

La Filosofía del Derecho: Entre un nuevo Derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada

Philosophy of law: Between a new threatened law and an outdated juridical science

Por JUANA MARÍA GIL RUIZ¹
Universidad de Granada

RESUMEN

La llegada del Género al Derecho ha marcado otra forma de hacer y pensar el fenómeno jurídico. Sin embargo, este nuevo Derecho antidiscriminatorio con múltiple potencialidad se encuentra actualmente amenazado entre incipientes reformas que pretenden diluir su potencial transformador, la ignorancia de la metodología de género de las personas intervinientes en el proceso de implementación del mismo, y la (ir)responsabilidad de la ciencia jurídica que insiste en repetir patrones desfasados elevados a categorías dogmáticas no revisables ni falsables. La reticencia de nuestros Tribunales en aplicar la agravante de alevosía en caso de muerte de la mujer víctima de violencia de género es un buen ejemplo de cómo desde la Ciencia jurídica, –y con el beneplácito de la Filosofía del Derecho–, se sigue ejerciendo un plus de violencia añadida desde el conocimiento y la práctica jurídica.

Palabras clave: *Filosofía del Derecho, Derecho antidiscriminatorio, Ciencia jurídica.*

ABSTRACT

The arrival of Gender to the Law has led to an alternative form of imparting and thinking of the juridical phenomenon. However, this new anti-discriminatory

¹ Catedrática Ac. de Filosofía del Derecho. jgil@ugr.es

and multi-potential Law is currently threatened by: i) emerging reforms which aim to water down its transforming potential, ii) the ignorance of the Gender methodology shown by those responsible for its implementation and iii) the (ir)responsibility of the juridical science which insists on reutilising outdated models regarded as dogmas without the possibility of revision. The reticence of our Tribunals in applying the aggravating circumstance of treachery in cases of deaths of female victims due to gender violence, is a good example of how the juridical science, with the consent of the Philosophy of Law, is still exercising additional violence through the legal knowledge and practice.

Key words: *Philosophy of Law, Antidiscriminatory Law, Juridical Science.*

SUMARIO: I. LA LLEGADA DEL GÉNERO AL DERECHO: OTRA FORMA DE HACER Y PENSAR EL FENÓMENO JURÍDICO.—II. LA AMENAZA DE SUPRESIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: UNA ANDANADA COMPLETA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO.—III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS: LA UNIVERSALIDAD DE LA IGUALDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO.—IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE PAREJA Y LA AGRESIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA.—V. A MODO DE EJEMPLO: LA REVISIÓN DE LA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO.—VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE EL PAPEL RELEVANTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.

SUMMARY: I. THE ARRIVAL OF GENDER TO THE LAW: AN ALTERNATIVE WAY OF ENFORCING AND THINKING THE JURIDICAL PHENOMENON.—II. THE THREAT OF ELIMINATION OF GENDER VIOLENCE IN THE NEW PENAL CODE: AN AFFRONT TO THE ANTI-DISCRIMINATORY LAW.—III. THE PRINCIPLE OF GENDER TRANSVERSALITY AND ITS CONSEQUENCES: THE UNIVERSALITY OF EQUALITY AND THE INTEGRATION OF GENDER.—IV. GENDER VIOLENCE WITHIN THE CONTEXT OF THE COUPLE AND THE AGGRESSION OF THE JURIDICAL SCIENCE.—V. AS AN EXAMPLE: THE REVISION OF THE AGGRAVATING CIRCUMSTANCE OF TREACHERY IN CASES OF GENDER VIOLENCE.—VI. FINAL REMARKS ABOUT THE IMPORTANCE OF PHILOSOPHY OF LAW.

I. LA LLEGADA DEL GÉNERO AL DERECHO: OTRA FORMA DE HACER Y PENSAR EL FENÓMENO JURÍDICO

Repensar el Derecho, apostar por otra forma de soñarlo e implementarlo, no es nada nuevo, aunque sí relativamente reciente. Ya en 1999 Alda Facio en su libro *Género y Derecho*, publicado en Chile hablaba de este desafío transformador que debía venir de la mano de una nueva y rompedora categoría epistemológica: el género. De este modo, «Repensar el Derecho y su función social es un desafío que va

más allá de contar con buenas leyes o con buenas resoluciones judiciales para las mujeres. Significa hacer de esta disciplina un instrumento transformador que desplace los actuales modelos sexuales, sociales, económicos y políticos hacia una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona como una legítima otra y en la colaboración como resultante de dicho respeto a la diversidad»².

De hecho, la recepción y aplicación del concepto de género al Derecho ha marcado la transición de las leyes de igualdad clásicas a las leyes de igualdad modernas. De este modo, desde el Derecho se han ido cubriendo distintas etapas: si la primera se centraba en la igualdad de derechos y en la igualdad de trato ante la ley; la segunda se centró en la acción positiva y en las medidas específicas para las mujeres; para arribar a la tercera que pretende, mediante la «perspectiva de género», incorporar cambios sustanciales de igualdad efectiva inter-géneros, implicando en esta tarea a los hombres.

En otras palabras, se ha pasado de la lucha por la Igualdad formal (la igualdad política, la igualdad ante la ley y la igualdad de derechos), punto cardinal del Estado Liberal, a la lucha por la igualdad de oportunidades, sin olvidarnos de la lucha por la igualdad de hecho o sustancial, punto cardinal del Estado Social, en una dura y agotadora carrera de aciertos y desaciertos.

Muchos de los avances que se han logrado en el ámbito internacional han sido gracias al esfuerzo denodado –y poco reconocido– de los grupos de mujeres de diferentes países que han puesto en la agenda internacional los derechos de las mujeres como uno de los grandes retos de la democracia moderna y del desarrollo humano. Y este empuje ha hecho, a su vez, que actualmente asistamos en un efecto péndulo, a significativos esfuerzos legislativos a nivel nacional e incluso autonómico que, por primera vez en la historia jurídica, se dirigen no solamente a luchar contra la discriminación (desde el punto de vista individual), sino que apostando por un nuevo Derecho antidiscriminatorio –antibordiscriminación– (como subordinación estructural grupal), incorporan la idea de desarrollar derechos de las mujeres y apuestan por incluir proyectos de autonomía, libertad e igualdad defendidos por el feminismo en su pluralidad.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antibordiscriminación*³, que debe incorporar la

² FACIO, A. y FRIES, L. (ed.), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999, p. 22.

³ Al respecto, remito a los trabajos de BARRÈRE, M.A., no sólo para conocer el origen del Derecho antidiscriminatorio, y los errores conceptuales graves existentes al trasladar la tradición jurídico-política norteamericana a los ordenamientos europeos, sino para entender las limitaciones de los modelos tradicionales de «igualdad de trato y de oportunidades», como válidos para redefinir éste, al no partir del axioma de la subordinación estructural-grupal de las mujeres. En ningún caso puede desconocerse

perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación– de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos–, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Resultado de este esfuerzo legislativo son las (des)conocidas y polémicas Ley Integral (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Ley de Igualdad (LO 3/2007, de 22 de marzo), sin olvidarnos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas.

El atractivo de la transversalidad de género, sin duda, descansa en su potencial transformador a gran escala, esto es, en las múltiples posibilidades de este principio como eje transformador simultáneo y unívoco en todas las áreas de la política. Y ello es así, porque este proceso excede del mero proceso de elaboración de las normas, reatrayendo su aplicación e interpretación, y su planeamiento político, y su óptima implementación, neutraliza los estereotipos de género latentes en los mismos.

Sin embargo, sus virtudes se convierten en debilidades, al haber levantado falsas expectativas de igualdad efectiva y de compromiso coordinado de los poderes públicos que, aún hoy, quedan muy lejos de ser una realidad. Conseguir los objetivos perseguidos por el *gender mainstreaming* requiere cambios catárticos, no conseguibles de manera inmediata, y demanda, tal y como denuncian los organismos internacionales: revisión profunda de la gestión de las políticas, compromiso serio de los tres Poderes del Estado con la igualdad efectiva y formación en género de todo el personal implicado en su puesta en marcha.

Asimismo, el nuevo Derecho antidiscriminatorio y antisubordinación exige romper con una estructura de trabajo primitiva y desfasada –aunque dogmáticamente incorporada, incluso por las Facultades de Derecho– de funcionamiento del fenómeno jurídico, y de los criterios básicos de *igualdad* –tradicional desde Aristóteles en el pensamiento occidental– y de *discriminación* –centrada en un contexto individual, que no estructural y grupal–, que manipula.

Se trata de una ardua tarea que apenas se acaba de acometer desde el Derecho y desde el pensamiento crítico del Derecho, y que centrado en la transversalidad de género parte de varios axiomas:

1. El reconocimiento de la masculinidad del ordenamiento jurídico que obliga a su revisión crítica.

de la autora, su monografía *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

2. La insuficiencia de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria, basados en el sexo, a los fines de la igualdad de género, lo que obliga a una revisión global del Derecho y a la apuesta de un nuevo Derecho antisubdiscriminación.

3. La necesidad de reflexionar sobre una ciencia jurídica obsoleta, parcial y coadyuvante a la violencia de género.

En paralelo, preocupa que el haber acuñado la transversalidad, sin haber realizado la catarsis anteriormente citada, ponga en peligro los avances pro igualdad conseguidos con no poco esfuerzo, desmantelando toda la infraestructura institucional –impulsada por la Unión Europea– para apoyar las políticas de género. La apariencia de igualdad implicaría la desaparición de los fondos, instituciones y programas específicos para la promoción de la igualdad de género.

