

LA TUTELA PENAL: ENTRE LA DUALIDAD DE BIENES JURÍDICOS O LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VIOLENCIA CONTRA LA MUJER

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rovira i Virgili

Resumen: El presente trabajo se centra en el tratamiento penal de la violencia de género, incidiendo en los orígenes históricos del problema y en la relevancia de la denominada perspectiva de género en el Derecho penal. Se dedica especial atención al quebrantamiento de las medidas de alejamiento aceptado o inducido por la mujer y a la cuestión de las diferencias punitivas determinadas por la condición de varón del agresor.

Palabras clave: Violencia de género, perspectiva de género, medidas de alejamiento.

Abstract: The topic of this article is the problem of the gender violence in the Spanish criminal law. The main scope is to give an overview of some of the most important historical aspects of this problem and of the importance of the so called gender perspective. The article provides some comments regarding the violation of protective orders incited

Recibido: mayo 2009. Aceptado: noviembre 2009

or accepted by the victim and of the punitive differences based on the masculine condition of the offender.

Keywords: Gender violence, Gender perspective, protective orders.

1. Problema social antiguo, problema nuevo en el derecho penal

El tratamiento penal de la violencia de género, y los preceptos que a ella se dedican – algunos de los cuales aguardan aun la opinión del Tribunal Constitucional sobre su corrección o sobre su interpretación, ha supuesto la incorporación al derecho punitivo no solo de un problema que no estaba debidamente contemplado, sino de una serie de normas penales y procesales que necesariamente han tenido que abandonar las pautas clásicas de las descripciones de infracciones —regresando por ejemplo a los delitos de hábito— y de las ideas previas sobre las medidas asegurativas y de protección de la víctima, como la prohibición de alejamiento; que a su vez tropiezan en la práctica, en ocasiones, no solo con un altísimo grado de incumplimiento, sino incluso con la cooperación o tolerancia de la propia víctima en esa trasgresión de las órdenes recibidas.

En el centro del debate sobre estas cuestiones se sitúa a su vez la discusión sobre si en esta parcela del derecho penal concurren dos problemas diferentes y además diversos bienes jurídicos ofendibles. Si así fuera estaríamos ante un delito de los denominados *pluriofensivos*, nombre que se da a aquellas infracciones que afectan a más de un bien jurídico. A su vez los delitos pluriofensivos pueden presentarse de dos maneras, según los bienes en juego pertenezcan solo a la persona de la víctima o a ésta y a otra u otras personas, o grupos, o incluso al Estado. Por ejemplo, la violación afecta tanto a la libertad sexual como a la dignidad humana, el robo violento ataca a la vez a la propiedad y a la indemnidad física, y podríamos seguir buscando ejemplos, en todos los cuales sabe suponer que el legislador ha valorado la extensión de la antijuricidad material y lo ha plasmado en la pena.

Pero si la pluriofensividad va unida a la entrada en el conflicto de los intereses o derechos de otra persona, o de otro grupo, o del mismo Estado, la situación varía. El atentado violento contra un agente de la Autoridad, por ejemplo, ofende tanto a la indemnidad de esa persona como al respeto a las funciones de la Administración en él representada; la quema de una masa forestal puede poner en peligro o lesionar vidas de personas concretas, afecta a los intereses del propietario del bosque, sea una persona o sea un bosque de mano común, y, por último, puede afectar al equilibrio de los sistemas naturales. En esos ejemplos queda patente que concurren distintos bienes jurídicos como distintos titulares. Eso se plasmará, claro está en la pena imponible, pero también en la determinación de la titularidad de la acción penal como perjudicado, que corresponderá a los que ostenten esa condición.

