

LOS DEBERES DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA*

A las mujeres y hombres feministas que con sus gestos cambian esta sociedad

Elena Martínez

Profesora titular de Derecho procesal
Universitat de València

Sumario: 1. Objeto de estudio. 1.1. El derecho de acceso a la Justicia de las mujeres: obstáculos en un contexto de discriminación y desigualdad. 1.2. El derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia de género tras la LOVG: un largo camino por recorrer. 2. El derecho al acceso a la justicia de las mujeres y el movimiento feminista. 3. Introducción al derecho fundamental a una vida libre de violencia de género. 3.1. La dimensión subjetiva y objetiva del derecho a una vida libre de violencia de género. 3.2. Hacia un cambio de paradigma del presente derecho fundamental: el deber de diligencia debida del Estado. 3.2.1. Violencia de género y desigualdad en un plano sistémico. 3.2.2. Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo. 3.3.3. Conclusión. 4. La igualdad (de género) como límite nuevo a la libertad en la Ley Orgánica de medidas integrales contra la violencia de género. 5. Derecho de acceso a la justicia (o *la proteccionabilidad de Ferrajoli*) en la ley de violencia de género y la ley reguladora del estatuto de la víctima. 5.1. Plano obligacional sistémico para el Estado español. 5.2. Plano obligacional individual para el Estado español. 6. Conclusiones. Bibliografía.

* Este artículo se ha realizado con la financiación del Ministerio de Economía y Competitividad I+D DER 70568/2015 «La construcción de Europa a través de la cooperación judicial penal en materia de protección de víctimas de violencia de género».

1. OBJETO DE ESTUDIO

El «derecho de acceso a la justicia» nace en los años 60 como un movimiento social, académico y político que, en Europa y demás países de Occidente, tuvo como principal impulso la crítica de la concepción dogmático-formalista del Derecho, percibido como la causa de numerosos problemas individuales y colectivos de la ciudadanía¹. El Derecho se ha mostrado miope o ciego ante determinadas realidades sociales, y su aplicación «descontextualizada» —es decir, su interpretación rígida y conservadora— no ha amparado a colectivos históricamente discriminados. De acuerdo con el artículo 3 del Código Civil, el «contexto» —o, si se quiere, la realidad— es una fuente de interpretación para los jueces; sin embargo, a menudo la judicatura se esconde tras la rigidez de la norma y obvia este mandato. Otras veces claramente no es así y nuestros operadores jurídicos entienden los matices de determinado contexto o realidad social que propician una nueva interpretación normativa más justa, ecuánime y respetuosa con ciertos colectivos que, de otra forma, no podrían hacer valer sus derechos en igualdad de condiciones. Un ejemplo de ello es la interpretación del Tribunal Constitucional de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género o reciente jurisprudencia (STS 1046/2010 de 7 de diciembre o STJ de Andalucía 960/2012, de 25 de marzo o del TSJ Madrid 119/2012 de 22 de febrero, siguiendo las propias pautas de interpretación postuladas por la Guía práctica del Consejo General del Poder Judicial del 2016). La discriminación es siempre un fenómeno de naturaleza grupal y obliga a estudiar las normas en los contextos en los que se genera la limitación de derechos que sufren determinados colectivos.

Ya en materia de derechos que afectan a las mujeres, se ha evidenciado la necesidad de llevar a cabo una reinterpretación del ordenamiento desde una perspectiva de género y con una metodología transdisciplinar que haga visibles las repercusiones que una concepción ajena a las particularidades de la mujer en nuestra sociedad (el «contexto») tiene sobre sus derechos. Algunos sectores de la doctrina hablan ya de la denominada «feminización del Derecho»², incluso del Derecho penal. Como se verá, los derechos humanos se crearon por y para hombres; por ello, el siglo XXI reclama una reinterpretación de los mismos.

Así las cosas, no es de extrañar que no tengamos todavía bien asumido el derecho fundamental de una mujer víctima de violencia de género a no sufrir tal violencia. Ello exige ahondar en la *ceguera* y la laxitud a la hora de tratar a las mujeres víctimas, de prevenir nuevos actos de violencia sexista y de transformar los valores de esta sociedad. La labor está por hacer y el cambio será costoso tanto en el plano doctrinal como en el jurisprudencial, pero hay que recorrer este camino para poder poner nombre a cada uno de los derechos fundamentales y ordinarios de estas mujeres. La reinterpretación del Derecho de forma holística y no parcial es el camino al que nos referimos para definir el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación, con independencia de cómo llamemos a este derecho humano (art. 4 del Convenio de Estambul).

También desde una perspectiva de género, el derecho de acceso de las mujeres a la justicia hace aguas, a pesar del importante avance que supuso la aprobación de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOVG), la Ley 3/2007, de Igualdad, de 23 de marzo y, por supuesto, del incesante trabajo realizado por el movimiento jurídico feminista. Podemos afirmar sin ambages que la LOVG constituye el desarrollo del derecho de acceso a la justicia de las mujeres víctimas de la violencia sexista desde una perspectiva no solamente intersubjetiva, sino holística y transformadora del modelo social desigualitario y del paradigma de justicia androcéntrico. Pero también es fácil colegir que la LOVG regula solo *una parte de las mujeres a la justicia*, a saber, el de las mujeres víctimas de violencia de género; se trata,

no obstante, de una buena base para comenzar a trabajar y definir este derecho tan importante en el siglo XXI.

Para realizar este trabajo hemos contado con el apoyo de una resolución judicial importante en la materia: la sentencia del caso *González y otros vs. México* («Campo Algodonero») de 16 de abril de 2009, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En ella, la CIDH determinó la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de diligencia debida, incumplimiento asociado a la falta de protección de las mujeres frente a la violencia estructural existente en México. En el mismo sentido, nos hemos servido de las sentencias de la Tribunal Europeo de Derechos Humanos —Casos *Opuz vs. Turquía* (2 de junio 2009), *A. vs. Croacia* (14 de octubre 2010), *Rumor vs. Italia* (27 de mayo 2014) y *M. G. vs. Turquía* (22 de marzo 2016)—. Hemos tomado también en consideración la reciente condena a España por Naciones Unidas (CEDAW) por el daño causado a Ángela González por el asesinato de su hija a manos de su exmarido.

1.1. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES: OBSTÁCULOS EN UN CONTEXTO DE DISCRIMINACIÓN Y DESIGUALDAD

El análisis de la justicia desde la perspectiva de género exige un abordaje desde varios frentes. El marco general del que disponemos en la actualidad para reflexionar sobre el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es la Recomendación General núm. 33 sobre el Acceso de las Mujeres a la Justicia, de 3 de agosto de 2015, del Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/CG/33). La Recomendación examina las obligaciones de los Estados destinadas a asegurar que las mujeres tengan derecho a acceder a la justicia a fin de empoderarlas como titulares de derechos, dado que ello «optimiza el potencial de emancipación y transformación del Derecho». Para ello, parte del reconocimiento de la existencia real de «obstáculos que se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procesos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica social y culturalmente accesibles a todas las mujeres». Generalmente, las mujeres que pertenecen a estos grupos desfavorecidos suelen no denunciar por temor a ser estigmatizadas, humilladas y no creídas, deportadas, torturadas y sometidas a otras formas de violencia; con frecuencia, sus reclamaciones no son atendidas, investigadas y tratadas con la debida diligencia.

Avanzamos o progresamos, por tanto, desde la igualdad entendida como no discriminación hacia la noción de igualdad como deber de protección de determinados grupos, lo que conlleva el abandono de la aparente neutralidad del Estados y sus operadores jurídicos, que deben hacer una relectura de las obligaciones del mismo. «El empleo de la noción de igualdad material conlleva una definición sobre el rol del Estado como garante activo de los derechos en escenarios sociales de desigualdad. Es, además, una herramienta útil para examinar las normas jurídicas, las políticas públicas y las prácticas estatales tanto en su formulación como efectos. Además, tiene consecuencias directas en el debate sobre remedios efectivos, pues es sabido que las obligaciones positivas son más difíciles de exigir, por ejemplo, por la vía judicial doméstica»³. Por esto es tan importante determinar los derechos de las víctimas y las garantías exigibles ante la justicia.

Las recomendaciones generales de la CEDAW versan sobre diversos aspectos que procedemos a sintetizar a continuación para avanzar el marco del debate sobre el que pretendemos movernos. A lo largo de estas páginas profundizaremos en ellos, si bien nos centraremos específicamente en las víctimas de violencia de género.

– Justicia, disponibilidad, accesibilidad, buena calidad, suministro de recursos y rendición de cuentas de los sistemas de justicia

El acceso a la justicia no es igual según el territorio en el que la mujer se encuentre. Puede haber barreras físicas, falta de medios que les aseguren un asesoramiento letrado de calidad para poder reclamar sus derechos. La justicia debe estar disponible y ser accesible tanto para las zonas urbanas como rurales: ha de tener un coste económico asumible por cualquier mujer con independencia de sus medios, y el Estado debe implementar los recursos necesarios para que se generen estas condiciones. Además, el sistema debe ser supervisado para localizar los puntos más endebles y corregirlos, muy especialmente haciendo hincapié en las especificidades que el género pueden conllevar en cualquier pieza del sistema, que exigen la formación de los juzgadores y su imparcialidad para evitar la impunidad de estos crímenes.

La eliminación de obstáculos económicos y lingüísticos —impulsada ahora sobre todo por a Ley reguladora del Estatuto de las Víctimas— es clave en la sensibilización y la publicidad necesarias para poder dar a conocer los derechos, un conocimiento facilitado por el acceso a las tecnologías de la información y comunicaciones. Para ello, la creación de centros o puntos integrales de atención a mujeres que incluyan servicios sociales y jurídicos dependientes de los ayuntamientos u otros niveles institucionales puede ser una medida muy útil.

Por último, el análisis estadístico es muy importante porque genera la visibilidad necesaria para seguir ahondando en las reformas y facilitar que se denuncie de forma más activa. Ello conlleva la obligación para todos los operadores jurídicos de trasladar datos y la creación de un observatorio que se encargue de recopilarlos y traducirlos.

– Revisión de leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias

Deben revisarse los obstáculos que impiden el acceso de las mujeres a las profesiones relativas al desarrollo de la justicia en todos sus niveles para que estén representadas adecuadamente, en consonancia con el artículo 2 de la Convención, que consagra la obligación de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer.