No entender esto, ni conocer la complejidad del *gender mainstreaming*, además de no estar preparados para acometerla con rigor, implica –desde el desconocimiento–perpetuar o incrementar, en su caso, la discriminación contra las mujeres, esta vez desde la estructura jurídico-política formulada, en teoría, para erradicarla. Reparar, pues, en ella y con carácter de urgencia⁴ –en un contexto de necesaria formación en género de profesionales del Derecho y de la Justicia– es uno de los objetivos de esta reflexión jurídica que, ahora más que nunca, se dibuja fundamental. Y en este sentido reivindicar determinados conceptos jurídicos resulta clave; a saber: discriminación, violencia de género y finalmente, el compromiso de los poderes públicos con el *gender mainstreaming*. En este sentido, la revisión de la ciencia jurídica resulta inaplazable y en esta tarea la Filosofía del Derecho no puede quedar impávida⁵, de brazos cruzados.

⁴ El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 solicita al Parlamento español una mejora en la regulación del deber de formación de los órganos jurisdiccionales (no sólo de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, sino también de instancias superiores) en materia de género e insiste en la efectividad de que esa formación se lleve a cabo lo más urgentemente posible. Asimismo, solicita al Ministerio de Justicia y a las comunidades autónomas con competencias en justicia, la interposición de medidas en aras a garantizar la disponibilidad, accesibilidad y calidad de la asistencia letrada a las víctimas de violencia de género; formación del personal que interviene en los juzgados, incluyendo sobre todo la Fiscalía. Con respecto a la Fiscalía General del Estado y a la Fiscal de Sala de Violencia sobre la Mujer, se les insta a la mejora de la formación, trato y protección hacia las víctimas de violencia de género (Circular 8/2005 de atención y protección a víctimas de delitos y la 3/2009). Idéntica recomendación se dirige a los Colegios de la abogacía y a las asociaciones de jueces y fiscales.

⁵ No obstante, en esta línea, destacadas voces, aunque minoritarias, de la Filosofía del Derecho en España se han alzado desde hace tiempo, para recordar el inaplazable papel de ésta en la revisión de la Ciencia jurídica. Entre ellas cabe destacar a Maggy Barrère, Ana Rubio, María José Añón, Encarna Bodelón, o quien suscribe estas líneas, Juana María Gil Ruiz.

II. LA AMENAZA DE DISOLUCIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL: UNA ANDANADA COMPLETA AL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO

Reparar ante todo en la correcta comprensión, en su complejidad, de lo que significa Violencia de Género se justifica, ahora más que nunca, ante las anunciadas reformas de Código Penal que eliminan de manera explícita el concepto de violencia de género –instrumento básico del moderno Derecho antidiscriminatorio– y que vuelve a diluirlo en la violencia doméstica o familiar, desactivando el potencial transformador de éste. Expliquémoslo.

Reconocer un problema, diagnosticarlo con precisión, es el primer paso para combatirlo. Ello implica no olvidar –tal y como reza la Exposición de Motivos de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género– que «La Violencia de Género no es un problema que afecte al ámbito privado. (Ni se limita a la mal llamada violencia doméstica). Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión».

Cierto es que la conocida popularmente como Ley Integral (la LO 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) centra su objeto de actuación, seguramente por cuestiones de presión social, en «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 ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia». Pero la Violencia de Género, como bien sabe el legislativo, es algo más que la mal llamada Violencia doméstica o la Violencia en las relaciones de pareja.

La Ley andaluza 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la Violencia de Género sabedora de la asimilación de Violencia de Género como forma de discriminación, abraza en su artículo 1, un concepto de Violencia de Género mucho más acorde y riguroso con el defendido en los distintos Tratados Internacionales y muy especialmente por la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983; a saber:

«A los efectos de la presente Convención, la expresión «discriminación contra la mujer» denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menosca-

bar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, de los derechos humanos, 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.»

La Violencia de Género incluye⁶, pues, todas aquellas agresiones sufridas por las mujeres como consecuencia de los condicionamientos socioculturales que actúan sobre los géneros masculino y femenino, y que se manifiestan –y se han manifestado históricamente– en cada uno de los ámbitos de relación de la persona, situándola en una posición de subordinación al hombre; y ello, insistimos, no sólo toca a la esfera privada, o más concretamente a la relación de pareja, sino a la esfera pública, ya fuere en el ámbito político, económico, social, cultural o civil.

Este reconocimiento y asimilación de la violencia de género como forma de discriminación es, pues, algo más que una cuestión circunstancial. Se trata de un primer paso en la lucha por erradicarla y un compromiso por parte de la Administración Central y Autónoma de no quedar al margen de lo que se califica como «uno de los ataques más flagrantes a los derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la *no discriminación* proclamados en nuestra Constitución» así como «un obstáculo para el pleno desarrollo de las mujeres y de la sociedad». Siendo coherente con este compromiso adquirido, y como respuesta global, se aprobaron dos paquetes de medidas legislativas, especialmente importantes –e igualmente (des)conocidas y polémicas– en lo que se refiere a la erradicación de las distintas Violencias de Género y a la apuesta por la igualdad efectiva. Uno de ellos ha sido ya referido, la Ley Integral. El segundo, no menos destacable, es la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007. Ambas leyes reconocen que los poderes públicos no pueden ser ajenos a esta lacra social e invocan a la Constitución, –al Estatuto Andaluz en Andalucía–, pero también a las demandas del Derecho Internacional y Europeo para justificar la urgencia de «proporcionar una respuesta global a la violencia que se ejerce sobre las mujeres». Ambas herramientas jurídicas deben ser entendidas y enmarcadas, pues, como un *totum*; esto es, un solo cuerpo que nos permitiría prevenir, detectar, eliminar y erradicar las distintas Violencias de Género que se perpetran sobre las mujeres, situándolas en una posición de subordinación con respecto a los varones, y que se manifiestan –siguiendo la definición jurídica de *discriminación*– tanto en la esfera privada como pública. La reacción legislativa sólo puede ir en la línea, pues, de una acción positiva capaz de volati-

⁶ Al respecto, véase GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.

lizar la subordinación estructural y conseguir la eliminación de la discriminación en sentido amplio.

Pero esta correcta definición y conceptualización de discriminación abrazada en nuestra Ley, visibiliza, además, que es ésta la que genera vulnerabilidad en los seres humanos y no que las mujeres ostenten el título de seres vulnerables. La Ley Integral es consciente de ello, e insiste en diferenciar la violencia doméstica de la violencia de género. Si en la primera se protege la situación objetiva de vulnerabilidad del sujeto pasivo (víctima), proveniente de una particular naturaleza de la relación familiar, en la segunda se protege a las mujeres de la situación de discriminación y desigualdad social real existente contra ellas (ciudadanas), por el mero hecho de haber nacido mujeres. No podemos, pues, dejar de valorar estos esfuerzos legislativos, constataando la complejidad que encierra introducir en el ordenamiento jurídico español este nuevo contenido del principio de igualdad, más allá del tradicional y aristotélico contenido formal del mismo, y que tantas antipatías ha levantado y seguirá levantando. Las más de doscientas cuestiones de inconstitucionalidad que la Ley Integral suscitó, —aun cuando sólo 127 fueron aceptadas por el Tribunal Constitucional—, son un buen ejemplo de ello.

Por lo tanto, el paso de la «simple protección jurídica de las víctimas de la violencia doméstica» a la necesidad de combatir y erradicar la violencia de género, no es casual ni azarosa, sino que implica romper con la idea de seres vulnerables, débiles, necesitados de protección, con el consiguiente tratamiento paternalista de amparo y reemplazarla por el reconocimiento de la ciudadanía de las mujeres, visibilizando —en caso de desprotección— la incapacidad del Estado de garantizar a éstas el pleno ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, integridad, igualdad, libertad y seguridad. Eliminar, pues, el concepto de Violencia de Género del Código Penal supondría un paso atrás de gigante en la lucha por la erradicación de la discriminación estructural ciudadana.

III. EL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD DE GÉNERO Y SUS CONSECUENCIAS: LA UNIVERSALIDAD DE LA IGUALDAD Y LA INTEGRACIÓN DE LA DIMENSIÓN DE GÉNERO

Si el reconocimiento expreso de la violencia de género como una forma de discriminación, permite desde el Derecho activar un todo un complejo mecanismo de Derecho antidisdiscriminación (como discriminación estructural grupal), dirigido a minar, a volatilizar las raíces subordinadoras que maniatan el libre desenvolvimiento ciudadano de las mujeres, no es menos cierto que el compromiso internacional con la transversalidad de género supone una vuelta más de tuerca a

este esfuerzo epistemológico jurídico por erradicar las violencias de género, se realicen en la esfera privada o en la pública. No en vano, si la inclusión expresa de la violencia contra la mujer entre las formas de discriminación, permite convulsionar la construcción clásica de la discriminación; la apuesta por la transversalidad de género –como corriente principal– compromete en esta tarea a todos los Poderes Públicos y a todas las ramas del Derecho.

En este sentido, hablar hoy de Igualdad con mayúsculas exige conocer y manejar con rigor el concepto de transversalidad, o mejor dicho, la correcta transposición del principio de *gender mainstreaming* a las legislaciones nacionales, por sus importantes repercusiones sociales, jurídicas y políticas en la ciudadanía. Sin duda, el principio de transversalidad de género parte del compromiso de la comunidad internacional para lograr la igualdad entre los géneros, así como el desarrollo y la paz para todas las mujeres. Sus precedentes internacionales inmediatos son de sobra conocidos: la Conferencia Mundial de las Mujeres en Nairobi en 1985, la propuesta de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de las Mujeres de Naciones Unidas en 1987, o a nivel europeo, el III Programa de Acción Comunitaria en materia de Igualdad de Oportunidades (1991-1995).