Fuera de duda está que en la violencia de género concurren diferentes bienes jurídicos *de la víctima*. La Circular de la FGE del Estado dedicada a la Ley Integral contra la violencia de género señala que los bienes jurídicos afectados “*trascienden lo personal y se extienden a valores constitucionales de primer orden: libertad, integridad física y psíquica, dignidad de la persona y libre desarrollo de la personalidad, integridad física y moral, interdicción de tratos inhumanos y degradantes, seguridad, protección de la familia y la infancia y protección integral de los hijos...*”¹.

Pero cuando por algunos se sostiene que hay una pluralidad de bienes jurídicos afectados no se está pensando en eso, prescindiendo de que en el concepto de violencia *doméstica*² se han de incluir los malos tratos a descendientes, ascendientes o cualquiera otra persona que viva con el agresor. La singular violencia *contra la pareja*, tiene otra significación y otras causas. A

1 Circular 4/2005, 19 de julio de 2005, relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

2 L. Arroyo Zapatero, “*La violencia de género en la pareja en el Derecho penal español*”, en Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008

su vez, dentro de esa violencia de género vendrían ofendidos dos bienes jurídicos: el propio y personal de la víctima maltratada, agredida, o incluso asesinada, y otro³, integrado por el hecho de la pertenencia de la mujer al género femenino⁴, que sería abstractamente agredido y, por lo tanto, será siempre un sujeto pasivo mediato en todos los delitos del grupo.

La aceptación de esa dualidad de contenidos de la antijuricidad (una parte “personal” y otra “suprapersonal”) ha de tener consecuencias para la aplicación del derecho, pero ante todo tiene que cumplir con las condiciones necesarias para poder *reconocer a un bien jurídico*, lo cual no puede hacerse al margen de consideraciones ancladas en primer lugar en el texto constitucional. Por supuesto que no hay duda alguna acerca de la importancia de abordar estos delitos desde lo que se ha llamado *perspectiva de género*, que permite comprender, como recientemente ha hecho el TC, tema al que volveré después, diferencias punitivas y especialidades en la configuración de los tipos⁵.

En este punto el penalista debe detenerse y ser extremadamente prudente, si no quiere caer de nuevo en la costumbre de elaborar una versión propia de conceptos o categorías que son usadas y estudiadas en otros dominios del pensamiento. Eso sucede precisamente con el concepto de “género”, objeto de estudio desde otras disciplinas, y, en lo que más cerca de nosotros está, de

-
- 3 Sobre el tema vid.: María Luisa Maqueda Abreu “*La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social*”, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 8-2-2006. Críticamente sobre la cuestión, vid. M. Acale Sánchez, “*La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*”, Madrid, Reus, 2006, que alerta sobre las consecuencias de un fuente adicional de victimización. También en sentido crítico, vid. M. Alonso Álamo, “*Hacia el reconocimiento legislativo de un nuevo bien jurídico? Observaciones a propósito del llamado derecho penal de género*”, Estudios penales en Homenaje a Cobo del Rosal, Madrid, Dykinson 2005.
 - 4 Sobre el concepto mismo de “género” existe también un importante debate en el ámbito del derecho penal. Al respecto vid.: Laurenzo, Maqueda, Rubio y otros, “*Género, violencia y derecho*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.
 - 5 Al respecto.vid. E. Ramón Ribas, “*Violencia de género y violencia doméstica*”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

la Filosofía del Derecho, y en esos ámbitos se percibe una actitud muy crítica respecto de la admisibilidad de esa categoría como referente unitario de bienes jurídicos propios. A este propósito, escribe Giménez Merino: *“las mujeres, o la diferencia sexual, son tomadas como nuevo paradigma interpretativo de la realidad tal y como antes lo fue, en exclusividad, el varón heterosexual. El problema es que cuando esto sucede, se pierde de vista la dependencia recíproca de todas las personas, su coexistencia en un espacio social compartido. Esto tiene una importancia crucial a la hora de establecer el punto de vista a partir del cual construir las políticas de género: esencialistamente, tomando las diferencias de género como principio contrapuesto al universalismo jurídico, o relacionalmente, de modo que la diferencia no sea algo objetivable sino un criterio de ponderación a la hora de atribuir derechos (es decir, que en éstos, o en su aplicación, sea tenida en cuenta la situación real de las personas en el universo social donde nos encontramos)”*⁶.