En el mismo sentido, debe aplicarse el principio de igualdad sustantiva o real a la hora de aplicar e interpretar cualquier ley. Ello comporta la revisión de las leyes sustantivas y procesales a la hora de acceder a la justicia, así como la introducción del concepto de «diligencia debida» por las autoridades encargadas de aplicar el Derecho y, como veremos, la previsión de responsabilidades en caso inacción de las mismas. Ejemplo de la ausencia de igualdad es el hecho de que todavía existan ordenamientos en los que la tramitación por una mujer de una causa ante la justicia requiere de la intervención de un familiar, su invalidación como testigos o las dudas sobre la validez de su testimonio como prueba única ante determinados abusos o violaciones de sus derechos. Pensemos también en la carga de la prueba, en la que la existencia de una relación de poder con la otra parte dificulta un tratamiento equitativo de los casos; nos referimos a la realidad que todos los días transmite en los juzgados el art. 416 LECrim, que permite a la víctima testigo no declarar en calidad de tal, a pesar de que hubiera denunciado con anterioridad y de que las partes, Fiscalía y órgano jurisdiccional, sepan que ha existido el delito: si ella no presta declaración, difícilmente va a poder abrirse el juicio oral contra el presunto maltratador.

Un pacto de Estado por la igualdad de género facilitaría mucho la transformación de nuestra sociedad, que debería pasar por modificar la Constitución Española desde una perspectiva de género.

– Estereotipos y prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad

Los estereotipos distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, no en hechos. Ello afecta también a la credibilidad de las declaraciones de las mujeres como parte y como testigo y conducen al juez a una interpretación errónea de las leyes; comprometen, pues, su imparcialidad y la integridad del sistema a la hora de adoptar medidas cautelares, dictar sentencia, etc. De ahí que sea tan importante la formación y capacitación de los operadores jurídicos del sistema en materia de género, actividades orientadas a desentrañar estos prejuicios y estereotipos y a contribuir al cambio cultural a través del Derecho y la aplicación del mismo.

– Educación y concienciación sobre los efectos de los estereotipos

También la educación y formación tienen una importancia decisiva para entender los patrones socioculturales que ahondan en la discriminación por razones de género. Obviar estos patrones es tanto como desconocer el mandato de la Constitución dirigido a que los poderes públicos remuevan los obstáculos que impiden el logro de la igualdad real y efectiva.

Ello contribuye a que las propias mujeres tomen conciencia de su derechos, que a menudo desconocen porque ellas mismas no asumen la perspectiva de género y e interiorizan también los estereotipos sociales. En este sentido, hace tiempo que se reivindica que en los planes de estudio se incluyan materias específicas en género e igualdad para que las próximas generaciones crezcan ya con otros *inputs* culturales, otro sentido de la identidad y de los derechos exigibles al Estado. Si bien es cierto que los medios de comunicación «educan» a la ciudadanía en valores, hace falta un pacto que les comprometa a respetar los códigos deontológicos sobre la mujer. La autorregulación está recogida por la propia ley de violencia de género, pero poco o nada se ha hecho al respecto en España desde 2004.

– Asistencia jurídica, defensa pública y recursos

Los sistemas de justicia deben de ser económicamente accesibles a las mujeres, garantizar su defensa jurídica gratuita cuando no dispongan de medios suficientes de forma realista, especialmente en aquellos conflictos familiares en los que la dependencia económica de la mujer respecto de su pareja o expareja limite la posibilidad de ejercer y reclamar sus derechos.

– Uso de fórmulas alternativas para la resolución del conflicto de forma voluntaria

Los procesos de justicia alternativa deben ser una posibilidad (no obligatoria) para la mujer que quiere acceder a la justicia. En ningún caso su menor coste o flexibilidad puede ir en detrimento del derecho de acceso a la justicia de las mujeres. En nuestro país, el uso de estos medios está prohibido en el ámbito de violencia de género⁴.

1.2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO TRAS LA LOVG: UN LARGO CAMINO TODAVÍA POR RECORRER

Desde el año 2004, España se ha constituido como pionera en la lucha contra la violencia sexista en el marco europeo e internacional. Ello nos ha demandado —y nos demanda— un conocimiento previo profundo —desde la perspectiva de género— de las exigencias constitucionales del principio de igualdad, la prohibición de discriminación y el modelo social y cultural en el que vivimos.

Esta profundización ha puesto de manifiesto *a priori* un *choque de trenes* ineludible entre los principios de libertad e igualdad en materia de género⁵ y nos ha hecho asumir, desde un primer momento, que nos encontramos ante una forma de violencia diferente a la violencia común entre

dos ciudadanos. Sin no aceptamos estos elementos no podemos entender el complejo fenómeno de la violencia contra la mujer, la adecuación o no de las normas creadas por el legislador (multinivel) para combatirla⁶ y las aristas, complejidades y carencias que poco a poco evidencia la aplicación de la legislación en la materia⁷. Durante estos años hemos constatado las complejidades propias de un tema que excede la acción delictiva *inter partes* tradicional⁸, las posiciones clásicas de víctima y victimario —y las reacciones posteriores propias de cualquier tipo delictivo, con la confrontación de intereses entre la igualdad y la libertad de la víctima— y la soledad del juzgador en la toma de decisiones, cuestiones que sobrepasan el campo tradicional del Derecho e introducen en el debate elementos sociológicos y psicológicos para cuya comprensión no existe una preparación adecuada. Hasta la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género no existía norma alguna que se aplicara necesariamente con perspectiva de género, de modo que lo habitual ha sido la visión miope a la que nos referíamos al inicio de estas páginas. Ineludiblemente, Derecho y sociedad van de la mano y una sin la otra no tienen sentido⁹.

Tras la aprobación de la LO 1/2004, resulta un poco más fácil desarrollar los derechos y garantías en materia de víctimas de violencia de género, pero estamos lejos todavía de poder afirmar con carácter general que el derecho de las mujeres al acceso a la justicia es una realidad. Actualmente, el problema fundamental, enquistado tras doce años de aplicación de la LOVG, es que el desarrollo de los derechos de las mujeres víctimas se ha hecho depender del Derecho penal y del acceso a la justicia en el orden jurisdiccional penal. El resultado ha sido una visión miope del conflicto individual y social que subyace a la violencia de género, dado que el Derecho penal es ajeno a criterios de justicia social y no atiende, por tanto, a la vertiente sistémica de la violencia de género¹⁰. Como se verá, el legislador introdujo en la LOVG esta vertiente sistémica o estructural tanto en el Título Preliminar, I, II y III de la ley como en la configuración de tipos delictivos —con simbólicas penalidades más elevadas ante un acto violento realizado por el hombre contra la mujer (es lo que ha venido denominándose el Derecho penal simbólico, que pretende generar un efecto de prevención general y especial)—.

Como conclusión preliminar, cabe afirmar que cualquier estrategia para prevenir la violencia de género y reducir las estadísticas de todo tipo de agresiones contra las mujeres pasa por una doble lucha simultánea: por una parte, un abordaje legal (penal, civil, administrativo) del conflicto intersubjetivo entablado entre los miembros de la pareja o expareja y, en segundo lugar, desde el plano macro o sistémico, una transformación de los hábitos, roles y expectativas que componen la cultura y el modelo social. A partir de ahí, el siguiente paso es analizar los derechos fundamentales involucrados en la temática de la violencia sexista para saber qué garantías sustantivas y procesales son exigibles a nuestros tribunales y, por tanto, cómo queda configurado para las víctimas de violencia de género su derecho de acceso a la justicia (o, lo que es lo mismo, las obligaciones positivas y negativas del Estado que garantizan el acceso a la justicia de las mujeres víctimas)¹¹.

2. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES Y EL MOVIMIENTO FEMINISTA

El feminismo es el origen del cambio experimentado por el colectivo de las mujeres desde sus orígenes hasta hoy. Se trata de un movimiento social y político-jurídico cuyo objetivo principal es prevenir, denunciar y erradicar la discriminación que sufren las mujeres en la sociedad a fin de alcanzar la igualdad plena y real de todos los hombres y mujeres. Este movimiento ha conseguido

visibilizar la desigualdad que desde siempre ha existido en la sociedad y objetar tanto el abandono de este problema al albur de la familia y el ámbito privado como el hecho que no haya sido afrontado como un asunto de interés público, de *res publica*. No es extraño, entonces, que haya costado mucho entender que este problema es fruto de un modelo social y cultural de poder jerarquizado y misógino. Hay un contrato social entre hombres y mujeres que conlleva la dominación al género femenino; esta es la base de la construcción social que hilvana nuestra sociedad, la estructura patriarcal de la que constantemente se habla. La percepción de esta violencia como una forma más de violencia es miope y no puede explicarla ni prevenirla.

El movimiento feminista es precisamente el que impulsó la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo.

El feminismo nació en el siglo XVIII bajo el paradigma revolucionario de la «igualdad, libertad y fraternidad», pero las mujeres quedaron al margen de los derechos conseguidos en la Revolución y del nuevo contrato social. Se les privó del derecho de sufragio activo y pasivo y, por tanto, de la posibilidad de cambiar las leyes y el mundo.

La consagración del principio de igualdad de toda la ciudadanía ante la ley ha sido, sin duda, el gran logro y avance del siglo XX. Entre la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y el reconocimiento del principio de igualdad en nuestra Constitución se ha recorrido un arduo camino para conseguir un reconocimiento normativo «en la letra» que no ha conducido a la igualdad real (arts. 1.1, 9.2 y 14 CE, que no recogen la perspectiva de género). Se reivindica ahora un pacto social que legitime la modificación de la Constitución española desde esta perspectiva. Ahora más que nunca estamos en la mejor coyuntura para convocar una asamblea constituyente informada por dicha perspectiva¹².

La periodificación propuesta por Nuria Varela¹³ identifica tres «olas» en la historia del feminismo

Entre la segunda mitad del siglo XVIII y la primera mitad del XIX tuvo lugar lo que se ha denominado «la primera ola del feminismo», focalizada en el derecho al sufragio universal, la abolición de la esclavitud y el derecho a la educación de la mujer. La primera ola reivindicó la ciudadanía de las mujeres y puso en evidencia los privilegios masculinos; su obra más representativa es *Vindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft¹⁴. Se habló por primera vez de los derechos de las mujeres de forma pública. La «segunda ola» reivindicó principalmente el derecho al voto de las mujeres, es decir, su transformación en sujeto político pleno, y su principal obra de referencia es *El sometimiento de la mujer*, escrito por John Stuart Mill y Harriet Taylor (1869), que sentó las bases del sufragismo. Fue el momento de la firma de la Declaración de Seneca Falls (1848) en EE. UU. Se reivindicaban el derecho al trabajo y autonomía frente al marido, reclamos encauzados a través de la exigencia del derecho al voto para generar margen de maniobra por el cambio normativo.