Pero sin duda, es la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, en 1995, la que renueva el compromiso con la igualdad y proclama la transversalidad y el triunfo de lo que podríamos calificar «Feminismo de Estado». En la Declaración de Beijing, los Gobiernos participantes adoptaron y se comprometieron «a aplicar la siguiente Plataforma para la Acción, garantizando que en todas nuestras políticas y programas quede reflejada la perspectiva de género» e invita a todos los gobiernos y a los demás agentes a «integrar la perspectiva de género (*gender mainstreaming*) –como corriente principal– en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos»⁷, con el objetivo de analizar sus posibles consecuencias para las mujeres y los hombres, respectivamente, antes de tomar decisiones vinculantes. Posteriormente, este compromiso ha sido reconfirmado en numerosas ocasiones, persiguiendo y analizando los mecanismos para incrementar la responsabilidad de los gobiernos en el cumplimiento del mandato que figura en la Plataforma de Acción.

Ya no hablamos pues, de un principio de igualdad limitado, que parte de una visión sectorial del mismo, esto es, en relación a sí mismo, sino desde una visión más compleja y rica, desde una dimensión universal, que pone el principio en relación con el resto de las normas jurídicas. Para ser más exactos, a partir de ahora el Derecho no se sustentará en una Razón Universal (neutras respecto al sexo-género), sino que responde a una manifestación de Poder (patriarcal,

⁷ La Declaración de Beijing y Plataforma para la Acción, elaboradas en la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Beijing (1995), se han publicado en la Serie Documentos del Instituto de la Mujer, 1996.

según la lógica de la Teoría Crítica Feminista del Derecho). De este modo, no bastará con equiparar los derechos de mujeres y hombres, ni la solución a tanta desigualdad descansa en leyes de igualdad sectoriales, incapaces de desactivar el componente masculino del Derecho. Se pretende integrar la dimensión de la igualdad en la elaboración y en la aplicación de la totalidad de las normas jurídicas y de las políticas públicas, es decir, apostar por el principio de transversalidad de la dimensión de género.

Europa no ha quedado al margen de este compromiso con la igualdad efectiva inter-géneros pasando a formar parte de una de las prioridades de su agenda política. No en vano, se trata de «un principio firme y creciente, en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el artículo 3 del Tratado de Ámsterdam, que ha incluido, como de una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de Políticas Europeas, la promoción de la Igualdad de mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como objetivo de la Unión, la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres (hasta el punto de condicionar) el conjunto de las Políticas Comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad»⁸. De este modo, el fin de la igualdad no se alcanza a través de una o varias acciones específicas, sino integrándolo en todas las acciones.

El artículo 3.2 del Tratado de Ámsterdam explicita claramente el objetivo de la Unión Europea: «En todas las actividades contempladas en el presente artículo, *la Comunidad se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». El reciente Tratado de Lisboa se pronuncia en idénticos términos en su artículo 8: «En todas sus acciones, *la Unión se fijará el objetivo* de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad».

En este sentido, «la Comisión de la Unión Europea ante la constatación de que decisiones políticas que, en principio, parecen no sexistas, pueden tener un diferente impacto en las mujeres y en los hombres, a pesar de que dicha consecuencia ni estuviera prevista ni se deseara, aprobó (en 1996) una Comunicación⁹ sobre la transversalidad *mainsstreaming* –introduciéndola en el Tratado de Ámsterdam (1997)– como un primer paso hacia la realización del compromiso de la Unión Europea de integrar la perspectiva de género en el conjunto de las políticas comunitarias y elaboró una *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*¹⁰ diseñada para proyectarse en el seno de la Comi-

⁸ Vid. REY MARTÍNEZ, F., «Comentario a los informes del Consejo de Estado sobre el impacto por razón de género», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 14, 2.º semestre 2004, pp. 500-523.

⁹ Comunicación «Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias», COM (96) 67 final de 21 de febrero de 1996.

¹⁰ *Guía para la Evaluación del Impacto en Función del Género*, de la Comisión Europea, 1998.

sión con objeto de evitar consecuencias negativas no intencionales que favorezcan situaciones de discriminación y para mejorar la calidad y la eficacia de las políticas comunitarias»¹¹.

De este modo, y como complemento a los objetivos de la acción comunitaria prevista para la promoción de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, merece destacarse la aprobación de la Decisión del Consejo¹² 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria (V Programa Marco) sobre la estrategia (COM 2000, 335 final) que debe seguirse en materia de igualdad de mujeres y hombres (2001-2005), sustentándose en los principios derivados de la transversalidad y en la Hoja de ruta para la igualdad entre hombres y mujeres 2006-2010. Este Programa Marco, de enfoque dual, «es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad, incluidas las políticas de integración de la igualdad de los sexos y las acciones específicas dirigidas a las mujeres», y destaca por conceder un especial protagonismo a la evaluación del impacto de género en todos los ámbitos de intervención (vida económica, social, política, vida civil, roles y estereotipos,...) que tengan repercusiones directas o indirectas en las mujeres o en los hombres, «como una de las acciones a emprender para el logro de los objetivos mencionados en el referido programa»¹³. Ello explica el sentido de la transversalidad y exige que «en el diseño y aplicación de todas las políticas hay(a) que tener en cuenta las preocupaciones, las necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres»¹⁴.

Y esto es así, porque de sobra es conocido que el modelo de políticas públicas existente en el mundo, y por supuesto en Europa, no ha sido pensado con la idea de garantizar la equidad de género. Por el contrario, las mujeres acceden en menor medida que los varones a la

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

¹² No obstante, el principio de transversalidad en el ámbito del ordenamiento jurídico comunitario se consolida en la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 de diciembre de 1995, relativa a un programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000).

¹³ Decisión del Consejo 2001/51/CEE, de 20 de diciembre de 2000, relativa a un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombre y mujeres (2001-2005). El texto de la Decisión del Consejo se transcribe literalmente en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. *BOE* núm. 246, de 14 de octubre de 2003, pp. 36770-1.

¹⁴ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, relativa a una Estrategia Marco Comunitaria sobre igualdad de hombres y mujeres (2001-2005).

educación. De hecho, más de dos tercios de las personas analfabetas del planeta son mujeres. Asimismo, las personas son titulares de importantes derechos sociales en función de su posición en el mercado de trabajo, y ello implica –en tanto que la vinculación de las mujeres es menor y sus condiciones de precariedad son mayores que la de los compañeros varones–, una penalización, o mejor dicho, una *discriminación* en el acceso a los derechos sociales derivados del empleo, como las pensiones de jubilación, entre otros.

El legislativo español, en esta línea de trabajo e impulsado por las demandas internacionales (Beijing, 1995) y europeas (Tratado de Ámsterdam y Tratado de Lisboa), ha apostado recientemente, por un nuevo *Derecho antisubordiscriminación* que debe incorporar la perspectiva de género, de manera transversal y principal. Esta integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la totalidad de los procesos normativos –elaboración, interpretación y aplicación– de la totalidad de las normas y en la totalidad de las políticas públicas –se manifiesten a través de normas o de actos administrativos no normativos–, se denomina transversalidad, traducción del neologismo inglés *gender mainstreaming*.

Sin duda, el artículo 2.k) de la Ley Integral¹⁵, y con mayor amplitud, el artículo 15 de la Ley de Igualdad, han supuesto la consagración expresa del principio de transversalidad, con la asunción lógica de todas sus consecuencias: la universalidad de la Igualdad y la integración de la dimensión de género.

En cuanto a la primera, la Universalidad de la Igualdad, hablamos en una doble dimensión, a cual más importante. Por una parte, la universalidad subjetiva, se dirige y *afecta a todos los Poderes Públicos*. El arriba citado artículo 15 de la Ley de Igualdad establece la vinculación transversal de la igualdad «en la actuación de todos los Poderes Públicos» y esta universalidad subjetiva la ratificará su carácter de norma básica, tal y como se recoge en la disposición adicional 1.^a de la Ley.

Por otra parte, la universalidad objetiva, reatraviesa *a todas las Ramas del Ordenamiento Jurídico*. La universalidad objetiva se contemplará, siguiendo la lectura del artículo 15 de la Ley de Igualdad, no sólo cuando alude a la «adopción y ejecución de sus disposiciones normativas», sino a «la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y (al) desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

¹⁵ Artículo 2.k) de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sobre *Principios rectores de la Ley*: «Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tenga en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género».

En cuanto a la segunda, la integración de la dimensión de género¹⁶, en el proceso de elaboración de normas legislativas a propuesta del Gobierno, –que ya introdujera la Ley 30/2003, de 13 de octubre– se modifica el apartado 2 de artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, en el sentido de que «el procedimiento de elaboración de anteproyectos de Ley (...) se iniciará en el Ministerio o Ministerios competentes mediante la elaboración del correspondiente Anteproyecto, que irá acompañado por (...) un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo». En este mismo sentido, y en cuanto a la integración de la dimensión de género en el proceso de elaboración de normas reglamentarias emanadas del Gobierno, se añade un párrafo 1.b) del artículo 24 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, afirmando que «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establezcan en el mismo». Posteriormente, la Ley de Igualdad de 2007 (LO3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), en su artículo 19, ampliará tal exigencia a «los proyectos de disposiciones de carácter general y los planes de especial relevancia económica, social, cultural y artística que se sometan a la aprobación del Consejo de Ministros».

Ahora bien, la transversalidad de género en su doble dimensión –subjetiva y objetiva–, sin duda, está más que presente en la Exposición de Motivos de la Ley de Igualdad: «De ahí la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, seña del moderno derecho antidiscriminatorio, como principio fundamental del presente texto». Asimismo, «la complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. (...) De este modo, la Ley nace con la *vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres*». Y dicha vocación pasa por *integrar el principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas*; a saber: el artículo 4 de la Ley de Igualdad eleva «la Igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (a) principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Aquí se aplica la eficacia característica de los principios generales del Derecho según el artículo 1.4 del Código Civil, en tanto que no podemos olvidar la naturaleza compleja de la igualdad jurídica en España en tanto que derecho, principio y valor.

