restaurativa en materia penal. Disponible en <https://www.unodc.org/pdf/crime/commissions/11comm/5add1s.pdf> [u. a. 09/06/2021].

<sup>937</sup> Para la Directiva, *vid.* GONZÁLEZ CANO, M. I., «Breve reflexión sobre los avances de la Unión Europea en materia de mediación penal», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 39-53, cita en págs. 43-46; y ARMENTA DEU, T., «Víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 391-428, cita en pág. 413-418.



consentimiento libremente para ello, en la solución de los problemas resultantes de la infracción penal con la ayuda de un tercero imparcial».

### 3.1.1. *Objetivos y ventajas de la justicia restaurativa*

En sintonías con las definiciones aportadas, podemos concluir que la justicia restaurativa se centra en la resolución del conflicto mediante la asunción de responsabilidades por parte de los infractores y en la reparación del daño producido a las víctimas y a la comunidad<sup>938</sup>. Así, en el Manual sobre programas de justicia restaurativa de la ONU se establecen los siguientes objetivos:

«(a) Apoyar a las víctimas, darles una voz, motivarlas a expresar sus necesidades, permitirles participar en el proceso de resolución y ofrecerles ayuda. [...].

(b) Reparar las relaciones dañadas por el crimen, en parte llegando a un consenso sobre cómo responder mejor al mismo. [...].

(c) Denunciar el comportamiento criminal como inaceptable y reafirmar los valores de la comunidad. [...].

(d) Motivar la responsabilidad de todas las partes relacionadas, especialmente de los delincuentes. [...].

(e) Identificar resultados restaurativos y directos. [...].

(f) Reducir la reincidencia motivando el cambio en los delincuentes particulares y facilitando su reintegración a la comunidad. [...].

(g) Identificar los factores que causan el delito e informar a las autoridades responsables para que implementen estrategias de reducción del delito. [...]»<sup>939</sup>.

<sup>938</sup> En este sentido, coincidimos con quienes entienden que la justicia retributiva mira al pasado, al momento de la comisión del ilícito, mientras que la justicia restaurativa se proyecta hacia el futuro. CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, *óp. cit.*, pág. 55. En el mismo sentido, MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, P., *Mediación penal: “Una visión...”, óp. cit.*, pág. 12.

<sup>939</sup> Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, disponible en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf) [u. a. 09/06/2021], págs. 9-11.



De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que los objetivos esenciales de la justicia restaurativa pivotan entorno a la víctima, al victimario y a la sociedad. En este sentido, la justicia restaurativa tiene las siguientes ventajas:

a) *La reparación de la víctima*

Conforme señala Ríos Martín, «[l]a Justicia Restaurativa nos introduce de lleno en “el tiempo de las víctimas”»<sup>940</sup>. Históricamente, el proceso penal ha contemplado a la víctima únicamente como fuente de prueba, sin atender ni a sus necesidades ni a sus intereses. Como se verá más adelante<sup>941</sup>, con la justicia restaurativa, la víctima sustituye al Estado en el papel protagónico de destinatario de la ofensa del delito. En este sentido, Soleto afirma que «[e]l siglo XXI está suponiendo en el ámbito de la Justicia penal, un intento de enfocar la forma de administrar justicia con una nueva lente, la de la víctima»<sup>942</sup>.

Además de las ventajas para la víctima citadas anteriormente –relacionadas con su papel en el procedimiento para dar respuesta al delito–, Roxin hace referencia a la reparación vía responsabilidad civil, por cuanto la justicia retributiva impide en ocasiones la reparación en la medida en la que la imposición de una pena de multa o de prisión no hacen sino disminuir la capacidad económica del infractor<sup>943</sup>.

<sup>940</sup> Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo...», *óp. cit.*, pág. 14.

<sup>941</sup> *Vid. infra*, pág. 379.

<sup>942</sup> Cfr. SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario...», *óp. cit.*, pág. 47. Así, en palabras de Roxin, «nuestra justicia penal es, sobre todo, un sistema para hacer fracasar los intereses de la víctima, a pesar de que sería racional, desde el punto de vista político-social, comenzar, en el intento de una solución del conflicto social emergente del hecho punible, por colocar a la víctima en situación de indemnidad y recién después ver si existe algo más que disponer». Cfr. ROXIN, C. (MAIER, J. B. J., y CARRANZA, E., trads.), «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, agosto de 1992, págs. 129-156, cita en pág. 140.

<sup>943</sup> ROXIN, C. (GIMBERNAT ORDEIG, E., trad.), «Pena y reparación», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. LII, 1999, págs. 5-15, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1999-10000500016](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1999-10000500016) [u. a. 09/06/2021, cita en págs. 7-8. Afirma el autor, en este sentido, que «[l]a vinculación que ahora se propone entre sanción y reparación ofrece, en cambio, la mejor posibilidad de ayudar a la víctima a obtener rápidamente sus derechos». Cfr. *Ibid.*, pág. 8.

b) *La reintegración del victimario*

En la justicia retributiva, el proceso penal tiene al infractor como elemento primigenio y final de su actividad. El proceso penal trae causa de un hecho cometido por el victimario y concluye con una resolución de reproche (o de absolución) del mismo. De esta forma, el proceso penal «no incentiva ni el reconocimiento de la autoría del delito ni su perdón; más bien estimula lo contrario. Al poner el acento en la *responsabilidad criminal*, minimiza la *responsabilidad ética*»<sup>944</sup>.

Los modelos de justicia restaurativa ayudan a los infractores a tomar conciencia y responsabilizarse por el hecho delictivo. De esta forma, se favorece que los victimarios comprendan el mal causado, reparen de forma voluntaria los daños producidos y ahonden en las causas de su comportamiento delictivo. Así, en las clarificadoras palabras de Roxin,

«[L]a reparación no solo tiene importancia para la medición de la pena, sino que representa una novedosa forma de sanción que aparece, independientemente, al lado de las penas y de las medidas de corrección y de seguridad conocidas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Su autonomía reside en que no se le impone al autor de una manera que sólo le permite aceptarla y soportarla con resignación. Por el contrario: él mismo tiene que asumir la responsabilidad y tiene que colaborar activamente para restablecer la paz social perturbada»<sup>945</sup>.

c) *El restablecimiento de la paz en la comunidad*

Como afirma García-Pablos de Molina, «[e]l crimen es, ante todo, un problema «de» la comunidad, que surge «en» la comunidad y debe resolverse «por» la comunidad»<sup>946</sup>. En este sentido, la justicia restaurativa tiene como objetivo devolver el

<sup>944</sup> Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», *op. cit.*, pág. 109. Ahora bien, añade el autor que, «[c]ontrariamente a lo que pueda pensarse, la inmensa mayoría de las personas que han delinquido están dispuestas a disculparse y a reparar el daño causado. No son pocas las personas que cumpliendo condena se encuentran emocional y moralmente con el autoreproche». Cfr. RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo...», *op. cit.*, pág. 21.

<sup>945</sup> Cfr. ROXIN, C. (GIMBERNAT ORDEIG, E., trad.), «Pena y reparación», *op. cit.*, pág. 13. Añade el autor que el principio de subsidiariedad de la pena hace que la misma «debe retroceder en la medida en que la reparación y los esfuerzos de reconciliación sean suficientes para la compensación de lo injusto sobrevenido y para la satisfacción de las necesidades de prevención especial y general del Derecho penal». Cfr. *Íd.*

<sup>946</sup> Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, *op. cit.*, pág. 101.

protagonismo a la sociedad en la resolución de los conflictos, en la medida en la que se acerca la justicia penal a la ciudadanía, haciendo que la sociedad se implique y participe en ella<sup>947</sup>.

En línea con este planteamiento, en el Manual sobre programas de justicia restaurativa de la ONU se afirma que

«[t]anto las formas de justicia restaurativa ya establecidas como las nuevas ofrecen a las comunidades algunas medidas deseables para la resolución de los conflictos. Involucran a los individuos no ajenos al incidente, sino directamente involucrados o afectados por el. La participación de la comunidad en el proceso ya no es abstracta, sino muy directa y concreta. Estos procesos se adaptan particularmente a situaciones en que las partes participan de manera voluntaria y en que cada una de ellas tiene la posibilidad de comprometerse completamente y de manera segura en un proceso de diálogo y negociación. Este manual se enfoca en programas de justicia restaurativa en materia penal, pero se debe tener en cuenta que el proceso restaurativo se utiliza para solucionar conflictos en una gran variedad de contextos y ambientes, incluyendo las escuelas y los lugares de trabajo»<sup>948</sup>.

A modo de conclusión, la justicia restaurativa deviene un nuevo paradigma para la resolución de los conflictos penales, por lo que su implementación deberá estar precedida de un cambio de mentalidad de la sociedad, del legislador, de los operadores jurídicos y, como no, de la víctima y del agresor en cada caso<sup>949</sup>.

### 3.1.2. *Función complementaria de la justicia restaurativa al ius puniendi del Estado*

De la misma forma que ocurre entre las ADR y la jurisdicción civil, las manifestaciones de la justicia restaurativa no pueden considerarse procedimientos

<sup>947</sup> HIDALGO HUERTA, J. J., «Justicia Retributiva, Justicia...», *óp. cit.*, pág. 345. En este sentido, afirmó González Cano que la mediación penal «[t]ambién facilita el diálogo comunitario, reconstruyendo la paz social quebrada por el delito y minimizando la “violencia” estatal, devolviendo, en consecuencia, cierto protagonismo a la sociedad civil. Esta opción revierte positivamente en la sociedad a través del incremento de confianza en la administración de justicia penal». Cfr. GONZÁLEZ CANO, M. I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 19-52, cita en pág. 21.

<sup>948</sup> Cfr. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, *óp. cit.*, pág. 5.

<sup>949</sup> Sobre el cambio cultural, *vid.* DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. «Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal», en *Revista Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía*, Fundación Pública Andaluza “Centro para la Mediación y Arbitraje de Andalucía”, n.º 1, 2012, s. p.

alternativos al proceso, sino que ambos sistemas son complementarios<sup>950</sup>. A este respecto, Barona Vilar señala –refiriéndose a la mediación penal– que no es una alternativa al proceso penal, «ni pretende serlo, no es excluyente, sino que debe ser un elemento más del sistema procesal penal, un perfecto complemento integrador de intereses individuales con interés público»<sup>951</sup>. En definitiva, la justicia restaurativa es un complemento que mejora la justicia penal y que, en ningún caso, puede sustituirla<sup>952</sup>.

De esta forma, la justicia restaurativa no supone un riesgo para el ejercicio exclusivo del *ius puniendi* por parte del Estado ni una eventual privatización del derecho penal. En este sentido, Barona Vilar afirma que,

«[n]o se trata de que el delito deje de ser una ofensa social para convertirse en un conflicto individual sin más, la vuelta al interés de la víctima con desaparición del interés social, sino la convivencia de ambos ante la existencia de unos hechos, de una conducta con reproche penal. Ahora bien, reaparece la idea de “conflicto”, de sujetos que participan en la composición del mismo –víctima y victimario–, los principales actores; a través de ella se da prioridad a la reparación del daño y a la prevención especial sobre la prevención general y la retribución –aun cuando no desaparece esta última–; y finalmente, es el propio Estado el que cede parte de la persecución de conductas a través de la intervención y colaboración de los sujetos implicados en el hecho delictivo, lo que no afecta al principio de exclusividad de la jurisdicción penal, ni afecta al monopolio estatal del *ius puniendi*, dado que serán, en

<sup>950</sup> CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, *óp. cit.*, pág. 56.

<sup>951</sup> BARONA VILAR, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, n.º 94, 2012, págs. 23-32, cita en pág. 24. A este respecto se ha señalado que la mediación penal «ni es la panacea, ni sustituye, en ningún caso ni excepción, a la propia Justicia». Cfr. MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, P., *Mediación penal: “Una visión...”, óp. cit.*, pág. 13.

<sup>952</sup> Se afirma, en este sentido, que la justicia restaurativa «puede reforzar a la justicia, sin afectar algunas especiales funciones retributivas de las que el sistema no puede prescindir, pues ella cumple una doble función: una de complementariedad, agregada al sistema retributivo y otra sustitutiva, en la medida que sirve para reemplazar la aplicación del sistema retributivo en aquellos casos en que se estime adecuado hacerlo». Cfr. GONZÁLEZ RAMÍREZ, I. X., «¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?», en *Revista de Justicia Restaurativa*, Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, n.º 2, 2012, págs. 5-36, cita en pág. 26. De esta forma, coincidimos con quienes afirman que la mediación penal sólo puede operar como un procedimiento intra-judicial, nunca como una mediación privada al margen del órgano judicial. BELLOSO MARTÍN, N., «Mediación penal: ¿Beneficios...?», *óp. cit.*, pág. 31. Sobre la posible o no disposición, por parte de los órganos de acusación, del ejercicio de la acción penal y del mantenimiento de la pretensión conforme a parámetros discrecionales, *vid.* CALAZA LÓPEZ, S., «¿Podría instaurarse una Jurisdicción Voluntaria Penal?», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo 2012, págs. 100-104.

suma, los tribunales los que van a controlar los resultados de la mediación y los que, en su caso, atribuirán o no eficacia jurídica a lo acordado en la mediación»<sup>953</sup>.

A modo de conclusión, la justicia restaurativa no es un obstáculo para el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado. El delito es público y el reproche debe emanar finalmente de un órgano jurisdiccional, y ello con independencia del procedimiento que se utilice para alcanzar la respuesta concreta que, en cada caso, se dé a la comisión de un delito. En ese sentido, no compartimos las posiciones de quienes ven razonable, cuando se cumplan una serie de requisitos, una mediación penal alternativa a la jurisdicción<sup>954</sup>.

Por el contrario, sí entendemos que debe haber una serie de límites para poder acudir a la justicia restaurativa. En este sentido, y siguiendo a Beloso Martín<sup>955</sup>, estos requisitos son: a) Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y de aquel; b) La víctima y el victimario podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del procedimiento restaurativo; c) Se llegará a los acuerdos de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas; d) La víctima y el agresor, normalmente, deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo; e) La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en posteriores procesos judiciales<sup>956</sup>; f) La mediación puede

<sup>953</sup> Cfr. BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución...)*, *óp. cit.*, págs. 99-100.

<sup>954</sup> Calaza establece cuatro condicionantes para que se pueda implantar una mediación penal alternativa a la jurisdicción: a) Que la norma jurídica prevea, de manera clara, explícita e inequívoca, qué conductas delictivas devienen susceptibles de derivarse a la mediación alternativa; b) Que la elección entre la mediación alternativa y el proceso –añadimos nosotros, y la mediación complementaria–, se hiciera con el concurso tanto del Ministerio Fiscal cuanto de la víctima, o bien cuando se verificara un manifiesto desinterés de la víctima en la persecución del delito; c) Que los mediadores fueran, en todo caso, juristas especializados en la materia que pudieran garantizar la debida observancia del ordenamiento jurídico; y d) Que la solución adoptada pudiera ser revisada por la jurisdicción en caso de ulterior disconformidad por alguna de las partes, bien por el incumplimiento de los acuerdos adoptados, bien porque el acuerdo –después de cumplido– no ha tenido el efecto deseado. CALAZA LÓPEZ, S., «La mediación penal: de las bambalinas a la escena», en CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 109-170, cita en págs. 123-124.

<sup>955</sup> BELLOSO MARTÍN, N., «Mediación penal: ¿Beneficios...?», *óp. cit.*, pág. 25.

<sup>956</sup> Sobre esta cuestión, de interés, ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «La mediación penal en el ordenamiento español: algunas cuestiones no resueltas tras las recientes reformas procesales», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia,

desarrollarse en las diversas fases del proceso penal; y g) Se debe evitar la mediación en supuestos de delitos con una multiplicidad de afectados.

### 3.1.3. *Diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva*

En el epígrafe dedicado a las ADR, ya se tuvo ocasión de analizar las diferencias entre los sistemas extrajudiciales autocompositivos y la jurisdicción<sup>957</sup>. En ese sentido, cuestiones como el carácter necesario o voluntario, el grado de flexibilidad del procedimiento, el grado de confidencialidad o el carácter interno o externo del control de las resoluciones, ya examinadas, son predicables en relación con las diferencias entre la justicia restaurativa y la justicia retributiva.

Siguiendo al criminólogo estadounidense Howard Zehr<sup>958</sup>, podemos establecer las siguientes diferencias entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa:

a) La justicia retributiva entiende el delito –que se define en términos técnicos y jurídicos– como una ofensa al Estado manifestada como una infracción al ordenamiento jurídico, mientras que la justicia restaurativa percibe el delito –conceptualizado como una ofensa en todo su contexto: moral, social, económico, político, etc.– como un agravio a la víctima y a las relaciones personales.

b) En la justicia retributiva, los daños son definidos de forma abstracta y la delincuencia se circunscribe a esos daños. Por el contrario, en la justicia restaurativa, los daños se delimitan de forma concreta y la delincuencia se extiende a esos concretos daños y a otros daños y conflictos.

---

2017, págs. 53-80, cita en págs. 69-71; y SANDE MAYO, M. J., «Mediación penal *versus* presunción de inocencia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 229-246.

<sup>957</sup> *Vid. supra*, pág. 360.

<sup>958</sup> ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Scottdale, Pennsylvania - Waterloo, Ontario, 1990, págs. 181-186. El autor, en una primera aproximación, define ambos conceptos: «Retributive Justice.

Crime is a violation of the state, defined by lawbreaking and guilt. Justice determines blame and administers pain in a contest between the offender and the state directed by systematic rules.

Restorative Justice.

Crime is a violation of people and relationships. It creates obligations to make things right. Justice involves the victim, the offender, and the community in a search for solutions which promote repair, reconciliation, and reassurance». *Cfr. Ibid.*, pág. 181.

c) La justicia retributiva está informada por el paradigma de que el Estado es la víctima, por lo que las partes principales del conflicto son el propio Estado y el delincuente. Sin embargo, en la justicia restaurativa, las partes principales del conflicto son la víctima y el victimario, en la medida en la que se entiende que las víctimas son las personas y las relaciones. De esta forma, para Roxin, «[l]a reparación y el acuerdo de compensación autor-víctima transforman al proceso penal de una situación bilateral en una trilateral»<sup>959</sup>.

d) En la justicia retributiva, las dimensiones interpersonales son irrelevantes, y las necesidades de las víctimas y las consecuencias del delito en el propio victimario son ignoradas. Por el contrario, en la justicia restaurativa, las relaciones interpersonales cobran todo el protagonismo, y las necesidades de las víctimas y la situación en la que queda el delincuente tras el delito son fundamentales.

### 3.2. La mediación penal: manifestación de la justicia restaurativa

Como el «eje y manifestación más importante»<sup>960</sup> de la justicia restaurativa, la mediación penal es, en la definición de González Cano, un

«sistema de gestión de conflictos, [...] en el que una parte neutral, con carácter técnico y en posesión de conocimientos adecuados, independiente de los actores institucionales del proceso penal, e imparcial, ayuda a dos o más personas implicadas en un delito o falta, en calidad de víctima e infractor, a comprender el origen del conflicto, sus causas y consecuencias, a confrontar sus puntos de vista y a elaborar acuerdos sobre el modo de reparación, tanto material como simbólica»<sup>961</sup>.

Hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurre en la mediación civil, en la mediación penal no existe un conflicto jurídico en el que se planteen distintas pretensiones, sino que hay una víctima que ha sido ofendida en un bien jurídico protegido, y un victimario que ha producido con sus hechos un daño a la víctima y a la comunidad. En consecuencia, y más allá de la situación emocional de la víctima, en la

<sup>959</sup> Cfr. ROXIN, C. (GIMBERNAT ORDEIG, E., trad.), «Pena y reparación», *óp. cit.*, pág. 14.

<sup>960</sup> Cfr. MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007, pág. 17.

<sup>961</sup> Cfr. GONZÁLEZ CANO, M. I., «La mediación penal en España», *óp. cit.*, pág. 25.



mediación penal hay que partir de la base de que existe «un cierto desequilibrio de poder implícito»<sup>962</sup>.

No hay que olvidar, por otra parte, que el ordenamiento procesal penal prevé la posibilidad de acumular la pretensión civil a la acción penal<sup>963</sup>, por lo que la mediación penal tiene una naturaleza mixta, por un lado, autocompositiva respecto de la responsabilidad civil *ex delicto*; y heterocompositiva en relación con la responsabilidad penal, por cuanto el resultado de la mediación tendrá entrada en el proceso a través de una sentencia de conformidad<sup>964</sup>.

### 3.2.1. Fines de la mediación penal

Siguiendo a Bellosó Martín<sup>965</sup>, y en clara sintonía con los objetivos y ventajas de la justicia restaurativa anteriormente apuntados<sup>966</sup>, podemos clasificar los fines de la mediación penal en función del destinatario:

<sup>962</sup> Cfr. CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, *óp. cit.*, pág. 63.

<sup>963</sup> El artículo 112.1 LECrim regula que «[e]jercitada sólo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar». De interés, DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.), *Responsabilidad civil y seguro: Cuestiones actuales*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, febrero de 2018, págs. 293-336; PREGO DE OLIVER PUIG DE LA BELLACASA, A., «El art. 112 LECrim. y la reserva expresa de acciones», en *Diario La Ley*, n.º 9523, 21 de noviembre de 2019, s. p.; RIZO GÓMEZ, B., «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», en OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», en ASENCIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 165-189; y DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El régimen especial de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores», en *Diario La Ley*, n.º 6515, 29 de junio de 2006, s. p.

<sup>964</sup> GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 237-256, pág. 240. Conforme a esta naturaleza mixta, Gimeno define la mediación penal como «un medio mixto de solución de los dos conflictos subyacentes en el proceso penal, informado por el principio de **oportunidad**, al que las partes pueden acudir siempre y cuando el investigado reconozca su participación en el hecho punible y manifieste su voluntad reparadora, mediante el cual un tercero imparcial, el mediador, intentará aproximar al agresor y a su víctima para que, tras la pertinente indemnización de aquél a ésta, se solucione su conflicto intersubjetivo y pueda la defensa y la acusación particular proponer al Ministerio Fiscal una conformidad negociada que finalice con una sentencia en la que, cumpliéndose los fines de prevención de la pena, se pueda obtener también la reinserción del imputado». Cfr. *Íd.* Para la conformidad, de interés, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado «juicio rápido»», en *Diario La Ley*, n.º 5895, 18 de noviembre de 2003, s. p.

<sup>965</sup> BELLOSÓ MARTÍN, N., «Mediación penal: ¿Beneficios...?», *óp. cit.*, págs.25-26.

<sup>966</sup> *Vid. supra*, pág. 373.

a) En relación con la víctima, la mediación persigue tres objetivos: 1. La reparación o resarcimiento del daño; 2. La recuperación del sentimiento de seguridad, como forma de reparación simbólica; y 3. La resolución de problemas asociados a la victimización secundaria derivados de la reiterada llamada al proceso del ofendido en calidad de testigo.

b) Respecto del victimario, la mediación vendría a evitar los efectos del proceso penal tal y como se concibe en la actualidad, evitando o mitigando: 1. El sufrimiento personal por la pérdida de libertad; 2. La interiorización de actitudes manipuladores y pautas de desconfianza; 3. El nulo aprendizaje de respecto a los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal; 4. La ausencia de responsabilización frente a la conducta infractora; 5. El intenso deterioro de las facultades psicológicas y físicas; y 6. La dificultad para la reinserción social y el incremento de las posibilidades de reiteración delictiva<sup>967</sup>.

c) Por lo que a la sociedad se refiere, la mediación: 1. Facilita el diálogo comunitario; 2. Reconstruye la paz social quebrada por el delito y minimiza las consecuencias negativas; 3. Devuelve el protagonismo a la sociedad civil; y 4. Controla el aumento de la población reclusa.

### 3.2.2. Regulación normativa de la mediación penal en España

La situación de la mediación penal en el ordenamiento jurídico español es notablemente inferior a la realidad legislativa de otros ordenamientos jurídicos<sup>968</sup>. No en vano, la mediación penal, al menos respecto de la delincuencia de adultos<sup>969</sup>, ha estado

<sup>967</sup> Conforme a las funciones de la mediación penal respecto de la víctima y del victimario, se ha afirmado que «la mediación en materia penal o cualquier otra herramienta de justicia restaurativa aplicada al ámbito criminal, no está diseñada por sí misma para quitar trabajo al juez, obvio, esta hecha para atender las necesidades de las víctimas, para darlas voz, procurar que sus heridas materiales y morales sean reparadas y de la misma forma, dar una oportunidad al infractor para que asuma el daño que hizo». Cfr. DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Acerca de qué es mediación, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo de 2012, págs. 12-14, cita en pág. 13.

<sup>968</sup> BARONA VILAR, S., «El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 229-254, cita en pág. 241. Para un estudio de derecho comparado, vid. BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR...», *óp. cit.*

<sup>969</sup> Para la mediación en el proceso penal de menores, vid. MOLINA CABALLERO, M. J., «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-24, 2015, disponible en

ausente del ordenamiento jurídico estatal hasta la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, y de la LEVD.

No obstante, la mediación penal en España fue introducida a través de las experiencias piloto impulsadas por el CGPJ<sup>970</sup>, la Fiscalía General del Estado y otros organismos de las CCAA<sup>971</sup>. Las primeras experiencias de la mediación penal entre adultos se sitúan en Cataluña a través del Programa de Mediación y Reparación Penal, en el ámbito de la justicia penal de adultos, puesto en marcha en noviembre de 1998 por el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña<sup>972</sup>.

En el ámbito de la legislación autonómica, la primera ocasión en la que apareció la mediación fue en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el que se regulaba que la Generalitat «puede establecer los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos en las materias de su competencia»<sup>973</sup>.

---

<http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf> [u. a. 09/06/2021]; SANZ HERMIDA, A. M., «La mediación en la justicia de menores», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), y SANZ HERMIDA, A. M., y ORTIZ PRADILLO, J. C. (coords.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, págs. 155-174; RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 397-421; EGEA TÉLLEZ, A., «Mediación penal en menores», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 135-153.

<sup>970</sup> De interés, CARRASCOSA DE MIGUEL, A., «La realidad de la mediación penal en España. Las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 149-172.