El feminismo contemporáneo, la «tercera ola», reivindica un cambio de valores que convierta en una cuestión pública lo que hasta ahora ha sido un asunto privado. Este tercer estadio pone en evidencia la colisión de los abusos y la violencia contra la mujer en el marco doméstico y la traslada al público para desvelar las trampas del liberalismo. Sus obras de referencia son *El segundo sexo*, de Simone de Beauvoir, y *La mística de la feminidad*, de Betty Friedan. Bajo la premisa de que luchar solo contra los síntomas no es efectivo, el núcleo del debate es el papel de la lucha contra el poder que explica el sometimiento y discriminación de la mujer. El lema que define este nuevo periodo es «lo personal es político». Por su parte, la emergencia del debate sobre el multiculturalismo da cabida a la diversidad de género y hace mucho más compleja la lucha por los diferentes feminismos que la integran.

A partir de la segunda mitad de la década de 1980, la atención general comenzó a dirigirse hacia estas cuestiones debido a que las mujeres feministas comenzaron a presionar a los gobiernos de buena parte de Europa para que reformaran las leyes sobre violencia contra las mujeres. El fruto de este movimiento fue la aprobación de la Declaración de la ONU sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (RES. 48/104 de 20 de diciembre de 1993 de la Asamblea General), la Convención Interamericana de 1994 para Prevenir y Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujeres, la Cumbre Internacional sobre el Mujer de Pekín 1995, la resolución WHA 49.25 de la Organización Mundial de la Salud, el Informe del Parlamento Europeo de 1997 sobre la Violencia contra la Mujer, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU de 1997, la Resolución del Parlamento Europeo de Tolerancia Cero ante la Violencia contra las Mujeres de 1997 y la Declaración de 1999 como año Europeo de Lucha contra la Violencia de Género.

El itinerario recorrido por España hasta hoy viene marcado por tres momentos que reflejan las principales tendencias de cambio legislativo en la materia¹⁵: la legalización de la separación y divorcio en la Ley de 1981, el asesinato de Ana Orantes en 1997 y el I Plan Español de Medidas contra la Violencia Sexista, que culminó su desarrollo con la aprobación de la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Esta ley incorporó numerosas novedades¹⁶ que, en paralelo, han sido complementadas por un fuerte impulso europeo e internacional. Así, la Decisión 803/2004/CE del Parlamento Europeo por la que se aprueba el Programa de Acción Comunitario DAPHNE II para prevenir y combatir la violencia contra la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo; la Decisión 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se aprueba el programa de Acción DAPHNE III, el importante Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011, las Directivas 2012/29 de la Unión Europea del Parlamento y del Consejo sobre Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas, la Directiva 2011/99/UE sobre la Orden Europea de Protección y el Reglamento de la Unión Europea 606/2013, de medidas civiles de protección de víctimas.

Una vez analizado el largo camino recorrido —dos siglos— hasta que la mujer ha alcanzado el estatus de ciudadana titular de derechos sustantivos y procesales que puede defender en juicio, debemos profundizar en el derecho de acceso a la justicia, algo que, *a priori*, es ciencia ficción. La impresión inmediata que tenemos es que está todo por hacer y que solo en el área de violencia de género el acceso a la justicia ha encontrado cierto desarrollo para este tipo de víctimas, aunque está lejos de asumir un perspectiva de género con carácter general. Precisamente, este artículo pretende contribuir a ello reformulando este derecho complejo aunque solo sea desde la perspectiva de las víctimas de violencia de género. Para lograrlo, partiremos de dos premisas. En primer lugar, debemos anclar la violencia de género a un derecho fundamental a partir del cual analizar los contenidos especialmente procesales y de acceso a la justicia.

3. INTRODUCCIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Estamos un tema que se encuentra en construcción. La ubicación de los derechos fundamentales que tiene una mujer que sufre violencia de género en nuestra sociedad no es, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, una cuestión clara a día de hoy. Esta falta de anclaje constitucional ha repercutido de manera indubitada en la ausencia de desarrollo conceptual y teórico, y esta carencia da luz verde y beneficia al machismo, dado que contribuye a perpetuar los rasgos culturales que fomentan la

desigualdad de la mujer en esta sociedad y, por tanto, la violencia contra ella. El derecho a una vida libre de violencia de género exige centrar la igualdad en un marco «despatriarcalizador» o desde una perspectiva de género y no desde un enfoque *aparentemente* neutro —de violencia meramente intersubjetiva—.

Como procesalista, excede de mi ámbito de conocimiento llevar a cabo una profundización exhaustiva en este anclaje constitucional, pero considero que cierto abordaje es neurálgico para analizar las obligaciones procesales y sustantivas exigibles al Estado tras la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹⁷ en el marco de la tesis aquí mantenida, relativa a la mayor o menor eficacia de las garantías que prevé la LOVG para hacer posible el derecho de acceso a la justicia.

La teoría feminista del Derecho y la *Feminist Jurisprudence* sostienen que el Derecho no es razón, sino *poder* y que, en la medida en que los varones (o los valores andróginos) ejercen el poder en esta sociedad y su voluntad se expresa a través de la creación de leyes, «parte de una sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica»¹⁸. La teoría feminista del Derecho ha permitido «verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o no corregible según las leyes de la igualdad basadas en la idea de comparación entre hombres y mujeres para, en cuanto haya una desigualdad, proceder a la equiparación [...] Mackinnon concreta dos errores de estas leyes de igualdad: [...] exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma [...] significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario. El otro de los errores es que [...] la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual [...] hacer algo a favor de las mujeres [...] queda estigmatizado como protección especial [...] en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez»¹⁹. No sirve, por tanto, la idea de la «comparación» (desde patrones comúnmente aceptados que son masculinos), sino que hay que cambiar la estructura comparativa (masculina) e integrar la dimensión del género.

A la vista de esto, poder conceptualizar el *derecho a que la mujer pueda vivir una vida sin violencia de este tipo* es tanto como poder determinar su fundamentalidad —hasta ahora se ha hecho una relectura del derecho a la vida, a la integridad física y moral y a la dignidad a través del artículo 15 de la Constitución española—, así como su engarce con el derecho fundamental a la igualdad de trato entre hombres y mujeres (artículo 14 CE). La cuestión es si se trata de un derecho autónomo e independiente, más allá de los dos anclajes claramente fundamentales que acaban de citarse. En principio, así lo reconoce el Convenio de Estambul cuando afirma que «las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para promover y proteger el derecho de todos, *en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado*²⁰ y cuando establece que se trata de un derecho que integra tres elementos, a saber, *el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación*, con independencia de cómo denominemos a este derecho humano» (art. 4 del Convenio de Estambul).

3.1. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA Y OBJETIVA DEL DERECHO A UNA VIDA LIBRE DE VIOLENCIA DE GÉNERO

El derecho a la dignidad es un derecho individual, pero también tiene una concepción «colectiva» propia de los derechos humanos. Lo que hace una vida digna o indigna pertenece al área de los derechos humanos, por encima de los hábitos y expectativas de una cultura²¹. Si se daña la

dignidad de una persona, se daña la de la colectividad (o la de la sociedad en su sentido democrático y respetuoso de estos derechos) y su violación puede producirse por la falta de respeto a la libertad, a la igualdad (y la prohibición de no discriminación) y a la seguridad²². Esta transgresión puede realizarla tanto un particular como el propio Estado por no cumplir con sus funciones de protección y prevención de las víctimas con la debida diligencia, según establecieron la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia *Caso González y otros vs. México* («Campo Algodonero»), de 16 de abril de 2009, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos las sentencias de los casos *Opuz vs. Turquía* (2 de junio 2009), *A. vs. Croacia* (14 de octubre 2010), *Rumor vs. Italia* (27 de mayo 2014), *M. G. vs. Turquía* (22 de marzo 2016). En ellas se declaró la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de diligencia debida por falta de protección de las mujeres, y se reconoció que ello ahonda en una forma de violencia estructural contra las mismas.

En este sentido, lo que hizo la LOVG fue *normativizar* la dignidad de la mujer, en plena coherencia y desarrollo del marco internacional iniciado con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW 1979) y la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (DEDAW 1993), donde se reconoce la violencia estructural existente en el mundo contra la mujer, que es un problema público, que es necesario crear un sistema de obligaciones para los Estados firmantes en materia de protección de la mujeres y de sus derechos desde un enfoque holístico y multisectorial que, a su vez, respete las diferencias de las mujeres en razón de su raza, edad, condición social, etc., dado que la responsabilidad del Estado deriva de su obligación de respeto de la «diligencia debida»²³. La profundización en el concepto de violencia de género (en sentido amplio) avanzó en la Conferencia Mundial sobre las mujeres celebrada en Pekín (1995). Se dio un paso más y se consideraron clave las políticas públicas desde la perspectiva del *gender mainstreaming*, lo que supone (o debería suponer) la apertura de la igualdad de género a todas las esferas sociales y a la regulación de los espacios público y privado. Por último, en el ámbito del Derecho europeo debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos que interpreta el Convenio Europeo de Derechos Humanos y, muy especialmente, al Convenio de Estambul, aprobado en el ámbito del Consejo de Europa, que reconoce el derecho a la vida libre de violencia contra la mujer y establece un catálogo de prestaciones que debe recibir la sociedad y sus mujeres para asegurar que se respete este derecho²⁴; a decir verdad, el conjunto de derechos reconocidos en el Convenio de Estambul es casi idéntico al catálogo recogido en la LOVG española.

En conclusión, el nuevo marco normativo creado por Naciones Unidas y el Consejo de Europa coloca al Estado como actor central en materia de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, es decir, lo dota de una dimensión institucional que le hace responsable por acción u omisión, y genera obligaciones concretas y exigencias claras de actuación conforme a los parámetros de la diligencia debida²⁵. Esta es la clave de estas líneas: la CEDAW, la DEDAW y el Convenio de Estambul establecen un catálogo de obligaciones que van desde la protección de las víctimas de violencia de género al diseño de las políticas públicas, legislaciones y acciones orientadas a prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, y a su vez integra el derecho de acceso a la justicia del las mujeres que tienen tal condición.

Esta dimensión objetiva del derecho a una vida libre de violencia de género vincula al poder legislativo y a los demás poderes públicos y, por tanto, a los aplicadores del Derecho. Así lo establecen el art. 9.2 de la Constitución, el art. 2 de la propia LOVG y el art. 4 de la Ley de Igualdad. Estas normas establecen, en suma, la obligación de remover los obstáculos que impiden la materialización de la igualdad real y de interpretar a favor de la igualdad de género las normas que deben aplicar y

ejecutar. En conclusión, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crea los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a una vida libre de violencia y su derecho de acceso a la justicia.