La consecuencia directa del artículo 4 de la Ley de Igualdad sobre la tarea de interpretación y aplicación de las normas derivada de la integración de la dimensión de género en la elaboración normativa, sin duda, descansa en la asunción de la transversalidad como finalidad buscada, no sólo por una, sino por todas las normas del ordenamiento

¹⁶ Véase GIL RUIZ, J. M., *Las nuevas Técnicas Legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

jurídico que, deben ser aplicadas, sin distinción alguna, con perspectiva de género. El impacto directo sobre los criterios de interpretación recogidos en el artículo 3.1 del Código Civil, repercute como si fuera un toque de billar preciso, meditado y certero. Los criterios «antecedentes...legislativos» (en caso de existir Informes de Evaluación de Impacto de Género); el teleológico (en tanto que el espíritu y la finalidad buscada es la Igualdad efectiva) y el sistemático (en tanto que reatraviesa todo el sistema jurídico), conducen irreductiblemente a que la totalidad del ordenamiento jurídico aparezca impregnado de la igualdad de los sexos. O dicho de otro modo, «todas y cada una de las normas jurídicas –no sólo las tradicionales normas antidiscriminatorias, es decir las leyes de igualdad clásicas– se convertirán –y justamente aquí se encuentra la esencia de la ley de igualdad moderna– en mecanismo de consecución de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. Y es que no en vano la universalidad objetiva es exigencia de transversalidad»¹⁷.

Ello significa un mandato directo, «un llamamiento a la efectividad de los valores y principios básicos del sistema constitucional y del ordenamiento jurídico español»¹⁸ y una consigna legal clara dirigida, muy especialmente, a los órganos judiciales quienes deben someterse al Imperio de la Ley (art. 117.1 de la Constitución y artículo 1 de la LOPJ), y especialmente a la Constitución, aplicando las leyes y reglamentos conforme a la Constitución, inaplicando los contrarios a ésta, y garantizando la tutela de los derechos e intereses legítimos, en particular los derechos fundamentales (arts. 5, 6 y 7 de la LOPJ). La igualdad, como valor superior de ordenamiento jurídico (art. 1.1 de la Constitución) posee esa triple función que no debe olvidarse: sirve de fundamento a las normas jurídicas, es una guía y orientación en la aplicación del ordenamiento jurídico, y un parámetro de valoración (o crítica) de lo que una norma no puede en ningún caso ser. De conformidad con esta dimensión del principio de igualdad, toda desigualdad en principio, deviene una violación del sistema de valores que defiende el proyecto de justicia recogido en la Ley de Leyes. Todo ello deberá ser tenido muy en cuenta, cuando analicemos la actuación del Poder Judicial en supuestos de violencia de género ya que la actividad judicial deberá, no sólo examinar lo asépticamente jurídico, sino el resultado de la aplicación sobre la realidad del género para erradicar los estereotipos que –estructuralmente– constriñen la libertad (sexual), la igualdad y la seguridad de las mujeres. Una aplicación «automática y aséptica» del Derecho sin la correcta y obligada transversalidad de género, supondrá otra forma de infligir violencia de género, esta vez

¹⁷ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El principio de Igualdad entre Mujeres y Hombres en la legislación española*, 2011.

¹⁸ *Ibidem*, 2011, p. 26.

de manos del Poder del Estado¹⁹. Se hace pues, precisa «una interpretación que, más allá del plano legal, se efectúe desde el plano constitucional»²⁰, en tanto que la Constitución, tal y como nos recuerda el TS²¹, se alza como norma directriz.

IV. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL CONTEXTO DE PAREJA Y LA AGRESIÓN DE LA CIENCIA JURÍDICA

La Violencia de Género y las víctimas que se cobra anualmente vienen ocupando últimamente un lugar central en el debate social y mediático, y han impulsado en España –dejando al margen el marco jurídico internacional²² de lucha contra la Violencia de Género– una avalancha de reformas legislativas para intentar erradicar esta lacra de devastadoras consecuencias personales y sociales. Desde el año 1989, año en el que por primera vez se recoge el delito de malos tratos habituales en el antiguo Código Penal español, hasta nuestros días, esta lacra social ha sido «reformulada»²³, jurídicamente hablando en numerosas ocasiones. La última respuesta legislativa ha sido la convertida –pese a su aprobación unánime por todas las fuerzas políti-

¹⁹ Reparemos que la Constitución sólo califica como Poder al Poder Judicial, en su Título VI, frente al Legislativo y al Ejecutivo.

²⁰ MARTÍN MAZZUCCIONI, C., *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de Mujeres y Hombres*, en SÁNCHEZ TRIGUEROS y SEMPERE NAVARRO (ed.), Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 94-95.

²¹ Ver STTS de 21 de diciembre de 2009, Sala de lo Social.

²² Fue precisamente la alarma social surgida ante los cuantiosos episodios de agresiones dentro del hogar lo que motivó una reacción institucional a nivel internacional, nacional, autonómico y local. De hecho, y en lo que al ámbito internacional se refiere, desde la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 hasta la revisión realizada en Nueva York en el 2000 de la Plataforma de Beijing de 1995, la ONU ha emprendido importantes campañas de concienciación para erradicar el terrorismo doméstico. Las Conferencias mundiales sobre la mujer de México (1975), Copenhague (1980), Nairobi (1985) y Beijing (1995), la Declaración de la Asamblea General y la Conferencia mundial sobre los derechos humanos de 1993, la Resolución de la Asamblea General de 1998 respecto de la prevención de la violencia sobre las mujeres y el Protocolo facultativo a la Convención de 1979 adoptado por la Asamblea General en 1999 son un buen ejemplo de ello.

²³ Si originariamente el delito de «violencia doméstica» se ubicaba en el artículo 153 CP, aunque con reformas de su contenido por parte de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio (BOE núm. 13, de 10 de junio), cuatro años después, vuelve a modificarse el Código Penal mediante Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, alterando el contenido de los artículos 153 y 173. Posteriormente, la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004, volvió a modificar el Código Penal agravando las penas, así como ha activado nuevas medidas en ámbitos que tienen que ver con la violencia de género tales como la prevención, protección, atención sanitaria, social y laboral, y por supuesto, la coordinación judicial.

cas– Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género de 28 de diciembre de 2004. Sin embargo, la visibilización de la violencia de género en el contexto familiar y su calificación como delito ha sido muy reciente (1989), constatándose la abulia y el eterno desinterés del legislador español por abordar episodios de violencia hacia los derechos humanos en el contexto familiar (violencia doméstica) y muy especialmente hacia las mujeres como ciudadanas (violencia de género). Habrá que esperar, como sabemos, a la conocida popularmente como Ley Integral para que se creen tipos específicos agravados y se centre especialmente la atención cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Sin embargo, y pese a los incuestionables avances legislativos –aun cuando mejorables²⁴– referentes a la consecución de la igualdad efectiva de la ciudadanía y erradicación de las distintas formas de violencia de género, nuestras Facultades de Derecho siguen extrapolando un modelo de ciencia jurídica, desfasado, propio del siglo XIX, inmune a cualquier crítica, en tanto que convertido en dogma científico, una suerte de Teología jurídica, no revisable ni falsable. La alevosía es un buen ejemplo de categoría elevada a dogma, símbolo de cómo el Derecho, este nuevo Derecho, se estrella ante el pseudo-arrecife de la neutralidad interpretativa.

Pese a las distintas reformas, algunas de las exigencias típicas exigidas en supuestos de violencia de género siguen planteando importantes dudas interpretativas que requieren de una reflexión crítica, al menos desde la Filosofía del Derecho²⁵. Si es cierto que la reivindicación primigenia de arribar a la igualdad ha supuesto la reformulación y la promulgación de leyes expresadas de forma neutral respecto del género, sin embargo, esta política de exigir un trato igual provoca ciertas dudas, ya sugeridas por la Feminist Jurisprudence. Decir que a la mujer se le tratará como al hombre no supone evidentemente que se le trate igual; acogerse a la neutralidad de la ley eclipsa la auténtica interpretación masculina que rige en ella.

De este modo, el Derecho se percibe como algo construido histórica y concretamente sobre las experiencias, las opiniones y los intereses de los varones. No es masculino por estructura o vocación, sino por elaboración histórica de varones para varones, lo que no significa que las mujeres no aparezcan. Como nos recuerda Pitch «el Derecho

²⁴ Al respecto, véase ANÓN, M. J., «¿Igualdad ma non troppo? Una reflexión crítica sobre la reciente legislación española en materia de igualdad entre mujeres y hombres», en *Sociología del Diritto*, Franco Angeli Edizioni, vol. 34, Italia, 2008.

²⁵ Al respecto, unas de las aportaciones críticas más recientes y sugerentes la hallamos en BODELÓN, E. (coord.), *Violencia de Género y las respuestas de los sistemas penales*, Ed. Didot. Buenos Aires, 2012; y en GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, Editorial Dykinson, Monografías de Derecho Penal, Madrid, 2007, especialmente su capítulo V.

se concibe de dos modos, según un modelo masculino y uno femenino, este último originado por las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres o de cómo deberían ser»²⁶.

La Feminist Jurisprudence propone dos opciones para combatir la desigualdad estructural que desembocan en la reivindicación de la diferencia, combatiendo la falsa idea de igualdad, y la subordinación asociada a la diferencia. Pero, retomemos a MacKinnon:

«Hay dos opciones. La primera la llamo el standard masculino: Las mujeres pueden ser iguales a los hombres. En derecho se llama neutralidad. La otra opción la llamo el standard femenino: Puedes ser diferente de los hombres. En derecho se llama protección especial. De cualquiera de las formas son los hombres los que articulan el standard bajo el cual se mide. Puedes ser lo mismo que un hombre, y entonces serás igual, o puedes ser distinta de los hombres, y entonces será mujer»²⁷.