<sup>971</sup> Para un análisis de las experiencias prácticas de la mediación en España, *vid.* CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, *óp. cit.*, págs. 106-151. Igualmente, SÁEZ RODRÍGUEZ, C., «Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, págs. 127-190, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]. Unas de las experiencias piloto mejor documentadas son las desarrolladas en el ámbito de la Audiencia Provincial de Alicante en colaboración con la Excm. Diputación Provincial de Alicante y la Consejería de Justicia de la Generalitat Valenciana desde 2003. Para los resultados, *vid.* MAGRO SERVET, V., CUÉLLAR OTÓN, P., y HERNÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), y SANZ HERMIDA, A. M., y ORTIZ PRADILLO, J. C. (coords.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, págs. 115-153, cita en págs. 122-131, y MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, P., *Mediación penal: “Una visión...”, óp. cit.*, pág. 79-96.

<sup>972</sup> Para los resultados, *vid.* GUIMÉRÁ I GALIANA, A., «La mediación-reparación en el Derecho Penal de adultos», en *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, Sociedad Española de Investigación Criminológica, n.º 3, 2005, disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/20> [u. a. 09/06/2021].

<sup>973</sup> *Cfr.* artículo 106.2 de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Esta previsión se incluyó en el recurso de inconstitucionalidad presentado contra el

En cualquier caso, y ante la ausencia de una normativa específica que regule la mediación penal, la LO 1/2015, de 30 de marzo, modificó el artículo 84 CP, estableciendo que se podrá condicionar la suspensión de la ejecución de la pena, entre otros motivos, «[e]l cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación». Respecto de esta previsión, coincidimos con el acertado análisis de Barquín Sanz.

«En cuanto a la mediación, su inclusión en la redacción de este artículo 84 CP como una de las posibles condiciones excepcionales (y adicionales a las del artículo 83 CP) para la suspensión condicional de la pena de prisión significa ante todo la apertura de las puertas del derecho penal a una figura de escasa tradición en nuestro país y que lo tiene todo por hacer. A corto plazo es dudoso que este número primero del apartado primero del artículo 84 CP vaya a tener gran repercusión práctica en la aplicación y ejecución de la justicia

---

Estatuto. Se alegaba que esta normativa suponía una infracción del artículo 149.1.5ª y 6ª CE, que reserva la competencia exclusiva del Estado en la «[a]dministración de Justicia» y en la «[l]egislación mercantil, penal y penitenciaria; legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». A este respecto, cabe recordar que, como ya se ha tenido ocasión de afirmar, los mecanismos de justicia restaurativa no son alternativos a la administración de justicia, sino que cualquier acuerdo debe estar sancionado por el juez o magistrado, y ello porque no estamos ante un método extrajudicial de resolución de controversias, como el arbitraje. De esta forma, coincidimos con el Tribunal Constitucional en que esta norma es constitucional, por cuanto «[...] el art. 106.2 EAC no incluye necesariamente entre "los instrumentos y procedimientos de mediación y conciliación en la resolución de conflictos" aquellos que, como el arbitraje, comportan un equivalente jurisdiccional o constituyen un presupuesto procesal para el ejercicio de la jurisdicción, de manera que, así entendidos, referidos a fórmulas de autocomposición extrajudicial, como la conciliación o la composición, aquellos instrumentos y procedimientos no merecen objeción alguna en su confrontación con el art. 149.1.5 y 6 CE». *Cfr. STC, Pleno, n.º 31/2010, de 28 de junio [ECLI:ES:TC:2010:31], ponente: María Emilia Casas Baamonde, FJ 54º.* Aún más, si partimos de que la justicia restaurativa no forma parte del poder judicial, debemos entender que la puesta en marcha de oficinas de mediación, con la dotación de medios personales y materiales, no forma parte de la «Administración de Justicia en sentido estricto» (juzgar y hacer ejecutar lo juzgado), sino de la «Administración de la Administración de Justicia» (medios materiales, personales, etc.), cuyo ámbito competencial sí puede ser asumido por las CCAA. *Cfr. STC, Pleno, n.º 56/1990, de 29 de marzo [ECLI:ES:TC:1990:56], ponente: Eugenio Díaz Eimil, FJ 6º.* Sobre las competencias de las CCAA en materia de justicia, *vid. MUERZA ESPARZA, J., «Asunción de competencias en materia de Justicia por las Comunidades Autónomas», en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), Aspectos procesales del fuero nuevo de Navarra, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010, págs. 19-58; JUAN SÁNCHEZ, R., Legislación Procesal y Comunidades Autónomas: Análisis crítico del art. 149.1.6ª CE y las leyes autonómicas de casación civil, Aranzadi, Cizur Menor, 2014; y MARTÍN CONTRERAS, L., «Poder Judicial y Autonomías», en Diario La Ley, n.º 6837, 37 de diciembre de 2005, s. p. Igualmente, y por su interés, para los primeros Estatutos de Autonomía después de la CE, *vid. ALMAGRO NOSETE, J., «La Justicia en los Estatutos de Autonomía», en Revista del Departamento de Derecho Político, UNED, n.º 5, invierno de 1979-1980, págs. 21-35, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8000> [u. a. 09/06/2021].* La regulación catalana fue reproducida, posteriormente, en otros Estatutos de Autonomía, como los de Andalucía y Extremadura. *Vid. artículo 150.2 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; y artículo 49.2.h) de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.**

penal, pero todos los viajes, sean cortos o largos, comienzan con un pequeño paso. Habrá que estar atentos a ver cómo evoluciona esta materia en el futuro»<sup>974</sup>.

Por otro lado, y como manifestación de la ventaja que para la víctima supone la justicia restaurativa en relación con la reparación del daño, -y como clara manifestación del sobreseimiento por oportunidad<sup>975</sup>- la citada ley dio una nueva redacción al artículo 963 LECrim, estableciendo que, en el procedimiento para el juicio sobre delitos leves, el juez podrá, a solicitud del Ministerio Fiscal, sobreseer el procedimiento atendiendo a dos circunstancias:

«a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado»<sup>976</sup>.

Por último, el artículo 15 de la LEVD<sup>977</sup>, situado sistemáticamente en el Título dedicado a la participación de la víctima en el proceso penal, introdujo la mediación

---

<sup>974</sup> Cfr. BARQUÍN SANZ, J., «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2015, págs. 223-267, cita en pág. 244. De interés, igualmente, SÁEZ MALCEDIÑO, E., «Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena», en *Diario La Ley*, n.º 8583, 15 de julio de 2015, s. p.

<sup>975</sup> De interés, RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., «Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 38, enero de 2016; CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en ASENCIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 363-404.

<sup>976</sup> Afirma Ortiz Pradillo que, con esta previsión, «se abría la puerta a procedimientos de mediación sobre la responsabilidad civil derivada del delito para alcanzar un acuerdo y permitir acordar el sobreseimiento de la causa penal». Cfr. ORTIZ PRADILLO, J. C., «¿Mediación penal y violencia de género?», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 197-223, cita en pág. 202.

<sup>977</sup> «1. Las víctimas podrán acceder a servicios de justicia restaurativa, en los términos que reglamentariamente se determinen, con la finalidad de obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito, cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) el infractor haya reconocido los hechos esenciales de los que deriva su responsabilidad;
- b) la víctima haya prestado su consentimiento, después de haber recibido información exhaustiva e imparcial sobre su contenido, sus posibles resultados y los procedimientos existentes para hacer efectivo su cumplimiento;
- c) el infractor haya prestado su consentimiento;
- d) el procedimiento de mediación no entrañe un riesgo para la seguridad de la víctima, ni exista el peligro de que su desarrollo pueda causar nuevos perjuicios materiales o morales para la víctima; y



como una manifestación de la justicia restaurativa, así como una suerte de conciso estatuto para su ejercicio. La regulación es consecuencia directa de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, en cuyo Considerando (46) se afirmaba que

«[l]os servicios de justicia reparadora, incluidos, por ejemplo, la mediación entre víctima e infractor, las conferencias de grupo familiar y los círculos de sentencia, pueden ser de gran ayuda para la víctima, pero requieren garantías para evitar toda victimización secundaria y reiterada, la intimidación y las represalias. Por tanto, estos servicios deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional»<sup>978</sup>.

En relación con las reformas de 2015, entendemos que el legislador ha perdido una magnífica oportunidad –otra– de regular con precisión la mediación penal. En este sentido, afirma Etxeberria Guridi que

---

e) no esté prohibida por la ley para el delito cometido.

2. Los debates desarrollados dentro del procedimiento de mediación serán confidenciales y no podrán ser difundidos sin el consentimiento de ambas partes. Los mediadores y otros profesionales que participen en el procedimiento de mediación, estarán sujetos a secreto profesional con relación a los hechos y manifestaciones de que hubieran tenido conocimiento en el ejercicio de su función.

3. La víctima y el infractor podrán revocar su consentimiento para participar en el procedimiento de mediación en cualquier momento».

<sup>978</sup> Con la rúbrica «Derecho a garantías en el contexto de los servicios de justicia reparadora», el artículo 12 de la Directiva establece que «1. Los Estados miembros adoptarán medidas para proteger a la víctima contra la victimización secundaria o reiterada, la intimidación o las represalias, medidas que se aplicarán cuando se faciliten servicios de justicia reparadora. Estas medidas garantizarán que aquellas víctimas que opten por participar en procesos de justicia reparadora tengan acceso a servicios de justicia reparadora seguros y competentes, siempre que se cumplan, como mínimo, las condiciones siguientes:

a) que se recurra a los servicios de justicia reparadora si redundan en interés de la víctima, atendiendo a consideraciones de seguridad, y se basan en el consentimiento libre e informado de la víctima; el cual podrá retirarse en cualquier momento;

b) antes de que acepte participar en el proceso de justicia reparadora, se ofrecerá a la víctima información exhaustiva e imparcial sobre el mismo y sus posibles resultados, así como sobre los procedimientos para supervisar la aplicación de todo acuerdo;

c) el infractor tendrá que haber reconocido los elementos fácticos básicos del caso;

d) todo acuerdo deberá ser alcanzado de forma voluntaria y podrá ser tenido en cuenta en cualquier otro proceso penal;

e) los debates en los procesos de justicia reparadora que no se desarrollen en público serán confidenciales y no se difundirán posteriormente, salvo con el acuerdo de las partes o si así lo exige el Derecho nacional por razones de interés público superior.

2. Los Estados miembros facilitarán la derivación de casos, si procede, a los servicios de justicia reparadora, incluso mediante el establecimiento de procedimientos u orientaciones sobre las condiciones de tal derivación».

«resulta un tanto decepcionante que el legislador con los antecedentes que contaba, tanto experimentales como prelegislativos, con la ingente cantidad de estudios doctrinales, tanto teóricos, como también empíricos, con los que disponía, se haya limitado en definitiva a trasladar al ordenamiento español, sin prácticamente ningún añadido, lo recogido en el art. 12 de la Directiva 2012/29/UE»<sup>979</sup>.

#### 4. La prohibición de mediación en supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual

Pese a los beneficios que la justicia restaurativa tiene para las víctimas, para los victimarios y para la sociedad, y como una manifestación incuestionable de la irrelevancia de la voluntad de la víctima que impregna la actual política legislativa en materia de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, el artículo 44.5 de la LOVG introdujo el apartado 5 del artículo 87 ter de la LOPJ, por el que está vedada de forma categórica la mediación en todos los casos cuya competencia esté atribuida a los JVM<sup>980</sup>. De la misma forma, el artículo 15.1 de la LEVD establece, entre otros requisitos para acceder a los servicios de justicia restaurativa, que «no esté prohibida por la ley para el delito cometido».

Por otro lado, desde los instrumentos internacionales, el artículo 48.1 del Convenio de Estambul exhorta a los Estados signatarios a que prohíban los procedimientos de justicia restaurativa obligatorios<sup>981</sup>. En consecuencia, el Convenio, en este punto, de nuevo<sup>982</sup>, viene a desautorizar la actual política legislativa en relación con la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual en España. Frente a la

<sup>979</sup> Cfr. ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «La mediación penal en el ordenamiento español: algunas...», *óp. cit.*, pág. 59.

<sup>980</sup> Coincidimos con la doctrina que denuncia la falta de coherencia del ordenamiento jurídico a este respecto, en la medida en la que se prohíbe la mediación y, sin embargo, no se impone ningún límite al instituto de la conformidad. MOLINA CABALLERO, M. J., «Algunas fronteras de la Ley Integral...», *óp. cit.*, págs. 16-17. Por otro lado, para Del Pozo, la ubicación sistemática del artículo 44.5 LOVG en el contexto de las competencias de los JVM refuerza la exclusividad de la jurisdicción para la solución de estas controversias. DEL POZO PÉREZ, M., «La imposibilidad de mediación en la violencia de género», en FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., y LEÓN ALONSO, M. (coords.), *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, págs. 33-57, cita en pág. 38.

<sup>981</sup> «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prohibir los modos alternativos obligatorios de resolución de conflictos, incluidas la mediación y la conciliación, en lo que respecta a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio».

<sup>982</sup> Para la pérdida del sustrato ideológico de la actual política legislativa como consecuencia del Convenio de Estambul, *vid. supra*, pág. 207.



prohibición que impone la LOVG, el Convenio –con pleno respeto a los derechos fundamentales<sup>983</sup>– establece que no se puede establecer una mediación obligatoria. No obstante, el legislador español, que –como ya hemos afirmado anteriormente– está instalado en el *sostenella y no enmendalla*, prevé «[r]eforzar en la legislación y en los protocolos que se aprueben y revisen, la absoluta prohibición de la mediación en los casos de violencia de género»<sup>984</sup>.

De nuevo, la autonomía de la víctima queda anulada legislativamente en una manifestación del paternalismo jurídico. Ahora bien, la prohibición de la mediación es, si cabe, más grave que el resto de las expresiones de las políticas públicas de actuación obligatoria. Con la prohibición, se está negando a muchísimas víctimas, a muchísimos victimarios y a la comunidad, la posibilidad de recibir los bondadosos efectos de la justicia restaurativa. Sin duda alguna, esta prohibición es el ejemplo palmario de una política legislativa que parece orientada a la perpetuación del rol de víctimas de las mujeres<sup>985</sup>. En las acertadas palabras de Sanz Mulas, «[c]on esta prohibición, por tanto, el legislador no sólo evidencia un claro desconocimiento del paradigma de la justicia restaurativa, y de las diversas lógicas que imperan en ésta frente a la justicia tradicional, sino que también da la espalda a la realidad»<sup>986</sup>.

#### 4.1. *Ámbito de la prohibición*

La prohibición de la mediación en los asuntos derivados de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual se regula de forma lacónica<sup>987</sup>, por lo que podemos plantearnos algunos interrogantes en relación con el ámbito de aplicación de la citada prohibición.

---

<sup>983</sup> Sobre las dudas de constitucional que despierta en la doctrina la imposición de asistir a las ADR antes del proceso, *vid. supra*, pág. 364.

<sup>984</sup> *Cfr.* Medida n.º 141 del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género (propuesta n.º 116 del Congreso).

<sup>985</sup> Recuérdese que el feminismo de la segunda ola, que es el que inspira al legislador español, es definido por Wolf como «feminismo víctima». *Vid. supra*, pág. 88.

<sup>986</sup> *Cfr.* SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto...*, *óp. cit.*, pág. 122.

<sup>987</sup> Art. 87 ter.5 LOPJ: «En todos estos casos está vedada la mediación».

#### 4.1.1. *Ámbito objetivo: materias civiles y penales*

La LOVG dispone la prohibición de la mediación para todos los asuntos cuya competencia recaiga en los JVM<sup>988</sup>, que es la fórmula que utiliza el legislador para establecer el catálogo de delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual<sup>989</sup>. Estos juzgados tienen una naturaleza mixta, por lo que ostentan competencias tanto civiles cuanto penales<sup>990</sup>. De esta forma, coincidimos con quienes

<sup>988</sup> La competencia penal de los JVM se regula en el artículo 87 ter LOPJ. «1. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán, en el orden penal, de conformidad en todo caso con los procedimientos y recursos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de los siguientes supuestos:

- a) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, delitos contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, contra el honor o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación, siempre que se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como de los cometidos sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género.
- b) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por cualquier delito contra los derechos y deberes familiares, cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra anterior.
- c) De la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia.
- d) Del conocimiento y fallo de los delitos leves que les atribuya la ley cuando la víctima sea alguna de las personas señaladas como tales en la letra a) de este apartado.
- e) Dictar sentencia de conformidad con la acusación en los casos establecidos por la ley.
- f) De la emisión y la ejecución de los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea que les atribuya la ley.
- g) De la instrucción de los procesos para exigir responsabilidad penal por el delito de quebrantamiento previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal cuando la persona ofendida por el delito cuya condena, medida cautelar o medida de seguridad se haya quebrantado sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, así como los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o personas con la capacidad modificada judicialmente que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente».

<sup>989</sup> En consecuencia, para nosotros, lo importante es que el delito en cuestión esté en el catálogo del artículo 87 ter LOPJ. Téngase presente que, por ejemplo, en aplicación de las normas de competencia objetiva por razón de la persona previstas en el artículo 303 LECrim (aforamientos), un determinado delito de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual puede acabar siendo instruido por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. En ese caso, a nuestro entender, la prohibición de la mediación seguiría vigente, aunque, finalmente, el JVM perdiera su competencia a favor del Tribunal Supremo.

<sup>990</sup> Para la configuración de los JVM y sus competencias, *vid.* AGUILERA MORALES, M., «Las nuevas competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer», en *Diario La Ley*, n.º 8800, 11 de julio de 2016, s. p.; BILBAO BERSET, J., *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Atelier, Barcelona, 2014; ASENCIO MELLADO, J. M., «La competencia civil de los juzgados de Violencia frente a la mujer», en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 55-90, disponible en <http://www.deusto->

entienden que el ámbito de la prohibición de la mediación alcanza tanto a la mediación civil cuanto a la mediación penal<sup>991</sup>. No obstante, se ha defendido que el legislador de 2004 no podía pensar en la mediación penal por cuanto esta institución no estaba regulada<sup>992</sup>. Sin embargo, en nuestra opinión, el legislador estaba anudando la prohibición al hecho objetivo de que el asunto fuera una manifestación de la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual por lo que la prohibición de mediación se proyecta a cualquier tipo de mediación que se implementara legislativamente en ese momento y en el futuro<sup>993</sup>.

#### 4.1.2. *Ámbito delictual: todos los asuntos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual*

La prohibición de la mediación se predica respecto de todos los asuntos derivados de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. De nuevo, el legislador parte de una concepción estereotipada del hecho delictivo. Entendemos que se prevea algún tipo de prevención en los casos en los que la víctima pueda llegar a tener la

---

[publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c](https://publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c) [u. a. 09/06/2021]; FUENTES SORIANO, O., «Los nuevos juzgados contra la violencia sobre la mujer», en VV. AA., *La Administración de justicia en la Ley integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 77-109; RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006; SENÉS MOTILLA, C., «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Diario La Ley*, n.º 6371, 2005, s. p.; PLANCHADELL GARGALLO, A., «Los presupuestos procesales en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: competencia y legitimación», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 249-304; CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 8, diciembre de 2006, págs. 143-158, disponible en <https://feminismos.ua.es/article/view/2006-n8-algunos-aspectos-procesales-de-la-ley-organica-de-medidas-de-proteccion-integral-contra-la-violencia-de-genero> [u. a. 09/06/2021], cita en págs. 144-150; y CUBILLO LÓPEZ, I., «La competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer y su tratamiento procesal», en ROBLES GARZÓN, J. A., y ORTELLS RAMOS, M., (dirs.), y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., FONTESTAD PORTALÉS, L., LÓPEZ GIL, M., MOLINA CABALLERO, M. J., y LARA LÓPEZ, A. (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal. Tomo I*, Centro de Estudios de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, págs. 463-473.

<sup>991</sup> CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, *óp. cit.*, pág. 184.

<sup>992</sup> RÍOS MARTÍN, J. C., y OLAVARIA IGLESIA, T., «Conclusiones del curso La mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», en PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. C., y RÍOS MARTÍN, J. C. (dirs.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, n.º 136, 2007, págs. 253-302, cita en pág. 264.

<sup>993</sup> En el mismo sentido, MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: análisis...», *óp. cit.*, págs. 679-680.

capacidad volitiva alterada, sin embargo, no nos parece adecuado establecer una prohibición que irradia sobre todas las víctimas y sobre todos los victimarios. En este sentido, solo podemos afirmar que estamos, no solo ante una manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria, sino ante una suerte de obstáculo legislativo que impide que las mujeres puedan salir del rol de víctimas a las que le condena la doctrina del feminismo de la segunda ola. En este sentido, entendemos, *de lege ferenda*, que no debería haber prohibición alguna. Con carácter general, se debe permitir la posibilidad de las partes de acudir a las ADR, y solo cuando se verifique –por ejemplo, por el mediador o por el conciliador–, que existe una desigualdad de *poder* entre las partes, el procedimiento debe darse por finalizado.

#### 4.1.3. *Ámbito de los procedimientos de justicia restaurativa: prohibición circunscrita a la mediación*

El legislador limita la prohibición a la mediación. En nuestra opinión, esta opción legislativa deviene, cuanto menos, paradójica. La mediación –como se ha visto– no es más que una manifestación de las ADR autocompositivas, en las que, en todo caso, debe existir igualdad de *poder* entre las partes. En consecuencia, si el legislador tiene una visión estereotipada de la víctima y prohíbe la mediación porque, a su parecer, la víctima de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual siempre tiene la capacidad volitiva mermada, entonces, la prohibición debe alcanzar a cualquier ADR autocompositiva. Bien podría pensarse que el legislador desconfía únicamente de los mediadores, mientras que los conciliadores –normalmente, los jueces– sí gozarían de la suficiente credibilidad.

A nuestro entender –y en línea con lo que defendemos respecto de la mediación–, cualquier método de ADR autocompositiva (negociación, conciliación y mediación) deben suspenderse cuando se verifique que la víctima tiene alterada su capacidad volitiva.

#### 4.1.4. *Ámbito procedimental: todas las fases del proceso*

Parte de la doctrina ha defendido que, en la medida en la que la prohibición se circunscribe a los asuntos en los que son competentes los JVM, una vez que ha

finalizado la instrucción y la competencia se deriva al órgano enjuiciador, entonces sí podría llevarse a cabo la mediación<sup>994</sup>. Nos apartamos de estas posiciones por cuanto, como hemos afirmado anteriormente<sup>995</sup>, el legislador, en realidad, establece la prohibición para el catálogo de delitos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, con independencia del juzgado que sea finalmente competente, bien por las normas de competencia objetiva por razón de la persona, bien por las normas de competencia funcional. De esta forma, cuando en un proceso seguido por un delito de los establecidos en el artículo 587 ter LOPJ, el JVM pierde su competencia a favor del órgano enjuiciador, el delito sigue siendo el mismo, por lo que la prohibición sigue vigente. Además, resultaría paradójico excluir la mediación en los delitos leves –que son los que juzga el JVM–, y abrir la posibilidad a la misma en el resto de delitos –de más entidad–, y ello únicamente por el cambio de juzgado<sup>996</sup>.

---

<sup>994</sup> CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», en *Revista de Mediación*, Instituto Motivacional Estratégico, año 4, n.º 7, mayo de 2011, págs. 38-45, disponible en <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-violencia-de-genero/> [u. a. 09/06/2021], cita en pág. 43-44. A este respecto, Guardiola Lago afirma que la ley no prohíbe la mediación toda vez superada la fase de instrucción por cuanto «[l]a ubicación del precepto que prohíbe la mediación penal está referida al ámbito competencial de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Por lo tanto, alude a la instrucción de determinados delitos y el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código penal. Ello determina la posibilidad de admitir la mediación penal una vez concluida la fase de instrucción. [...]».

Otro de los campos donde a mi juicio puede resultar muy indicada la mediación penal y que no se encuentra prohibida en nuestra legislación, es una vez celebrado el juicio oral y recaída una sentencia condenatoria al agresor. Ya se ha tenido ocasión de analizar que en delitos particularmente graves y violentos el paso del tiempo es clave para la recuperación de la víctima y puede ocasionar el surgimiento de nuevas necesidades poco posibles de ser resueltas satisfactoriamente por el sistema de justicia penal. De manera particular, en el caso en el que haya existido una situación prolongada de maltrato, la víctima puede necesitar en un primer momento una separación del agresor y posteriormente precisar, para dejar de ser víctima y recuperarse totalmente, un contacto, directo o indirecto, con su agresor. Además, aproximándose el final del cumplimiento de la pena una mediación puede estar indicada para preparar escenarios futuros, especialmente si existen hijos en común». Cfr. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 12, noviembre de 2009, págs. 31-32.

<sup>995</sup> *Vid. supra*, pág. 389.

<sup>996</sup> En el mismo sentido, GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Víctima y mediación penal», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, págs. 445-456, disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/113331> [u. a. 09/06/2021], pág. 446 (en nota al pie).

#### 4.2. Fundamento paternalista de la prohibición y propuesta de *lege ferenda*

Como ya hemos tenido ocasión de señalar<sup>997</sup>, la igualdad de *poder* entre las partes es el requisito fundamental para que se pueda realizar cualquier procedimiento autocompositivo de resolución de conflictos. En ese sentido, en los supuestos en los que se verifique que existe un desequilibrio de *poder* –ya sea en la violencia en la pareja íntima, en la violencia intrafamiliar o en cualquier otro ámbito delictual–, las ADR autocompositivas son inviables. No obstante, el legislador vuelve a hacer una estereotipación de la víctima, presumiendo que siempre, y en todo caso, la víctima de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual tiene la capacidad volitiva adulterada<sup>998</sup>. Así, y como afirma Rodríguez Yagüe, «[n]uevamente nos encontramos ante el conflicto entre la posición tuitiva del Estado de la mujer [*sic.*], incluso en contra de lo que libremente esta decida, y la garantía de que sea la mujer la que resuelva desde amplia cotas de libertad cómo enfrentarse a la violencia»<sup>999</sup>

En consecuencia, más allá de los argumentos que se han apuntado para fundamentar la prohibición de mediación en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima<sup>1000</sup>, lo verdaderamente relevante es que el legislador trata todos los casos de

---

<sup>997</sup> Vid. *supra*, pág. 346.

<sup>998</sup> En la doctrina se señala, a este respecto, que la prohibición se justifica, «dada la indubitada existencia de desigualdad entre las partes, el sometimiento de la víctima a su agresor, la frecuente minimización de las víctimas de las conductas delictivas o, incluso, su justificación de la conducta delictiva...». Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos», en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (dir.), y VEGAS AGUILAR, J. C. (coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 413-434, cita en pág. 413.