3.2. HACIA UN CAMBIO DE PARADIGMA DEL PRESENTE DERECHO FUNDAMENTAL: EL DEBER DE DILIGENCIA DEBIDA DEL ESTADO

Sin ánimo de ir más allá de la exposición los argumentos necesarios para dar consistencia la tesis que aquí defendemos, queremos traer a colación ciertos conceptos propios del Derecho constitucional y la teoría del Derecho con el fin de usarlos como apoyo en nuestra argumentación.

Si el reconocimiento de los derechos liberales clásicos llevaba aparejadas únicamente obligaciones negativas o de omisión del Estado, el Derecho constitucional moderno se ha encargado de introducir los derechos de prestación y las obligaciones positivas del Estado como elementos constitutivos de los derechos fundamentales. Ambos tipos de obligación se aplican hoy no solo frente a las acciones del Estado, sino también del particular (en este último caso, por no haber adoptado las medidas necesarias para evitar las lesiones producidas). Por tanto, es exigible la responsabilidad del Estado por no haber protegido a la víctima de sus actuaciones o de las de un particular. Es el denominado deber de diligencia exigible por las acciones u omisiones que dieron lugar a la muerte o al daño grave de la víctima²⁶. Es importante subrayar que esta diligencia debida es también aplicable y exigible al Estado en relación con las obligaciones de prevención, detección y erradicación de la discriminación de la mujer²⁷. Así lo ha establecido el Convenio de Estambul en su artículo 5 bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida»²⁸.

Como afirma Román, esto conlleva el reconocimiento de que se ha creado una doble dimensión del deber de diligencia debida de los Estados: *una dimensión sistémica y una dimensión individual*²⁹: «La primera, más genérica, reclama una intervención estatal tendente a garantizar un modelo de regulación integral y sostenida de la violencia contra la mujer que, además, persiga una transformación global de la sociedad que supere la desigualdad de género estructural». En este sentido, el patriarcado es la herramienta de control para perpetuar un modelo económico injusto, desigualitario —de forma múltiple y transversal— y opresor de la mujer³⁰. Para ello, las medidas que deben articularse por parte del Estado deben tender a «subvertir los patrones preexistentes de subordinación estructural, las jerarquías de género, la marginación sistémica y las desigualdades estructurales, que están en la raíz de la violencia que sufren las mujeres». Por su parte, dimensión individual de la responsabilidad exige la existencia de obligaciones estatales destinadas a proporcionar a las víctimas concretas que sufren violencia medidas eficaces de protección, sanción y reparación, lo que exige un alto grado de acomodación y flexibilidad³¹.

Lo expuesto hasta aquí implica un análisis del modo en que el Derecho constitucional debe dar anclaje al derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia y, por tanto, del alcance o contenido de su derecho de acceso a la justicia. Ello es importante desde cuatro frentes:

- Saber lo que es exigible al Estado en materia de trato digno a la mujer, prevención y sensibilización social en el marco del cambio de modelo.
- Saber lo que es exigible al Estado en materia de protección de mujeres víctimas en el plano intersubjetivo de violencia.
- Saber las responsabilidades del Estado por su falta de diligencia debida, bien por acción, bien por omisión.

– Saber ponderar el valor de estos derecho de forma proporcional con otros derechos del agresor (que tiene derecho a la intimidad, a la propiedad privada, a la libertad deambulatoria, entre otros)³².

Visto el entramado normativo creado por Naciones Unidas, Unión Europea, Consejo de Europa y Constitución Española para proteger a la mujer frente a la desigualdad y la violencia de género, cabe concluir que solo un enfoque multinivel puede ofrecer un análisis constitucional, penal y procesal de la violencia de género, es decir, un enfoque que contemple la pluralidad de fuentes y centros de producción de las obligaciones constitucionales aquí defendidas. La consecución de la dignidad de la mujer está todavía en este camino... Si la Constitución no acogió la igualdad de género fue porque se redactó desde parámetros *iusracionalistas* androcéntricos y porque reflejó las pautas culturales de determinado momento histórico. Posiblemente, en muchos aspectos la Constitución se escribiría hoy de otra forma. El contrato social que materializa la Constitución sería actualmente distinto por influencia del marco normativo supranacional existente, que tiene carácter vinculante. En lo que respecta a la igualdad, y la dignidad de la mujer, el artículo 9.2 de la Constitución española, del que se deriva la justificación de los derechos sociales, debe interpretarse en esa clave supranacional³³, y, por tanto, vincularse a la responsabilidad del Estado por la falta de diligencia debida en estos casos. Sobre estos aspectos, Román realiza una exposición pormenorizada³⁴.

3.2.1. Violencia de género y desigualdad sistémica

No es legítimo ni coherente concebir la violencia de género como un conflicto entre dos (pareja o expareja) en el que la ley da un tratamiento «privilegiado» a una parte a través de acciones positivas o la aplicación del derecho antidiscriminatorio³⁵. Si eso fuera así, ¿qué sentido tiene todo el Título Preliminar, I, II y III de la LOVG? Ninguno, si no comprendemos que el legislador intentó luchar contra un sistema de subordinación sistémica y una estructura social de dominación que exigen afrontar esta forma de violencia a través de una estrategia multidimensional que toma en consideración lo personal y lo político.

Con ello adelantamos una primera conclusión: esta es la dimensión sistémica de las diligencia debida exigible al Estado, cuyo reconocimiento exige, en primer lugar, la existencia de una legislación (civil, penal, administrativa y laboral) específica y adecuada para transformar la sociedad y proteger a la mujer frente a la discriminación y la violencia mediante la previsión de sanciones adecuadas³⁶. La ausencia de esta regulación afecta al deber de protección que tienen los Estados frente a la mujer.

3.2.2. Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo

Desde la perspectiva clásica de la aplicación del Derecho, resulta mucho más fácil entender tanto el fenómeno de la violencia de género en su vertiente intersubjetiva como la responsabilidad del Estado cuando este falla en la protección concreta de una víctima. El Estado debe responder ante un daño grave a la víctima por no haberla protegido con los medios personales y materiales adecuados al riesgo, por no haber investigado de forma rigurosa, por fallar en la coordinación policial y/o judicial, por no haber articulado los servicios sociales mínimos para que la víctima hubiera sido protegida, por no haber procurado a la mujer asesoramiento legal previo y durante el proceso...

3.2.3. Conclusión

Si en el empeño por cambiar las cifras de la violencia de género no se toma en consideración su doble dimensión, es decir, la intersubjetiva (la dimensión individual de la debida diligencia que exige protección específica y adecuada para la mujer que se encuentra en una concreta situación de violencia) y la social o sistémica (el modelo o estructura de poder, que reenvía a la dimensión sistémica de la debida diligencia), el esfuerzo será yermo. Cualquier análisis de esta realidad pasa, por tanto, por denunciar y atajar en la estructura de subordinación sistémica construida deliberadamente por un grupo privilegiado.

Por tanto, los estereotipos, prejuicios, etc. no son solo el objetivo de lucha: son síntomas del poder que les alimenta. Incluso en una sociedad curtida en políticas de igualdad y conciliación puede haber discriminación y violencia contra la mujer, como es el caso de los países nórdicos³⁷. No olvidemos que, a menudo, el Derecho y la aplicación de la norma sirven para enmascarar o justificar —aun de forma no consciente— al poder por el hecho natural de que el Derecho tiende a ser conservador: de ahí que el mensaje que transmite la propia Ley de Violencia de Género rompa los esquemas tradicionales del Derecho en muchos aspectos, lo que explica las casi 300 cuestiones de inconstitucionalidad que ha generado.

Por los motivos expuestos, es necesario que cualquier planteamiento en la materia se oriente a resolver la cuestión de fondo: ¿esta solución se dirige directamente contra el sistema de poder que queremos erradicar? En palabras de Román, «esta dimensión *iusfundamental* de la acción pública con la violencia de género se proyecta sobre todos los poderes públicos y adquiere una significación especial en la interpretación de la Constitución por parte de los operadores jurídicos, así como en el control de la constitucionalidad de los mismos». Este planteamiento lleva a la posibilidad de reinterpretar el principio de igualdad en clave más profunda —ya no de forma intersubjetiva, sino sistémica o estructural—, como derecho fundamental a la igualdad de género que da contenido propio al derecho a la vida y a la integridad física y moral.

4. LA IGUALDAD (DE GÉNERO) COMO LÍMITE NUEVO A LA LIBERTAD EN LA LEY ORGÁNICA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

El constitucionalismo es un programa normativo que se establece para el futuro con mayor o menor grado de rigidez con el fin de que no quede sometido a vaivenes y modificaciones legales³⁸. Los derechos fundamentales son parte de ese programa que no puede ser afectado por las políticas que los desarrollan; por eso es tan importante definir dichos derechos y sus garantías. Por su parte, el *garantismo* constituye la otra cara del constitucionalismo, dado que delimita las garantías de cada derecho fundamental y crea los denominados *derechos fundamentales garantizados*, es decir, asegurados al máximo en su efectividad³⁹. El nuevo constitucionalismo debe de integrar este nuevo enfoque, en el que adquieren todo su sentido los derechos fundamentales de nueva generación, todos ellos fruto de la lucha social y política, que marcan la obsolescencia del modelo constitucional y económico en materia de derechos fundamentales y garantismo. Nos referimos a los derechos a la paz, el derecho al medio ambiente, el derecho a la información y a la transparencia, y el derecho a la igualdad de género.

La Ley de Violencia de Género se enmarca en el fenómeno actual de reivindicación de los derechos de las minorías, es decir, que vincula los derechos de determinados grupos y el principio de igualdad. Los *derechos de libertad*, como derechos de autoafirmación de las personas frente al poder público y privado, se relaciona con el principio de igualdad, que atribuye igual valor normativo todas las personas con independencia de que, *de hecho*, son diferentes. Por su lado *los derechos sociales*, entendidos como derechos a desarrollarse económicamente en condiciones de dignidad frente al poder público y privado, se vinculan al principio de igualdad, y establecen límites al poder económico y social para que las desigualdades materiales se reduzcan en la medida de lo posible⁴⁰. Sabemos que los derechos sociales se orientan directamente a reducir el poder injusto y desigual que alimenta el patriarcado y el sistema económico para el que trabaja, objetivo que enlaza con la dimensión sistémica de la debida diligencia. Por su parte, los derechos individuales son derechos de libertad, que aseguran su autonomía y reafirman al sujeto en su ciudadanía, carácter que enlaza con la dimensión individual de la debida diligencia. Ambas dimensiones de los derechos se regulan en la LOVG y esta es su grandeza: *contribuir a definir el derecho fundamental de la mujer a la igualdad de género y a una vida libre de este tipo de violencia*⁴¹, *objetivo que se concreta en una serie de derechos sustantivos y procesales ante la justicia*.