Toda esta reflexión nos obliga a reparar en los tres períodos señalados por Carol Smart en *La mujer del discurso jurídico*, en torno a la crítica feminista al Derecho. El primero de ellos se sitúa en la afirmación de que «el Derecho es sexista»; el segundo con la frase «el Derecho es masculino», y finalmente, en un tercer estadio se argumenta que el «Derecho tiene género». Si el primero de ellos obligaba a revisar todos los preceptos de Derecho Penal bajo la lupa del principio de igualdad de trato, plasmándose *de factum* no sólo en exigencias de criminalización, sino también en demandas de despenalización; el segundo –el Derecho es masculino– aludía a la constatación de que estas leyes formuladas de forma neutral, sin embargo, se aplican de acuerdo a una perspectiva masculina y toman como medida de referencia a los hombres.

«Por esta razón, –continúa Smart– comparado con el enfoque anterior, «el Derecho es sexista», este análisis sugiere que cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y éstos son masculinos. Por ello, insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad resulta, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos»²⁸.

²⁶ Vid. PITCH, T., *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Editorial Trotta, Madrid, 2003, p. 262.

²⁷ Palabras de MacKinnon citadas por EISENSTEIN, A., *The female body and the law*, Berkeley, University of California Press, 1988. En este sentido, véase LAURENZO, P., «La violencia de género en el Derecho Penal: Un ejemplo de paternalismo punitivo», en LAURENZO, P., MAQUEDA, M. L., RUBIO, A., *Género, violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 329-362.

²⁸ SMART, C., «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, E. (comp.), *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 1994, p. 173.

Sin embargo, no pensemos que esta parcialidad real del Derecho –que no formal– se debe a una aplicación errónea de la ley en lo que al juez e intérprete se refiere; esto es, al supuesto talante machista de éste. Lo que pretendemos demostrar va aún más lejos: la aplicación objetiva del Derecho tiende a reproducir la versión social dominante; y esto es así, aplique el Derecho un hombre o una mujer. La aplicación dogmática de la ley, y el cumplimiento estricto de todos los requisitos admitidos por la Doctrina, puede llevar a una desprotección legal y real de determinados colectivos, y todo ello –y paradójicamente– por mor del supuesto principio igualitario.

Pero, a diferencia de estas dos etapas en la crítica feminista al Derecho, las aportaciones que revisan la idea de que el «Derecho tiene género» nos ha llevado a preguntarnos más que el modo con que el Derecho supera el género, cómo funciona el género dentro del Derecho y cómo el Derecho funciona para crear género. «Además, el Derecho es redefinido no como el sistema que puede imponer la neutralidad del género, sino que se define como uno de los sistemas (discursos) que produce no solamente las diferencias de género sino formas específicas de diferencias polarizadas. El Derecho se ve como creando ambos sujetos con género y también (más discutible) subjetividades o identidades a las cuales el individuo deviene atado o asociado»²⁹.

Quizás, todo este triple proceso, que sin duda puede calificarse de complejo, pueda verse con mayor nitidez en el ámbito de la domesticidad, ámbito invisible, privado e íntimo, que ha venido manteniendo su propia legislación despótica, y su jurisdicción extra-jurídica. Y sin duda, el tratamiento científico jurídico de la categoría de la alevosía, tal y como es enseñada en las Facultades de Derecho y transmitida en la práctica judicial, es un buen ejemplo de cómo no sólo la violencia es ejercida por parte del agresor hacia su pareja o expareja, sino que la propia ciencia jurídica inflige un plus añadido de agresión procedimental que redundante en lo que se ha venido calificando –ya con cierta solera– la victimización secundaria.

En este sentido, nuestro análisis se centrará en el análisis de la categoría científico-jurídica de la alevosía e intentará mostrar el talante masculino de la Ciencia jurídica, y cómo funciona el género dentro del Derecho, incluso generándolo. La reacción bidireccional de la Ciencia jurídica ante el agresor, por un lado, y ante la agredida, –en caso de que ésta se defienda–, dando muerte a su maltratador, también es una buena prueba –aun cuando no podamos desarrollarlo³⁰– de cómo «el Derecho tiene género», un Derecho que se perpetúa a través de categorías dogmáticas

Y es que lo único que cambiaría la respuesta del Derecho a la violencia de género, por encima de modificaciones legislativas, es un ver-

²⁹ *Ibidem*, p. 177.

³⁰ No obstante, podrá encontrarse cumplida información en la obra anteriormente citada: GIL RUIZ, J. M., *Los diferentes rostros de la Violencia de Género*, *opus cit.*

dadero cambio de actitud de los operadores jurídicos, –apartándose de la idea de encontrarse ante un problema privado y cuya resolución sólo incumbe a los propios afectados, y considerándolo en cambio como un problema público de devastadoras consecuencias sociales– que exige, para su erradicación, el compromiso, la formación y la consecuente incorporación de la perspectiva de género³¹ en la práctica judicial, revisando categorías científicas desfasadas propias del siglo XIX.

V. LA REVISIÓN DE LA AGRAVANTE DE ALEVOSÍA EN SUPUESTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La alevosía se define como la actitud traicionera o cobarde por parte del agresor, quien ataca a la víctima bien utilizando medios, modos o formas para asegurar el resultado de lesionar o matar, o bien elimina una posible defensa por parte de la víctima. En este sentido, la doctrina jurisprudencial tradicional ha distinguido tres modalidades de alevosía: la proditoria³², que incluye a la traición; la súbita o inopinada³³; y por último, otras formas consistentes en el aprovechamiento de una especial situación de desvalimiento³⁴. Los criterios utilizados por los Tribunales para apreciar esta agravante no resultan ser uniformes,³⁵ pero lo realmente preocupante reside en la importante

³¹ El Informe de Amnistía Internacional de noviembre de 2012 antes citado pone el acento en la falta de cumplimiento del deber de formación en género de la judicatura, abogacía –en especial, de la asistencia letrada gratuita– y la fiscalía, añadiendo la propia predisposición de los operadores del Derecho que con prejuicios morales, infunden sospechas relacionadas con la falsedad de la denuncia e incluso, en los casos de mujeres extranjeras en situación irregular, la probable instrumentalización de la denuncia para obtener la autorización de residencia.

³² Sentencia del TS de 22 de diciembre de 1992, RJ 1992/10465.

³³ Véanse las Sentencias del TS de 22 de febrero de 1991, RJ 1991/1349; de 14 de junio de 1991, RJ 1991/4718; de 18 de octubre de 1991, RJ 1991/7311; de 20 de abril de 1992, RJ 1992/3165; de 8 de marzo de 1993, RJ 1993/1992; y la de 9 de marzo de 1993, RJ 1993/2163, entre otras.

³⁴ Véanse las Sentencias del TS de 28 de mayo de 1992, RJ 1992/4396; de 4 de junio de 1992, RJ 1992/5444; la de 7 de mayo de 1993, RJ 1993/3860; y la de 3 de octubre de 1994, RJ 1994/7604, entre otras.

³⁵ La STTS de 9 de octubre de 2000 es un buen ejemplo jurisprudencial donde se aprecia la agravante de alevosía. Dice así su FJ 2.º «Y de las modalidades instrumentales expresadas, es bien patente la presencia de la alevosía sorpresiva y también de la correspondiente al desvalimiento, ya que el hecho de clavar el cuchillo por la espalda, mientras la víctima se encuentra desprevenida, es incuestionablemente objeto de tal calificación jurídica que, en el caso, cualifica los hechos de asesinato». Con respecto a la jurisprudencia menor, destaquemos la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 1 de Algeciras (Cádiz), en que se condena al agresor a un delito de lesiones con la agravante de alevosía –agresión cometida con un cuchillo de cocina y por la espalda– por entender: «En suma, teniendo en cuenta estos criterios, resulta incardinable la acción del acusado en la agravante de alevosía, en la segunda de las modalidades

tendencia de los Tribunales a no apreciar la alevosía en caso de existencia de malos tratos anteriores por entender que la agredida quizás esté indefensa pero no desprevenida. Como muy bien señalaba Larrauri hace tiempo «la parcialidad de la formulación respecto del género puede verse adicionalmente en el hecho de que se considera que la mujer quizás sí está indefensa pero no a consecuencia de estar desprevenida (pues ha sido víctima de repentinos ataques), con lo cual su muerte no puede ser calificada de Heimtücke»³⁶, esto es de muerte con la agravante de alevosía.

Un ejemplo de lo anteriormente afirmado lo hallamos en la STTS de 25 de julio de 2000 donde el Alto Tribunal estima parcialmente el recurso planteado por el acusado y le condena como autor de un delito de homicidio –que no de asesinato– con las agravantes de parentesco y abuso de superioridad, por entender que no hay elementos suficientes para apreciar la concurrencia de la agravante de alevosía. Los argumentos esgrimidos, varios: defectos procedimentales³⁷ y evidencia de no encontrarnos «ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo». Merece la pena la trascripción de parte de la sentencia citada:

«Se dice, como antecedentes del desenlace mortal, que el acusado había tenido previamente varias discusiones violentas con su esposa, maltratándola incluso en pena calle. Es cierto que el día de los hechos esperó a que su esposa quedase sola en casa de sus padres, pero también se dice, a continuación, que consiguió que le abriese nuevamente la puerta iniciándose una previa y breve discusión. Este suceso debió advertir a la víctima sobre las intenciones

analizadas por la STS. de 24-1-92, la súbita o inopinada, al haberse efectuado el ataque por sorpresa y por la espalda, evitando así toda posible defensa de la agredida. Ello determina la aplicación de la agravante y de la consiguiente regla penológica del artículo 66.3.º del Código». De cualquier modo, no entendemos por qué no se condenó al agresor a un delito de asesinato frustrado.