<sup>999</sup> Cfr. RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución penal», en *La Ley Penal*, n.º 130, enero-febrero de 2018, s. p.

<sup>1000</sup> Siguiendo el ya clásico estudio de Esquinas Valverde, los argumentos en contra son: a) La mediación conlleva un riesgo para la integridad física de los afectados, pues no puede, por sí sola, detener el ejercicio de la violencia; b) La mujer, debido a sus características peculiares, se expone a ocupar una posición de inferioridad en el marco de las negociaciones; c) La técnica de mediación, procedente de otras tradiciones jurídicas, puede resultar difícil de importar al Ordenamiento jurídico-penal español; d) Recurrir a la mediación supone la pérdida del efecto simbólico característico del Derecho penal: no satisface los fines de prevención general; e) Un simple encuentro de mediación no es suficiente para modificar la conducta violencia del agresor; f) La mediación es imposible en un contexto de desequilibrio de poder entre la mujer maltratada y su agresor; y g) La Comunidad social de referencia de los afectados no siempre va a desempeñar un papel de reprobación y censura del comportamiento violento del agresor. Vid., desarrollando cada uno de los argumentos, ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Universidad de Granada-Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 57-84.



violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual de la misma forma. En las palabras de Rodríguez Lainz,

«[e]n un entorno ambiental sociopolítico en el que si un principio lidera la protección frente a la lacra social de la violencia de género es el de la hiperprotección de la víctima, a quien se considera un ser indefenso, en posición de franca desigualdad frente al agresor (hasta el punto de atreverse a hablar el legislador de una situación de *discapacidad* prácticamente innata en la víctima de violencia de género —art. 47 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, LOMPIVG—), pensar siquiera en la posibilidad de plantear *in genere* un proceso de mediación como posible vía de solución al conflicto generado por la comisión de un delito propio de dicho ámbito, a la vez que al conflicto subyacente, parecería algo cuando menos arriesgado, por no decir políticamente incorrecto. Pero ello no quiere decir que nos debamos dejar llevar por las apariencias; no en todas las situaciones en que se comete un delito propio del entorno de la violencia de género éste se produce en una situación de desigualdad y opresión que impida a la víctima concurrir en condiciones de igualdad al proceso mediador. Queramos o no una misma acción delictiva puede pertenecer al entorno jurídico de la violencia de género, pero no generar o integrarse en un ambiente de dominación del hombre sobre la mujer propio de un contexto sociológico de violencia machista»<sup>1001</sup>.

En línea con lo que hemos defendido a lo largo de este trabajo, nos posicionamos con la doctrina que critica la prohibición por cuanto la extensión a cualquier supuesto de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es una manifestación de las políticas públicas de actuación obligatoria que viene a obviar la autonomía de la víctima, hasta el punto de hacer irrelevante su voluntad de someterse a un procedimiento de mediación<sup>1002</sup>.

Entre parte de la doctrina crítica con la prohibición de mediación en los supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, se defiende, no obstante, que el mantenimiento de la prohibición depende del delito que se haya cometido<sup>1003</sup>. En nuestra opinión, estas posiciones caen, igualmente, en la estereotipación. Así, nos situamos entre los que entienden que debe realizarse un análisis de la situación en cada caso, sin hacer ningún ejercicio apriorístico. En función de las circunstancias, un delito

<sup>1001</sup> Cfr. RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Mediación penal y violencia de género», en *Diario La Ley*, nº 7557, 28 de enero de 2011, s. p.

<sup>1002</sup> ORTIZ PRADILLO, J. C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia...», *óp. cit.*, s. p.

<sup>1003</sup> FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en procesos por violencia de género*, *óp. cit.*, pág. 385.



grave puede que no tenga consecuencias en la relación de *poder* entre las partes; y, por el contrario, un delito leve puede hacer aflorar un desequilibrio que desaconseje el recurso a las ADR. En las acertadas palabras de Guardiola Lago,

«los procesos restaurativos no pueden descartarse en función de la gravedad del delito –por ejemplo, excluyendo los delitos graves 98- o en función de la clase de delito –por ejemplo, excluyendo como lo hace el ordenamiento jurídico español, la mediación en algunos supuestos de violencia de género- so pretexto, declarado *a priori*, de que resulta perjudicial para la víctima. La conveniencia de realizar o no una mediación debe analizarse de manera particular, como particular resulta la experiencia de la victimización 99. Ya hemos tenido ocasión de analizar que la víctima de un delito de violencia de género no tiene por qué encontrarse sumida en un síndrome de la mujer maltratada necesariamente y que tal síndrome, en el supuesto de que se produzca, no es perdurable a lo largo del tiempo, pudiéndose superar a través del paso del tiempo y de una asistencia adecuada»<sup>1004</sup>.

En consecuencia, de *lege ferenda*, abogamos por la supresión de la prohibición de mediar en los asuntos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. No obstante, bien al inicio del procedimiento, bien durante el desarrollo del mismo, deberá verificarse si se cumplen los requisitos de idoneidad de las partes –fundamentalmente en relación con la igualdad de *poder* entre víctima y victimario– y del propio procedimiento.

### Reflexión final

Las ADR autocompositivas son procedimientos para la resolución de conflictos jurídicos complementarios al proceso judicial que, más allá de la no menor función de liberar a la jurisdicción de un buen número de asuntos, producen una serie de beneficios en las partes, entre los que destaca el protagonismo que adquieren las mismas en la composición del conflicto. Partiendo del necesario equilibrio de *poder* entre las partes, la justicia restaurativa (manifestación de las ADR en el ámbito del derecho penal), tiene una serie de ventajas: a) la reparación de la víctima; b) la reintegración del victimario; y c) el restablecimiento de la paz en la comunidad. En el caso de la mediación penal, estas ventajas se manifiestan, por ejemplo, en el resarcimiento del daño y en la recuperación

<sup>1004</sup> Cfr. GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia...», *óp. cit.*, pág. 27. Defendiendo, igualmente, el análisis caso a caso, MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, *óp. cit.*, pág. 189; y RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Prohibición de la mediación en los delitos...», *óp. cit.*, s. p.

del sentimiento de seguridad de la víctima, en la responsabilización del victimario por sus conductas, y en la facilitación del diálogo comunitario.

Pese a todas estas ventajas, en el ordenamiento jurídico español, no solo no se fomenta, sino que prohíbe la mediación en los supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. El fundamento de esta prohibición se sitúa, de nuevo, en la concepción estereotipada que se hace del delito, del victimario y, de forma especial, de la víctima, a la que la norma jurídica define, en todo caso, como un sujeto desvalido con la capacidad volitiva anulada, por lo que no tiene libertad ni para decidir someter el conflicto a mediación y, mucho menos, para componer el conflicto en un plano de igualdad.

Frente a esta nueva manifestación del paternalismo jurídico del Estado, que se erige en el intérprete de los legítimos anhelos e intereses de cada víctima concreta –que, claro está, el legislador desconoce–, nosotros defendemos que sea el mediador el que, en cada caso –y con independencia del delito del que se trate–, verifique si se dan las circunstancias ambientales necesarias para que se pueda, o no, realizar el procedimiento restaurativo.

## CONCLUSIONES (*ESPAÑOL*)

- I. La violencia, que está asociada al poder, constituye una forma de relacionarse orientada a alterar el comportamiento de la víctima de forma coercitiva y, además, un ataque contra la integridad física y moral de esta. Conforme a los datos de prevalencia, en la pareja íntima se ejerce tanto la violencia directa (física o psicológica) cuanto la violencia de dominación, que no es siempre sinónimo de la violencia directa psicológica.
- II. El legislador –y la jurisprudencia–, entienden que toda violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es violencia de dominación. De esta forma, nos posicionamos en contra de la actual política legislativa, por cuanto establece una presunción *iuris et de iure* que no admite prueba en contrario.
- III. Conforme a las acciones de prevención y persecución que se prevén en la LOVG, así como la práctica forense, pese a algunos casos esporádicos, España cumple sobradamente con el *estándar de Debida Diligencia (Due Diligence)*.
- IV. Los datos de prevalencia que se ofrecen en las encuestas y estadísticas oficiales invisibilizan la violencia sobre el hombre y la violencia bidireccional en la pareja íntima heterosexual, así como la violencia en la pareja íntima LGTBIQ+, por lo que se está dejando sin la protección articulada en la LOVG a muchas víctimas-hombres heterosexuales y personas LGTBIQ+.
- V. La violencia de dominación en la pareja íntima se ejerce conforme a un ciclo de tres fases (Walker). De esta forma, los determinados actos procesales de la víctima a lo largo del proceso pueden verse influenciados por la fase del ciclo en la que se encuentre la pareja íntima en ese momento. Así, consideramos que

deben extremarse las precauciones y escrutar, en cada caso –y en cada actuación procesal– si la víctima tiene o no mermada su capacidad volitiva.

- VI.** El feminismo de la segunda ola se configura como un «feminismo víctima» (Wolf) que busca proteger a la mujer en todo caso y a toda costa, incluso en contra de su voluntad. Las políticas públicas de actuación obligatoria (*mandatory policies*) que se derivan de esa doctrina –por la que la mujer víctima es siempre un sujeto desvalido que necesita que el Estado tome decisiones por ella– entendemos que fomentan y perpetúan el rol de víctima de las mujeres.
- VII.** Por el contrario, el feminismo de la tercera ola, «feminismo de poder» (Wolf), aboga por la libertad de la víctima para tomar sus decisiones a lo largo del proceso en todo caso. Abogamos porque no haya ninguna prohibición con carácter general y apriorística, y defendemos que se analice, caso a caso –y en cada momento, incluso a través de una pericia psicológica– si la víctima tiene afectada o no su capacidad volitiva.
- VIII.** El concepto de género es una construcción cultural que, históricamente, ha otorgado a cada sexo un papel en la sociedad: el hombre el espacio público (el poder) y la mujer el espacio privado (la ausencia de poder). La violencia de dominación por razón de género en la pareja íntima se ha ejercido, históricamente, por el hombre sobre la mujer para perpetuar su posición de poder.
- IX.** Con el acceso de las mujeres al espacio público, puede ocurrir que en una determinada pareja íntima quien ocupe la posición de poder (en términos históricos, la *masculinidad*), sea la mujer. En estos casos, quien ejercerá la violencia por razón de género en la pareja íntima será la mujer en la pareja íntima heterosexual y cualquier miembro en la pareja íntima LGTBIQ+.
- X.** La actual política legislativa jurídico-penal contra la violencia en la pareja íntima se caracteriza por el recurso preferente a un derecho penal simbólico (y sexuado, en la medida en que, ante los mismos hechos, el hombre heterosexual

recibe una pena mayor que la mujer heterosexual y que las personas LGTBIQ+). En nuestra opinión, ese derecho penal degenera en la pura apariencia de eficiencia y en la falsa sensación de seguridad.

- XI.** De la misma forma que la mujer víctima de violencia en la pareja íntima heterosexual es conceptualizada como un sujeto desvalido sin capacidad volitiva, el hombre heterosexual victimario es considerado un individuo peligroso que cuestiona la norma jurídica e impide que el resto de ciudadanos se sientan amparados por ella, por lo que, desde nuestro punto de vista, la regulación penal obedece a los postulados del «derecho penal del enemigo» (Jakobs).
- XII.** Frente a la presunción *iuris et de iure* de que toda la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual es una manifestación de la violencia de dominación, entendemos que los tipos penales –especialmente, el delito de maltrato singular– deben tener una pena que culmine el principio de proporcionalidad, generalizando la aplicación de la agravante de género.
- XIII.** La actual política legislativa ha perdido el sustrato ideológico por la irrupción del feminismo de la tercera ola, por la apuesta en el Convenio de Estambul por abandonar las políticas criminocéntricas en favor de las victimocéntricas, y por la nula réplica de la LOVG en el derecho comparado. No obstante, el Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017 obedece a los mismos fundamentos.
- XIV.** El ejercicio de la acción popular por las administraciones públicas en los procesos por violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual no se justifica, por cuanto, en estos casos, no se cumplen los fundamentos de la acción popular. Las administraciones públicas no son ciudadanos y resulta paradójico que una administración pública controle la actuación en el proceso penal de otra parte de la administración (el Ministerio Fiscal).
- XV.** Tras el análisis crítico de la normativa que regula el ejercicio de la acción popular por parte de la Delegación Especial del Gobierno contra la Violencia sobre la Mujer, así como en la mayoría de leyes de las Comunidades

Autónomas, podemos afirmar que, para que las administraciones públicas ejerzan la acción popular, la voluntad de la víctima es irrelevante.

- XVI.** Consideramos que el derecho a la dispensa del deber de declarar contra parientes no puede limitarse porque el testigo-víctima haya declarado anteriormente o porque haya estado personado como acusación particular. Los derechos procesales no se renuncian, sino que se ejercitan o no en cada momento a lo largo del proceso.
- XVII.** En los casos en los que el testigo-víctima se acoja a la dispensa del deber de declarar contra parientes, llegamos a la conclusión de que la utilización de las declaraciones sumariales es un fraude de ley que pretende subvertir la voluntad del testigo-víctima de no declarar contra su pariente.
- XVIII.** Frente a quienes defienden la limitación o la prohibición absoluta de que el testigo-víctima pueda acogerse a la dispensa del deber de declarar contra parientes, proponemos que sea el juez el que acuerde la prohibición en cada caso, previa pericia psicológica en la que se verifique que el testigo-víctima tiene la capacidad volitiva alterada.
- XIX.** Las ADR tienen un fundamento *negativo*, cual es, la constatación de la crisis de la jurisdicción. Sin embargo, la genuina y *positiva* justificación de las ADR es que ofrecen a los sujetos inmersos en un conflicto jurídico la autonomía para, en primer lugar, decidir que el conflicto se resuelva extramuros de la jurisdicción y, en segundo lugar, para determinar, en la mayoría de sistemas, la solución al conflicto.
- XX.** Pese a los notables beneficios que ofrecen las ADR –y, especialmente, la mediación penal– tanto en la víctima, cuanto en el victimario y en la comunidad, el legislador prohíbe la mediación en todos supuestos de violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual. Por las razones expuestas en el cuerpo de la tesis, la prohibición no tiene sentido, debiendo ser el mediador el que, en todo caso, verifique si se dan las notas de libertad y de equilibrio de *poder* entre las partes.

- XXI.** Como consecuencia de la anterior conclusión, entendemos que, cuando se verifique el desequilibrio de *poder* entre las partes, debe interrumpirse –o no iniciarse– no solo el procedimiento de mediación, sino el resto de procedimientos autocompositivos de resolución de controversias (negociación y conciliación).
- XXII.** En relación con la controversia doctrinal sobre el alcance objetivo de la prohibición de mediación víctima-agresor en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual, entendemos que la misma alcanza tanto a la mediación civil cuanto a la mediación penal.
- XXIII.** La prohibición legal de la mediación en la violencia sobre la mujer en la pareja íntima heterosexual se extiende a los supuestos derivados de la comisión de cualquier de los delitos señalados en el artículo 87 ter LOPJ, y ello con independencia de que el JVM pierda la competencia, bien por un aforamiento, bien porque la fase de enjuiciamiento se entenderá en otro juzgado o tribunal.



## CONCLUSÕES (*PORTUGUÊS*)

- I. A violência, que está associada ao poder, constitui uma forma de relacionamento que visa alterar o comportamento da vítima de maneira coerciva e, além disso, um ataque à integridade física e moral da vítima. De acordo com dados de prevalência, a violência do parceiro íntimo inclui tanto a violência direta (física ou psicológica) como a violência de dominação, que nem sempre é sinónimo de violência psicológica direta.
- II. O legislador - e a jurisprudência - entende que toda violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais é violência de dominação. Desta maneira, nos posicionamos contra a atual política legislativa, já que ela estabelece uma presunção *iuris et de iure* que não admite provas em contrário.
- III. De acordo com as ações de prevenção e de ação penal previstas na LOVG, bem como a prática forense, apesar de alguns casos esporádicos, a Espanha mais do que cumpre com a norma de *Due Diligence*.
- IV. Os dados de prevalência fornecidos em pesquisas e estatísticas oficiais tornam invisível a violência contra homens e a violência bidirecional nas parcerias íntimas heterossexuais, bem como a violência nas parcerias íntimas LGTBIQ+, deixando muitas vítimas - homens heterossexuais e pessoas LGTBIQ+ - sem a proteção articulada na LOVG.
- V. A violência do domínio na violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais é exercida de acordo com um ciclo trifásico (Walker). Dessa maneira, as ações processuais da vítima durante todo o processo podem ser influenciadas pela fase do ciclo em que o parceiro íntimo se encontra naquele momento. Assim, consideramos que devem ser tomadas precauções extremas e

examinadas, em cada caso - e em cada ação processual - se a capacidade volitiva da vítima é ou não prejudicada.

- VI.** O feminismo da segunda onda é configurado como um «feminismo vítima» (Wolf) que procura proteger as mulheres em qualquer caso e a qualquer preço, mesmo contra a sua vontade. As políticas públicas de ação obrigatória derivadas dessa doutrina - em que a mulher vítima é sempre um sujeito indefeso que precisa do Estado para tomar decisões por ela - entendemos que elas promovem e perpetuam o papel da mulher como vítima.
- VII.** Pelo contrário, o feminismo da terceira onda, «feminismo do poder» (Wolf), defende a liberdade da vítima de tomar suas próprias decisões ao longo de todo o processo, em qualquer caso. Consideramos que não deve haver proibição geral e a priori, e defendemos que deve ser analisada, caso a caso - e em cada momento, mesmo através de uma perícia psicológica - se a capacidade volitiva da vítima for afetada ou não.
- VIII.** O conceito de gênero é uma construção cultural que, historicamente, tem dado a cada sexo um papel na sociedade: homens o espaço público (poder) e mulheres o espaço privado (a ausência de poder). A violência de dominação baseada em gênero em parcerias íntimas tem sido historicamente exercida por homens sobre mulheres para perpetuar sua posição de poder.
- IX.** Com o acesso das mulheres ao espaço público, pode acontecer que, numa determinada parceria íntima, aquele que ocupa a posição de poder (em termos históricos, a *masculinidade*), seja a mulher. Nestes casos, o perpetrador da violência do parceiro íntimo baseado no gênero será a mulher do parceiro íntimo heterossexual e qualquer um dos parceiros do parceiro íntimo LGTBIQ+.
- X.** A atual política legislativa jurídico-criminal contra a violência do parceiro íntimo é caracterizada pelo recurso preferencial a uma lei penal simbólica (e sexuada, na medida em que, diante dos mesmos fatos, o homem heterossexual recebe uma pena maior do que a mulher heterossexual e as pessoas LGTBIQ+).

Na nossa opinião, tal direito penal degenera na mera aparência de eficiência e de uma falsa sensação de segurança.

- XI.** Da mesma maneira que a mulher vítima de violência do parceiro íntimo heterossexual é conceituada como um sujeito indefeso sem capacidade volitiva, o infrator heterossexual masculino é considerado um indivíduo perigoso que questiona a norma legal e impede que o resto dos cidadãos se sinta protegido por ela, de modo que, do nosso ponto de vista, o regulamento penal obedece aos postulados do «direito penal do inimigo» (Jakobs).
- XII.** Diante da presunção *iuris et de iure* de que toda a violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais é uma manifestação de violência de domínio, entendemos que as definições penais - especialmente o crime de maltrato singular - devem ter uma pena que culmine no princípio da proporcionalidade, generalizando a aplicação da circunstância agravante de gênero.
- XIII.** A atual política legislativa perdeu seu substrato ideológico devido à irrupção do feminismo da terceira onda, devido ao compromisso assumido na Convenção de Istambul de abandonar as políticas criminocêntricas em favor das vítimas, e devido à falta de replicação do LOVG no direito comparado. No entanto, o Pacto do Estado contra a violência de gênero de 2017 obedece aos mesmos fundamentos.
- XIV.** O exercício da ação popular pelas administrações públicas em processos por violência contra mulheres em parcerias íntimas heterossexuais não se justifica, porque nesses casos os fundamentos da ação popular não são cumpridos. As administrações públicas não são cidadãos e é paradoxal que uma administração pública controle a ação em processos penais de outra parte da administração (o Ministério Público).
- XV.** Após a análise crítica dos regulamentos que regem o exercício da ação popular pela Delegação Especial do Governo contra a Violência contra a Mulher, assim como na maioria das leis das Comunidades Autónomas, podemos afirmar que,

para as administrações públicas exercerem a ação popular, a vontade da vítima é irrelevante.

- XVI.** Consideramos que o direito à isenção do dever de testemunhar contra familiares não pode ser limitado porque a testemunha-vítima já testemunhou anteriormente ou porque foi procurador particular. Os direitos processuais não são renunciados, mas são exercidos ou não a cada momento ao longo de todo o processo.
- XVII.** Nos casos em que a testemunha-vítima se vale da renúncia ao dever de testemunhar contra parentes, concluímos que o uso de declarações sumárias é uma fraude de lei destinada a subverter a vontade da testemunha-vítima de não testemunhar contra seu parente.
- XVIII.** Diante daqueles que defendem a limitação ou proibição absoluta da testemunha-vítima de ser isenta do dever de testemunhar contra familiares, propomos que seja o juiz a concordar em cada caso - por meio de uma resolução fundamentada - com a proibição, após uma perícia psicológica que verifique que a testemunha-vítima tem uma capacidade volitiva alterada.
- XIX.** Os ADR têm um fundamento *negativo*, que é a de que existe uma crise de jurisdição. No entanto, a justificação genuína e *positiva* dos ADR é que eles oferecem aos sujeitos envolvidos em um conflito jurídico a autonomia para, em primeiro lugar, decidir que o conflito deve ser resolvido fora da jurisdição e, em segundo lugar, determinar, na maioria dos sistemas, a solução para o conflito.
- XX.** Apesar dos notáveis benefícios oferecidos pelos ADR - e especialmente a mediação penal - tanto para a vítima, quanto para o ofensor e a comunidade, o legislador proíbe a mediação em todos os casos de violência contra mulheres em parcerias íntimas heterossexuais. Pelas razões apresentadas no corpo da tese, a proibição não faz sentido, e deve ser o mediador que, de qualquer forma, verifica se as notas de liberdade e de equilíbrio de *poder* entre as partes estão presentes.