La Ley de Violencia de Género ha sido una conquista de los derechos sociales de la mujer, entendidos como derechos fundamentales. En nuestra Constitución no existe un desarrollo explícito de los derechos de la mujer, más allá de la genérica mención de la igualdad entre el hombre y la mujer. No por ello no existe una vinculación de los poderes públicos a la hora desarrollar el contenido del derecho fundamental de las mujeres a una vida digna, libre e igualitaria —igual que la del hombre— como parámetro de contraste de la legislación. Y este puede ser uno de los primeros problemas: definir la vida de la mujer en comparación con la del hombre y el modelo masculino socialmente impuesto. En este sentido, la LOVG ha sido una conquista legal y constitucional frente al poder marital (en sentido amplio) o modelo de pareja imperante en nuestra sociedad. Ha supuesto un diseño de los nuevos derechos que hacen que, si bien no tienen un anclaje expreso dentro de nuestra Carta Magna, esta no pueda ser ya entendida sin que asumamos que están integrados en ella. Es la triple dirección a la que nos referíamos antes, el nuevo constitucionalismo exige que queden garantizados todos los derechos (también los sociales) tanto por nuestras normas nacionales como por los instrumentos obligatorios de Derecho internacional, y tanto frente al poder público como frente al poder privado. Gracias a la LOVG se ha «creado» por primera vez el derecho a la igualdad de género, aunque su principal desarrollo se ha llevado a cabo en una faceta concreta, dentro de las relaciones de afectividad.

En la LOVG se han reconocido derechos sociales como límites al poder económico, social y cultural. Es decir, no solo se limita el poder del concreto hombre que pretende abusar o dominar a su pareja o expareja, sino también, por ejemplo, al publicista en la esfera económica para la que trabaja, que ahora tiene límites a la libertad y debe respetar el tratamiento de la imagen igualitaria de la mujer en sus anuncios. Igualdad de género como límite a la libertad: estas son las nuevas reglas de juego. Lo mismo podemos decir de los medios de comunicación o de nuestro sistema de educación. Frente al absolutismo de mercado neoliberal y patriarcal, hay reglas que funcionan como *límites y garantías* a la desigualdad entre el hombre y la mujer que ha alimentado precisamente el sistema.

En conclusión, los derechos y sus garantías son la única solución frente a la violencia y el abuso hacia el más débil —aunque vengan revestidos de cultura y tradición—, y tienen como límite a la igualdad y a los derechos fundamentales⁴². Era, por tanto, una obligación del legislador suplir la *laguna primaria* existente relativa a la necesidad de creación de cobertura normativa a la protección de este complejo derecho a la igualdad de género —hoy regulado principalmente en la LOVG—.

Por su parte, la *laguna secundaria o de proteccionabilidad*, en términos de Ferrajoli, ha sido colmada y ahora hay mayor claridad respecto al derecho a proteger los diferentes contenidos o garantías que integran el derecho de la mujer a una vida libre de violencia de género o, lo que es lo mismo, su derecho fundamental a la vida, integridad física y moral, entendidos desde la perspectiva de la igualdad de género. Esta proteccionabilidad constituye su derecho de acceso a la justicia.

5. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA O LA PROTECCIONABILIDAD DE FERRAJOLI EN LA LEY DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y LA LEY DE IGUALDAD

El derecho de acceso a la justicia constituye la garantía de *protección o jurisdiccionalidad* de cualquier derecho fundamental, según Ferrajoli, y se encuentra vinculado en el tema que aquí abordamos al derecho de protección del que son titulares las mujeres, derecho derivado de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución. Su incumplimiento por parte de los diferentes órganos del Estado debe generar responsabilidad por parte del mismo. Es decir, «el potencial de la “diligencia debida” reside en una nueva interpretación de las obligaciones de prevenir, proteger, enjuiciar e indemnizar y traza los parámetros de la responsabilidad conjunta del Estado y de los agentes no estatales para reaccionar ante la violencia»⁴³. Así lo establece el Convenio de Estambul en su artículo 5 bajo el epígrafe «Obligaciones del Estado y Diligencia debida», en el que se desarrollan las obligaciones que vamos a ver a continuación.

En este ámbito, una vez más, podremos discernir una dualidad en la obligación de diligencia, a saber, «la que se deriva de la obligación del Estado de adoptar las medidas normativas necesarias para proteger la vida y la integridad de las víctimas (protección sistémica) y, en segundo lugar, la derivada de su deber de diligencia en la protección individual de las víctimas (protección subjetiva)»⁴⁴. En este sentido, la LOVG —aprobada con carácter previo al propio Convenio de Estambul— regula de forma pormenorizada y bien estructurada estos aspectos, a saber, los contenidos del derecho fundamental en la LOVG.

En las líneas siguientes no pretendemos realizar un listado taxativo y coherente de todas las obligaciones de las dos dimensiones a las que nos hemos referido; al contrario, la propuesta que hacemos solo intenta ejemplificar muchos de esos posibles contenidos obligacionales, aspectos que cualquier jurista que pretenda estudiar el derecho de acceso a la justicia desde la perspectiva de género debería contemplar en su análisis.

5.1. PLANO OBLIGACIONAL SISTÉMICO PARA EL ESTADO ESPAÑOL

Para enumerar las obligaciones sistémicas o estructurales generales del Estado deben consultarse la Ley de Igualdad, la LOVG, el Convenio de Estambul, la Directiva del víctimas y su ley de transposición. Cualquier decisión legal sobre estas obligaciones debe hacerse con pleno respeto de los demás derechos de las víctimas, a saber, su dignidad, su libertad deambulatoria, su intimidad, etc., y siempre compatibilizándolos con el pleno respeto de los derechos del investigado.

1. Derecho a una legislación civil, penal, administrativa y laboral que recoja las bases para la transformación de nuestra sociedad y asegure a la mujer a una protección digna y segura. En esta dimensión ha de entenderse el sentido del género, la desigualdad y la discriminación de poder —

como estructura relacional social, pero también intersubjetiva—. En este sentido, la especialización del legislador deviene ineludible en aras de la comprensión de las complejas especificidades que conlleva el género.

2. Derecho a que la legislación se cree con una evaluación del impacto de género y bajo políticas de *mainstreaming*, que estimulan una transformación del modelo social actual, basado en las relaciones androcéntricas de poder y el sometimiento de la mujer. Los estereotipos de género afectan a la credibilidad de la mujer en juicio y comprometen la imparcialidad del juzgador y la integridad del sistema de justicia. Ello conlleva, una vez más, la necesaria (y rigurosa) capacitación y sensibilización de los operadores judiciales.

3. Derecho a que esta legislación se oriente a la creación de un modelo de publicidad, comunicación, educación y sanidad respetuoso con la especial situación de la mujer en nuestra sociedad, así como a la transformación de los valores, estereotipos y prejuicios sobre la mujer (art. 17 del Convenio de Estambul).

4. Derecho a que, ante un fallo del sistema, deba estudiarse la posible responsabilidad del Estado por no regular el marco legal de protección policial y jurisdiccional eficaz, así como de coordinación entre instituciones públicas. El concepto de diligencia debida cobra una gran importancia. En este ámbito, existiría el derecho a recibir una indemnización (art. 30 del Convenio de Estambul)⁴⁵.

5. Derecho a la asistencia jurídica y defensa para que el sistema de justicia sea económicamente accesible para las víctimas, tanto en la fase de asesoramiento como en la representación y defensa procesal (arts. 19, 22 y 57 del Convenio de Estambul).

6. Derecho a que el sistema de protección no dependa de la voluntad de las víctimas de entablar necesariamente un proceso penal (art. 18, 44.4 y 55 del Convenio de Estambul).

7. Derecho a la regulación de programas preventivos y de tratamiento que sean efectivos y se implementen como sistemas especializados de apoyo a las víctimas (arts. 16, 20, 56 del Convenio de Estambul), tanto para las mujeres como para los niños víctimas (art. 26 del Convenio de Estambul), con especial incidencia en la seguridad en materia de derecho de custodia y visitas (art. 31 del Convenio de Estambul), incluso llegando a la pérdida de la patria potestad (art. 45 del Convenio de Estambul). Aquí cabe integrar la existencia de casas de acogida (art. 23 del Convenio de Estambul). El sistema de valoración del riesgo requiere de una acción positiva por parte del Estado para que sea eficaz y coherente con la situación de las víctimas (art. 51 del Convenio de Estambul), sin que suponga una mayor carga para ellas.

8. Derecho al recurso judicial efectivo frente a la violencia de género a través de la correcta investigación y obtención de pruebas, protección, reparación y especialización del juzgador tanto en la fase investigadora como de enjuiciamiento, así como los recursos civiles y penales adecuados (arts. 29, 44 y 54 del Convenio de Estambul). Es decir, se tiene derecho a un juicio justo y sin dilaciones indebidas; no solo el derecho saber qué ocurrió, sino también a averiguar las circunstancias o el «contexto» en el que ocurrió. Se trata de dos planos necesarios para entender y castigar la violencia de género, así como para prevenir nuevas agresiones. Esto requiere una elevada formación de los y las operadores jurídicos mediante normas específicas que planteen el impacto de género y que aseguren los diversos contenidos del derecho al proceso justo y el acceso a la justicia de la mujer víctima (arts. 8, 11, 15 del Convenio de Estambul).

9. En el marco del derecho al proceso con todas las garantías, específicamente se tiene derecho a la valoración de la prueba y la convicción judicial, y a que estas queden plasmadas en la motivación de la sentencia para que sea posible constatar, en su caso, si ha habido estereotipo de género en el relato que ha llevado al juzgador a realizar saltos en el vacío injustificables, con especial énfasis en las

circunstancias expresadas por la declaración de la víctima y en el modo en que esta ha sido tomada en consideración por el juzgador. Esto requiere un análisis particular. La referencia al «contexto particular en el que ha ocurrido el hecho» aportará más datos para el conjunto de la valoración probatoria y para que pueda lograrse alzar la presunción de inocencia mediante certezas y pruebas de cargo que permitan explicar racional y convincentemente lo ocurrido, sin que puedan derivarse prejuicios o valoraciones en determinado sentido en el plenario practicado con contradicción y audiencia (art. 54 del Convenio de Estambul).