³⁶ LARRAURI, E., «Violencia doméstica y legítima defensa –un caso de aplicación masculina del Derecho–, en LARRAURI, E. y VARONA, D., *Violencia doméstica y legítima defensa*, E.U.B., Barcelona, 1995, p. 17. Merecen destacarse entre las aportaciones más actuales de esta autora: «Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM.*, Madrid, 2009, o «Violencia de género en España. Tres años después de la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», in BIRGIN, H. & GHERARDI, N. (coords.) *Reflexiones Jurídicas desde la Perspectiva de Género*, Editorial Fontamara, Mexico DF., 2011.

³⁷ El TS, en esta ocasión, se acoge a argumentos excesivamente formalistas y procedimentalistas –errores e imprecisiones en el acta del jurado; no estimación del Juez instructor de la devolución de este acta al jurado para su corrección...– creando –entendiendo– una enorme situación de indefensión, impotencia e injusticia alrededor de la figura de la víctima (ver STTS de 25 de julio de 2000, FD 2.º 1. 2. 3. y 4.). En este sentido, y por entender que existen contradicciones entre los hechos probados, el veredicto y la fundamentación del fallo, se rebaja el delito de asesinato al de homicidio.

agresivas de su irascible marido. A continuación se nos dice, de forma inconexa que sorprendió a la víctima, para afirmar después que le empujó por el pasillo hasta caerse ambos, continuando hasta el cuarto de baño a donde la siguió asestándole varias puñaladas en espalda, cara y ambas extremidades.

El relato fáctico, es como ya se ha dicho impreciso e incluso contradictorio, por lo que no encontramos base para apreciar una agresión súbita o traicionera.

6. Es evidente que no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. Existen antecedentes fácticos que nos demuestran que el comportamiento violento era casi una constante en los últimos encuentros. Si nos atenemos a los esquemas clásicos que configuran la alevosía por la concurrencia de la traición, el aseguramiento o la cobardía, tenemos que llegar a la conclusión de que, en los supuestos fácticos que nos relata la sentencia recurrida no están nítidamente perfilados ninguno de estos elementos componentes»³⁸.

Asimismo se puede apreciar el modo en que actúa el «curriculum vitae de agresiones» o historial de malos tratos del acusado beneficiando al recurrente y perjudicando a la víctima. De este modo, el argumento del TS continúa:

«Tampoco es posible construirla, sobre la base de la existencia de una relación de confianza entre agresor y víctima de tal manera que ésta no hubiera podido intuir un comportamiento agresivo de su marido, ya que, como se ha dicho, concurren circunstancias suficientes para descartar esta posibilidad, al constar que últimamente el acusado observaba una actitud agresiva cada vez que se encontraba con su esposa»³⁹.

Ídem sucede en la Jurisprudencia menor. La Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.^a) en Sentencia núm. 47/2011, de 21 de noviembre (ARP 2011/1371) afirma dicha tesis, al unísono –sorprendentemente– con lo también defendido por el Ministerio Fiscal que:

«la Sala encuentra serias dificultades para apreciar en el presente caso tal circunstancia cualificatoria del asesinato, pues la víctima estaba ya prevenida sobre un posible ataque por parte de su pareja, ya que según ella misma ha reconocido, vio el cuchillo debajo de la cama, el mango del mismo, oculta la hoja con una camisa, por lo que la acción del sujeto pasivo no fue del todo sorpresiva, ni se eliminó totalmente la posibilidad de defensa de la víctima. En este sentido se posiciona el Ministerio Fiscal, cuya tesis se comparte por el Tribunal. Es decir, el ataque, por muy virulento que haya sido, no puede calificarse como alevoso por cuanto el sujeto pasivo no estaba inadvertido del peligro, pues al descubrir el cuchillo debajo de la

³⁸ Sentencia del TS de 25 de julio de 2000, Fundamentos Jurídicos núm. 5 y 6.

³⁹ *Ibidem*, Fundamento Jurídico núm. 6.

cama pudo prever racionalmente un posible ataque de su pareja, al que previamente había visto «raro», le había dado un beso «frío» (según se expresó la víctima en el acto del juicio). Por tanto, el ataque pudo ser inopinado pero no imprevisto. Paralelamente a ello, el procesado no realizó ningún acto tendente a eliminar la defensa de la víctima o el aseguramiento del hecho. Simplemente acometió de forma violenta y desordenada, pero ello no caracteriza el ataque alevoso».

Como podemos observar, la tónica jurisprudencial no ha cambiado en absoluto tras la aprobación y puesta en marcha de la Ley Integral, pese a que forma parte del moderno Derecho Antidiscriminatorio, en la forma y manera explicada epígrafes atrás. No en vano, no hallamos diferencias con pronunciamientos judiciales de hace treinta años. Un ejemplo de este *continuum* jurisprudencial, es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992 que no aplica la agravante de alevosía pese a que el agresor mata a su esposa golpeándola por la espalda con un martillo de forma sorpresiva mientras ve la televisión. Merece la pena leer parte de la enrevesada argumentación del Tribunal que llegó incluso a ir en contra de lo declarado por el imputado en su primera declaración:

«(...) no concurre esta circunstancia porque, si bien la ausencia de signos de defensa en el cuerpo de la víctima, y de desorden en la habitación, unidos a lo señalado por el propio procesado en su declaración ante el juzgado, donde dice, «Ella estaba viendo la televisión y no le vio cuando él entraba en el salón, no se pudo defender...», podrían hacer pensar que el ataque que se produjo de forma súbita por la espalda, un estudio pormenorizado de los distintos datos que existen, llevan cuando menos a la duda sobre que la agresión se produjera en la forma anteriormente descrita, porque la ausencia de signos de defensa no bastan por sí solos para justificar esta circunstancia y la manifestación del imputado constituye una apreciación subjetiva y personal, que en modo alguno puede ser aceptada, al corresponder exclusivamente a los órganos judiciales esta valoración en atención a las circunstancias de cada caso, y en especial en el presente, por la situación que ocupaba la víctima al ser agredida, que era la de sentada en el borde del ángulo que formaba el sofá, compuesto por diversas piezas y colocado en forma de L, según se desprende sin ningún género de duda del lugar donde quedaron manchas de sangre, y no en el extremo más próximo a la puerta por la que accede su marido, con las piernas extendidas sobre la sección más corta del sofá, posición en la que se hallaba cuando sus hijos se marcharon del domicilio, y viendo la televisión, que estaba emplazada en el centro del mueble ubicado enfrente de la sección más larga del sofá, es decir, que miraba al frente con una ligerísima inclinación al lado izquierdo, como se deduce de las fotografías de la habitación (folios 31 y siguientes), con lo que su ángulo de visión hacia la derecha, dado al que se encontraba la puerta era bastante amplio, quedando en el mejor de los casos una pequeñísima zona muerta, desde la cual difícilmente podría ser golpeada por

el acusado, quien casi tendría que haberse echado sobre el sofá para alcanzarla o cuando menos, apoyarse en él inclinándose sobre el mismo, lo que hubiera provocado el desplazamiento del módulo, que se hallaba perfectamente colocado cuando A. encontró a su madre, por lo que es más lógico pensar que bien el ataque se produjo de frente, como indica el procesado en el juicio, o al menos desde la derecha, y no por detrás, lo que permitía la posibilidad de defensa de la víctima, la cual no se encontraba mermada por la ingesta previa de bebidas alcohólicas, como se desprende del hallazgo de 1.5 gramos de alcohol por cada 1.000 cm³, de sangre, análisis efectuado por el Instituto Nacional de Toxicología (folio 97), según indican los peritos médicos en el acto del juicio, máxime si se tiene en cuenta la inmediatez de la agresión con la fuerte discusión verbal precedente, y que en casos anteriores había degenerado en agresiones físicas.»

En esta misma línea se pronuncia la Sentencia núm. 590/2005, del 10 de junio, de la Audiencia Provincial de Girona, ARP 2006/56, –tras la Ley Integral– donde el Tribunal realiza una prognosis de lo que, según entiende, podría haber pasado en el acontecimiento del ilícito, lo que le lleva incluso a interpretar en sentido negativo las pruebas periciales vertidas en el juicio, desdiciendo incluso lo testificado por el agresor.

«El día 4-5-03, sobre las 23 horas y 30 minutos, en el domicilio sito en la calle (...), el acusado Miguel Ángel con la intención de causar la muerte a Eva, le asestó diversas puñaladas en varias zonas de su cuerpo con un cuchillo, lo que efectivamente produjo la muerte de ésta (...). Para conseguir su propósito el acusado Miguel Ángel se aprovechó deliberadamente de la ventaja que le proporcionaba tener en su poder un cuchillo, debilitando así las posibilidades de defensa de Eva. (...) Efectivamente, el hecho principal objeto de la acusación en este procedimiento, la muerte de una persona a manos de otra, no ha presentado especiales dificultades probatorias dado que ha sido el propio acusado quien, con importantes matices relativos a las circunstancias concretas del hecho, ha reconocido tanto la causación de la muerte de Eva como su participación en el hecho. Por un lado, la etiología violenta de la muerte es evidente, La fallecida presentaba numerosas cuchilladas profundas en diversas partes de su cuerpo, siendo las principales las propinadas en el tórax y en el abdomen, de suerte tal una de ellas llegó a traspasar un sector pulmonar insertándose en el corazón y otra penetró por la zona mamaria izquierda insertándose hasta por dos veces también en el corazón. (...)»