- XXI.** Como consequência da conclusão acima, entendemos que, quando o desequilíbrio de *poder* entre as partes é verificado, não só o procedimento de mediação deve ser interrompido - ou não iniciado - mas também o resto dos procedimentos de resolução de disputa autocompositivos (negociação e conciliação).
- XXII.** Em relação à controvérsia doutrinária sobre o alcance objetivo da proibição da mediação vítima-infrator na violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais, entendemos que ela chega tanto à mediação civil quanto à mediação penal.
- XXIII.** A proibição legal de mediação na violência contra a mulher na parceria íntima heterossexuais se estende aos casos decorrentes da prática de qualquer das ofensas indicadas no artigo 87-ter LOPJ, independentemente de a JVM perder a jurisdição, seja por causa de uma imunidade, seja porque a fase de julgamento será ouvida em outro julgado ou tribunal.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ABDUL AZIZ, Z., y MOUSSA, J., *Due Diligence Framework: State Accountability Framework for Eliminating Violence against Women*, International Human Rights, 2ª impr., Malasia, 2016
- ACALE SÁNCHEZ, M., *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*, Reus, Madrid, 2006
- ÁGUEDA RODRÍGUEZ, R., *La guarda compartida y el interés superior del menor*, Hispalex, Sevilla, 2016
- AGUILAR IDÁÑEZ, M. J., *Trabajo social: concepto y metodología*, Paraninfo-Consejo General del Trabajo Social, 2013
- AGUILERA DE PAZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tomo III*, Reus, Madrid, 1912
- AGUILERA MORALES, M., «Las nuevas competencias de los juzgados de violencia sobre la mujer», en *Diario La Ley*, n.º 8800, 11 de julio de 2016, s. p.
- AJENJO-COSP, M., y GARCÍA-SALADRIGAS, N., «Las parejas reconstituidas en España: un fenómeno emergente con perfiles heterogéneos», en *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Centro de Investigaciones Sociológicas, n.º 155, 2016, págs. 3-20, disponible en <http://www.reis.cis.es/REIS/jsp/REIS.jsp?opcion=articulo&ktitulo=2613&autor=MARC+AJENJO-COSP%2C+N%DARIA+GARC%CDA-SALADRIGAS> [u. a 09/06/2021]
- ALANÓN OLMEDO, F. «Algunos apuntes sobre el contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en IGLESIAS CANLE, I. C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Universidade de Vigo-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 63-90
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N., *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., México, 1970
- ALEMANY GARCÍA, M., «El concepto y la justificación del paternalismo», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 28, 2005, págs. 265-303, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/2005-n28-el-concepto-y-la-justificacion-del-paternalismo> [u. a. 09/06/2021]
- ALEMAÑ CANO, J., *La prueba de testigos en el proceso penal*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002
- ALMAGRO NOSETE, J., *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984

- ALMAGRO NOSETE, J., «La «acción popular» ante el Tribunal de Garantías Constitucionales. Valoración crítica», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 12, 1981, págs. 65-84, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8133> [u. a. 09/06/2021]
- ALMAGRO NOSETE, J., «La Justicia en los Estatutos de Autonomía», en *Revista del Departamento de Derecho Político*, UNED, n.º 5, invierno de 1979-1980, págs. 21-35, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/8000> [u. a. 09/06/2021]
- ALMENDROS, C., GÁMEZ-GUADIX, M., CARROBLES, J. A., RODRÍGUEZ-CARBALLEIRA, A., y PORRÚA, C., «Abuso psicológico en la pareja: aportaciones recientes, concepto y medición», en *Behavioral Psychology / Psicología Conductual: Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*, Fundación VECA para el Avance de la Psicología Clínica Conductual, vol. 17, n.º 3, 2009, págs. 433-451, disponible en <https://www.behavioralpsycho.com/producto/abuso-psicologico-en-la-pareja-aportaciones-recientes-concepto-y-medicion/> [u. a. 09/06/2021]
- ALONSO ALONSO, R., y FOMBUENA VALERO, J., «La ética de la justicia y la ética de los cuidados», en *Portularia: revista de trabajo social*, Universidad de Huelva, vol. 6, n.º 1, 2006, págs. 7-19, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/517> [u. a. 09/06/2021]
- ALONSO ROMERO, M. P., *El proceso penal en Castilla (siglos XII-XVIII)*, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Impugnación, cumplimiento y ejecución forzosa del acuerdo por mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 147-161
- ÁLVAREZ ALARCÓN, A., «Algunas consideraciones sobre el árbitro de urgencia o de “emergencia”», en RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal: Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 183-200
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «Caminante, se hace camino al andar. Comunidad LGTBI, Derechos Humanos y Naciones Unidas», en *Estudios de Deusto*, Universidad de Deusto, vol. 67, n.º 1, Deusto, enero-junio de 2019, págs. 127-163, disponible en <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/1613> [u. a. 09/06/2021]
- ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, I., «El sufragio femenino en la II República», en *Revista de Derecho UNED*, n.º 22, 2018, págs. 131-158, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/22282/18212> [u. a. 09/06/2021]
- AMORÓS, C., «Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individualización», en *Arbor: Ciencia, pensamiento, cultura*, CSIC, Madrid, vol. 128, n.º 503, 2007, págs. 113-127
- AMORÓS, C., *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2000



- AMORÓS, C., «El feminismo: senda no transitada de la Ilustración», en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, CSIC, n.º 1, 1990, págs. 139-150
- ANDERSEN, H. C., *El traje nuevo del emperador*, Biblioteca Digital del ILCE (Instituto Latinoamericano de la Comunicación Educativa), disponible en <http://bibliotecadigital.ilce.edu.mx/Colecciones/CuentosMas/Emperador.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- ANDRÉS IBÁÑEZ, P., «En materia de prueba: sobre algunos cuestionables tópicos jurisprudenciales», en *Quaestio facti. Revista Internacional sobre Razonamiento Probatorio*, Marcial Pons, n.º 1, 2020, págs. 75-102, disponible en <https://revistes.udg.edu/quaestio-facti/article/view/22364> [u. a. 09/06/2021]
- ARAGONESES MARTÍNEZ, S., «El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley en el orden penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, n.º 74, Madrid, 1988-1989, págs. 93-106
- ARANA, M. J., «Recuperar lo femenino para re-animar la tierra», en *Cuadernos CJ*, Centre d'estudis Cristianisme i Justícia, n.º 78, 1997, disponible en <https://www.cristianismeijusticia.net/es/recuperar-lo-femenino-para-re-animar-la-tierra> [u. a. 09/06/2021]
- ARMENTA DEU, T., *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 12ª ed., Madrid, 2019
- ARMENTA DEU, T., «Víctima como parte procesal, justicia restaurativa y mediación penal: conexiones y paradojas», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 391-428
- ARMSTRONG, E. A., y CRAGE, S. M., «Movements and Memory: The Making of the Stonewall Myth», en *American Sociological Review*, American Sociological Association, vol. 71, n.º 5, octubre de 2006, págs. 724-751
- ARÓSTEGUI, J., «Violencia, sociedad y política: la definición de la violencia», en *Ayer: Revista de Historia Contemporánea*, Asociación de Historia Contemporánea, n.º 13, 1994, págs. 17-55, disponible en <http://revistaayer.com/articulo/1126> [u. a. 09/06/2021]
- ASENCIO GALLEGO, J. M., *El derecho al silencio como manifestación del derecho de defensa*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 2017
- ASENCIO MELLADO, J. M., Prólogo a CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 13-18
- ASENCIO MELLADO, J. M., *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 2015, s. p.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «La inconstitucionalidad de la Ley de Tasas 10/2012, de 20 de noviembre», en *Diario La Ley*, n.º 8115, 28 de junio de 2013, s. p.
- ASENCIO MELLADO, J. M., «Reflexiones: nueva oficina judicial y secretarios judiciales», en *El notario del siglo XXI*, Colegio Notarial de Madrid, n.º 28, Madrid, noviembre-diciembre de 2009, s. p., disponible en

<https://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-28/1404-algunas-reflexiones-sobre-la-nueva-oficina-judicial-y-los-secretarios-judiciales-0-01933482477379481> [u. a. 09/06/2021]

- ASENCIO MELLADO, J. M., «La competencia civil de los juzgados de Violencia frente a la mujer», en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 55-90, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]
- ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2020
- ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Derecho Procesal Civil. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y FUENTES SORIANO, O. (coord.), *Introducción al Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- ASHIAGBOR, D., COUNTOURIS, N., y LIANOS, I., (edits.), *The European Union after the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge - Nueva York - Melbourne - Madrid - Cape Town - Singapur - São Paulo - Delhi - Ciudad de Méjico, 2012
- ATIENZA, M., *La guerra de las falacias*, Librería Compás, 3ª ed. ampliada, Alicante, 2008
- ÁVILA BRAVO-VILLASANTE, M., «Crónica de un matricidio anunciado», en *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios de Género, vol. 2, n.º 2, 2017, págs. 184-202, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/3765> [u. a. 09/06/2021]
- AVILÉS, J. M., IRURTIA, M. J., GARCÍA-LÓPEZ, L. J., y CABALLO, V. E., «El maltrato entre iguales: “Bullying”», en *Behavioral Psychology / Psicología Conductual: Revista Internacional de Psicología Clínica y de la Salud*, Fundación VECA para el Avance de la Psicología Clínica Conductual, vol. 19, n.º 1, 2011, págs. 57-90, disponible en <https://www.behavioralpsycho.com/producto/el-maltrato-entre-iguales-bullying/> [u. a. 09/06/2021]
- AZAÑA, M., *¡Todavía el 98!*, Biblioteca Nueva, Madrid, 1997
- BACHMAIER WINTER, L., *Rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*, Universidad Complutense, Madrid, 1994
- BAJO FERNÁNDEZ, M., *La realización arbitraria del propio derecho*, Olejnik, Buenos Aires, 1ª ed., 2019
- BALLESTEROS MOYA, V., *Actores no estatales y responsabilidad internacional del Estado*, J. M. Bosch Editor, 2016
- BANACLOCHE PALAO, J., «El nuevo depósito para recurrir», en *Diario La Ley*, n.º 7228, 29 de julio de 2009, s. p.
- BANACLOCHE PALAO, J., y ZARZALEJOS NIETO, J., *Aspectos fundamentales de Derecho procesal penal*, Wolters Kluwer, 4ª ed., Las Rozas, 2018

- BARALLAT LÓPEZ, J., «La mediación en el ámbito penal», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, Junta de Castilla y León, n.º 29, Valladolid, 2013
- BARONA VILAR, S., *Nociones y principios de las ADR (Solución extrajudicial de conflictos)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- BARONA VILAR, S., «Mediación penal: un instrumento para la tutela penal», en *Revista del Poder Judicial*, CGPJ, n.º 94, 2012, págs. 23-32
- BARONA VILAR, S., «El movimiento de las ADR en el derecho comparado», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y CATALINA BENAVENTE, M. A. (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 455-499
- BARONA VILAR, S., «El presente y el futuro de la mediación entre autor y víctima en España», en TAMARIT SUMALLA, J. (coord.), *Víctimas olvidadas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, págs. 229-254
- BARONA VILAR, S., *Seguridad, celeridad y justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- BARQUÍN SANZ, J., «De las formas sustitutivas de la pena de prisión y de la libertad condicional», en MORILLAS CUEVA, L. (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, 1ª ed., Madrid, 2015, págs. 223-267
- BAUMGARDNER, J., y RICHARDS, A., *ManifestA: Young women, feminism, and the future*, Farrar, Straus and Giroux, 1ª ed. revisada, Nueva York, 2010
- BELLOSO MARTÍN, N., «Mediación penal: ¿Beneficios reales o potenciales?», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo de 2012, págs. 21-34
- BENHABID, S., BUTLER, J., CORNELL, D., y FRASER, N., *Feminist Contentions: A Philosophical Exchange*, Routledge, Nueva York - Londres, 1995
- BERNABÉU PÉREZ, I. C., «La declinatoria y el arbitraje», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 45, enero de 2008, s. p.
- BILBAO BERSET, J., *La vis atractiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer*, Atelier, Barcelona, 2014
- BISWASS, A., «La tercera ola feminista: cuando la diversidad, las particularidades y las diferencias son lo que cuenta», en *Revista Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, secc. Cariátide, México D.F., septiembre de 2004, págs. 65-70, disponible en <http://www.uam.mx/difusion/revista/sep2004/biswas.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- BLANCO GARCÍA, A. I., «El conflicto hipotecario: La mediación como vía de protección de los deudores hipotecarios», en BLANCO GARCÍA, A. I. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 271-293
- BLUMER, H., «Social Problems as Collective Behavior», en *Social Problems*, Oxford University Press, vol. 18, n.º 3, invierno de 1971, págs. 298-306

- BOLDOVA PASAMAR, M. Á., y RUEDA MARTÍN, M. Á., «La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Diario La Ley*, n.º 6146, 14 de diciembre de 2004, s. p.
- BONINO MÉNDEZ, L., «Las microviolencias y sus efectos. Claves para su detección», en RUIZ-JARABO QUEMADA, C., y BLANCO PRIETO, P. (dirs.), *La violencia contra las mujeres: Prevención y detección*, Ediciones Díaz de Santos, reimp., 2005, págs. 83-102
- BONINO MÉNDEZ, L., «Develando los micromachismos en la vida conyugal», en CORSI, J., DOHMEN, M. L., y SOTÉS, M. A., *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención*, Paidós, Buenos Aires, 1995, págs. 191-208
- BOQUÉ TORREMORELL, M. C., «La mediación como disciplina y como profesión: el perfil competencial del mediador», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 41-100
- BORNHAUSER, N., «Consideraciones en torno a la violencia. “Más allá” de las palabras», en *Atenea*, Universidad de Concepción, n.º 506, II semestre de 2012, págs. 137-152
- BOSCH FIOL, E., y FERRER PÉREZ, V. A., «La violencia de género: De cuestión privada a problema social», en *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 9, n.º 1, Madrid, 2000, págs. 7-19, disponible en <https://journals.copmadrid.org/pi/art/8038da89e49ac5eabb489cfc6cea9fc1> [u. a. 09/06/2021]
- BRAITHWAITE, J., «Retorative Justice and De-Professionalization», en *The Good Society*, The Pennsylvania State University, vol. 13, n.º 1, 2004, págs. 28-31
- BROOKS, A., *Postfeminisms: Feminism, cultural theory and cultural forms*, Routledge, 1ª ed., Londres - Nueva York, 1997
- BROWN, W., «Suffering the Paradoxes of Rights», en BROWN, W., y HALLEY, J. (edits.), *Left Legalism / Left Critique*, Duke University Press, Durham - Londres, 2002, págs. 420-434
- BUENO DE MATA, F., «Comentarios y reflexiones sobre la Ley Orgánica 13/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica», en *Diario La Ley*, n.º 8627, 19 de octubre de 2015, s. p.
- BUJOSA VADELL, L., «Verdad y proceso en la justicia transicional», en RODRÍGUEZ TIRADO, A. M. (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho procesal: Reformas procesales. Mediación y arbitraje*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 25-56
- BUJOSA VADELL, L., «De iudicio. Variaciones en torno a la potestad y el acto de juzgar» en *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, vol. 2, n.º 1, Salamanca, junio de 2014, págs. 49-79, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/11968> [u. a. 09/06/2021]

- BUJOSA VADELL, L., «La prueba de referencia en el sistema penal acusatorio», en *Pensamiento Jurídico*, Universidad Nacional de Colombia, n.º 21, enero-abril de 2008, págs. 53-82
- BUJOSA VADELL, L., *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995
- BUNCH, CH., «Women's Rights as Human Rights: Toward a Re-Vision of Human Rights», en *Human Rights Quarterly*, Johns Hopkins University Press, vol. 12, 1990, págs. 486-498
- BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *El juez ordinario predeterminado por la ley*, Civitas-Universidad de Córdoba, 1ª ed., Madrid, 1990
- BUTLER, J., *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, Routledge, Nueva York - Londres, 2007
- BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G., Introducción a BUZAWA, E. S., y BUZAWA, C. G. (edits.), *Domestic Violence: The Changing Criminal Justice Response*, Greenwood Publishing Group, 1ª ed., Westport, 1992, págs. vii-xxii
- CAHILL, A., *Rethinking Rape*, Cornell University Press, Ithaca - Londres, 2001
- CAHN, N. R., y LERMAN, L. G., «Prosecuting Woman Abuse», en STEINMAN, M. (edit.), *Woman Battering: Policy Responses*, Anderson Publishing-Academy of Criminal Justice Sciences, Cincinnati y Highland Heights, 1991, págs. 95-112
- CALAZA LÓPEZ, S., «La mediación penal: de las bambalinas a la escena», en CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 109-170
- CALAZA LÓPEZ, S., «Los procesos civiles indisponibles», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 121, 2016, s. p.
- CALAZA LÓPEZ, S., «La tutela del «superior interés del menor» en el proceso judicial», en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, n.º 7, tercer trimestre de 2015, s. p.
- CALAZA LÓPEZ, S., *Procesos de familia y división de patrimonios*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015
- CALAZA LÓPEZ, S., «¿Podría instaurarse una Jurisdicción Voluntaria Penal?», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo de 2012, págs. 100-104
- CALAZA LÓPEZ, S., *La cosa juzgada*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2009
- CALDERÓN CONCHA, P., «Teoría de conflictos de Johan Galtung», en *Revista de Paz y Conflictos*, Instituto de la Paz y los Conflictos. Universidad de Granada, n.º 2, Granada, 2009, págs. 60-81, disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/432/477> [u. a. 09/06/2021]



- CAMPANER MUÑOZ, J., «Hasta que tu llamada al proceso nos separe: hacia un necesario replanteamiento del privilegio matrimonial en el proceso penal», en *Revista de derecho y proceso penal*, Aranzadi, n.º 44, 2016, s. p.
- CAMPANER MUÑOZ, J., «Derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas vs. derecho a un proceso con todas las garantías y a la defensa del absuelto en la instancia: ¿el fin del laberinto?», en GIMENO SENDRA, V., y REGUEIRO GARCÍA, M. T., *Nuevas tendencias en la interpretación de los Derechos Fundamentales*, UNED-Editorial Universitas, Madrid, 2015, págs. 507-526
- CAMPOS ZAMORA, F. J., «Nociones fundamentales del realismo jurídico», en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, n.º 122, mayo-agosto de 2010, págs. 191-220, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/13562> [u. a. 09/06/2021]
- CANCIO MELIÁ, M., «De nuevo: ¿«Derecho penal» del enemigo?», en CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión, vol. 1*, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 85-152
- CANO PAÑOS, M. Á., «La reforma de los delitos de terrorismo», en MORILLAS CUEVA, L., (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 905-951
- CANO SOLER, M. A., *La mediación penal*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015
- CARABÍ, À., «Construyendo nuevas masculinidades», en SEGARRA, M., y CARABÍ, À. (edits.), *Nuevas masculinidades*, Icaria, Barcelona, 2000, págs. 12-28
- CARDOSO ONOFRE DE ALENCAR, E., «Violencia por razón de género en la pareja y estereotipos en el sistema de justicia: lecciones del Comité de la CEDAW», en *FEMERIS: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de Estudios de Género, vol. 4, n.º 3, 2019, págs. 29-52, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/FEMERIS/article/view/4927> [u. a. 09/06/2021]
- CARMO, R., GRAMS, A., y MAGALHÃES, T., «Men as victims of intimate partner violence», en *Journal of Forensic and Legal Medicine: An International journal of Forensic and Legal Medicine*, Elsevier-Faculty of Forensic and Legal Medicine of the Royal College of Physicians, Londres, vol. 18, n.º 8, noviembre de 2011, págs. 355-359
- CARMONA RUANO, M., «El delito de maltrato habitual», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 107-163
- CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S., y AYERRA REDÍN, M., trads.), *Cómo se hace un proceso*, Temis, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá, 1994
- CARNELUTTI, F. (SENTÍS MELENDO, S., trad. a la 5ª ed. italiana), *Instituciones del proceso civil. Volumen I*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1989
- CARNELUTTI, F. (ALCALÁ-ZAMORA, N., y SENTÍS MELENDO, S., trads.), *Sistema de Derecho Procesal Civil. I. Introducción y función del proceso civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, Buenos Aires, 1944

- CARO ROMERO, F. C. C., «“Ni enfermos, ni criminales, simplemente homosexuales”. Las primeras conmemoraciones de los disturbios de Stonewall en Colombia, 1978-1982», en *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, Universidad Nacional de Colombia, vol. 47, n.º 1, enero-junio de 2020, págs. 201-229, disponible en <https://revistas.unal.edu.co/index.php/achsc/article/view/83150> [u. a. 09/06/2021]
- CARRASCO, N., GARCÍA, J., y ZALDÍVAR, F., «Diferencias asociadas a la violencia filio-parental en función del tipo de familia (“normalizadas” vs “en riesgo” y parentesco de la víctima)», en *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, Aitana investigación, vol. 5, n.º 3, septiembre de 2018, págs. 30-35, disponible en <https://www.revistapcna.com/es/contenido/70> [u. a. 09/06/2021]
- CARRASCOSA DE MIGUEL, A., «La realidad de la mediación penal en España. Las guías para la práctica de la mediación editadas por el CGPJ», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 149-172
- CARRETERO MORALES, E., «El mediador civil y mercantil tras la aprobación de la Ley 5/2012 y del Reglamento 980/2013», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.
- CARRILLO SALCEDO, J. A., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, 1ª ed., Madrid, 2003
- CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1ª reimp., 1993
- CASTILLEJO MANZANARES, R., «Proceso civil y principio dispositivo», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y NOYA FERREIRO, L., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (coords.), *Tratado sobre la disposición del proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21-37
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Hacia un nuevo proceso penal: Cambios necesarios*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, octubre de 2010
- CASTILLEJO MANZANARES, R., TORRADO TARRÍO, C., y ALONSO SALGADO, C., «Mediación en violencia de género», en *Revista de Mediación*, Instituto Motivacional Estratégico, año 4, n.º 7, mayo de 2011, págs. 38-45, disponible en <https://revistademediacion.com/articulos/mediacion-en-violencia-de-genero/> [u. a. 09/06/2021]
- CATALINA BENAVENTE, M. A., «La denuncia en los casos de violencia de género», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y CATALINA BENAVENTE, M. A. (coord.), *Violencia de género, justicia restaurativa y mediación*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 303-351
- CEREZO DOMÍNGUEZ, A. I., *El protagonismo de las víctimas en la elaboración de las leyes penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- CERRADA MORENO, M., «El terrorismo como elemento distorsionador del ordenamiento jurídico. Algunas reflexiones en torno a la reforma antiterrorista española de 2015 y el derecho penal del enemigo», en *La Ley Penal*, n.º 120, mayo-junio de 2016, s. p.



- CERVINI, R., «El derecho penal del enemigo y la inexcusable vigencia del principio de la dignidad de la persona humana», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Uruguay, n.º 5, Montevideo, diciembre de 2010, págs. 27-50, disponible en <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/815> [u. a. 09/06/2021]
- CHAN MORA, G., «¿Derecho penal del enemigo? Aportes críticos acerca de un debate desenfocado», en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales*, Universidad de Costa Rica, n.º 6, 2014, disponible en <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/RDMCP/article/view/15827> [u. a. 09/06/2021]
- CHAVES, J., y MOLINA, A., «La justicia transicional: de la razón a la racionalidad y de la racionalidad a la razón», en *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2007, págs. 225-242
- CHICANO, E., y NAREDO, C., «Violencia contra las mujeres. Violencia de género», en *Documentación Social*, Cáritas Española Editores, n.º 131, abril-diciembre de 2003, págs. 191-208
- CHISVERT TARAZONA, M. J., «Deconstruyendo feminismos: teoría queer», en SUÁREZ BRIONES, B. (edit.), *Feminismo lesbiano y queer: Representación, visibilidad y políticas*, Plaza y Valdés Editores, Madrid, 2014, págs. 171-176
- CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M., «El ofrecimiento de acciones a la víctima en el proceso penal», en VV. AA., *Estudios y Escritos en Homenaje al Prof. Gómez del Castillo [Liber discipulorum et amicorum]*, Sevilla - Huelva, 2016, págs. 129-136
- CHOWDHURY, R., «Kadic v. Karazic – Rape as a Crime against Women as a Class», en *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, University of Minnesota, vol. 20, n.º 1, artículo 3, 2002, págs. 91-124
- CHUECA SANCHO, A., «Vulnerabilidad de las mujeres, principio de igualdad y no discriminación y derechos humanos», en MARIÑO, F. M. (dir.), y ALCOCEBA GALLEGO, A., y QUISPE REMÓN, F. (coords.), *Feminicidio. El fin de la impunidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 37-53
- CISNEROS ÁVILA, F., «La agravante de discriminación por razones de género: una oportunidad para una aplicación del derecho penal con perspectiva de género», en LAURENZO COPELLO, P., y DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, págs. 397-426
- COADY, C. A. J., «The Idea of Violence», en *Journal of Applied Philosophy*, vol. 3, n.º 1, marzo de 1986, págs. 3-19
- COBO, R., *Fundamentos del patriarcado moderno. Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995
- COMINS MINGOL, I., «Los Derechos Humanos y la eliminación de la violencia contra la mujer», en *Tiempo de Paz*, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad – Spain, n.º 90, 2008, págs. 49-60
- COKER, D., «Crime Control and Feminist Law Reform in Domestic Violence: A Critical Review», en *Buffalo Criminal Law Review*, vol. 4, 2001, págs. 801-860, disponible en [https://repository.law.miami.edu/fac\\_articles/291/](https://repository.law.miami.edu/fac_articles/291/) [u. a. 09/06/2021]

- COKER, D., «Enhancing autonomy for battered women: Lessons from Navajo peacemaking», en *UCLA Law Review*, University of California, vol. 47, n.º 1, octubre de 1999, págs. 1-111
- CÓRDOBA GARCÍA, D., «Teoría queer: reflexiones sobre sexo, sexualidad e identidad», en CÓRDOBA, D., SÁEZ, J., VIDARTE, P. (edits.), *Teoría queer: Políticas bolleras, maricas, trans, mestizas*, Egales, 2ª ed., Madrid, 2007, págs. 21-66
- CORDÓN MORENO, F., «El derecho a obtener la tutela judicial efectiva», en GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., y LÓPEZ LÓPEZ, E. (coords.), *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 213-243
- CORDÓN MORENO, F., *Las garantías constitucionales del procesal penal*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2002
- CORSILLES, A., «No-Drop Policies in the Prosecution of Domestic Violence Cases: Guarantee To Action or Dangerous Solution?», en *Fordham Law Review*, vol. 63, n.º 5, 1994, págs. 853-881, disponible en <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol63/iss3/5/> [u. a. 09/06/2021]
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La cosa juzgada penal*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1975
- CORTINA, A., «El poder comunicativo. Una propuesta intersexual frente a la violencia», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 27-41
- COSTA, M., «El pensamiento jurídico feminista en los confines del Siglo XX», en *Asparkia: Investigació feminista*, Universitat Jaume I, n.º 26, 2015, págs. 35-49, disponible en <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/asparkia/article/view/1479> [u. a. 09/06/2021]
- COSTA, M., «El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 15, junio de 2010, págs. 235-252, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos\\_15\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos_15_12.pdf) [u. a. 09/06/2021]
- COTILLAS MOYA, J. C., «El ejercicio de la acción penal entre familiares», en *La Ley Penal*, n.º 3, marzo de 2004, s. p.
- COULTER, M. L., y CHEZ, R. A., «Domestic Violence Victims Support Mandatory Reporting: For Others», en *Journal of Family Violence*, Springer, vol. 12, n.º 3, 1997, págs. 349-356
- CUADRADO RUIZ, M. Á., «El terrorismo biológico como delito, tras al reforma penal de 2015», en CUADRADO RUIZ, M. Á. (dir.-edit.), y AOULAD BEN SALEM LUCENA, A. J., y ESPAÑA ALBA, V. (coords.), *Cuestiones penales: A propósito de la Reforma penal de 2015*, Dykinson, Madrid, 2016, págs. 221-245
- CUADRADO SALINAS, C., «El principio de oportunidad. El sobreseimiento por razones de oportunidad reglada», en ASECIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 363-404

- CUADRADO SALINAS, C., *La investigación en el proceso penal*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2010
- CUADRADO SALINAS, C., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., «Algunos aspectos procesales de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 8, diciembre de 2006, págs. 143-158, disponible en <https://feminismos.ua.es/article/view/2006-n8-algunos-aspectos-procesales-de-la-ley-organica-de-medidas-de-proteccion-integral-contr-la-violencia-de-genero> [u. a. 09/06/2021]
- CUBILLO LÓPEZ, I., «La competencia penal de los juzgados de violencia sobre la mujer y su tratamiento procesal», en ROBLES GARZÓN, J. A., y ORTELLS RAMOS, M., (dirs.), y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., FONTESTAD PORTALÉS, L., LÓPEZ GIL, M., MOLINA CABALLERO, M. J., y LARA LÓPEZ, A. (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal. Tomo I*, Centro de Estudios de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, págs. 463-473
- CUCARELLA GALIANA, L. A., *La correlación de la sentencia con la acusación y la defensa*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2003
- CUENCA SÁNCHEZ, J. C., «El nuevo artículo 425 del Código Penal. Dificultades de aplicación», en *Diario La Ley*, Tomo 4, pág. 1184, 1991, s. p.
- CZESLI, F., y MURZI, D., «Apuntes sobre una intervención para deconstruir las condiciones que generan la violencia en el fútbol», en *Lúdica Pedagógica*, Universidad Pedagógica Nacional, n.º 21, Bogotá, enero-junio de 2015, págs. 103-112, disponible en <https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/LP/article/view/2699> [u. a. 09/06/2021]
- DAMIÁN MORENO, J., «La declinatoria de arbitraje», en DAMIÁN MORENO, J. (dir.), *La reforma de la Ley de Arbitraje de 2011*, La Ley, Las Rozas, 2013, págs. 19-35
- DAMIÁN MORENO, J., *Lecciones introductorias sobre Proceso Penal*, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2013
- DARBRA ARGES, S., y MARTÍ-CARBONELL, S., «Psicobiología de la conducta antisocial», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 43-60
- DE BEAUVOIR, S., *Le deuxième sexe. II. L'expérience vécue*, Gallimard, 1949
- DE DOMINGO PÉREZ, T., *Justicia transicional, memoria histórica y crisis nacional*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 2012
- DE HOYOS SANCHO, M., «Las medidas de protección de las víctimas de violencia de género desde el ámbito jurisdiccional civil en los ordenamientos alemán y austriaco», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 229-244
- DE LA BOËTIE, E. (HERNÁNDEZ-RUBIO, J. M., trad.), *Discurso sobre la servidumbre voluntaria o el Contra uno*, Tecnos, Madrid, 1986