10. Ninguna víctima puede ser sometida obligatoriamente a un modo alternativo de resolución de conflictos y solo bajo su libre voluntad podrá considerarse el recurso a esta vía. Corresponde a las instituciones públicas asegurarse de que la víctima dispone de libertad y autonomía para negociar (art. 48 Convenio de Estambul). Aquí existe un elevado grado en la exigibilidad al Estado: el trabajo de empoderamiento de las víctimas para que dejen de serlo más allá del proceso penal.

11. En el caso de las víctimas extranjeras, debe regularse la posibilidad de solicitar el derecho de asilo cuando sean perseguidas en su país para que accedan al estatuto de refugiada por razón de género.

12. Derecho a que se observen exigencias legales que eviten la victimización secundaria de la mujer ante la Administración de Justicia.

13. Preceptividad de la reeducación del maltratador condenado⁴⁶.

14. Derecho a que se garantice el olvido (real y virtual) de las víctimas y que estas tengan una vida igualitaria y libre de la violencia sexista.

5.2. PLANO OBLIGACIONAL INDIVIDUAL PARA EL ESTADO ESPAÑOL

Las obligaciones anteriormente expuestas con carácter general se concretan ahora en obligaciones específicas para la víctima inmersa en un proceso por violencia de género. De conformidad con la LOVG, la Ley 4/2015, de 27 de abril Reguladora del Estatuto de la Víctima (LEVD) y su desarrollo reglamentario por el RD 1109/2015, de 11 de diciembre (REVD), podemos exponer con mayor claridad un catálogo sistematizado de los derechos de las víctimas en el proceso judicial⁴⁷. Todo ello sin perjuicio del derecho de defensa del investigado/acusado y del límite ponderativo que este representa frente a los derechos que se citan a continuación. Insistimos que estas líneas forman parte de un trabajo de investigación a desarrollar próximamente; por tanto, tienen un carácter propositivo y no pretenden configurar un inventario tasado y completo.

1. Se tiene derecho a una investigación eficaz del crimen que lleve a la obtención de pruebas suficientes y lícitas y a una calificación adecuada⁴⁸. Ello hace repensar la adecuación de los juicios rápidos a la violencia habitual, en difícil equilibrio con las necesidades de investigación urgente propias de este tipo de actividad delictiva, con el fin de recopilar fuentes de prueba en las primeras horas de investigación. La custodia de la prueba debe ser pormenorizadamente desarrollada en este tipo delictivo. El dictamen pericial es imprescindible para evaluar la lesión y el daño, dado que la falta de dictamen o la resolución tardía dificultan la prueba y la calificación de los hechos. El examen médico y psicológico debe ser completo y realizarse por personal idóneo y capacitado, inmediato y la víctima ha de encontrarse acompañada por personas de su confianza. El estatuto de la víctima se refiere a la evaluación «individualizada» de la misma (art. 22.3 LEVD y 30.3 REVD). El Ministerio Fiscal tiene una función importante en el Estatuto: la evaluación provisional de las necesidades de las víctimas en las diligencias de investigación (art. 9.2 REVD) sobre la base del informe que realice la Oficina de Ayuda a las Víctimas del Delito; concretamente, en caso de archivo de las actuaciones,

debe de ponerlo en conocimiento de la víctima para que, en su caso, pueda reiterar la denuncia (Instrucción FGE 8/2005, de 26 de julio). En este mismo sentido, la función de los letrados de la Administración de Justicia es la de informar a la víctima de sus derechos, acciones y extremos a los que se refiere la ley (arts. 5, 7 y 27 LEVD y 785.3 y 791.2 LECRim), de forma directa o a través de impresos, así como comunicar cualquier acto que pueda afectar a su seguridad (art. 109 LECrim, último párrafo).

2. El Estado debe actuar con la debida diligencia la hora de recibir una denuncia de este tipo, atendiendo a las especificidades propias de esta violencia, el relato de la víctima y los antecedentes y el perfil del presunto maltratador, los antecedentes en la pareja, la escalada de agresiones... extremos que puede averiguarse a través de VIOGEN si se utiliza bien la herramienta. La presencia de los testigos suele ser nula o escasa, la evidencia física puede que no exista, por eso las referencias al «contexto» en el que se produjo el hecho son básicas al referir la denuncia, ya que serán ellas las que *a posteriori* generan la convicción del juez (art. 24 LEVD). En conclusión, hay que «individualizar» el «contexto» en el que se encuentran la víctima y el maltratador, así su relación de afectividad, huyendo de estereotipos y de estandarizaciones apresuradas. Solo una formación profunda en violencia de género puede ayudar al juez a entender esto. En esta primera asistencia antes de la denuncia, debe informarse de la posibilidad de acudir antes oficinas de víctimas y valorar provisionalmente sus necesidades. Estas medidas, no obstante, son renunciables por la víctima (art. 24.2 LEVD).

3. La declaración de la víctima es muy delicada. Debe haber recibido asistencia psicológica y jurídica durante el tiempo necesario para estar convencida de querer colaborar y mantener la denuncia y la acusación posterior, y aportar las pruebas fehacientes de su cuerpo sobre lo ocurrido, de forma que se evite la repetición. La toma de declaración debe hacerse prescindiendo de perjuicios y estereotipos. La víctima tiene el derecho a ser traducida, a entender y ser entendida, acompañada por la persona de su confianza que ella designe (art. 4 c) LEVD). Es exigible, por tanto, un lenguaje sencillo y comprensible.

4. Existe el derecho a que no haya un tratamiento de victimización secundaria por el sistema judicial y policial y, por tanto, a la no confrontación visual, en caso de que en autos obren circunstancias que hagan prever como necesaria la adecuación de las condiciones de seguridad en la víctima. Igualmente, la víctima tiene el derecho a estar acompañada por la persona que designe, y a que se proteja su intimidad (art. 22 LEVD). Si se trata de menores o de personas con capacidad disminuida, se tiene derecho a que se grabe su declaración —como prueba anticipada— y al nombramiento de un defensor judicial (art. 26 LEVD). Deben extremarse, en este sentido, las cautelas sobre la publicidad que puedan poner en peligro la seguridad de la víctima (art. 681 LECrim), cuestión que trae problemas en materia de órdenes de alejamiento.

5. Deben coordinarse todos los medios personales y materiales en la toma de pruebas a fin de evitar la revictimización.

6. Jurisdiccionalmente, debe evitarse un énfasis excesivo en las pruebas directas, ya que no siempre se dan. Las autoridades deben de explorar los hechos y decidir sobre la base de todas las circunstancias que los rodean. En su conjunto, la prueba en estos casos será muy común, considerando el contexto en el que ocurrieron los hechos.

7. Debe haber un equilibrio (protocolizado) entre el derecho de las mujeres víctimas de violencia de género para retirar sus denuncias y el derecho/deber del Estado proteger a las mujeres para que no actúen contra su voluntad, con el fin de evitar la reincidencia y daños en los bienes de las víctimas. La «retirada» de la denuncia no debe interpretarse como denuncia falsa ni generar dudas sobre la declaración. Los estereotipos de género aquí tienen mucho que decir.

8. Debe haber una protección individualizada antes de la denuncia (art. 31 REVD) y tras la denuncia y la concreción adecuada del nivel de riesgo desde una etapa temprana, con un seguimiento y evaluación periódicos (Sistema DAR-AA). A tal fin, el propio REVD establece la obligación del Estado de proveer la asistencia y mejora psicológica de la víctima para disminuir la crisis ocasionada por el daño y evaluar de forma eficiente su estado y necesidades de protección antes y durante el proceso (art. 22 REVD).

9. Derecho al asesoramiento jurídico antes de la denuncia (art. 7 REVD) y de la personación en la causa de la víctima asistida de defensa letrada, que en nuestro Estado tienen derecho a la justicia gratuita⁴⁹ (art. 21 REVD) tanto en los delitos cometidos en territorio nacional como en los de carácter transfronterizo (art. 24 REVD, Directiva 2004/80/CE), Directiva 2011/29/UE y Reglamento UE 606/2013). En el ámbito nacional, la asistencia letrada no es necesaria en los delitos leves, salvo en aquellos castigados con pena de multa superior a 6 meses (967.2 LECrim)⁵⁰.

10. Derecho a ser informada de todas las fases del proceso y actuaciones, incluyendo su participación en fase de ejecución (art. 38 REVD). En tal sentido, la víctima debe conocer siempre las fases importantes del procedimiento y ser notificada de la forma en que para ella sea más fácilmente accesible la información (art. 5 y 7 LEVD). La notificación del sobreseimiento es obligatoria (art. 12 LEVD), tanto para víctimas residentes en España como para las residentes en el extranjero.

11. Asistencia social integral antes y tras denuncia que lleve al empoderamiento de la víctima. Dicha asistencia contribuirá a la protección integral de la mujer de forma realista, a obtener fuentes de prueba de su relato y a que mantenga posteriormente su declaración (art. 14 REVD). A tal fin, el REVD ha regulado pormenorizadamente las obligaciones que deben cumplir las oficinas de las víctimas en cada una de las fases de acogida-orientación, información, intervención y seguimiento de una víctima (art. 29 REVD).

12. Derecho a que su caso se desarrolle bajo la coordinación policial, judicial y hospitalaria adecuada, lo que hace aconsejable la «ventanilla única» (art. 19 ap. 18, 34 y 35 REVD)

13. Derecho a que los antecedentes y el perfil violento del maltratador se tomen en consideración en la protección de la víctima y la adopción de las medidas civiles de guardia y custodia

14. Medidas eficaces de protección nacional, europea e internacional que permitan compaginar el derecho a una vida segura de la víctima y su libertad deambulatoria en las fases de investigación, enjuiciamiento y ejecución⁵¹.

15. Derecho a una solución reparadora de sus daños y perjuicios (judicial o extrajudicial). En ningún caso puede usarse la justicia restaurativa como forma de conciliación y perdón. Por tanto, las posibilidades de acudir a una mediación serán posibles pero limitadas.

16. Derecho a que se pueda exigir judicialmente la responsabilidad del Estado por no proteger adecuadamente a la víctima dañada debido al anormal funcionamiento de la Administración Pública y la de Justicia

17. Derecho a ser informada sobre el reembolso de gastos judiciales cuando haya condena en costas al acusado y a que se le devuelvan a la víctima los efectos intervenidos durante la investigación (art. 18 LEVD).

18. Derecho a un proceso judicial sin dilaciones indebidas, revictimizante para la persona dañada en sus intereses jurídicos y que le someta a nuevos riesgos.