Sin embargo, no podemos detenernos aquí dado que la calificación más grave de las acusaciones pretendía que el hecho no era constitutivo de un simple homicidio sino que entendían que se trataba de un delito de asesinato al concurrir la alevosía, circunstancia agravante genérica que en este concreto caso transforma el delito de homicidio en delito de asesinato. El Tribunal del Jurado ha considerado que tal alevosía, que las partes fundamentaban en la existencia

de un ataque repentino e inesperado, ejercido con gran violencia, con la fallecida tumbada en la cama, no ha quedado acreditada. En efecto, los hechos acaecidos no han podido ser revisados en su configuración esencial sino a través de la declaración del acusado, dado que, por un lado no existían testigos presenciales de los hechos y, por otro, no se identificaban datos objetivos de gran relevancia que apoyasen las tesis acusadoras. (...) Así las cosas, en el presente supuesto, no queda en absoluto acreditado que el ataque homicida se produjera mientras la fallecida se encontraba descansando en la cama desprevenida, pues dicha tesis parte del hecho de que grandes manchas de sangre fueron halladas en el colchón que el acusado intentó hacer desaparecer, pues tales signos, no indican sino que en aquel lugar hubo un importante desprendimiento de sangre, pero el mismo pudo ser perfectamente posterior al inicio del ataque, es decir, por ejemplo, porque Eva, tras las puñaladas, cayera allí desvanecida o muerta ya. De igual manera tampoco se deduce la situación en la cama porque existan gotas de sangre en ambos lados de la cama, pues tales salpicaduras pudieron perfectamente producirse al sacar con violencia, manchado y goteando, el cuchillo que introdujo en varias ocasiones. Otro dato trascendental es la presencia en los manos y brazo de la fallecida de signos de defensa, es decir, que trató de interponer esas partes de su cuerpo en la trayectoria del cuchillo, lo que implica la existencia de una cierta prevención, que, fatalmente, no pudo evitar su muerte. En definitiva, así como el Tribunal del Jurado ha considerado que la declaración del acusado no es completamente veraz, pues muchas de sus afirmaciones y de sus olvidos no obedecen sino a deseos exculpatorios, de ese silencio no puede deducirse necesariamente la tesis contraria por las acusaciones.»

La conclusión de dichas argumentaciones, como veremos, implica hacer recaer sobre la propia víctima la obligación de permanecer alerta en todo momento para evitar cualquier resultado luctuoso y además, responsabilizarla de su acaecimiento. Sorprende el resto de la argumentación judicial en torno a

«las dos hipótesis igual de lógicas –al decir del Tribunal– posibles y probables, pero con resultados opuestos en cuanto a la aplicación de la circunstancia agravante de alevosía». (...) En el primero de los supuestos, más probable que el segundo, pues resulta más lógico que cuando se produce las heridas contusas en la cabeza y cara, el acusado todavía no tuviera el cuchillo, pues de lo contrario, ya lo habría utilizado, acuchillando a la víctima y no golpeándola en la cabeza, aparece con claridad que no hubo ninguna de las modalidades de alevosía, pues ni hubo traición, ni ataque súbito e inesperado, ni desvalimiento de la víctima, pues en relación a las agresiones que le producen las heridas en la cabeza no se produce de forma súbita e inesperada, ni a traición, sino con enfrentamiento entre víctima y agresor, aunque existiera superioridad física del agresor. Y, por lo que se refiere a los actos agresivos con el cuchillo, al haber transcurrido un tiempo, muy probablemente escaso, entre el momento en que se producen los golpes en la cabeza, estando en el pasillo, y

cuando el agresor regresa de la cocina con el cuchillo, la víctima tuvo un margen de tiempo para refugiarse en el cuarto de baño o en el dormitorio o, incluso, para huir hacia la puerta de acceso a la vivienda, pero también proveerse de algún objeto para defenderse en caso de que el agresor regresara (...).»

La decisión última del Tribunal hacia esta segunda opción no requiere mayor comentario. Baste su lectura para entender que la ciencia jurídica, sin revisión ni contraste con la perspectiva de género, ejerce un plus de violencia en las mujeres agredidas, demandado en éstas comportamientos heroicos sin precedentes. Concluye el Tribunal:

«En definitiva, con esta hipótesis, que consideramos la más probable de acuerdo con el informe de los médicos forenses, ni se eliminó totalmente la defensa de la víctima, ni hubo aprovechamiento de la situación de indefensión, pues tuvo la posibilidad de defenderse, bien escapando hacia la puerta de salida de la vivienda, y también cuando ya no podía escapar, se defendió con las manos intentando apartar el cuchillo cuando el acusado le lanzaba las cuchilladas y llegando a agarrar con la mano la hoja del cuchillo» (Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), núm. 1/2010, de 15 de abril. ARP. 2010/636).»

La alarma de esta violencia procedimental infligida a través de la aplicación automática –sin revisión de género– de la categoría de la alevosía, en procesos de violencia de género en el contexto de pareja, ha obligado a la recomendación de su falsación –en tanto que categoría científica que no dogma– incluso por el cuerpo de Fiscales en su ánimo por mejorar el seguimiento procedimental de esta lacra social. De este modo, en las *Conclusiones del VIII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer* celebrado en Madrid durante el mes de octubre de 2012, determina textualmente en la número 7,

«En los delitos contra la vida entre los miembros de la pareja o parientes, una discusión previa entre agresor y agredido no impide la apreciación de la circunstancia agravante de alevosía pues, precisamente, la convivencia, generadora de una cierta sensación de confianza y seguridad, hace que la víctima no espere ni imagine un ataque de tal gravedad y naturaleza, lo que implica que aquella no pueda poner en marcha ningún mecanismo de defensa, ni suponer ningún riesgo para su agresor.»

Esta percepción es la que está provocando una más que tímida respuesta jurisprudencial específica (STS 16/12 de 20 de enero; 467/12 de 11 de mayo; 527/12 de 20 de junio) en torno a la alevosía, cuando el hecho se comete contra la pareja (incluso pariente) habiendo existido una previa discusión entre agresor y agredida. Así se ha venido configurando la denominada «*alevosía convivencial o doméstica*»

definida por la STS 16/12 de 20 de enero como la que se basa «*en la relación de confianza proveniente de la convivencia, generadora para la víctima de su total despreocupación respecto de un eventual ataque que pudiera tener su origen en acciones del acusado (SSTS 1284/2009, 10 de diciembre y 86/1998, 15 de abril). Se trataría, por tanto, de una alevosía doméstica, derivada de la relajación de los recursos defensivos como consecuencia de la imprevisibilidad de un ataque protagonizado por la persona con la que la víctima convive día a día*».

En esta misma línea, aunque con muchas deficiencias, hemos detectado en este último año un tímido cambio jurisprudencial, admitiendo la posibilidad de que el elemento de desprevisión pueda apreciarse en un «segundo tempo» o segunda fase de la ejecución del hecho delictivo, siempre que no provenga de un comportamiento alevoso. Este es el caso de la Sentencia del TS núm. 474/2011, de 23 de mayo (RJ 2011/5736), de la Sala de lo Penal, Sección 1.^a que determina que:

«Dentro ya de la alevosía realizada por sorpresa, de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, la jurisprudencia de la Sala distingue los casos en que se ataca en el momento inicial sin previo aviso, de aquellos otros que también considera alevosos pero en los que la alevosía se tilda de sobrevenida por aparecer en una segunda fase de la ejecución del hecho delictivo. Esta última modalidad de alevosía sobrevenida tiene lugar cuando, aun habiendo mediado un enfrentamiento previo sin circunstancias iniciales alevosas, se produce un cambio cualitativo en la situación, de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, no podía ser esperada por la propia víctima en modo alguno, en función de las concretas circunstancias del hecho, especialmente cuando concurre una alteración sustancial en la potencia agresiva respecto al instrumento utilizado, el lugar anatómico de la agresión y la fuerza empleada»⁴⁰.

En este sentido, el TS, y casi de manera excepcional con respecto al resto de sus pronunciamientos, admite la agravante de alevosía en el siguiente asunto pues entiende se cumplen los presupuestos de indefensión y desprevisión de la víctima. Merece la pena la transcripción de parte de la sentencia:

«3. Ciñéndonos ya al caso concreto, en la sentencia de instancia se declara probado con respecto al extremo que ahora interesa dirimir que el acusado «Estacionó el vehículo en la C/... entre los números..., en un lugar que sabía era de paso obligado de Emilia hacia su centro de estudios esperándola durante largo tiempo en su interior

⁴⁰ En esta misma línea, véanse entre otras: STTS 178/2001, de 13 de febrero; STTS 1214/2003, de 24 de septiembre; STTS 949/2008, de 27 de noviembre; STTS 965/2008, de 26 de diciembre; STTS 25/2009, de 22 de enero; STTS 93/2009, de 29 de enero; STTS 282/2009, de 10 de febrero; STTS 854/2009, de 9 de julio; STTS 1180/2010, de 22 de diciembre.