- DE LA CUESTA AGUADO, P. M., «El delito de matrimonio forzado», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 365-378
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2009
- DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional. La persona ante la Administración de Justicia: derechos básicos*, Bosch, Madrid, 1980
- DE LA OLIVA SANTOS, A., ARAGONESES MARTÍNEZ, S., HINOJOSA SEGOVIA, R., MUERZA ESPARZA, J., y TOMÉ GARCÍA, J. A., *Derecho Procesal Penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, 5ª ed., Madrid, 2002
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho procesal. Introducción*, Editorial universitaria Ramón Areces, 3ª ed., Madrid, 2004
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., «El reinstaurado depósito para recurrir la casación», en BONET NAVARRO, J. (dir.), y MARTÍN PASTOR, J. (coord.), *El Recurso de Casación Civil*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2010
- DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Edisofer, Madrid, 2005
- DE MENDIZÁBAL ALLENDE, R., *La guerra de los jueces: Tribunal Supremo vs. Tribunal Constitucional*, Dykinson, Madrid, 2015
- DE MIGUEL, A., *Neoliberalismo sexual: El mito de la libre elección*, Cátedra, 9ª ed., Madrid, 2017
- DE MIGUEL, A., «Feminismos», en AMORÓS PUENTE, C. (dir.), *10 palabras clave sobre mujer*, Verbo Divino, 1ª ed., Estella, 1995, págs. 217-256
- DE MIGUEL, A., «Mujeres y movimientos sociales del siglo XIX: sufragismo, socialismo y anarquismo», en PULEO, A. (coord.), *Papeles sociales de mujeres y hombres: optativa E.S.O.*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1995, págs. 59-62, disponible en <https://sede.educacion.gob.es/publiventa/d/1457/19/0> [u. a. 09/06/2021]
- DE TARSO, P., «Carta a los Romanos», en VV. AA., *Sagrada Biblia*, Biblioteca de Autores Cristianos, 1ª ed., 4ª reimp., Madrid, mayo de 2017, págs. 1405-1423
- DEGENAAR, J., «The Concept of Violence», en CHABANI MANGANYI, N., y DU TOIT, A. (eds.), *Political Violence and the Struggle in South Africa*, Palgrave Macmillan, Nueva York, 1ª ed., 1990, págs. 70-86
- DEL MORAL GARCÍA, A., «A vueltas con el derecho al silencio del acusado», en ASENCIO MELLADO, J. M. (dir.), y ROSELL CORBELLE, A. (coord.), *Derecho probatorio y otros estudios procesales: Liber Amicorum Vicente Gimeno Sendra*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2020, págs. 1303-1322
- DEL MORAL GARCÍA, A., «Responsabilidad civil en el proceso penal: disfunciones, paradojas, ventajas», en HERRADOR GUARDIA, M. J. (dir.), *Responsabilidad civil y seguro: Cuestiones actuales*, Ediciones Francis y Taylor, Madrid, febrero de 2018, págs. 293-336

- DEL MORAL GARCÍA, A., «La habitualidad como elemento típico del delito del artículo 153 del Código Penal: problemas concursales y procesales», en VV. AA., *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales. Vol. 2*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, págs. 227-240
- DEL POZO PÉREZ, M., «El Pacto de Estado contra la Violencia de Género: justificación, génesis y primeras consecuencias», en FIGUERUELO BURRIEZA, Á., y DEL POZO PÉREZ, M. (dirs.), y RAMOS HERNÁNDEZ, P. (coord.), *Retos actuales para la erradicación de la desigualdad y la violencia de género*, Universidad de Salamanca-Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 248-262
- DEL POZO PÉREZ, M., «La imposibilidad de mediación en la violencia de género», en FIGUERUELO BURRIEZA, A., DEL POZO PÉREZ, M., y LEÓN ALONSO, M. (coords.), *¿Por qué no hemos alcanzado la igualdad?*, Andavira, Santiago de Compostela, 2012, págs. 33-57
- DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015
- DEL RÍO FERNÁNDEZ, L. «Mediación y cambio cultural. Hacia una nueva filosofía penal», en *Revista Mediara. Mediación y Arbitraje de Andalucía*, Fundación Pública Andaluza “Centro para la Mediación y Arbitraje de Andalucía”, n.º 1, 2012, s. p.
- DEL VAL, T. M., «Antropología de la mediación: influencia de la justicia restaurativa de antiguas etnias en la actualidad», en *Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, 2012, págs. 45-55
- DELGADO CASTRO, J., PALOMO VÉLEZ, D., y DELGADO, G., «Autotutela, solución adecuada del conflicto y *repossession*: Revisión y propuesta», en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 24, n.º 2, 2017, págs. 265-289, disponible en <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2992> [u. a. 09/06/2021]
- DELGADO-ÁLVAREZ, C., «La Ceguera al Género Inducida por la Ceguera a los Estándares de Medición. Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2019», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 30, n.º 1, 2020, págs. 93-96, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2020/30/1> [u. a. 09/06/2021]
- DELGADO-ÁLVAREZ, C., «Por qué la violencia de género es algo diferente: reenfocando el concepto», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015, págs. 41-56
- DEMPSEY, M. M., «Toward a Feminist State: What Does ‘Effective’ Prosecution of Domestic Violence Mean?», en *Modern Law Review*, vol. 70, n.º 6, noviembre de 2007, págs. 908-935
- DÍAZ MARTÍNEZ, M., «El régimen especial de la responsabilidad civil en el proceso penal de menores», en *Diario La Ley*, n.º 6515, 29 de junio de 2006, s. p.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales: Práctica y teoría*, Trotta, 2ª ed., Madrid, 2013



- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., «El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 11, n.º 31, enero-abril de 1991, págs. 75-123
- DOIG DÍAZ, Y., *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2008
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2008, Barcelona, abril de 2008, s. p., disponible en <https://indret.com/por-que-la-administracion-nunca-ejerce-la-accion-de-regreso-contra-el-personal-a-su-servicio/> [u. a. 09/06/2021]
- DOMINGO DE LA FUENTE, V., «Acercas de qué es mediación, mediación penal y otros conceptos similares y para muchos confusos», en *Revista Criminología y Justicia*, Sociedad Criminológica Balear, n.º 4, marzo de 2012, págs. 12-14
- DRAKE, J., «Third Wave Feminism», en *Feminist Studies*, Spring, vol. 23, n.º 1, 1997, págs. 97-108
- DUNCAN, J., *Shapers of the great debate on women's rights: a biographical dictionary*, Greenwood Press, Westport - Londres, 2008
- DUNCAN, N., «Renegotiating gender and sexuality in public and private spaces», en DUNCAN, N. (edit.), *Bodyspace: destabilizing geographies of gender and sexuality*, Routledge, Londres - Nueva York, 1996, págs. 127-145
- DURÁN PALACIOS, N. M., «La ética del cuidado: una voz diferente», en *Revista Fundación Universitaria Luis Amigó*, Universidad Católica Luis Amigó, vol. 2, n.º 1, enero-junio de 2015, Medellín, págs. 12-21, disponible en <https://www.funlam.edu.co/revistas/index.php/RFunlam/article/view/1476> [u. a. 09/06/2021]
- ECHEBURÚA, E., «Sobre el Papel del Género en la Violencia de Pareja contra la Mujer. Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol, 2019», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 77-79, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021]
- ECKERT, P., y MCCONNELL-GINET, G., *Language and Gender*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003
- EDWARDS, C., *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011
- EGEA TÉLLEZ, A., «Mediación penal en menores», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 135-153
- ELLISON, L., «Prosecuting Domestic Violence without Victim Participation», en *Modern Law Review*, Blackwell Publishers, vol. 65, n.º 6, noviembre de 2002, págs. 834-858
- ELSUNI, S., *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte: Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und*

*Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2011

- ERTÜRK, Y., «The Due Diligence Standard: What Does It Entail for Women's Rights?», en BENNINGER-BUDEL, C. (edit.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Martinus Nihoff Publishers, Leiden - Boston, 2008, págs. 27-46
- ESCALADA LÓPEZ, M. L., *Sobre el juez ordinario predeterminado por la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007
- ESCUDERO GARCÍA-CALDERÓN, B., «La violencia de género en Alemania», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 211-228
- ESCUDERO MORATALLA, J. F., y FERRER ADROHER, M., «Letrados de la Administración de justicia. La metamorfosis de una profesión jurídica (III): Nueva Oficina Judicial, LAJS y perspectivas de futuro», en *Diario La Ley*, n.º 9817, 24 de mayo de 2021, s. p.
- ESPINAR RUIZ, E., *Violencia de género y procesos de empobrecimiento*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2006
- ESQUEMBRE VALDÉS, M. DEL M., «Género y ciudadanía, mujeres y Constitución», en *Feminismo/s*, Universidad de Alicante. Centro de Estudios sobre la Mujer, n.º 8, diciembre de 2006, págs. 35-51, disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos\\_15\\_12.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/15634/1/Feminismos_15_12.pdf) [u. a. 09/06/2021]
- ESQUINAS VALVERDE, P., *Mediación entre víctima y agresor en la violencia de género. La mediación entre la víctima y el agresor en el ámbito de la violencia de género: ¿una oportunidad o un desatino?*, Universidad de Granada-Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- ETXEBERRIA GURIDI, J. F., «La mediación penal en el ordenamiento español: algunas cuestiones no resueltas tras las recientes reformas procesales», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 53-80
- EVANS, E., *The Politics or Third Wave Feminisms: Neoliberalism, Intersectionality, and the State in Britain and the US*, Palgrave Macmillan, 1ª ed., Houndmills - Nueva York, 2015
- FACCHI, A., «El pensamiento feminista sobre el Derecho: Un recorrido desde Carol Gilligan a Tove Stang Dahl», en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho de Buenos Aires*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, año 3, n.º 6, primavera de 2005, págs. 27-47, disponible en [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/pub\\_ra\\_n6.php](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/pub_ra_n6.php) [u. a. 09/06/2021]
- FARALDO CABANA, P., «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género», en *Revista Penal*,



- Universidad de Huelva, n.º 17, 2006, págs. 72-94, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12271> [u. a. 09/06/2021]
- FAUSTO-STERLING, A., *Sex/Gender. Biology in a Social World*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2012
- FEBLES POZO, N., «Confidencialidad, privacidad y transparencia en el arbitraje internacional», en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 40, enero-junio de 2021, págs. 465-494
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La *actio popularis* romana como antecedente y fundamento de la acción popular ex artículo 125 CE», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 6, 2020, s. p.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «*Actio popularis* y defensa del interés general en la experiencia jurídica romana», en VV. AA., *X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica: Madrid (España) 22, 23 y 24 de noviembre de 2018. Tomo I*, BOE, págs. 83-89, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/otras\\_publicaciones/actas\\_congreso\\_academias\\_juridicas\\_iberamerica\\_10.php](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/otras_publicaciones/actas_congreso_academias_juridicas_iberamerica_10.php) [u. a. 09/06/2021]
- FERNÁNDEZ LIESA, C. R., y DÍAZ BARRADO, C. M. (dirs.), y ALCOCEBA GALLEGO, M. A., y MANERO SALVADOR, A. (coords.), *El Tratado de Lisboa. Análisis y perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2008
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2005
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. A., *La mediación en procesos por violencia de género*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015
- FERNÁNDEZ NIETO, J., «Diligencia debida en violencia de género y errores de la Administración de Justicia: Una ausencia de mecanismos reparadores y una propuesta de futuro. Comentario a la STS de la Sala del Contencioso-Administrativo 1263/2018, de 17 de julio de 2018», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 48, mayo de 2019
- FERRER-PÉREZ, V. A., y BOSCH-FIOL, E., «El Género en el Análisis de la Violencia contra las Mujeres en la Pareja: de la “Ceguera” de Género a la Investigación Específica del Mismo», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 69-76, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021]
- FERRER-PÉREZ, V. A., y BOSCH-FIOL, E., «Violencia contra las mujeres», en BARBERÁ, E., y MARTÍNEZ BENLLOCH, I., *Psicología y Género*, Pearson Educación, Madrid, 2004, págs. 241-270
- FERRER PÉREZ, V. A., BOSCH FIOL, E., CAPILLA NAVARRO, G., RAMIS PALMER, M C., y GARCÍA BUADES, M. E., «Los micromachismos o microviolencias en la relación de pareja: Una aproximación empírica», en *Anales de Psicología*, Universidad de Murcia, vol. 24, n.º 2, diciembre de 2008, págs. 341-352, disponible en <https://revistas.um.es/analesps/article/view/42961> [u. a. 09/06/2021]
- FIGUERUELO BURRIEZA, Á., «La violencia de género: Una cuestión de Derechos Humanos», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.),

¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas, Comares, Granada, 2015, págs. 57-68

FIGUERUELO BURRIEZA, Á., *El derecho a la tutela judicial efectiva*, Tecnos, Madrid, 1990

FIRESTONE, S., *The dialectic of sex: The Case for Feminist Revolution*, William Morrow and Company Inc., Nueva York, 1970

FLECHA, A., «Las hijas de las feministas. El feminismo del siglo XXI: ¿declive o democratización?», en *Revista de Sociología de la Educación-RASE*, Universitat de València-Comité de Investigación de Sociología de la Educación de la Federación Española de Sociología, vol. 3, n.º 3, 2010, págs. 325-335, disponible en <https://ojs.uv.es/index.php/RASE/article/view/8715> [u. a. 09/06/2021]

FOLLINGSTAD, D. R., «Rethinking current approaches to psychological abuse: Conceptual and methodological issues», en *Aggression and Violent Behavior: A Review Journal*, Elsevier Science, n.º 12, 2007, págs. 439-458

FONTESTAD PORTALÉS, L., «En busca de nuevas soluciones procesales y extraprocesales en el transporte de mercancías», en *Revista de Derecho del Transporte: Terrestre, Marítimo, Aéreo y Multimodal*, Marcial Pons, n.º 26, 2020, págs. 103-146

FONTESTAD PORTALÉS, L., «Derecho marítimo y mediación: un camino por recorrer», en MARTÍN DIZ, F. (dir.), y CARRIZO GONZÁLEZ-CASTEL (coord.), *Mediación en la Administración de Justicia: Implantación y desarrollo*, Andavira, Madrid, 2017, págs. 115-144

FONTESTAD PORTALÉS, L., «Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 236/2016, de 8 de abril. Error judicial», en *Ars Iuris Salmanticensis*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, vol. 4, n.º 2, diciembre de 2016, págs. 284-287, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15337> [u. a. 09/06/2021]

FREIXES, T. y ROMÁN, L., Presentación a FREIXES, T., y ROMÁN, L. (edits.), *Protección de las víctimas de violencia de género en la Unión Europea. Estudio preliminar de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección*, Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, 2014, págs. 7-8

FRIEDAN, B., «Our Revolution Is Unique (1968)», en DOLBEARE, K. M., y CUMMINGS, M. S., (edits.), *American Political Thought*, Congressional Quarterly Press, 5ª ed., Washington, 2004, págs. 450-455

FUENTES SORIANO, O., «El derecho al silencio y sus consecuencias en el proceso», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 46, septiembre de 2018

FUENTES SORIANO, O., «Los procesos por violencia de género. Problemas probatorios tradicionales y derivados del uso de las nuevas tecnologías», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 44, enero de 2018

FUENTES SORIANO, O., *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2009

- FUENTES SORIANO, O., «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Diario La Ley*, nº 6362, 18 de noviembre de 2005, s. p.
- FUENTES SORIANO, O., «Los nuevos juzgados contra la violencia sobre la mujer», en VV. AA., *La Administración de justicia en la Ley integral contra la violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2005, págs. 77-109
- FUENTES SORIANO, O., «El Ministerio Fiscal. Consideraciones para su reforma», en *Fundación Alternativas, Documento de trabajo 16/2003*, disponible en <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-ministerio-fiscal-consideraciones-para-su-reforma> [u. a. 09/06/2021]
- FUENTES SORIANO, O., *Las costas en la nueva LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000
- FULLER, R. C., y MYERS, R. R., «The Natural History of a Social Problem», en *American Sociological Review*, American Sociological Association, vol. 6, n.º 3, junio de 1941, págs. 320-329
- FUSTER GARCÍA, F., «La Declaració de Sentiments y Resolucions de Seneca Falls», en *L'Espill*, Publicacions de la Universitat de València, 2ª época, n.º 27, 2007, págs. 103-110, disponible en <file:///C:/Users/Dell/Downloads/L'ESPILL%2027.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- GALÁN MUÑOZ, A., «De la “Violencia doméstica” a la “Violencia de género”: ¿Un paso fallido hacia el Derecho penal del enemigo?», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 49-90
- GALTUNG, J. (TODA, T., trad.), *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la guerra y la violencia*, Gernika Gogoratuz, Bilbao, 1998
- GALTUNG, J., «Cultural Violence», en *Journal of Peace Research*, Sage Publications, vol. 27, n.º 3, agosto de 1990, págs. 291-305
- GAMINDE MONTROYA, Á., «Violencia sobre la mujer (una ley apresurada, la 1/2004)», en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 147-156, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]
- GARAY MONTAÑEZ, L., «Investigación y docencia en derecho constitucional: Apuntes y materiales para la comprensión de un constitucionalismo inclusivo», en *Revista de Educación y Derecho. Education and law review*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2015, disponible en <https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/11989/14766> [u. a. 09/06/2021]
- GARBERÍ LLOBREGAT, J., *Capacidad, postulación y legitimación de las partes en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 2009
- GARCÍA ÁLVAREZ, P., «Precedentes de la denominada “violencia de género” en el Código penal español. Apuntes críticos», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 25-48

- GARCÍA AMADO, J. A., «El obediente, el enemigo, el derecho penal y Jakobs», en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, n.º 69, enero-junio de 2006, págs. 100-136, disponible en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/432> [u. a. 09/06/2021]
- GARCÍA AMADO, J. A., «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 9, 1992, págs. 13-42, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10001300042](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10001300042) [u. a. 09/06/2021]
- GARCÍA DAMBORENEA, R., *Uso de razón: El arte de Razonar, Persuadir, Refutar. Un programa integral de iniciación a la lógica, el debate y la dialéctica*, Edición corregida y ampliada, febrero de 2012
- GARCÍA FALCONI, R. J., y LARENAS CORTEZ, M., «Los albores del Derecho penal: la regulación del poder punitivo en los códigos sumerios, acadios y semitas», en *Revista Derecho Penal y Criminología*, Universidad Externado de Colombia, vol. 37, n.º 102, junio de 2016, págs. 69-82, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/4655> [u. a. 09/06/2021]
- GARCÍA HERRERA, V., «Transparencia jurisdiccional y protección de datos. La anonimización de sentencias», en *Actualidad Civil*, Wolters Kluwer, n.º 3, marzo de 2019, s. p.
- GARCÍA LÓPEZ, D. J., «¿Teoría jurídica queer?: Materiales para una lectura queer del derecho», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 32, 2016, págs. 323-348, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10032300348](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10032300348) [u. a. 09/06/2021]
- GARCÍA MOLINA, P., «Los principios informadores de la mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 63-69
- GARCÍA MOUTON, P., «Género como traducción de *gender*: ¿anglicismo incómodo?», en VIGARA TAUSTE, A. M., y JIMÉNEZ CATALÁN, R. M. (eds.), '*Género*', *sexo, discurso*, Ediciones del Laberinto, Madrid, 2002, págs. 133-150
- GARCÍA RIBAS, N., «Delitos de atentado, resistencia y desobediencia», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 769-777
- GARCÍA SÁEZ, J. A., «Pacifismo jurídico», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, Universidad Carlos III, n.º 17, octubre de 2019-marzo de 2020, págs. 220-234, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/5027> [u. a. 09/06/2021]
- GARCÍA SÁEZ, J. A., «Guerra, coacción y autotutela en el pacifismo jurídico de Hans Kelsen», en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2010, págs. 177-189, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/239021> [u. a. 09/06/2021]

- GARCÍA VALDÉS, C., «La legislación antiterrorista española», en *La Ley Penal*, n.º 74, septiembre de 2010, s. p.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Tratado de Criminología*, Tirant lo Blanch, 5ª ed., Valencia, 2014
- GARCÍA-ROSTÁN CALVÍN, G., «Víctima y mediación penal», en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 26, 2008, págs. 445-456, disponible en <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/113331> [u. a. 09/06/2021]
- GAROFANO, L., CONZ, A., y LEVITA, L., *Femminicidio: Commento organico al D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convetito dalla L. 15 ottobre 2013, n.º 119, in materia di sicurezza e di contrasto alla violenza di genere*, Dike, Roma, 2013
- GARZÓN VALDÉS, E., «¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 5, 1988, págs. 155-173, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1988-n5-es-eticamente-justificable-el-paternalismo-juridico> [u. a. 09/06/2021]
- GEORGE, M. J., «Invisible touch», en *Agression and Violent Behavior*, Elsevier, n.º 8, 2003, págs. 23-60
- GEORGE, S., Prólogo a SALMI, J., *Violence and Democratic Society: New approaches to Human Rights*, Zed Books, Londres - Nueva Jersey, 1993, págs. IX-X
- GIBERT, B. (MOLINA Y TOLOSA, B., trad.), *La Rhetorica ó Reglas de la Eloquencia*, en la oficina de la viuda é hijo de Marín, Madrid, 1792
- GIBERT, B., *La Rhetorique ou les Regles de l'Eloquence*, Montalant, Montpellier, 1741
- GIL NIEVAS, R., «La directiva de mediación en la comunidad europea», en GONZALO QUIROGA, M. (dir.-edit.), y BAGAZA FERNÁNDEZ, I., GONZALO QUIROGA, M., y VENTAS SASTRE, R. (coords.), *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Universidad Rey Juan Carlos-Dykinson, Madrid, 2006, págs. 35-58
- GILES, W., y HYNDMAN, J. (edits.), *Sites of Violence. Gender and Conflict Zones*, University of California Press, Berkeley - Los Ángeles - Londres, 2004
- GILLIGAN, C., *In a Different Voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge - Londres, 1982
- GILLIGAN, C. «In a Different Voice: Women's Conceptions of Self and of Morality», en *Harvard Educational Review*, vol. 47, n.º 4, noviembre de 1977, págs. 841-517
- GIMBERNAT, J. A., «La declaración de Derechos Humanos de 1948 y su raíz histórica», en *Tiempo de Paz*, Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad – Spain, n.º 90, 2008, págs. 21-26
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «La Ley de Violencia de Género ante el Tribunal constitucional», en *El Mundo*, 16 de junio de 2008, s. p., disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1029582](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1029582) [u. a. 09/06/2021]
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Los nuevos gestores de la moral colectiva», en *El Mundo*, 10 de julio de 2004, s. p., disponible en



[https://www.almendron.com/politica/pdf/2004/spain/spain\\_0862.pdf](https://www.almendron.com/politica/pdf/2004/spain/spain_0862.pdf) [u. a. 09/06/2021]

GIMÉNEZ GARCÍA, J., «Reflexiones sobre la acción popular en el proceso penal desde la Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, n.º 23, 2009, págs. 317-331, disponible en <https://www.ehu.es/documents/1736829/2176697/24+Gimenez.pdf> [u. a. 09/06/2021]

GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., *Pluralidad de partes en el proceso penal*, McGraw-Hill, Aravaca, 1998

GIMENO, B., «¿Qué feminismo?», en *Transversales*, Sepha, n.º 16, otoño de 2009, s. p., disponible en <http://www.transversales.net/t16bg.htm> [u. a. 09/06/2021]

GIMENO BEVIÁ, J., «Los derechos fundamentales de la persona jurídica en el proceso penal», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), y SANZ HERMIDA, Á. (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 311-334

GIMENO SENDRA, V., «El principio de oportunidad y la mediación penal», en CALAZA LÓPEZ, S., y MUINELO COBO, J. C. (dirs.), *Postmodernidad y proceso europeo: la oportunidad como principio informador del proceso judicial*, Dykinson, Madrid, 2020, págs. 237-256

GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Penal*, Aranzadi, 3ª ed., Cizur Menor, 2019

GIMENO SENDRA, V., «El derecho a la presunción de inocencia», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y DEMETRIO CRESPO, E. (dirs.), y SANZ HERMIDA, Á. (coord.), *Legalidad y Defensa: Garantías Constitucionales del Derecho y la Justicia Penal*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015, págs. 201-218

GIMENO SENDRA, V., «La Ley de tasas judiciales en el orden procesal civil», en *Diario La Ley*, n.º 8037, 6 de marzo de 2013, s. p.

GIMENO SENDRA, V., «Qué hacer con la acción penal popular», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 14, Madrid, junio de 2010, págs. 60-64

GIMENO SENDRA, V., «La doctrina del Tribunal Supremo sobre la Acusación Popular: los casos «BOTÍN» y «ATUTXA»», en *Diario La Ley*, n.º 6970, 18 de junio de 2008, s. p.

GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988

GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos del Derecho Procesal: (Jurisdicción, Acción y Proceso)*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1981

GIMENO SENDRA, V., *La querrela*, Bosch, Barcelona, 1977

GIMENO SENDRA, V., DÍAZ MARTÍNEZ, M., y CALAZA LÓPEZ, S., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020

GIRÓN LARRUCEA, J. A., *El sistema jurídico de la Unión Europea: la reforma realizada en el Tratado de Lisboa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008

- GISBERT GRIFO, S., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., *Género y violencia*, Tirant lo Blanch, 2ª ed., Valencia, 2016
- GOERLICH PESET, J. M., NORES TORRES, L. E., y ESTEVE-SEGARRA, A., *Curso de Derecho Procesal Laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- GOLDFARB, S. F., «Reconceiving Civil Protection Orders for Domestic Violence: Can Law Help End The Abuse Without Ending the Relationship?», en *Cardozo Law Review*, vol. 29, n.º 4, 2008, págs. 1487-1551
- GÓMEZ COLOMER, J.-L., «Acción particular, acción popular y sobrecarga de la Administración de Justicia penal», en *Poder Judicial*, CGPJ, 2ª época, n.º 8, Madrid, diciembre de 1987, págs. 27-32
- GÓMEZ COLOMER, J.-L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1985
- GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Introducción al Derecho Procesal. Derecho Procesal I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., (coords.), *Proceso penal. Derecho Procesal III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021
- GÓMEZ RECIO, F., «De cómo las administraciones compiten con el Ministerio Fiscal para ejercer la acusación en los delitos relacionados con la violencia de género», en *Diario La Ley*, n.º 7607, 8 de abril de 2011, s. p.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., «El “presunto” injusto de los delitos contra la violencia de género», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 91-115
- GONDA, J., «La prevalença de la violència contra la dona. El debat internacional i la situació a Catalunya», en *Apunts de seguretat*, Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya, n.º 12, Barcelona, noviembre de 2013, págs. 33-62
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, J. L., «Sistema de seguimiento integral en los casos de violencia de género (sistema VioGén)», en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, Dirección General de la Guardia Civil, 3ª época, n.º 56, 2018, págs. 83-102, disponible en <https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=20653> [u. a. 09/06/2021]
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, M., *Guardianas nazis: el lado femenino del mal*, Edaf, 1ª ed., Madrid, 2012
- GONZÁLEZ CALLEJA, E., «La definición y la caracterización de la violencia desde el punto de vista de las ciencias sociales», en *Arbor: Ciencia, pensamiento, cultura*, CSIC, Madrid, vol. 167, n.º 657, 2000, págs. 153-185
- GONZÁLEZ CANO, M. I., «Breve reflexión sobre los avances de la Unión Europea en materia de mediación penal», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 39-53
- GONZÁLEZ CANO, M. I., «La mediación penal en España», en BARONA VILAR, S. (dir.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 19-52



- GONZÁLEZ MONJE, A., «La declaración de la víctima de violencia de género como única prueba de cargo: últimas tendencias jurisprudenciales en España», en *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 6, n.º 3, 2020, págs. 1627-1660, disponible en <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/377> [u. a. 09/06/2021]
- GONZÁLEZ MONTES, J. L., «Notas en torno a la acción penal y su ejercicio», en MORENO CATENA, V., (coord.), *Problemas actuales de la Justicia: Homenaje al Prof. Gutiérrez-Alviz y Armario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1988, págs. 737-746
- GONZÁLEZ NAVARRO, A., *Acusación y defensa en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 2004
- GONZÁLEZ RAMÍREZ, I. X., «¿Es la justicia restaurativa un aporte a los valores del sistema jurídico?», en *Revista de Justicia Restaurativa*, Sociedad Científica de Justicia Restaurativa, n.º 2, 2012, págs. 5-36
- GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., «La conformidad en el proceso abreviado y en el llamado «juicio rápido»», en *Diario La Ley*, n.º 5895, 18 de noviembre de 2003, s. p.
- GORDON BENITO, I., «La violencia de género y los contornos de la criminalidad por odio en la jurisprudencia sobre la agravante del art. 22.4 CP: ¿Un salto hacia lo desconocido?», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, n.º 24, julio de 2020, págs. 89-160, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/28285> [u. a. 09/06/2021]
- GRACIA MARTÍN, L., «El trazado histórico iusfilosófico y teórico-político del Derecho penal del enemigo», en VV. AA., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 1ª ed., Cizur Menor, 2005, págs. 447-492
- GRAHAM-KEVAN, N., y ARCHER, J., «Intimate Terrorism and Common Couple Violence: A Test of Johnson's Predictions in Four British Samples», en *Journal of Interpersonal Violence*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 18, n.º 11, noviembre de 2003, págs. 1247-1270
- GRAMSCI, A., «La città futura», Federazione giovanile piemontese del Partito Socialista, febrero de 1917, s. p., disponible en <https://www.marxists.org/italiano/gramsci/17/cittafutura.htm> [u. a. 09/06/2021]
- GRANDE-MARLASKA GÓMEZ, F., «La acción popular-la acusación particular», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 7, Bilbao, 2010, págs. 237-251, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]
- GRAÑA GÓMEZ, J. L., y CUENCA MONTESINO, M. L., «Prevalence of psychological and physical intimate partner aggression in Madrid (Spain): A dyadic analysis», en *Psicothema*, Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, vol. 26, n.º 3, 2014, págs. 343-348, disponible en <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=4198> [u. a. 09/06/2021]
- GUARDIOLA GARCÍA, J., *La realización arbitraria del propio derecho*, Tirant lo Blanch-Universitat de València, Valencia, 2003

- GUARDIOLA LAGO, M. J., «La víctima de violencia de género en el sistema de justicia y la prohibición de la mediación penal», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 12, noviembre de 2009
- GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español: Su nueva reglamentación conforme a la ley de 22 de diciembre de 1953*, Bosch, Barcelona, 1956
- GUERRA PALMERO, M. J., «La mujer-filósofo o la más “antinatural” de las criaturas. El torno a Simone de Beauvoir y a su obra *El Segundo Sexo*», en *Valenciana: estudios de Filosofía y Letras*, Universidad de Guanajuato, n.º 7, 2016, págs. 131-146, disponible en <http://www.revistavalenciana.ugto.mx/index.php/valenciana/article/view/229> [u. a. 09/06/2021]
- GUERRERO GALVÁN, A. V., y GONZÁLEZ ROMERO, M. H., «Paradigmas de género: el lenguaje de la ética de la justicia y la ética del cuidado en ámbitos de confianza y no confianza en un grupo de jóvenes profesionistas homosexuales de la ciudad de Monterrey, México», en *CONfines de Relaciones Internacionales y Ciencia Política*, Tecnológico de Monterrey. Departamento de Relaciones Internacionales y Ciencia Política, vol. 6, n.º 12, agosto-diciembre de 2010, págs. 125-156, disponible en <https://confines.mty.itesm.mx/> [u. a. 09/06/2021]
- GUERRERO PALOMARES, S., «¿Es necesaria la transposición de la directiva 343/2016, de 9 de marzo, en materia de presunción de inocencia?», en *Revista de Estudios Europeos*, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, n.º extraordinario monográfico 1, 2019, págs. 164-183, disponible en <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2019/n-extraordinario-monografico-1-2019/168-es-necesaria-la-transposicion-de-la-directiva-343-2016-de-9-marzo-en-materia-de-presuncion-de-inocencia> [u. a. 09/06/2021]
- GUERRERO PALOMARES, S., *El Principio Acusatorio*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2005
- GUIBERT OVEJERO-BECERRA, S., *El Ministerio Fiscal en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014
- GUIMERÁ I GALIANA, A., «La mediación-reparación en el Derecho Penal de adultos», en *Revista Española de Investigación Criminológica (REIC)*, Sociedad Española de Investigación Criminológica, n.º 3, 2005, disponible en <https://reic.criminologia.net/index.php/journal/article/view/20> [u. a. 09/06/2021]
- GUTIÉRREZ AZANZA, D. A., «Delito de «sexting», configuración jurisprudencial», en *Diario La Ley*, n.º 9760, 23 de diciembre de 2020, s. p.
- GUTIERREZ DE CABIEDES E HIDALGO DE CAVIEDES, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, Elcano, 1999
- GUTIÉRREZ ESTEBAN, P., y LUENGO GONZÁLEZ, M. R., «Los feminismos en el siglo XXI. Pluralidad de pensamientos», en *Brocar: Cuadernos de investigación histórica*, Universidad de La Rioja, n.º 35, 2011, págs. 335-351, disponible en

<https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/brocar/article/view/1610/1506> [u. a. 09/06/2021]

- GUTIÉRREZ GIL, A. J., «La dimensión constitucional del ofrecimiento de acciones», en *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 5, 1998, págs. 9-49
- GUTIÉRREZ SAN MIGUEL, B., «¿Tienen efecto las campañas de prevención de la violencia de género?», en DEL POZO PÉREZ, M. (dir.), y GALLARDO RODRÍGUEZ, A. (coord.), *¿Podemos erradicar la violencia de género?: Análisis, debate y propuestas*, Comares, Granada, 2015, págs. 89-104
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «Actualización jurisprudencial de los criterios orientativos de valoración del testimonio de la víctima de violencia de género en el juicio oral», en JIMÉNEZ CONDE, F., y BELLIDO PENADÉS, R. (dirs.), y LLOPIS NADAL, P., y DE LUIS GARCÍA, E. (coords.), *Justicia: ¿garantías versus eficiencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 705-713
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., «La cuestión declinatoria en el Real Decreto-Ley 5/2012 de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles», en *Diario La Ley*, n.º 7871, 1 de junio de 2012, s. p.
- GUTIÉRREZ SANZ, M. R., *La conciliación en la audiencia previa: análisis y técnicas para una gestión eficaz*, La Ley, Las Rozas, 2010
- GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI, F., y LÓPEZ LÓPEZ, E. (coords.), *Derechos procesales fundamentales*, CGPJ, Madrid, 2004
- GUY-SHEFTALL, B., «Breaking the Silence: a Black Feminist Response to the Thomas/Hill Hearings (for Audre Lorde)», en *The Black Scholar*, Robert Chrisman Foundation-Routledge, vol. 22, n.º 1/2, diciembre de 1991, págs. 35-37
- HANISCH, C., «The Personal is Political», en FIRESTONE, S., y KOEDT, A. (edits.), *Notes From The Second Year: Women's Liberation. Major Writings on the Radical Feminists*, Nueva York, 1970, págs. 76-78
- HANNA, C., «No right to choose: Mandated victim participation in domestic violence prosecutions», en *Harvard Law Review*, vol. 109, n.º 8, junio de 1996, págs. 1849-1910
- HELLUM, A., y AASEN, H. S. (edits.), *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- HENN, E. V., *International Human Rights Law and Structural Discrimination. The Example of Violence against Women*, Springer-Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V., to be exercised by Max-Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg, 2019
- HENRY, A., *Not My Mother's Sister: Generational Conflict and Third-Wave Feminism*, Indiana University Press, Bloomington - Indianapolis, 2004
- HERNÁNDEZ GALILEA, J. M., «Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio», en *Ars Iuris Salmanticensis. Revista Europea e Iberoamericana de Pensamiento y Análisis de Derecho, Ciencia Política y Criminología*, vol. 4, n.º 2,

- Ediciones Universidad de Salamanca, diciembre de 2016, págs. 178-181, disponible en <https://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/15294> [u. a. 09/06/2021]
- HERNÁNDEZ HIDALGO, P., *Violencia de pareja: crítica victimológica a la respuesta del sistema de justicia penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017
- HERNÁNDEZ HIDALGO, P., «Análisis de la violencia de pareja bidireccional desde un punto de vista victimológico», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-05, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-05.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- HIDALGO HUERTA, J. J., «Justicia Retributiva, Justicia Restaurativa, Mediación Penal y crítica al Modelo del Proceso Penal», en *Revista Jurídica*, Facultad de Derecho. Universidad Católica de Guayaquil, edición 22, 2007, págs. 339-360, disponible en <https://www.revistajuridicaonline.com/2007/07/justicia-retributiva-justicia-restaurativa-mediacion-penal-y-critica-al-modelo-del-proceso-penal/> [u. a. 09/06/2021]
- HIGUERA GUIMERÁ, J. F., *El delito de coacciones*, Bosch, 1ª ed., Barcelona, 1978
- HILL, A., *Speaking Truth to Power*, Doubleday, Nueva York, 1997
- HIRSCHEL, D., BUZAWA, E., PATTAVINA, A., y FAGGIANI, D., «Domestic Violence and Mandatory Arrest Laws: To What Extent Do They Influence Police Arrest Decisions», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University, School of Law, vol. 98, n.º 1, 2007, págs. 255-298, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol98/iss1/6/> [u. a. 09/06/2021]
- HOBBS, T., *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Commonwealth, Ecclesiastical and Civil*, George Routledge and sons, 4ª ed., Manchester - Nueva York, 1894
- HURTADO POZO, J., «La protección de las víctimas de la violencia de género en Suiza y en Francia», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 531-572
- IGLESIAS RÍO, M. Á., «La expulsión de extranjeros», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 173-188
- IRIGAY, L. (LINARES, P., trad.), *Yo, tú, nosotras*, Cátedra, Madrid, 1992
- IZQUIERDO BENITO, M. J., «Los órdenes de la violencia: especie, sexo y género», en FISAS, V. (edit.), *El sexo de la violencia: género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 61-91
- JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo», en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, págs. 21-56

- JAKOBS, G. (CANCIO MELIÁ, M., trad.), «¿Terroristas como personas en Derecho?», en JAKOBS, G., y CANCIO MELIÁ, M., *Derecho penal del enemigo*, Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2006, págs. 57-83
- JAKOBS, G. (MANSO PORTO, T., trad.), «La autocompresión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente», en ESER, A., HASSEMER, B., BURKHARDT, B. (coords. versión alemana) y MUÑOZ CONDE, F. (coord. versión española), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 53-63
- JAKOBS, G. (MANSO PORTO, T., trad.), «La ciencia del Derecho penal ante las exigencias del presente», en *Estudios de derecho judicial*, n.º 20, 1999, págs. 119-146
- JAKOBS, G. (PEÑARANDA RAMOS, E., trad.), «Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico», en JAKOBS, G. (PEÑARANDA RAMOS, E., SUÁREZ GONZÁLEZ, C. J., y CANCIO MELIÁ, M., trads.), *Estudios de Derecho penal*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1997, págs. 293-324
- JAKOBS, G. (CUELLO CONTRERAS, J., y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J. L., trads.), *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, 2ª ed., Madrid, 1997
- JAYME ZARO, M., «La identidad de género», en *Revista de psicoterapia*, Revista de Psiquiatría y Psicología Humanista, vol. X, n.º 40, 1999, págs. 5-22
- JIMÉNEZ LÓPEZ, M. N., «Actos procesales de las uniones de hecho», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 15, mayo de 2008
- JIMENO BULNES, M., «Sobre la mediación, justicia restaurativa y otras justicias», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 96-148
- JOHNSON, M. P., *A typology of domestic violence: Intimate Terrorism, Violent Resistance, and Situational Couple Violence*, Northeastern University Press, Boston, 2008, s. p.
- JOHNSON, M. P., «Patriarchal Terrorism and Common Couple Violence: Two Form of Violence against Women», en *Journal of Marriage and Family*, National Council on Family Relations, vol. 57, n.º 2, mayo de 1995, págs. 283-294
- JUAN SÁNCHEZ, R., *Legislación Procesal y Comunidades Autónomas: Análisis crítico del art. 149.1.6ª CE y las leyes autonómicas de casación civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014
- JUAN SÁNCHEZ, R., «Ejercicio de la acusación popular por las Administraciones autonómicas en los delitos de violencia de género: una grieta en el proceso penal español único», en *Diario La Ley*, n.º 6897, 5 de marzo de 2008, s. p.
- KAHNEMAN, D. (CHAMORRO MIELKE, J., trad.), *Pensar rápido, pensar despacio*, Debolsillo, 6ª ed., 5ª reimp., Barcelona, 2018
- KELLY, E. M., «I. Female, Young, African-American and Low-Income: What's Feminism Got to Do with Her?», en *Feminism & Psychology*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 11, n.º 2, mayo de 2001, págs. 152-156



- KHALAF REDA, A., «La aplicación jurisprudencial de la acción popular», en *La Ley Penal*, n.º 144, mayo-junio de 2020, s. p.
- KOGAN, R., *America's Mom: The Life, Lessons, and Legacy of Ann Landers*, Thorndike Press, Waterville, Maine, 2004
- KOHEN, B., «El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual», en BIRGIN, H. (comp.), *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho: el debate actual*, Biblos, Buenos Aires, 2000, págs. 73-105
- KOHLBERG, L. (ZUBIAUR ZÁRATE, A., trad.), *Psicología del desarrollo moral*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 1992
- KOHN, M. L., «Looking Back-A 25-Year Review and Appraisal of Social Problems Research», en *Social Problems*, Oxford University Press, vol. 24, n.º 1, octubre de 1976, págs. 94-112
- KUENNEN, T. L., «Private Relationships and Public Problems: Applying Principles of Relational Contract Theory to Domestic Violence», en *Brigham Young University Law Review*, vol. 2010, n.º 2, 2010, págs. 515-596, disponible en <https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2010/iss2/10/> [u. a. 09/06/2021]
- LAGUNA PONTANILLA, G., *Claves Prácticas de los Procesos por Violencia de Género*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2016
- LAMAS LEITE, A., «La violencia doméstica, en especial la violencia relacional íntima: panorámica del derecho penal y procesal penal portugués», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 261-305
- LANZAROTE MARTÍNEZ, P., *La autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal y la reforma de su Estatuto Orgánico*, La Ley, Madrid, 2008
- LAPIEDRA ALCAMÍ, R., *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008
- LARA LÓPEZ, A. M., «Artículo 48. Presunción de inocencia y derecho de defensa», en MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs. y coords.), *La Europa de los Derechos: Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Comares, Granada, 2012, págs. 1251-1276
- LARA PEINADO, F. (trad.), *Código de Hammurabi*, Tecnos, Madrid, 1986
- LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa. Un caso de aplicación masculina del Derecho», en LARRAURI, E., *Mujeres y sistema penal: Violencia doméstica*, BdeF, Buenos Aires - Montevideo, 2008, págs. 41-94
- LARRAURI, E., «¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?», en *Cuadernos penales José María Lidón*, Universidad de Deusto, n.º 2, Bilbao, 2005, págs. 157-181, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]
- LARRAURI, E., «Control formal:... y el derecho penal de las mujeres», en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, Siglo Veintiuno de España Editores, 1ª ed., Madrid, abril de 1994, págs. 93-108

- LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa: una aplicación masculina del derecho penal», en *Jueces para la democracia: Información y debate*, Asociación de Jueces para la democracia, n.º 23, marzo de 1994, págs. 22-23
- LATORRE LATORRE, V., *Acción popular / acción colectiva*, Civitas, Madrid, 2000
- LAURENZO COPELLO, P., «¿Hacen falta figuras género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015, págs. 783-830, disponible en <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/2915> [u. a. 09/06/2021]
- LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., y RUBIO, A. (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 329-361
- LAURENZO COPELLO, P., «Violencia de género y Derecho penal de excepción: Entre el discurso de la resistencia y el victimismo punitivo», en POLO GARCÍA, S., y PERAMATO MARTÍN, S. (dirs.), *Aspectos procesales y sustantivos de la Ley Orgánica 1/2004*, CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial I-2007, Madrid, págs. 33-74
- LAURENZO COPELLO, P., «La violencia de género en la Ley Integral: Valoración político-criminal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 07-08, 2005, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- LAURENZO COPELLO, P., «Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada», en PÉREZ ÁLVAREZ, F. (edit.), *Serta: In memoriam Alexandri Baratta*, Universidad de Salamanca, 1ª ed., Salamanca, mayo de 2004, págs. 827-844
- LEÓN, S., «François Poulain de la Barre: Feminismo y Modernidad», en *Astrolabio: revista internacional de filosofía*, Universitat de Barcelona, n.º 11, 2010, págs. 257-270, disponible en <https://www.raco.cat/index.php/Astrolabio/article/view/239029/321290> [u. a. 09/06/2021]
- LIROLA DELGADO, I., «La protección de los Derechos Humanos en la Unión Europea. Reflexiones a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en *Agenda Internacional*, Instituto de Estudios Internacionales, año X, n.º 20, 2004, págs. 93-111
- LITKE, R., «Violencia y poder», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, París, n.º 132, junio de 1992, págs. 161-172
- LÓPEZ GIL, M., «Efectos de la rebeldía en la determinación de la competencia territorial por sumisión tácita», en ROBLES GARZÓN, J. A., y ORTELLS RAMOS, M., (dirs.), y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I., DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y., FONTESTAD PORTALÉS, L., LÓPEZ GIL, M., MOLINA CABALLERO, M. J., y LARA LÓPEZ, A. (coords.), *Problemas actuales del proceso iberoamericano. XX Jornadas iberoamericanas de Derecho procesal. Tomo II*, Centro de Estudios de la Diputación Provincial de Málaga, Málaga, 2006, págs. 127-134
- LÓPEZ JIMÉNEZ, R., «La evitación del proceso laboral a través de la conciliación», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.),



- Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, C., «Las familias reconstituidas. Una realidad en continuo crecimiento», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, n.º 13, Valencia, 2020, págs. 194-223, disponible en <http://www.revista-aji.com/revista-numero-13/> [u. a. 09/06/2021]
- LÓPEZ YAGÜES, V., «Mediación y proceso judicial, instrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 137, marzo-abril de 2019, s. p.
- LORENZANO, S., «Entre la habitación propia y la plaza de todos: o Simone de Beauvoir como pretexto», en *Revista Casa del Tiempo*, Universidad Autónoma Metropolitana, secc. Laberinto, México D.F., abril de 2004, págs. 14-19, disponible en <http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2004/lorenzano.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- LOUSADA, F., «El Caso González Carreño contra España», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n.º 37, Zaragoza, julio-diciembre de 2015, págs. 6-15
- LOUSADA AROCHENA, J. F., «El acoso sexual en el Convenio de Estambul y su transposición interna: el Pacto de Estado en materia de violencia de género», en GIL RUIZ, J. M. (edit.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinador*, Dykinson, Madrid, 2018, págs. 71-100
- LOWER, W., *Hitler's furies: German women in the nazi killing fields*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston - Nueva York, 2013
- LOZANO CONTRERAS, J. F., *La noción de debida diligencia en Derecho internacional público*, Atelier, Barcelona, 2007
- LOZANO EIROA, M., «El derecho al silencio del imputado en el proceso penal», en *Diario La Ley*, n.º 7925, 18 de septiembre de 2021, s. p.
- LOZANO EIROA, M., «Problemas procesales que plantea la dispensa del deber de declarar en los delitos de violencia de género», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 31, septiembre de 2013
- LOZANO Y CORBÍ, E., *La legitimación popular en el Proceso romano clásico*, Bosch, Barcelona, 1982
- LUISI, L. (NÚNES APOLINÁRIO, M., trad.), «Un derecho penal del enemigo: el derecho penal soviético», en CANCIO MELIÁ, M., y GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (coords.), *Derecho penal del enemigo: El discurso de la exclusión*, vol. 2, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 233-256
- LUZÓN CÁNOVAS, A., «La acción popular. Análisis comparativo con la acusación particular», en *Diario La Ley*, 15 de febrero de 2002, s. p.
- MACHADO RUIZ, M. D., «La perspectiva de género de Derecho Comparado», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *La violencia de género en la Ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 39-90
- MACKINNON, C. A., *Toward a feminist theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts - Londres, 1989

- MACKINNON, C. A., *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, Harvard University Press, Cambridge - Massachusetts - Londres, 1987
- MACKINNON, C. A., «Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence», en *Signs*, The University of Chicago Press, vol. 8, n.º 4, verano de 1983, págs. 635-658
- MACKINNON, C. A., «Feminism, Marxism, Method, and the State: An Agenda for Theory», en *Signs*, The University of Chicago Press, vol. 7, n.º 3, primavera de 1982, págs. 515-544
- MAGRO SERVET, V., «La constitución del depósito para recurrir en los supuestos del art. 449 LEC y de la D.A. 15.ª LOPJ», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 102, mayo de 2013, s. p.
- MAGRO SERVET, V., «Posibilidades procesales del demandado una vez declarada la rebeldía», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 47, marzo de 2008, s. p.
- MAGRO SERVET, V., «La imposibilidad de conceder a las víctimas de la violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim.): ¿es necesaria una reforma legal?», en *Diario La Ley*, n.º 6333, 5 de octubre de 2005, s. p.
- MAGRO SERVET, V., CUÉLLAR OTÓN, P., y HERNÁNDEZ RAMOS, C., «La experiencia en la mediación penal en la Audiencia Provincial de Alicante», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), y SANZ HERMIDA, A. M., y ORTIZ PRADILLO, J. C. (coords.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, págs. 115-153
- MAGRO SERVET, V., HERNÁNDEZ RAMOS, C., y CUÉLLAR OTÓN, P., *Mediación penal: “Una visión práctica desde dentro hacia fuera”*, Editorial Club Universitario, San Vicente, 2011
- MAHONEY, M. R., «Victimization or Oppression? Women’s Lives, Violence, and Agency», en FINEMAN, M. A., y MYKITIUK, R. (edits.), *The Public nature of private violence*, Routledge, Nueva York - Londres, 1994, págs. 59-92
- MANERO SALVADOR, A., «España ante la debida diligencia en violencia de género», en *Anuario Español de Derecho Internacional*, Universidad de Navarra, vol. 35, 2019, págs. 591-616
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., «La responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia por error judicial», en PAREJO ALFONSO, L., y VIDA FERNÁNDEZ, J. (coords.), *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI: Libro homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo. Tomo I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 973-1006
- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Mediación, reparación y conciliación en el Derecho Penal*, Comares, Granada, 2007
- MANZANO BARRAGÁN, I., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», en *Revista Española de Derecho Internacional*, Asociación de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, vol. 64, n.º 2, julio-diciembre de 2012, págs. 49-78

- MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la Reforma Penal de 2004», en CERVILLA, D., y FUENTES, F. (coords.), *Mujer Violencia y Derecho*, Universidad de Cádiz, 1ª ed., Cádiz, 2016, págs. 123-137
- MAQUEDA ABREU, M. L., «1989-2009: Veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 39-52
- MAQUEDA ABREU, M. L., «¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4/2007, Barcelona, octubre de 2007, disponible en <https://indret.com/es-la-estrategia-penal-una-solucion-a-la-violencia-contra-las-mujeres/?edicion=4.07> [u. a. 09/06/2021]
- MAQUEDA ABREU, M. L., «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-02, 2006, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- MAQUIEIRA, V., Introducción a MAQUIEIRA, V. (edit.), *Mujeres, globalización y derechos humanos*, Cátedra, 2ª ed., Madrid, 2010, págs. 15-40
- MARCHENA GÓMEZ, M., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2015*, Ediciones Jurídicas Castillo de Luna, Madrid, 2015
- MARCOS FRANCISCO, D., *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010
- MARÍ FARINÓS, E., «La STS 389/2020, de 10 de julio y el fundamento de la dispensa del derecho a no declarar del artículo 416 LECrim», en *La Ley Penal*, n.º 147, noviembre-diciembre de 2020, s. p.
- MARÍ FARINÓS, E., «La lucha contra la violencia de género en el derecho comparado, con especial referencia a Europa», en *Diario La Ley*, n.º 9128, 29 de enero de 2018, s. p.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «España. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: Balance de los diez años de vigencia de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género», en MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 159-175.
- MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., «El delito de maltrato en el ámbito familiar: un análisis de derecho comparado del Código Penal español, alemán, italiano, portugués y sueco», en *Revista Penal*, Universidad de Huelva, n.º 11, 2003, págs.