19. Derecho al recurso, se encuentre o no personada la víctima (art. 51 LEVD y 27 REVD), tanto respecto de la decisión policial (de forma excepcional, por falta de traductor) como la judicial (a

través de apelación, en su caso) (art. 9.5 LEVD). Sobre las víctimas indirectas, el juez puede acordar motivadamente no notificarles dichas comunicaciones.

20. Solución efectiva del conflicto que genera la violencia, lo que comprende a la vía judicial y también la justicia restaurativa en condiciones y garantías de libertad y no sometimiento de la víctima, siempre que sea beneficioso para la misma (art. 37 REVD).

6. CONCLUSIONES

La CEDAW, la DEDAW y el Convenio de Estambul establecen un catálogo de obligaciones que abarcan desde la protección de las víctimas de violencia de género a los contenidos de las políticas públicas, legislaciones y acciones para prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, que a su vez integran el derecho de acceso a la justicia de las mujeres que tienen tal condición. En conclusión, esta panoplia de normas nacionales e internacionales crean los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a la vida libre de violencia y su correlativo derecho de acceso a la justicia. Entre ellos, el deber de diligencia debida de los Estados, que adopta una doble dimensión de responsabilidad, a saber, *una dimensión sistémica y una dimensión individual, que a su vez se relaciona con los derechos sociales e individuales, respectivamente.*

La igualdad de género como garantía fundamental y límite a la libertad: estas son las nuevas reglas de juego desarrolladas por la LOVG a través del reconocimiento del derecho a una vida libre de violencia de género y a su *proteccionabilidad* o derecho de acceso a la justicia.

En línea con lo que venimos afirmando en este trabajo, se produjo la condena de España por Naciones Unidas (CEDAW) por el daño causado por el Estado español a Ángela González por el asesinato de su hija a manos de su exmarido. Estamos en el buen camino, pero se dibuja largo. Tenemos la obligación de reinterpretar el Derecho sustantivo y procesal desde la perspectiva de género y de repensar el sistema de justicia para poner en situación de igualdad a la mujer en sus derechos (también los procesales).

NOTAS

1. Barona Vilar (2016: 31 y ss.).
2. Ontiveros Alonso (2016).
3. Abramovich (2010: 170).
4. De forma resumida, queremos apuntar que en el derecho de acceso a la justicia sí encontramos cierto acomodo de la justicia reparadora y restaurativa para determinadas situaciones de violencia contra la mujer en el marco de una relación de afectividad. Es verdad que los casos y condiciones a las que hemos llegado como conclusión delimitan un campo más bien restringido de aplicación, peor no por ello inviable. *Vid.* Martínez García (2017).
5. Esta colisión entre estos dos valores o principios fundamentales se observa claramente al analizar el fenómeno de la prostitución, los vientres de alquiler, la prohibición de mediación en los casos de violencia de género, la virtualidad compleja que arroja la aplicación del artículo 416 de la LECrim, la imposición obligatoria de la orden de protección y los denominados quebrantamientos consentidos, etc.

6. Para un estudio completo de la Ley 1/2004, *vid.* Martínez García (2012). Sobre la evolución de estos conceptos y medidas aprobadas por esta legislación específica en violencia de género, *vid.* Gómez Colomer (dir.) (2007a) y Gómez Colomer (dir.) (2007b).

7. Ello nos va a hacer reflexionar sobre la situación actual en la que nos encontramos en España tras doce años de aplicación de la Ley 1/2004 de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género y la Ley 3/2007 de Igualdad entre hombre y mujeres; en concreto, sobre todos aquellas dimensiones que, si bien ha sido reguladas, no se han desarrollado e implementado: nos referimos a esos aspectos que, de forma realista, sí podían haber transformado la sociedad, su modelo cultural y las estadísticas de agresiones violentas a la mujer. No es un secreto que desde la entrada en vigor de la conocida Ley de Violencia de Género (LOVG), los gobiernos sucesivos han hecho hincapié en la acción de la justicia —que no en el derecho de acceso a la justicia— como primer frente de lucha contra la violencia sexista. Son muchos los logros, pero doce años después de la puesta en marcha de esta iniciativa legal tan compleja y transversal, debemos reflexionar sobre si esta es la mejor estrategia a seguir, sin que por ello se ponga en duda o disvalore la necesidad, importancia y adecuación de la LOVG. Simplemente, nuestra tesis se basa en el planteamiento de que ahora entramos en una nueva fase y debemos hacer más complejo —y también costoso económicamente— el abordaje del problema social y legal.

8. Maqueda (2006).

9. Barona Vilar (2016: 37).

10. Heim (2014: 125).

11. Lavrysen (2016) y Akandji-Komb (2007).

12. Antes de la aprobación de nuestra Constitución, hubo muchos textos que recogían estos derechos, los principales referentes para el feminismo, entre otros, la *Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana*, de Olympe de Gouges (1791); *Vindicación de los derechos de la mujer*, de Mary Wollstonecraft (1792); la *Declaración de Sentimientos* (Séneca Falls, Nueva York) (1848); *La sujeción de las mujeres*, de John Stuart Mill (1869) o *El Segundo sexo*, de Simone de Beauvoir (1949).

13. Varela (2005).

14. Otros/as autores/as clave son Poullain de Barre y Olympe de Gouges.

15. Hasta 1963 se penaba con la pena de destierro al uxoricidio en el art. 428 del CP, se entendía el adulterio de forma diferente según lo cometiera el hombre o la mujer. Hasta 1975, el Código Civil entendía que la mujer tenía la obligación de obedecer al marido y este el derecho a corregirla, y no fue hasta 1989 cuando se introdujo la violencia familiar dentro del Código Penal. *Vid.* Muñoz Conde (2009: 16 y ss.). A partir de entonces, las sucesivas modificaciones del Código Penal introdujeron matices que iban que apuntaban a la protección física y psíquica de la mujer (LO 14/99) y elevaron la punibilidad de determinados actos que pasan a constituir delitos y no faltas (LO 11/2003 y LO 1/2004). *Vid.* Laurenzo Copello (1999: 244-260).

El movimiento feminista nunca vio con buenos ojos la introducción en el Código Penal de esta área de la mujer porque reproduce un sistema de poder que, como tal, es precisamente lo que se intenta preservar. Pero este movimiento ha avanzado en este sentido y no cabe duda de la necesidad de que el proceso penal acompañe al castigo de estas conductas, sin perjuicio de que condicionar todos los derechos de las víctimas a pasar por un proceso penal es inadecuado e inefectivo por no prevenir conductas delictivas ni empoderar a la víctima.

16. Martínez García y Gisbert Grifo (2016).

17. Sobre este estudio, y desde una perspectiva constitucional, *vid.* Torres Díaz (2014: 13 y ss.).

18. Rubio Castro (2004: 23).

19. Lousada Arochena (2014: 31-48); Añón Roig (2016) y Merino Sancho (2017: 107-131).

20. Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Estambul, 11.V.2011, firmado por España el 1 de agosto de 2014.

21. Guerra Vaquero (2014: 203-215).

22. En palabras de Alexy (2009), la dignidad nace de valores básicos como la igualdad, la libertad y la solidaridad, en concreto la libertad igual, la libertad solidaria y la libertad segura son condiciones sociales de la dignidad. No se concibe libertad sin igualdad, solidaridad y seguridad.

23. Artículo 2. «Los 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:

- 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;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) 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 o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todos las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer».

Artículo 5. «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

- a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres;
- b) Garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos».

Artículo 24. «Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias en el ámbito nacional para conseguir la plena realización de los derechos reconocidos en la presente Convención».

24. Directiva 2012/29/UE de Víctimas y su desarrollo legal en España en la Ley 4/2015 sobre el Estatuto de la Víctima del Delito y Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011.

25. Sobre el concreto de «diligencia debida» en el Derecho internacional, *vid.* Lozano Contreras (2007); y Abramovich (2010). En el desarrollo de las obligaciones del Estado y la responsabilidad que de ellas se deriva a la hora de generar condiciones materialmente igualitarias entre hombres y mujeres es básica la lectura de Facio (2014).

26. Lozano Contreras (2007: 231 y ss.).

27. Sobre la diligencia debida en materia de violencia contra la mujer, *vid.* el Informe de la Relatora Especial sobre la violencias contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yaskin Ertürk. Disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A_HRC_23_49_English.pdf>. *Vid.* la Sentencia del TEDH Caso *Opuz vs. Turquía*, de 9 de junio 2009, y la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso *González y Otras (Campo Algodonero) vs. México*, de 16 de noviembre de 2009.

28. En la citada sentencia Campo Algodonero se atribuye responsabilidad al Estado por actos de los particulares sobre la base de que este tiene una posición de garante con relación a la acción de los particulares, por mediar cierta «tolerancia» con las acciones particulares ilícitas y abusivas, a partir de la denominada *doctrina del riesgo previsible y evitable*. No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de un particular, sino que el Estado está obligado a adoptar medidas de prevención y protección por la situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos y porque es razonable la evitación de ese riesgo. En el caso de las mujeres, existe un patrón sistemático de discriminación y violencia patriarcal sobre ellas y, por tanto, se le exige una posición de garante frente a las mismas y de protección individual en el caso concreto. El Estado no puede alegar imposibilidad de prevenir un riesgo si antes no ha tomado las medidas oportunas que garantizan la seguridad de sus mujeres, en un sentido amplio y también estricto o más concreto.

29. Román (2016: 33 y 39-45).

30. Para una explicación sobre la óptica patriarcal del capital, *vid.* Torres Díaz (2014: 20-23), donde explica por qué cuando nuestro texto constitucional alude al sujeto de derechos como sujeto del pacto social solo piensa en el varón: «Un sujeto que se inserta en la Constitución de la contradicción capital/trabajo. Un sujeto plenamente disponible a los intereses del capital que no duda en reconocerle autonomía y libertad para pactar, eso sí, desde una concepción de igualdad meramente formal. Se perfila de esta igualdad formal un sujeto productivo que se erige en el verdadero sujeto de derechos de contenido social. Derechos cuya inserción en nuestro texto constitucional choca con la propia delimitación conceptual de dignidad humana reconocida a los sujetos en cuanto tales y no en cuanto a su vinculación y/o pacto con el capital que excluye del mercado a los sujetos menos disponibles, por tanto a las mujeres. De estos planteamientos cabría reflexionar sobre la subjetividad constitucional de las mujeres, esto es, si las mujeres han sido (o son) sujetos del pacto social. Un pacto que reconoce el ámbito público/privado —el ámbito del sujeto productivo o social, pero que ignora el ámbito reproductivo y/o personal— en el ámbito donde los sujetos no son para sí sino para los demás. El ámbito donde la violencia de género ha encontrado acomodo naturalizándose como algo inherente al pacto socio/sexual».