sentado en el asiento del copiloto, que daba directamente a la acera, con el cuchillo al cinto en la espalda. Cuando la vio acercarse esperó a que llegara a la altura del vehículo del que salió de manera sorpresiva, abordándola antes de que ella pudiera reaccionar, lo que la llevó a gritar pidiendo auxilio, la agarró con fuerza por el cabello y la arrastró hasta la puerta por la que había salido con intención de obligarla a entrar en el mismo, a lo que Emilia mostró su oposición al tiempo que continuaba pidiendo ayuda, no en vano consiguió de un fuerte golpe que se arrojara en el suelo con la cabeza apoyada en el asiento del acompañante, cerrándole toda opción de huida con su propio cuerpo que tapaba el hueco que la puerta abierta del vehículo, por una parte, y un árbol allí existente, por otra, dejaban. Pasando de seguido, sin solución de continuidad y con intención de quitarle la vida, a tomar el cuchillo de la cintura y propinarle con fuerza varias puñaladas, hasta un total de 19, por distintas partes de su cuerpo algunas mortales de necesidad, cesando tan solo cuando la hoja del cuchillo, dada la virulencia con el que se lo introducía en el cuerpo de su víctima después de traspasar en algunos casos la propia ropa que vestía, chocando incluso con materia ósea, se partió y pese a que desde la primera de las incisiones Emilia dejó de oponer resistencia y por tanto cesó en sus gritos al perder la conciencia». Por consiguiente en el hecho probado, que ha de quedar inalterable a tenor del contenido del escrito de recurso y de la vía procesal utilizada, se afirma que el acusado abordó a su víctima de forma sorpresiva antes de que pudiera reaccionar y la arrastró por la fuerza hasta el vehículo, que tenía allí aparcado. Se da, pues, el supuesto de la alevosía sorpresiva genérica, por cuanto el ataque contra la menor se produjo de forma súbita y repentina, sin que tuviera tiempo ni posibilidad de reaccionar. A esto ha de sumarse que cuando consiguió situar a la víctima junto al vehículo y ésta se hallaba arrodillada al lado del asiento del copiloto, resistiéndose así a que el acusado la introdujera en el coche, el agresor, sin solución de continuidad y con intención de quitarle la vida, extrajo el cuchillo que llevaba a la cintura y le propinó numerosas cuchilladas, hasta un total de diecinueve. No cabe duda, pues, que el recurrente consiguió sorprender a su víctima tanto en la forma de abordarla, en un primer momento, como acto seguido en el modo de agredirla con un cuchillo que hasta que ese momento no había visto la joven. Consiguió por tanto el acusado por la vía del ataque sorpresivo excluir toda posibilidad de defensa de la denunciante y asegurar así la ejecución de la acción homicida, aunque finalmente la intervención quirúrgica practicada evitó un fatal desenlace. Concurren, pues, sin duda alguna los requisitos subjetivos y objetivos de la alevosía sorpresiva, por lo que el motivo de la defensa resulta inviable.»

Lamentablemente, la dinámica detectada en nuestros Tribunales en estos últimos años, pese a los avances legislativos al respecto sigue siendo la denunciada en este trabajo, lo que nos obliga a cuestionarnos la eficiencia de una normativa gestada con el propósito de erradicar la violencia de género como lacra social que es y la (ir)responsabilidad de una ciencia jurídica que insiste –sin control por parte de la Filosofía del

Derecho⁴¹— en aplicar teoremas matemáticos al Derecho. En este sentido, cronológicamente *in crescendo*, veáanse ST Audiencia Provincial de Madrid de 21 de octubre de 1992; STTS de 25 de julio de 2000; ST de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 1.ª) núm. 458/2005, de 17 de octubre, JUR 2005/257752, ST de la Audiencia Provincial de Girona (Sección 3.ª) núm. 590/2005, de 10 de junio, ARP 2006/56; ST de la Audiencia Provincial de Zamora (Sección 1.ª), núm. 10/2010, de 15 de abril, ARP 2010/636; ST de la Audiencia Provincial de Badajoz (Sección 1.ª), núm. 47/2011, de 21 de noviembre, (ARP 2011/1371) así como la sentencia núm. 474/2011, de 23 de mayo, RJ 2011/5736.

VI. UN ÚLTIMO APUNTE SOBRE EL PAPEL RELEVANTE DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Para terminar, un último apunte; o mejor dicho, otra verdad obvia, un talón de Aquiles en la aplicación de las Leyes, y donde la Filosofía del Derecho tiene mucho que decir y aportar: la formación en género no se intuye y además es obligatoria por mandato de una Ley Orgánica. De nada me sirve un esfuerzo legislativo al respecto —mejorable, pero válido—, si los operadores del Derecho, los y las juristas que han de actuar, ya sea desde el ejercicio letrado, fiscalía, y/o judicatura, carecen del conocimiento y del compromiso que implica el nuevo Derecho antidiscriminatorio⁴². Tampoco ayuda la enseñanza dogmática de categorías propias del siglo XIX, y retroalimentadas por una Ciencia jurídica intocable y rancia que sigue transmitiéndose desde las Facultades de Derecho generación tras generación, en detrimento de una Filosofía del Derecho amenazada con extinguirse en los programas curriculares formativos en Derecho⁴³. Nadie entiende (o quizás sí) que ahora que como pocas veces se necesita del enorme papel

⁴¹ A excepción de algunas voces, minoritarias, de la Filosofía del derecho señaladas en una nota anterior, lo cierto es que ni la Ciencia jurídica repara con seriedad en ellas, ni esta misión ha sido abrazada como impostergable por parte de la Filosofía del derecho. A ello debemos sumarle el preocupante papel residual que progresivamente está adquiriendo la disciplina en los estudios jurídicos, problema que sin duda —entendiendo— debe ser tratado y revisado de manera urgente por la Academia.

⁴² En este sentido, el legislativo destaca dentro de sus principios rectores, artículo 2 de la *LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, la de «Fomentar la especialización de los colectivos profesionales que intervienen en el proceso de información, atención y protección a las víctimas». Asimismo, en cuanto a los principios y valores del sistema educativo, no sólo se incluirá como *un principio de calidad* la eliminación de los obstáculos que dificultan la plena igualdad entre hombres y mujeres, y la formación para la prevención y resolución pacífica de los conflictos, sino que lo incorporará transversalmente en todos los niveles educativo: Infantil, Primaria, Secundaria, Bachillerato y Formación Profesional, Educación de personas adultas, Universidad y Postgrado.

⁴³ En este sentido, merece destacarse la eliminación de la asignatura de Filosofía del Derecho en el Grado en Derecho de la Universidad de Granada.

de la Filosofía del Derecho como revisora de la Ciencia jurídica y como alternativa de pensamiento crítico, apostando por un nuevo concepto de Derecho, la línea imperante sea demolerla y marcarla como un saber residual, del que se puede prescindir salvo para la adquisición de un poco de pátina «ilustrada».

El legislativo sabe de la urgencia de un conocimiento riguroso y complejo del nuevo Derecho antidiscriminatorio y de su nuevo marco de trabajo y obliga en su articulado –art. 6.7 de la LO de Medidas de Protección Integral de la Violencia de Género– a que «Las Universidades incluirán y fomentarán en todos los ámbitos académicos la formación, docencia e investigación en igualdad de género y no discriminación», para que *se analice y valore críticamente* las desigualdades de sexo y *se fomente la igualdad real y efectiva* entre mujeres y hombres.

En este sentido, tampoco la perspectiva de género, una perspectiva metodológica compleja que incorpora categorías técnicas que han de estudiarse, va vinculada a la mera sensibilidad; ni es tan sencillo como agregar o sumar la palabra «mujeres» a los discursos o a los análisis de la realidad, supuestamente «con perfil de género». La formación en igualdad y Derecho antidiscriminatorio no se adquiere, tan solo, con la realización de un curso, de un máster o de un experto en Igualdad de Oportunidades y Género. Ésta hay que aprenderla y aprehenderla, con una enorme H intercalada, –yo diría que de la mano de la *Filosofía del Derecho*– y más aún en el marco de los estudios jurídicos. No es una cuestión de cantidad –que también–, sino de calidad. Incorporar esta categoría técnica reivindicativa obliga a tener que cortar las entrañas «machistas», y en algunos casos, sexistas, generadas por nuestra socialización diferencial patriarcal y ponerse las gafas de género para analizar la realidad, diagnosticarla y buscar alternativas jurídico-políticas inclusivas de todos los seres humanos, que reatrase también la ciencia jurídica, falsándola, y ayude a los operadores jurídicos en su difícil misión de aplicar e interpretar el Derecho lo más cercano a justicia.

Sin duda, el principal desafío del nuevo Derecho antidiscriminatorio, hoy, más allá de la crisis y de las consecuencias de la escasez de recursos económicos es su aplicabilidad por parte de las personas intervinientes⁴⁴ en el proceso de erradicación de las distintas formas

⁴⁴ En este sentido, merecen destacarse algunos esfuerzos a nivel institucional como es el material didáctico FORMACIÓN NUCLEAR Y ESPECIALIZADA PARA LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO, elaborado por expertas y expertos en Igualdad de Género y Derecho antidiscriminatorio de los que formé parte, a solicitud de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía y puesto a disposición de las y los profesionales que participan en el proceso de detección, prevención y erradicación de la violencia de género, a través de su página web en el enlace http://www.juntadeandalucia.es/igualdadybienestarsocial/export/Violencia_Genero/HTML/Documentacion/documentacion.html. Se trata de un conjunto de un módulo genérico y siete módulos espe-

de violencia de género (docentes, operadores jurídicos, sindicatos, equipos psicosociales, equipos sanitarios, interlocutores sociales, poderes públicos, ciudadanía en general...) y de *cómo éstas lo hagan propio*. Por eso insistimos en la prioridad incuestionable del *gender mainstreaming*, y en la urgencia de apuntalar los logros jurídico-políticos en torno a la igualdad efectiva de la ciudadanía, compuesta por mujeres y hombres, en el marco de sus diferencias. Quizás por ello, entendemos relevante subrayar la necesidad de comprender la complejidad de la transversalidad de género, recordar el compromiso vinculante adquirido con este principio a nivel internacional, europeo y nacional, y perseguir que éste no se pierda tras un mero requerimiento procedimental, vacío de contenido, espejismo de igualdad ciudadana o diluido tras la excusa de la crisis. Porque, recordemos: «*la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*» (art. 4 LOIEMH); y porque no hay peor crisis, más allá de la económica, que la del recurso humano y la desgana o el desinterés por repensar un nuevo marco de trabajo jurídico que abrace una ciudadanía inclusiva de todos los seres humanos, en el marco de sus diferencias.

Fecha de recepción: 31/03/2013. Fecha de aceptación: 31/10/2013.

cíficos que recogen los contenidos necesarios para garantizar la formación en dicha materia. Con este complejo material que reatraviesa y repara en el ámbito educativo, jurídico, sanitario, Cuerpos y Fuerzas de Seguridad de Estado, Trabajo Social, y Comunicación, se espera contribuir eficazmente a que la formación en género desde los distintos ámbitos redunde en la erradicación completa y efectiva de la violencia de género en Andalucía.