- 70-80, disponible en <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/12589> [u. a. 09/06/2021]
- MARTÍ MARTÍ, J., «De la rebeldía del demandado (análisis de los artículos 496 a 500 LEC)», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 86, octubre de 2011, s. p.
- MARTÍN CONTRERAS, L., «Poder Judicial y Autonomías», en *Diario La Ley*, n.º 6837, 37 de diciembre de 2005, s. p.
- MARTÍN DIZ, F., «El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 106, septiembre-diciembre de 2019, págs. 13-42, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/26146> [u. a. 09/06/2021]
- MARTÍN DIZ, F., «Presunción de inocencia en procesos penales por violencia de género», en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca, n.º 3, 2018, págs. 19-66
- MARTÍN DIZ, F., «Retos de la mediación como complemento al proceso judicial en una sociedad globalizada», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., y FERREIRO BAAMONDE, X. (dirs.), y NEIRA PENA, A. M. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la Sociedad Globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 131-146
- MARTÍN DIZ, F., *La mediación: sistema complementario de la Administración de Justicia*, CGPJ, Madrid, 2010
- MARTÍN DIZ, F., «Mediación en materia de violencia de género: análisis y argumentos», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 669-688
- MARTÍN RÍOS, M. P., «Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia de género: análisis de la jurisprudencia española», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 15, 2008
- MARTÍNEZ DE SANTOS, A., «¿Secretarios Judiciales, Directores de Servicios comunes ó Jueces de lo Procesal?», en *Diario La Ley*, n.º 7627, 11 de mayo de 2011, s. p.
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «La experiencia española en la prevención y erradicación de los delitos de violencia de género: perspectivas de futuro en un marco comparativo europeo», en *Asparkia: Investigació feminista*, Universitat Jaume I, n.º 24, 2013, págs. 19-34, disponible en <http://www.e-revistas.uji.es/index.php/asparkia/article/view/1160> [u. a. 09/06/2021]
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Violencia de género, igualdad y autonomía de la voluntad: claves para entender la prohibición de mediar en el proceso penal por estos delitos», en MARTÍNEZ GARCÍA, E. (dir.), y VEGAS AGUILAR, J. C. (coord.), *La Prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2012, págs. 413-434
- MARTÍNEZ GARCÍA, E., *La tutela judicial de la violencia de género*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2008

- MARTÍNEZ VERDÚ, R., «La violencia de género: un problema social», en *Revista d'Estudis de la Violència*, Institut Català d'Estudis de la Violència, n.º 2, julio-octubre de 2007, págs. 1-19
- MARQUES CEBOLA, C., *La mediación*, Marcial Pons, Madrid, 2013
- MAYOBRE RODRÍGUEZ, P., «La formación de la identidad de género: una mirada desde la filosofía», en *Revista Venezolana de Estudios de la Mujer*, Universidad Central de Venezuela. Centro de Estudios de la Mujer, vol. 12, n.º 28, Caracas, 2007, s. p., disponible en [http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1316-37012007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es](http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1316-37012007000100004&lng=es&nrm=iso&tlng=es) [u. a. 09/06/2021]
- MCDOWELL, L., *Gender, Identity, and Place: Understanding Feminist Geographies*, Polity Press, Cambridge, reimp. 2004
- MEDNICK, M. T., «On the Politics of Psychological Constructs: Stop the Bandwagon, I Want to Get Off», en *American Psychologist*, vol. 44, n.º 8, agosto de 1989, págs. 1118-1123
- MELONI, C., *Las fronteras del feminismo: Teorías nómadas, mestizas y postmodernas*, Fundamentos, 1ª ed., Madrid, 2012
- MELZER, W., HERMANN, D., SANDFUCHS, U., SCHÄFER, M., SCHUBARTH, W., y DASCHNER, P. (edits.), *Hadbuch Aggresion, Gewalt und Kriminalität bei Kinder una Jugendlichen*, Verlag Julius Klinkhardt, Bad Heilbrunn, 2015
- MERINO MERCHÁN, J. F., «Confidencialidad y arbitraje», en *Spain arbitrarion review: Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 2, 2008, págs. 75-95
- MERINO ORTIZ, C., *La mediación familiar en situaciones asimétricas: Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Reus, 1ª ed., Madrid, 2013
- MERINO ORTIZ, C., y LASHERAS HERRERO, P., «Artículo 9. Confidencialidad», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C., y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (coords.), *Comentarios a la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
- MERINO ORTIZ, C., MÉNDEZ VALDIVIA, M., y ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., «Respuestas de la mediación familiar en situaciones de violencia de pareja», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 451-487
- MERINO-SANCHO, V., «La (re)configuración del concepto de violencia contra las mujeres en el sistema de derechos humanos: la labor de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer», en *Aequalitas: Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres*, Instituto Aragonés de la Mujer, n.º 22, Zaragoza, enero-junio de 2008, págs. 6-11
- MICCIO, G. K., «A House Divided: Mandatory Arrest, Domestic Violence, and the Conservatization of the Battered Women's Movement», en *Houston Law Review*, vol. 42, n.º 2, 21 de mayo de 2005, págs. 237-323, disponible en <https://houstonlawreview.org/article/4696-a-house-divided-mandatory-arrest->



domestic-violence-and-the-conservatization-of-the-battered-women-s-movement  
[u. a. 09/06/2021]

- MIKKOLA, M., «Feminist Perspectives on Sex and Gender», en *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford University, 12 de mayo de 2008 (rev. 25 de octubre de 2017), s. p., disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/feminism-gender/> [u. a. 09/06/2021]
- MILL, J. S., *On Liberty*, John W. Parker and Son, West Strad., Londres, 1859
- MILLET, K., *Sexual Politics*, Simon & Schuster Inc., Nueva York, 3ª ed., 1990
- MINOW, M., «Feminist Reason: Getting It and Losing It», en *Journal of Legal Education*, Association of American Law Schools, vol. 38, n.º 1, 1988, págs. 47-60
- MIRANDA ESTRAMPES, M., «Particularidades de la prueba en los delitos de violencia de género», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 449-474
- MOLINA CABALLERO, M. J., «La agravante del artículo 22.4 del Código Penal: dificultades probatorias», en LAURENZO COPELLO, P., y DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (coords.), *Odio, Prejuicios y Derechos Humanos*, Comares, Granada, 2021, págs. 427-451
- MOLINA CABALLERO, M. J., «Algunas fronteras de la Ley Integral contra la Violencia de Género: Jurisdicción de menores y mediación», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 17-24, 2015, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/17/recpc17-24.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- MOLINA CABALLERO, M. J., «Reflexiones acerca del status de la víctima en los procesos sobre violencia de género», en LAURENZO COPELLO, P. (coord.), *La violencia de género en la Ley: Reflexiones sobre veinte años de experiencia en España*, Dykinson, Madrid, 2010, págs. 177-211
- MOLINA CABALLERO, M. J., *La congruencia en los laudos arbitrales*, Universidad de Málaga, Málaga, 2002
- MONEREO ATIENZA, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.-coords.), *El sistema universal de los derechos humanos. Estudio sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de derechos civiles y políticos, el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes*, Comares, Albolote, 2014
- MONEY, J., y EHRHARDT, A. A., *Man & Woman Boy & Girl: The differentiation and dimorphism of gender identity from conception to maturity*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore - Londres, 1972
- MONTALBÁN HUERTAS, I., «Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico», en VV. AA., *II Congreso sobre violencia doméstica y de género: Granada, 23 y 24 de febrero de 2006*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 91-110
- MONTALBÁN HUERTAS, I., *Perspectivas de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ. Madrid, 2004



- MONTERO AROCA, J., *Introducción al proceso laboral*, Marcial Pons, 5ª ed., Madrid-Barcelona, 2000
- MONTERO AROCA, J., *La conciliación previa o extrajudicial en el proceso laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., y BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional I. Parte General*, Tirant lo Blanch, 27ª ed., Valencia, 2019
- MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J.-L., BARONA VILAR, S., ESPARZA LEIBAR, I., y ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 27ª ed., Valencia, 2019
- MONTERO AROCA, J., y MARTÍNEZ GARCÍA, E., «Perspectivas inmediatas en la aplicación judicial de la legislación contra la violencia de género», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 133-156
- MONTESINOS GARCÍA, A., «Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, 3ª época, n.º 17, enero de 2017, págs. 127-165, disponible en <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24471> [u. a. 09/06/2021]
- MONTESINOS GARCÍA, A., «Una breve aproximación a la justicia restaurativa», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 21-52
- MORALES PRATS, F., *La utopía garantista del Derecho Penal en la “Edad Media”*, Reial Acadèmia de Doctors, Barcelona, 2015, disponible en <https://raed.academy/wp-content/uploads/2015/10/Discurso-Dr.-Morales.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- MORENO CATENA, V., «La resolución jurídica de conflictos», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 27-46
- MORENO CATENA, V., «Sobre la presunción de inocencia», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *El proceso penal en la encrucijada: Homenaje al Dr. César Crisóstomo Barrientos Pellecer*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, vol. II, págs. 865-894
- MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, 9ª ed., Valencia, 2019
- MORENO CATENA, V., y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Introducción al derecho procesal*, Tirant lo Blanch, 10ª ed., Valencia, 2019
- MORENO VIDA, M. N., «De la conciliación previa», en MONEREO PÉREZ, J. L. (dir.), y SERRANO FALCÓN, C., y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á. (coords.), *El nuevo proceso laboral: Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, 1ª ed., Granada, 2011, págs. 271-305

- MUERZA ESPARZA, J., «Asunción de competencias en materia de Justicia por las Comunidades Autónomas», en MUERZA ESPARZA, J. (coord.), *Aspectos procesales del fuero nuevo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2010, págs. 19-58
- MULLERAT, I., «La justicia alternativa («Alternative Dispute Resolution») en los Estados Unidos de Norteamérica», en VV. AA., *Anuario de justicia alternativa. Derecho arbitral*, Tribunal Arbitral de Barcelona-J. M. Bosch Editor, n.º 3, Barcelona, 2002, págs. 45-73
- MUÑOZ CLIMENT, S., «Violencia de género durante la covid. ¿Nuevos comportamientos ciberdelictivos? Análisis de la Guardia Civil», en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de Seguridad Pública*, Dirección General de la Guardia Civil, 3ª época, n.º extra, 2020, págs. 63-81, disponible en [https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=22954&query\\_desc=kw%2Cwrdl%3A%20Violencia%20de%20g%C3%A9nero%20durante%20la%20covid](https://biblioteca.guardiacivil.es/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=22954&query_desc=kw%2Cwrdl%3A%20Violencia%20de%20g%C3%A9nero%20durante%20la%20covid) [u. a. 09/06/2021]
- MUÑOZ CONDE, F., «Violencia familiar y de género en la ley Orgánica 1/2204», en NÚÑEZ CASTAÑO, E. (dir.), *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 15-24
- MUÑOZ CONDE, F., *De nuevo sobre el «Derecho penal del enemigo»*, Hammurabi, 2ª ed., Buenos Aires, marzo de 2008
- MUÑOZ CONDE, F., «El nuevo derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado «Derecho penal del enemigo»», en PORTILLA CONTRERAS, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán: Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía-Ediciones Akal, Madrid, 2005, págs. 167-176
- MUÑOZ GONZÁLEZ, L., *Las costas*, Montecorvo, Madrid, 1981
- MUÑOZ ROJAS, T., «Notas sobre la Jurisdicción y la Acción en el ámbito del proceso penal», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1977, n.º 1, págs. 171-210
- MUÑOZ ROJAS, T., «En torno al acusador particular en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1973, n.º 1, págs. 105-157
- MUÑOZ-RIVAS, M. J., GRAÑA GÓMEZ, J. L., O'LEARY, K. D., y GONZÁLEZ LOZANO, P., «Physical and psychological aggression in dating relationships in Spanish university students», en *Psicothema*, Colegio Oficial de Psicólogos del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, vol. 19, n.º 1, 2007, págs. 102-107, disponible en <http://www.psicothema.com/psicothema.asp?id=3334> [u. a. 09/06/2021]
- MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016
- MUSITO OCHOA, G., HERRERO OLAIZOLA, J., CANTERA ESPINOSA, L. M., y MONTENEGRO MARTÍNEZ, M., *Introducción a la psicología comunitaria*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2004
- NAREDO MOLERO, M., «Spain: More Rights, but the Obstacles Remain», en BENNINGER-BUDEL, C. (edit.), *Due Diligence and Its Application to Protect Women from Violence*, Martinus Nihoff Publishers, Leiden - Boston, 2008, págs. 185-190

- NICHOLS, A. J., «No-Drop Prosecution in Domestic Violence Cases: Survivor-Defined and Social Change Approaches to Victim Advocacy», en *Journal of Interpersonal Violence*, Sage Publications, vol. 29, n.º 11, 2 de enero de 2014, págs. 2114-2142
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal I. Introducción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- NIEVA FENOLL, J., *Derecho Procesal III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- NIEVA FENOLL, J., «La razón de ser de la presunción de inocencia», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2016, Barcelona, disponible en <https://indret.com/la-razon-de-ser-de-la-presuncion-de-inocencia/?edicion=1.16> [u. a. 09/06/2021]
- NIEVA FENOLL, J., y BUJOSA VADELL, L., *Nociones preliminares de Derecho Procesal Penal*, Atelier, Barcelona, 2016
- OAKLEY, A., *Sex, Gender and Society*, Ashgate Publishing, Farnham - Burlington, 2015
- OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», en ASENCIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 113-164
- OLSON, L. N., «Exploring “common couple violence” in heterosexual romantic relationships», en *Western Journal of Communication (includes Communication Reports)*, Routledge-Taylor & Francis Group, vol. 66, n.º 1, Londres - Nueva York, 2002, págs. 104-128
- ORGA LARRÉS, J. C., *Violencia de género. Mi experiencia como juez*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 1ª ed., 2008
- OROMÍ VALL-LLOVERA, S., *El ejercicio de la acción popular: (Pautas para una futura regulación legal)*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2003
- ORTEGO PÉREZ, F., «Consideraciones sobre el derecho del imputado a guardar silencio y su valor (Interpretación jurisprudencial del ius tacendi)», en *Diario La Ley*, n.º 6418, 9 de febrero de 2006, s. p.
- ORTELLS RAMOS, M., «Las partes no oficiales en el proceso penal abreviado», *Diario La Ley*, 1996, Ref. D-67, tomo 1, s. p.
- ORTELLS RAMOS, M. (dir.), *Introducción al Derecho Procesal*, Aranzadi, 10ª ed., Cizur Menor, 2020
- ORTIZ LALLANA, M. C., *La intervención del sindicato en el proceso de trabajo*, Consejo Económico y Social, 1ª ed., Madrid, 1994
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «¿Mediación penal y violencia de género?», en MONTESINOS GARCÍA, A. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo II. Mediación Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 197-223
- ORTIZ PRADILLO, J. C., «Estereotipos legales en la lucha contra la violencia machista: la irrelevancia jurídica de la voluntad de la víctima», en *Diario La Ley*, n.º 8697, 8 de febrero de 2016, s. p.
- ORTS BEREGUER, E., y GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Introducción al Derecho Penal: Parte General*, Tirant lo Blanch, 2020

- OSBORNE, R., «De la “violencia” (de género) a las “cifras de la violencia”: una cuestión política», en *Empiria: Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, UNED, n.º 15, enero-junio de 2008, págs. 99-124  
<http://revistas.uned.es/index.php/empiria/article/view/1201> [u. a. 09/06/2021]
- OTERO PARGA, M. M., «La ética del mediador», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.
- OTERO PARGA, M. M., «El concepto de poder y su relación con la mujer», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 9, 1992, págs. 189-202, disponible en  
[https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10018900206](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-1992-10018900206) [u. a. 09/06/2021]
- OUBIÑA BARBOLLA, S., y REY MORENA, A., «Algunas reflexiones sobre el futuro de la Acción Popular: el ámbito subjetivo», en *Diario La Ley*, n.º 9670, 9 de julio de 2020, s. p.
- PALOMAR VEEA, C., «Veinte años de pensar el género», en *Debate Feminista*, Universidad Nacional Autónoma de México. Centro de Investigaciones y Estudios de Género, vol. 52, Ciudad de México, diciembre de 2016, págs. 34-49, disponible en  
[http://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/2081/1873](http://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/2081/1873) [u. a. 09/06/2021]
- PARTRIDGE SALOMON, J., «The silencing of Anita Hill», en DURÁN, I., GUALBERTO, R., HERNANDO, N., MÉNDEZ, C., NEFF, J., y RODRÍGUEZ, A. L. (comps.), *Estudios de género: Visiones transatlánticas / Gender Studies: transatlantic visions*, Fundamentos, Madrid, 2016, págs. 81-95
- PASTOR RIDRUEJO, J. A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Tecnos, 23ª ed., Madrid, 2019
- PEDRAZ PENALVA, E., Prólogo a PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998, págs. XXI-XXVI
- PELAYO LAVÍN, M., «¿Es necesaria una reforma del artículo 416 LECr para luchar contra la violencia de género?», en DE HOYOS SANCHO, M. (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género: Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Lex Nova, Valladolid, 2009, págs. 505-519
- PENCE, E., y PAYMAR, M., *Education Groups for Men Who Batter: The Duluth Model*, Springer Publishing Company, Nueva York, 1993
- PERAMATO MARTÍN, T., «La violencia de género e intrafamiliar en el derecho penal español», en IGLESIAS CANLE, I. C., y LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M. (coords.), *Violencia de género: perspectiva jurídica y psicosocial*, Universidate de Vigo-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, págs. 19-62
- PEREDA, N., y TAMARIT, J. M., «¿Ciegos ante la Perspectiva de Género o Ciegos ante la Evidencia Empírica sobre la Violencia en las Relaciones de Pareja? Comentario a Ferrer-Pérez y Bosch-Fiol», en *Anuario de Psicología Jurídica*, Colegio Oficial de

- la Psicología de Madrid, vol. 29, n.º 1, 2019, págs. 85-87, disponible en <https://journals.copmadrid.org/apj/archivo/2019/29/1> [u. a. 09/06/2021]
- PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, Catarata, Madrid, 2011
- PÉREZ GIL, J., *La acusación popular*, Comares, Granada, 1998
- PÉREZ RIVAS, N., «La determinación de la habitualidad en el delito de maltrato habitual (artículo 173.3 Código Penal Español», en *Opinión Jurídica*, Universidad de Medellín, vol. 15, n.º 30, julio-diciembre de 2016, págs. 169-182, disponible en <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/2024> [u. a. 09/06/2021]
- PÉREZ SÁNCHEZ, G., «Tribunal Constitucional y legalidad ordinaria», en *Anales de la Facultad de Derecho*, Universidad de La Laguna, n.º 26, diciembre de 2009, págs. 67-91, disponible en <https://riull.ull.es/xmlui/handle/915/13713> [u. a. 09/06/2021]
- PÉREZ TORTOSA, F., «La presunción de inocencia y el derecho a estar presente en juicio tras la Directiva (UE) 2016/343», en VELILLA ANTOLÍN, N. (dir.), y CÁCERES RUIZ, L. (coord.), *Boletín Jurídico AJFV 2017*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2018, págs. 575-585
- PÉREZ TORTOSA, F., «El depósito para recurrir», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 102, mayo de 2013, s. p.
- PÉREZ TORTOSA, F., «La prueba testifical de la víctima en los delitos de violencia de género», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 100, 2013, págs. 60-71
- PÉREZ TORTOSA, F., «La defensa de los intereses supraindividuales en el proceso penal», en PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., y FERREIRO BAAMONDE, X. (dirs.), y NEIRA PENA, A. M. (coord.), *Los retos del Poder Judicial ante la Sociedad Globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)*, Universidade da Coruña, A Coruña, 2012, págs. 627-639
- PÉREZ TORTOSA, F., «La defensa de los intereses supraindividuales en los procesos civil y laboral del ordenamiento jurídico español», en *Actas del XIV. International Association of Procedural Law World Congress on Procedural Justice*, Heidelberg, julio de 2011, disponible en <http://iapl-2011-congress.com/Inhalt/Papers/Paper%20-%20Perez.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- PÉREZ TRIVIÑO, J. L., *Los genocidios del siglo XX*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 2017
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J., «La Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses: dudas sobre su inconstitucionalidad», en *Práctica de Tribunales. Revista especializada en Derecho procesal civil y mercantil*, La Ley, n.º 102, mayo-junio de 2013, s. p.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.-J. (coord.), *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020
- PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L., «El estatuto del mediador», en OROZCO PARDO, G., y MONEREO PÉREZ, J. L. (dirs.), y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M., y LOZANO



- MARTÍN, A. M. (coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, págs. 137-152
- PERRON, W., «La protección de la mujer frente a la violencia doméstica en la República Federal alemana», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 487-508
- PINA FERSINI, M., «Derecho y violencia: La apuesta de la diferencia», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, n.º 32, 2016, págs. 265-296, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10026500295](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-F-2016-10026500295) [u. a. 09/06/2021]
- PITCH, T., «La violencia contra las mujeres y sus usos políticos», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez: Revista de Filosofía jurídica y política*, Universidad de Granada, n.º 48, Granada, 2014, págs. 19-29, disponible en <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2778> [u. a. 09/06/2021]
- PITCH, T., *Un derecho pada dos: La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003
- PLANCHADELL GARGALLO, A., «Los presupuestos procesales en la ley de medidas de protección integral contra la violencia de género: competencia y legitimación», en GÓMEZ COLOMER, J.-L. (coord.), *Tutela procesal frente a hechos de violencia de género: la protección procesal de las víctimas de la violencia de género en España y en países relevantes de nuestro entorno cultural*, Publicacions de la Universitat Jaume I, Castelló de la Plana, 2010, págs. 249-304
- PLATT, T., «La violencia como concepto descriptivo y polémico», en *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, UNESCO, París, n.º 132, junio de 1992, págs. 173-180
- POLAINO NAVARRETE, M., «La ley integral contra la violencia de género y la inflación del derecho penal: luces y sombras», en BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J. (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, págs. 21-63
- POLAINO-ORTS, M., «La legitimación constitucional de un Derecho penal *sui generis* del enemigo frente a la agresión a la mujer: Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo», en *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3/2008, Barcelona, julio de 2008, disponible en <https://indret.com/la-legitimacion-constitucional-de-un-derecho-penal-sui-generis-del-enemigo-frente-a-la-agresion-a-la-mujer/> [u. a. 09/06/2021]
- PREGO DE OLIVER PUIG DE LA BELLACASA, A., «El art. 112 LECrim. y la reserva expresa de acciones», en *Diario La Ley*, n.º 9523, 21 de noviembre de 2019, s. p.
- PRETZEL, A., «Inducción y complicidad en el asesinato de homosexuales. Delitos Nazis de la justicia berlinesa», en *Orientaciones: revista de homosexualidades*, Fundación Triángulo, n.º 5, 2003, págs. 55-72



- QUINTERO OLIVARES, G., «La supresión de la coacción a la huelga y algunos problemas conexos», en *Almacén de Derecho*, 20 de abril de 2021, s. p., disponible en <https://almacenederecho.org/la-supresion-de-la-coaccion-a-la-huelga-y-algunos-problemas-conexos> [u. a. 09/06/2021]
- QUINTERO OLIVARES, G., «Mitos y modas del derecho penal tras algunos años de experiencia», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. LXXIII, 2020, págs. 21-58, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2020-10002100058](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-2020-10002100058) [u. a. 09/06/2021]
- RAMOS, D., «Luces y sombras en torno a una polémica. La concesión del voto femenino en España (1931-1933)», en *Baetica. Estudios de arte, geografía e historia*, Universidad de Málaga, n.º 11, 1988, págs. 563-574, disponible en <https://revistas.uma.es/index.php/baetica/article/view/780/744> [u. a. 09/06/2021]
- RAMOS LIRA, L., y SALTIJERAL MÉNDEZ, M. T., «¿Violencia episódica o terrorismo íntimo? Una propuesta exploratoria para clasificar la violencia contra la mujer en las relaciones de pareja», en *Salud Mental*, Instituto Nacional de Psiquiatría Ramón de la Fuente Muñiz, vol. 31, n.º 6, noviembre-diciembre de 2008, págs. 469-478
- RAMOS MÉNDEZ, F., *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*, Atelier, Barcelona, 2005
- RAMOS MÉNDEZ, F., *El sistema procesal español*, J. M. Bosch Editor, 4ª ed., Barcelona, 1999
- RAMOS MÉNDEZ, F., «Medidas alternativas a la resolución de conflictos por vía judicial en el ámbito civil patrimonial», en *Justicia*, 1994, n.º 4, págs. 807-822
- REGO BLANCO, M. D., *La acción popular en el derecho administrativo y en especial, en el urbanístico*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005, disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/presidenciaadministracionpublicaeinterior/consejeria/adscritos/iaap/servicios/publicaciones/detalle/79039.html> [u. a. 09/06/2021]
- REID, G., «Lucha global por los derechos de las personas LGBT», en *Política exterior*, Estudios de Política Exterior, vol. 28, n.º 157, 2014, págs. 118-128
- REIMER, J., PAOLITTO, D. P., y HERSH, R. H., *Promoting moral growth: From Piaget to Kohlberg*, Waveland Press, 2ª ed., Illinois, 1990
- REQUEJO ISIDRO, M., «Violencia de género contra la mujer: una particular reacción desde el ámbito civil», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 727-750
- RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal», en *Icade. Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 98, mayo-agosto de 2016, págs. 103-126, disponible en <https://revistas.comillas.edu/index.php/revistaicade/article/view/7139> [u. a. 09/06/2021]