31. Román (2016: 33).

32. Esto se ve claramente en la contraposición entre el derecho de protección *versus* derecho de defensa, articulados por el principio de proporcionalidad. Simplemente el Estado tiene la obligación de reforzar el derecho de protección de ellas; su no acción le haría responsable por falta de diligencia debida sistémica e individual, en su caso.

33. Alexy (2009: 88 y ss.).

34. Román (2016).

35. Añón Roig (2016).

36. En este proceso, resulta imprescindible hablar de economía, de un sistema que genera desigualdad y que se mantiene por el patriarcado; en este sentido, el patriarcado se configura como el sistema de valores y creencias que imponen el poder masculino sobre el colectivo mujer, y que el beneficio reportado a este sistema de poder es claro: mano de obra más barata, perpetuación del sistema a través de un modelo reproductivo, ausencia de participación de este colectivo en ámbitos de poder que puedan cambiar el modelo.

37. *Vid.* las estadísticas sobre violencia de género en Europa de la Fundamental Rights Agency. Disponible en: <file:///Users/elena/Downloads/fra-2014-vaw-survey-factsheet_es.pdf>.

38. Ferrajoli (2006: 115).

39. La democracia no es solo la garantía de la participación ciudadana con su voto en la elección de sus representantes, sino que es la propia constitucionalización y garantismo de los derechos fundamentales. Esta democracia se encuentra en un estado embrionario y avanza en su desarrollo a través de una triple acción: 1. Democracia como garantía de todos los derechos, tanto los derechos de libertad como los derechos sociales. 2. Democracia definida tanto desde un nivel nacional como internacional a través de los diferentes instrumentos vinculantes para los Estados. 3. Democracia como límite tanto para los poderes públicos como para el poder privado (y económico).

40. En este sentido, el papel de los derechos fundamentales —siempre actuando como límite frente al absolutismo o libertad salvaje— es el de proteger al más débil —tanto en sus diferencias personales como en sus desigualdades económicas y sociales—; así, los derechos fundamentales constituyen derechos de supervivencia frente a la ley del más fuerte social y económicamente. Todo esto constituye un límite a la opresión y a la discriminación, también aplicado a nuestra sociedad y a su poder económico y legal (patriarcal y masculino). En este sentido, las palabras de Ferrajoli resultan muy certeras cuando afirma: «Los derechos fundamentales son derechos de los individuos que sirven para protegerles frente a la cultura e, incluso, a sus familias» (Ferrajoli, 2006: 132)

41. El derecho a la vida puede servir de fundamento —a los efectos que aquí defendemos— si se vuelve a interpretar desde la perspectiva de género (derecho a la vida *libre de violencia de género*). Es obvio afirmar que el derecho a la vida de las mujeres no está suficientemente protegido por el Estado, considerando las estadísticas actuales. Por ello, debe existir una razón que explique estos datos estadísticos, esta violencia en una misma dirección, y ello se explica porque la razón de la violencia no es simplemente el ejercicio de un poder entre iguales, sino un instrumento del hombre

para someter a la mujer a sus decisiones y la subordinación de las mujeres, es decir, una violencia institucionalizada que impone el patriarcado como forma de dominación y control social de la mujer. Y aquí es donde debemos de enlazar el derecho a la vida (art. 15 CE) con el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación (art. 14 CE), entroncando, entonces, con ese elemento sistémico de estructura de poder que es el patriarcado. Le corresponde al Estado crear las condiciones para evitar esta violencia que excede del ámbito privado y pasa a justificarse en y desde lo público. Por esta razón, la Ley de Violencia de Género se tuvo que aprobar mediante Ley Orgánica, porque desarrolla los contenidos propios de un derecho fundamental. Debemos determinar ahora el objeto de este derecho fundamental, sus contenidos y límites para lograr su justificación.

42. Ferrajoli (2006: 133).

43. «Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer con inclusión de sus causas y consecuencias. La norma de la debida diligencia como instrumento para la eliminación de la violencia contra la mujer», 62 periodo de sesiones, 20 enero 2006 (E/CN4/2006/61)

44. Román (2016: 229).

45. *Vid.* la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea —TJUE—, de 11 de octubre de 2016, Asunto C-601/14, y el comentario de De Hoyos (2017).

46. Ordeñana (2017).

47. Esta reforma llena de sentido, aunque llega tarde, porque el daño causado a la víctima no se agota con el delito (victimización primaria), sino que se agrava frecuentemente tras su paso por el largo camino del proceso penal y su relación con el sistema policial y judicial, que muchas veces incrementa el daño ocasionado (victimización secundaria) y provoca situaciones de estrés, angustia, depresión o miedo. *Vid.* el interesante documento del Consejo General del Poder Judicial por el que se interpreta y desarrolla exhaustivamente el Reglamento 1109/2015 y la Ley 4/2015 sobre derechos de las víctimas.

48. «El enjuiciamiento de la actuación de las autoridades públicas que intervienen en la protección de las víctimas de género debe de efectuarse de acuerdo con el principio de diligencia debida. Este deber de diligencia pretende garantizar que la protección se la víctima sea eficaz, adecuada y efectiva» (Román, 2016: 230). «Desde el punto de vista procedimental, el deber de protección de las víctimas requiere una investigación eficaz implementada en el marco de un proceso judicial imparcial y con las garantías debidas. La indefensión y una inadecuada protección de las víctimas se presentan como causas fundamentales que pueden implicar el incumplimiento de esta obligación [...] por ejemplo, que no se recojan razonablemente todas las evidencias relativas al incidente investigado o no atiendan a las exigencias de celeridad necesaria del proceso. Este deber de protección se insertaría en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión en el artículo 24 de la Constitución» (*Ibid.*: 231).

49. Las solicitudes de justicia gratuita pueden presentarse ante los Letrados de la Administración de Justicia y en las dependencias de la OACD, que lo remitirán al Colegio de Abogados, sin necesidad de que la víctima acuda expresamente a la comisión.

50. Marcos (2015).

51. En fase de ejecución debe comunicarse a la víctima, salvo que haya renunciado (art. 5.1 y 7.3 LEVD) las salidas y cambios en el régimen penitenciario (beneficios penitenciarios, clasificación del penado, libertad condicional), tanto por correo electrónico como ordinario, sin posibilidad de recurso, salvo que la víctima esté personada en el proceso.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor (2010): «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso *Campo algodónero* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, 167-182. Disponible en: <www.anuariodch.uchile.cl>.

AKANDJI-KOMB, Jean-François (2007): *Positive obligations under the European Convention on Human Rights, Human Rights Handbook*, Estrasburgo, 7.

- ALEXU, Robert (2009): «Sobre los derechos constitucionales a la protección», en *Derechos sociales y ponderación*, Madrid: Fundación Coloquio jurídico europeo.
- AÑÓN ROIG, María José (2016): «Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres», *Cuadernos electrónicos de filosofía del Derecho*, 33.
- BARONA VILAR, Silvia (2016): «Justicia Integral y *Acces to Justice*: Crisis y Evolución del paradigma», en S. Barona (coord.), *Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de justicia*, Madrid: Civitas.
- De HOYOS, Montserrat (2017): «Principales avances en derechos, garantías y protección de víctimas», *Diario La Ley*, 8955, Sección Tribuna, 5 de abril, Editorial Wolters Kluwer.
- FACIO, Alda (2014): «La responsabilidad estatal frente al derecho humano a la igualdad», México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal. Disponible en: <www.cdhdh.org.mx>.
- FERRAJOLI, Luigi (2006): «Sobre los derechos fundamentales», *Cuestiones Constitucionales*, 15, 113-136.
- GUERRA VAQUERO, Ana Ylenia (2014): «Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: la aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 48, 203-215.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luis (dir.) (2007a): *Violencia de género y proceso*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (dir.) (2007b): *Tutela procesal frente a los Hechos de Violencia de género*, Colección «Estudios Jurídicos», Castellón: Editorial Jaume I.
- HEIM, Daniela (2014): «Acceso a la justicia y violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 107-129.
- LAVRYSEN, Laurens (2016): *Human rights in a Positive State*, Antwerp: Intersentia.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1999): «La discriminación por razón de sexo en el Código Penal», *Jueces para la democracia*, 34, 244-260.
- LOUSADA AROCHENA, José Fernando (2014): «El derecho fundamental a vivir una vida sin violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48, 31-48.
- LOZANO CONTRERAS, Fernando. (2007): *La noción de diligencia debida en Derecho internacional público*, Alicante: Atelier.
- MAQUEDA, María Luisa (2006): «La violencia de género. entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 08-02.
- MARCOS, Diana (2015): «Cuestiones problemáticas en la persecución y enjuiciamiento de los nuevos delitos leves», *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 3.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (2012): *La prevención y Erradicación de la Violencia de Género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2017): «Posibilidades reales que ofrece la mediación penal en los procesos por violencia de género: violencia leve, primaria, perfiles de las partes y momento procesal recomendable», en A. Montesinos García (ed.) *Mediación Penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MARTÍNEZ GARCÍA, Elena y Susana GISBERT GRIFO (2016): *Género y Violencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MERINO SANCHO, Víctor (2017): «Victimización secundaria en los supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes en situación administrativa irregular», *Migraciones*, 41, 107-131.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2009): «Violencia familiar y de género en la LO 1/2004», en E. Núñez Castaño, E., *Estudios sobre la tutela penal de la violencia de género*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ONTIVEROS ALONSO, Miguel (2016): «La feminización del Derecho penal», *Revista Jurídica Ius Doctrina*, 14.
- ORDEÑANA, Ixusko (2017): «Juicio a la labor jurisdiccional en los tratamientos de Igualdad de trato y no discriminación de los hombre violentos», *Revista General de Derecho procesal*, 42.
- ROMÁN, Laura (2016): *La protección jurisdiccional de las víctimas desde la perspectiva constitucional*, Tesis Doctoral, Tarragona: Universitat Rovira y Virgili.
- RUBIO CASTRO, Ana María (coord.) (2004): «Inaplicabilidad e ineficacia del derechos en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores», en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de orientación para operadores jurídicos*, Sevilla: Instituto Andaluz de la Mujer.
- TORRES DÍAZ, Carmen (2014): «La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género», *Themis. Revista jurídica de Igualdad de Género*, 13, 20-33.
- VARELA, Nuria (2005): *Feminismo para principiantes*, Barcelona: Ediciones B.

Fecha de recepción: 15 de junio de 2017

Fecha de aceptación: 3 de noviembre de 2017