- RÍOS MARTÍN, J. C., «Justicia restaurativa y mediación penal. Una apuesta por el diálogo y la disminución de la violencia», en *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, n.º 3, 2008, disponible en [https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/PONENCIA%20JULIAN%20RIOS\\_1.0.0.pdf](https://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/Doc%20Temporales/DocsPublicacion/FICHERO/PONENCIA%20JULIAN%20RIOS_1.0.0.pdf) [u. a. 09/06/2021]
- RÍOS MARTÍN, J. C., y OLAVARIA IGLESIA, T., «Conclusiones del curso La mediación civil y penal. Dos años de experiencia. 2.ª parte del curso sobre alternativas a la judicialización de los conflictos dirigidos a jueces de familia y penales», en PÉREZ-SALAZAR RESANO, M. C., y RÍOS MARTÍN, J. C. (dirs.), *La mediación civil y penal. Un año de experiencia*, Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, n.º 136, 2007, págs. 253-302
- RIPOL, I., *La ejecución del laudo y su anulación: Estudio del artículo 45 LA*, J. M. Bosch Editor, 2013
- RIVERA LOAIZA, J., «¿Por qué leer a Günther Jakobs? Más allá de la imagen en el espejo», en *Nuevo Foro Penal*, Universidad EAFIT, vol. 14, n.º 90, enero-junio de 2018, págs. 227-252, disponible en <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/issue/view/540> [u. a. 09/06/2021]
- RIZO GÓMEZ, B., «El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y la predeterminación de la competencia. Principios que deben inspirar toda reforma competencial del sistema judicial español», en *Diario La Ley*, n.º 8372, 8 de septiembre de 2014, s. p.
- RIZO GÓMEZ, B., «El ejercicio de la acción civil en el proceso penal», en OCHOA MONZÓ, V., «La acción popular», en ASENSIO MELLADO, J. M., y FUENTES SORIANO, O. (dirs.), y CUADRADO SALINAS, C. (coord.), *La reforma del proceso penal*, La ley, 1ª ed., Las Rozas, 2011, págs. 165-189
- RIZO GÓMEZ, B., *La competencia territorial. La sumisión tácita*, Iustel, 1ª ed., Madrid, 2006
- ROBLES GARZÓN, J. A., «El acusador privado», en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, Madrid, 1978, n.º 2-3, págs. 533-571
- ROBLES GARZÓN, J. A. (dir.-coord.), *Conceptos de Derecho Procesal Civil*, Tecnos, Madrid, 2017
- ROBLES GARZÓN, J. A., y ÁLVAREZ ALARCÓN, A. (coords.), *Lecciones breves de Derecho Procesal Penal*, Comares, Granada, 2017
- RODRIGUEZ, M. A., MCLOUGHLIN, E., BAUER, H. M., PAREDES, V., y GRUMBACH, K., «Mandatory Reporting of Intimate Partner Violence to Police: Views of Physicians in California», en *American Journal of Public Health*, American Public Health Association, vol. 89, n.º 4, abril de 1999, págs. 575-578
- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La mediación en el proceso penal de menores. Una perspectiva procesal», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 397-421

- RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A., «La violencia de género en Italia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 193-210
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «¿Sería inconstitucional negar a una víctima de violencia de género el ejercicio de su derecho a no declarar en contra del agresor?», en *Diario La Ley*, n.º 9014, 5 de julio de 2017, s. p.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Dispensa del deber de declarar contra parientes (Comentario a la STC 94/2010, de 15 de noviembre)», en *Diario La Ley*, n.º 7577, 25 de febrero de 2011, s. p.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., «Mediación penal y violencia de género», en *Diario La Ley*, n.º 7557, 28 de enero de 2011, s. p.
- RODRÍGUEZ LAINZ, J. L., *Juzgados de Violencia sobre la Mujer y Juzgados de Guardia*, Bosch, Barcelona, 2006
- RODRÍGUEZ MANZANO, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, desarrollo y paz*, Catarata, Madrid, 2008
- RODRÍGUEZ MOLINA, A., «El delito de coacciones a la huelga: consideraciones sobre su tipificación», en *Revista General de Derecho Penal*, Iustel, n.º 31, mayo de 2019
- RODRÍGUEZ OTERO, L. M., RODRÍGUEZ CASTRO, Y., LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M., y CARRERA FERNÁNDEZ, M. V., «Violencia en parejas Gays, Lesbianas y Bisexuales: una revisión sistemática 2002-2012», en *Comunitaria: Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, UNED, n.º 13, 2017, págs. 49-71, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/comunitania/article/view/18946> [u. a. 09/06/2021]
- RODRÍGUEZ PALOP, M. E., «Justicia Retributiva y Justicia Restaurativa (Reconstructiva). Los derechos de las víctimas en los procesos de reconstrucción», en VV. AA., *Justicia para la convivencia. Los puentes de Deusto. Encuentro «Justicia retributiva y restaurativa: su articulación en los delitos de terrorismo» Junio 2012*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2012, págs. 23-45
- RODRÍGUEZ TIRADO, A. M., «Los procesos por delitos leves. Manifestaciones del principio de oportunidad. Actividad instructora y principio acusatorio», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 38, enero de 2016
- RODRÍGUEZ YAGÜE, C., «Prohibición de la mediación en los delitos de violencia de género: su incidencia en la ejecución penal», en *La Ley Penal*, n.º 130, enero-febrero de 2018, s. p.
- ROJAS MARCOS, L., *Nuestra felicidad: Según un Chamán de Nueva York*, Espasa, 3ª ed., Madrid, marzo de 2001
- ROMERO SABATER, I., «Intervención en Violencia de Género: Consideraciones en Torno al Tratamiento», en *Intervención Psicosocial*, Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, vol. 19, n.º 2, Madrid, 2010, págs. 191-199, disponible en <https://journals.copmadrid.org/pi/art/in2010v19n2a10> [u. a. 09/06/2021]
- ROUSSEAU, J. J., *Œuvres complètes. Tome III. Émile. Tome I*, Chez P. Dupont, París, 1823

- ROXIN, C. (GIMBERNAT ORDEIG, E., trad.), «Pena y reparación», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. LII, 1999, págs. 5-15, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1999-10000500016](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1999-10000500016) [u. a. 09/06/2021]
- ROXIN, C. (MAIER, J. B. J., y CARRANZA, E., trads.), «La reparación en el sistema de los fines de la pena», en MAIER, J. B. J. (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, 1ª ed., Buenos Aires, agosto de 1992, págs. 129-156
- RUBIN, G., «Thinking Sex: Notes for a Radical Theory of the Politics of Sexuality», en VANCE, C. S. (edit.), *Pleasure and Danger: exploring female sexuality*, Routledge & Kegan Paul, 1ª ed., Boston - Londres - Melbourne - Henley, 1985, págs. 267-319
- RUBIN, G., «The Traffic in Women: Notes on the “Political Economy” of Sex», en REITER, R. R. (edit.), *Toward an Anthropology of Women*, Monthly Review Press, Nueva York - Londres, 1975, págs. 157-210
- RUBIO CASTRO, A., «El feminismo de la diferencia: los argumentos de una igualdad compleja», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, Centro de Estudios Constitucionales, n.º 70, Madrid, octubre-diciembre de 1990, págs. 185-207, disponible en <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=3&IDN=227> [u. a. 09/06/2021]
- RUEDA MARTÍN, M. Á., *La violencia sobre la mujer en su relación de pareja con un hombre. Análisis doctrinal y Jurisprudencial*, Reus, Madrid, 2012
- RUIZ LÓPEZ, C., «TEDH y violencia contra las mujeres: Diligencia debida y responsabilidad del Estado», en SOLETO, H., y CARRASCOSA, A. (dirs.), *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 765-792
- SÁEZ MALCEDIÑO, E., «Reforma penal del beneficio de la suspensión de la pena», en *Diario La Ley*, n.º 8583, 15 de julio de 2015, s. p.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C., «Mediación penal. Conclusiones de las experiencias en España, 1998-2011», en *Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 8, Universidad de Deusto, Bilbao, 2011, págs. 127-190, disponible en <http://www.deusto-publicaciones.es/deusto/index.php/es/lidon-es/lidon01c> [u. a. 09/06/2021]
- SALINAS DE FRÍAS, A., *La protección de los derechos humanos en la Unión Europea*, Comares, Granada, 2000
- SÁNCHEZ COLLANTES, S., «Antecedentes del voto femenino en España: el republicanismo federal pactista y los derechos políticos de las mujeres (1868-1814)», en *Historia Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Universidad de Oviedo, n.º 15, 2014, págs. 445-469, disponible en <http://www.unioviedo.es/historiaconstitucional/index.php/historiaconstitucional/article/view/409/368> [u. a. 09/06/2021]
- SANDE, J. A., y MAYORGA, L., *Arquetipos femeninos y esencias florales: Las diosas de cada mujer y para cada varón*, Continente, 1ª ed., Buenos Aires, 2012

- SANDE MAYO, M. J., «La violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja: experiencia en Francia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y ALONSO SALGADO, C. (coord.), *Violencia de género y Justicia*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2013, págs. 308-321
- SANDE MAYO, M. J., «Mediación penal *versus* presunción de inocencia», en CASTILLEJO MANZANARES, R. (dir.), y TORRADO TARRÍO, C. (coord.), *La mediación: nuevas realidades, nuevos retos. Análisis en los ámbitos civil y mercantil, penal y de menores, violencia de género, hipotecario y sanitario*, La Ley, 1ª ed., Las Rozas, 2013, págs. 229-246
- SANZ HERMIDA, A. M., «La mediación en la justicia de menores», en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (dir.), y SANZ HERMIDA, A. M., y ORTIZ PRADILLO, J. C. (coords.), *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Colex, Madrid, 2010, págs. 155-174
- SANZ MULAS, N., *Violencia de género y Pacto de Estado. La huida hacia adelante de una norma agotada (LO 1/2004)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019
- SANZ PÉREZ, Á. L., «La Acción Popular y el Tribunal Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 2, Cizur Menor, 2008, s. p.
- SAURA FRUCTUOSO, C., «La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad», en *Documentación Administrativa*, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 2, enero-diciembre de 2015, s. p., disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10271> [u. a. 09/06/2021]
- SCHNEIDER, E. M., «Domestic Violence Law Reform in the Twenty-First Century: Looking Back and Looking Forward», en *Family Law Quarterly*, American Bar Association, vol. 42, n.º 3, 2008, págs. 353-363
- SCHNEIDER, E. M., «Feminism and the False Dichotomy of Victimization and Agency», en *New York Law School Law Review*, vol. 38, n.º 1, 1995, págs. 387-399, disponible en <https://brooklynworks.brooklaw.edu/faculty/357/> [u. a. 09/06/2021]
- SENÉS MOTILLA, C., «La competencia penal y en materia civil de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer», en *Diario La Ley*, n.º 6371, 2005, s. p.
- SERRA CRISTÓBAL, R., «Le elección de los miembros del Consejo Genero del Poder Judicial. Una propuesta de Consejo más integrador e independiente», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, n.º 31, 2013, págs. 277-322, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/10310> [u. a. 09/06/2021]
- SERRANO MASIP, M., «La víctima de la violencia de género ante el deber de denunciar y declarar en el proceso penal», en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, n.º 29, enero de 2013
- SHERMAN, L. W., y BERK, R. A., «The Specific Deterrent Effects of Arrest for Domestic Assault», en *American Sociological Review*, vol. 49, n.º 2, abril de 1984, págs. 261-272
- SIGÜENZA LÓPEZ, J., «La tutela de los terceros en el proceso civil a través del instituto de la intervención procesal», en VV. AA., *Las partes. Problemática Procesal*, CGPJ, Madrid, 2006, págs. 99-136



- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, 1ª ed., Madrid, 1999
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Ministerio de Justicia, vol. 49, n.º 1, 1996, págs. 93-127, disponible en [https://www.boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1996-10009300128](https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-P-1996-10009300128) [u. a. 09/06/2021]
- SIMARRO PEDREIRA, M., «El nuevo motivo del recurso de revisión (Especial referencia en el Orden Jurisdiccional Penal)», en *Revista Jurídica de la Universidad de León*, Facultad de Derecho. Universidad de León, n.º 3, 2016, págs. 27-54, disponible en <http://revpubli.unileon.es/ojs/index.php/juridica/article/view/5013/3854> [u. a. 09/06/2021]
- SJOBORG, L. (edit.), *Gender and International Security. Feminist perspectives*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2010
- SMITH, D. M., *Poets Beyond the Barricade: Rhetoric, Citizenship, and Dissent after 1960*, The University of Alabama Press, Tuscaloosa, 2012
- SOKOLOFF, N. J., y DUPONT, I., «Domestic Violence at the Intersections of Race, Class, and Gender: Challenges and Contributions to Understanding Violence Against Marginalized Women in Diverse Communities», en *Violence against women*, Sage Publications, vol. 11, n.º 1, enero de 2005, págs. 38-64
- SOLETO MUÑOZ, H., «La mediación, tutela adecuada en los conflictos civiles», en BLANCO GARCÍA, A. I. (edit.), *Tratado de mediación. Tomo I. Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 19-47
- SOLETO MUÑOZ, H., «Negociación integradora», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 3ª ed., Madrid, 2017, s. p.
- SOLETO MUÑOZ, H., «La justicia restaurativa como elemento complementario a la justicia tradicional», en GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P. M., y SOLETO MUÑOZ, H. (dirs.), y OUBIÑA BARBOLLA, S. (coord.), *Sobre la Mediación penal: Posibilidades y límites en un entorno de reforma del Proceso Penal Español*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2012, págs. 41-68
- SOLETO MUÑOZ, H., «Negociación», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 157-187
- SOLETO MUÑOZ, H., «El interés público en los procesos de familia», en *Revista de Derecho de Familia: doctrina, jurisprudencia y legislación*, Lex Nova, n.º 18, 2003, págs. 23-54
- SOLETO MUÑOZ, H., y AVILÉS, M., «La conciliación de los letrados de la administración de justicia», en SOLETO MUÑOZ, H. (dir.), y CARRETERO MORALES, E., y RUIZ LÓPEZ, C. (edits.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2011, págs. 568-576
- SOMMERS, CH. H., *Who Stole Feminism?: How Women Have Betrayed Women*, Simon & Schuster, Nueva York, 1994



- SOTORRA CAMPODARVE, M. C., «Protección en el ámbito penal», en RIVAS VALLEJO, P., y BARRIOS BAUDOR, G. L. (dirs.), y SERRANO FALCÓN, C. (coord.), *Violencia de Género. Perspectiva multidisciplinar y práctica Forense*, Thomson Reuters Aranzadi, 2ª ed., Cizur Menor, 2014, págs. 487-540
- STARK, E., «Mandatory Arrest of Batterers: A Reply to Its Newark», en *American Behavioral Scientist*, Sage Publications, vol. 36, n.º 5, mayo de 1993, págs. 651-680
- STOLLER, R. J., *Sex and gender. The Development of Masculinity and Femininity*, Routledge-Taylor & Francis Group, Londres - Nueva York, 2019
- STRAUSS, M. A., «Bucking the tide in family violence research», en *Trauma, violence & abuse*, Sage Publications, vol. 9, n.º 4, octubre de 2008, págs. 191-213
- STRAUSS, M. A., «Processes Explaining the Concealment and Distortion of Evidence on Gender Symmetry in Partner Violence», en *European Journal on Criminal Policy and Research*, Springer, n.º 13, 2007, págs. 227-231
- SUÁREZ BRIONES, B., «Feminismos lesbianos queer: ¿utopía o distopía feminista?», en *Investigaciones Feministas*, Ediciones Complutense, vol. 10, n.º 1, 2019, págs. 9-26, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/INFE/article/view/64240> [u. a. 09/06/2021]
- SULLIVAN, T. J., THOMPSON, K. S., WRIGHT, R. D., GROSS, G. R., y SPADY, D., *Social Problems: Divergent Perspectives*, John Wiley and Sons, Nueva York - Chichester - Brisbane - Toronto, 1980
- SUK, J., «Criminal Law Comes Home», en *The Yale Law Journal*, Yale Law School Legal Scholarship, vol. 116, n.º 1, enero de 2006, págs. 1-70, disponible en <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol116/iss1/1/> [u. a. 09/06/2021]
- TAJFEL, H., «Concepciones psicológicas de la equidad: su presente y su futuro», en FRAISSE, P. (dir.), (OLASAGASTI, M., y GUERA MIRALLES, A., trads.), *El porvenir de la psicología*, Morata, Madrid, 1985, págs.139-154
- TARUFFO, M., *La Prueba, Artículos y Conferencias*, Editorial Metropolitana, 1ª ed., 2009
- TARUFFO, M. (FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., trad.), «Racionalidad y crisis de la ley procesal», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Universidad de Alicante, n.º 22, 1999, págs. 311-320, disponible en <https://doxa.ua.es/article/view/1999-n22-racionalidad-y-tesis-de-la-ley-procesal> [u. a. 09/06/2021]
- TESO GAMELLA, M. P., «Legitimación y acción popular. Novedades jurisprudenciales», en *CDP. Cuadernos de Derecho Público*, Instituto Nacional de Administración Pública, n.º 36, enero-abril de 2009, págs. 71-89, disponible en <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/9935> [u. a. 09/06/2021]
- TOLEDO, P., «Femicidio», en DI CORLETO, J. (comp.), *Género y justicia penal*, Ediciones Didot, 1ª ed., Buenos Aires, 2017, págs. 237-264
- TOLSTOI, L. N., «Lucerna (del “diario” del príncipe Nejludov)», en TOLSTOI, L. N. (ANDRESCO, I., y ANDRESCO, L., trads.), *Obras. Tomo III*, Aguilar, Madrid, 1981, págs. 590-604

- TOMÉ GARCÍA, J. A., «La acción popular en el proceso penal: situación actual y propuestas para una futura reforma», en CHOZAS ALONSO, J. M. (coord.), *Los sujetos protagonistas del proceso penal*, Dykinson, Madrid, 2015, págs. 263-314
- TORRES SÁNCHEZ, X., «Justicia de género en el plano judicial. Análisis comparado sobre el derecho fundamental de la mujer a tomar decisiones sobre su propio cuerpo en contextos de violencia», en *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, septiembre-diciembre de 2020, págs. 177-213, disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6764> [u. a. 09/06/2021]
- TORTOSA, J. M., *El largo camino: De la violencia a la paz*, Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig, 2001
- TORTOSA, J. M., *Sociología del sistema mundial*, Tecnos, Madrid, 1992
- TRÓGOLO, M. G., y ARCE, M. G., «Servidumbre voluntaria vs. *Comunitas*. Verso y reverso del estado inmunizado», en LORIO, N., y TORRANO, A. (comps.), *Servidumbres voluntarias*, Editorial Brujas, 1ª ed., Córdoba (Argentina), 2010, págs. 55-61
- TUBERT, S., «La crisis del concepto de género», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., y RUBIO, A. (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, págs. 89-127
- TURRISI, P., y SHAFFER, M. J., «Theories of Violence and the Explanation of Ultra-Violent Behaviour», en LEVIN, T. (edit.), *Violence: 'Mercurial Gestalt'*, Rodopi, Amsterdam - Nueva York, 2008, págs. 13-27.
- TUSQUETS TRÍAS DE BES, F., «Una visión renovada del arbitraje de equidad y sus ventajas», en VÁZQUEZ ALBERT, D., y TUSQUETS TRÍAS DE BES, F. (dirs.), *El arbitraje: Nueva regulación y práctica arbitral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 145-167
- UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Manual sobre programas de justicia restaurativa*, Naciones Unidas, Nueva York, 2006, disponible en [https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual\\_sobre\\_programas\\_de\\_justicia\\_restaurativa.pdf](https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf) [u. a. 09/06/2021]
- UREÑA CARAZO, B., *Derechos fundamentales procesales*, Aranzadi, Madrid, 2014
- URQUIJO TEJADA, L. M., y CADAVID QUINTERO, A., «Colombia. Ley 1257 de 2008», en MARÍN DE LA ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (dir.), *Régimen jurídico de la violencia de género en Iberoamérica y España: Un estudio de las leyes integrales de segunda generación*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 107-134
- VAN EEMEREN, F. H. (WOLF, K., y SANTIBÁÑEZ, C., trads.), *La teoría de la argumentación: Una perspectiva pragmatológica*, Palestra Editores, Lima, 2019
- VALCÁRCEL, A., Presentación a FRIEDAN, B. (MARTÍNEZ SOLIMÁN, M., trad.), *La mística de la feminidad*, Cátedra, 1ª ed., Madrid, 2009, págs. 9-16
- VALCÁRCEL, A., *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008
- VALCÁRCEL, A., *La política de las mujeres*, Cátedra, 4ª ed., Madrid, 2008

- VARELA, N., *Feminismo para principiantes*, Ediciones B, 1ª ed., Barcelona, octubre de 2008
- VÁZQUEZ SOTELO, J. L., «El pacto sobre costas y el nuevo art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Diario La Ley*, 1986, Tomo 2, pág. 1017, s. p.
- VELAYOS MARTÍNEZ, M. I., «El derecho del imputado al silencio», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 1-2, 1995, págs. 59-94
- VELÁZQUEZ BORGES, S. M., «Las Reservas a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer», en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Pontificia Bolivariana, vol. 41, n.º 115, Medellín, julio-diciembre de 2011, págs. 427-449, disponible en <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3716> [u. a. 09/06/2021]
- VENTURA FRANCH, A., «El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica», en *Revista de Derecho Político*, UNED, n.º 97, septiembre-diciembre de 2016, págs. 179-208, disponible en <http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17622> [u. a. 09/06/2021]
- VERGÉ GRAU, J., *La rebeldía en el proceso civil*, Bosch, Barcelona, 1989
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «Pacto de estado en materia de violencia de género: ¿más de lo mismo?», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 20-04, 2018, disponible en <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-04.pdf> [u. a. 09/06/2021]
- VILLACAMPA ESTIARTE, C., «El delito de *stalking*», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 379-398
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho a no declarar de las víctimas de violencia de género a la luz de la doctrina reciente del Tribunal Supremo», en *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Nueva época, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, vol. 22, n.º 1, 2019, págs. 267-276, disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/FORO/article/view/66650> [u. a. 09/06/2021]
- VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L., «El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal», en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4/2012, Barcelona, disponible en <https://indret.com/el-derecho-de-los-testigos-parientes-a-no-declarar-en-el-proceso-penal/> [u. a. 09/06/2021]
- VILLAR FUENTES, P., «El convenio de sometimiento a mediación», en ÁLVAREZ ALARCÓN, A., y GARCÍA MOLINA, P. (coord.), *Mediación y Derecho*, Aranzadi, 1ª ed., Cizur Menor, 2020, págs. 93-98
- VILLENA ESPINOSA, R., «50 años de orgullo. Un repaso escrito y visual por la historia del movimiento LGTBIQ+ en España», en *Vínculos de Historia*, Universidad de Castilla-La Mancha, n.º 9, 2020, págs. 475-497, disponible en [https://www.vinculosdehistoria.com/index.php/vinculos/article/view/vdh\\_2020.09.23](https://www.vinculosdehistoria.com/index.php/vinculos/article/view/vdh_2020.09.23) [u. a. 09/06/2021]
- VV. AA., *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 10ª ed., Madrid, 2019, s. p.

- VV. AA., *The concept and measurement of violence against women and men*, Bristol Univerity Press-Policy Press, 1ª ed., Bristol, 2017
- WALKER, L. E. A., «Descriptions of Violence and the Cycle of Violence», en WALKER, L. E. A. (edit.), *The Battered Woman Syndrome*, 3ª ed., Springer Publishing Company, Nueva York, 2009, págs. 85-105
- WALKER, R., «Becoming the Third Wave», en *Ms.*, Ms. Magazine Corp., vol. 2, n.º 4, Arlington, enero de 1992, págs. 39-41
- WARD, D., «Escuchando voces. El mito de los juicios de género», en *Revista de Psicología Política*, Promolibro, n.º 10, mayo de 1995, págs. 63-83, disponible en <https://www.uv.es/garzon/psicologia%20politica/N10.htm> [u. a. 09/06/2021]
- WEST, C., LAZAR, M. M., y KRAMARAE, C., «Gender in Discourse», en VAN DIJK, T. A. (edit.), *Discourse as Social Interaction. A multidisciplinary introduction. Volume 2*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, 1997, págs. 119-143
- WEST, C., y ZIMMERMAN, D. H., «Doing gender», en *Gender & Society*, Sage Publications, Londres - Thousand Oaks - Nueva Delhi, vol. 1, n.º 2, junio de 1987, págs. 125-151
- WHITE, M. (SALLERAS PUIG, R. M., y FURIÓ CASTELLVÍ, S., trads.), *El libro negro de la humanidad. Crónica de las grandes atrocidades de la historia*, Crítica, 1ª ed., Barcelona, 2012
- WHITMAN, C. B., «Feminist Jurisprudence (Review Essay)», en *Feminist Studies*, University of Maryland, vol. 17, n.º 3, College Park, otoño de 1991, págs. 493-507
- WITTING, M., «The Category of Sex», en *Feminist Issues*, vol. 2, n.º 2, junio de 1982, págs. 63-68
- WLODARCZYK, J., *Ungrateful Daughters: Third Wave Feminist Writings*, Cambridge Scholars Publishing, 1ª ed., New Castle, 2010
- WOLF, N., *Fire with Fire: The New Female Power and How it Will Change the 21st Century*, Random House, 1ª ed., Nueva York, 1993
- YOUNG, I. M., *Justice and the Politics of Difference*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 1990
- ZAFFARONI, E. R., «El discurso feminista y el poder punitivo», en BIRGIN, H., *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Biblos, 1ª ed., Buenos Aires, 2000, págs. 19-37
- ZEHR, H., *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*, Herald Press, Scottsdale, Pennsylvania - Waterloo, Ontario, 1990
- ZIMMERLING, R., *Influence and Power: Variations on a Messy Theme*, Springer, Dordrecht, 2005
- ZORZA, J., «Criminal Law of Misdemeanor Domestic Violence, 1970-1990», en *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University. School of Law, vol. 83, n.º 1, 1992, págs. 46-72, disponible en <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol83/iss1/2/> [u. a. 09/06/2021]

Esta tesis doctoral se imprimió en los talleres de Encuadernaciones  
Buet de la ciudad de Málaga el día 16 de julio de 2021, festividad  
de Ntra. Sra. del Carmen, a mayor gloria de Dios.