No voy a entrar en ese complejo problema, y solo quería llamar la atención acerca de algo que pasa desapercibido, y es que antes de posicionarse sobre si es conveniente o inconveniente hablar de un “derecho penal de género”, es preciso tener en cuenta que el mismo concepto “género” no es tan evidente y autojustificado como se da a entender en ocasiones.

Volviendo a nuestro tema: se dice también que gracias a esa doble visión de lo que es el bien jurídico en estos delitos se pueden entender mejor no solo el nombre con el que se les califica

6 Antonio Giménez Merino *“El género en la Teoría Política y en la Teoría Jurídica: del ciudadano a la persona”*, Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN 1138-9877, N.º. 15, 2007 (Ejemplar dedicado a: XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007). Giménez Merino concluye afirmando *“habrá que vincular siempre la noción de “género” con una estructura social que contemple a hombres y mujeres dentro de un mismo espacio compartido. Sólo a partir de ahí, podremos investigar qué relaciones internas y externas entre las personas dan lugar a prácticas específicas estructuradas por relaciones de género “masculino” y “femenino”*.

(violencia de género), sino también algunas de las interpretaciones que se proponen para la resolución de casos. Frente a ello, hay penalistas que no aceptan esa teoría del doble bien jurídico, que con contenidos diferentes podría ser aplicada a otros delitos que nada tienen que ver con los de violencia de género, pero, sobre todo, porque los problemas que se plantean *pueden y deben tener solución sin necesidad de violentar el sentido de la antijuricidad material*.

En los párrafos que siguen intentaré destacar algunos aspectos de estos temas, sin pretender por supuesto tener la respuesta mágica y satisfactoria para todos, máxime en un problema en el que por desgracia se pone de manifiesto lo difícil que es conseguir la afirmación y eficacia del derecho.

2. La perspectiva de género

Decía antes que la difícil cabida de explicaciones basadas en la teoría del “doble bien jurídico” no obstaba, antes al contrario, a la necesidad de analizar y comprender los delitos de violencia contra la mujer *desde una perspectiva de género*⁷, que

7 Vid.: Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli. “Violencia de género: discriminación positiva, perspectiva de género y derecho penal: algunas cuestiones sobre la competencia de los nuevos juzgados de violencia sobre la mujer”. en: *Tutela penal y Tutela judicial frente a la violencia de género*. Majadahonda (Madrid): Colex, 2006; VVAA, “*Perspectiva de Género : Criterio de Interpretación Internacional y Constitucional*”, Consejo General del Poder Judicial, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004. En ese volumen, especialmente, García Alberó, “*Las perspectivas de género en derecho penal: algunas reflexiones*” y I. Montalbán Huertas, “*Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*”; P. Faraldo, “*Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, sobre medidas de protección integral contra la violencia de género*”, *Revista Penal*, Nº 17, 2006; además de los ya citados libros de M. Acale, “*La discriminación hacia la mujer por razón de género en el código penal*”, y de Eduardo Ramón, “*Violencia de género y violencia doméstica*”; L. Morillas, “*Valoración de la violencia de género desde la perspectiva del derecho penal*”, REDCPC, 4-9-2002.;” Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004

significa, nada menos, un categoría de análisis que ha partir de la conciencia de la situación presente e histórica y social en que ha vivido la mujer en España, y en otra sociedades,⁸ claro está, pero eso no importa ahora, contemplando lo que comparten y lo que les diferencia de los hombres.

La perspectiva de género, en lo que interesa al penalista, se presenta como un *criterio para analizar y comprender la ley*. No se puede admitir una visión del problema que olvide radicalmente que entre hombres y mujeres existen diferencias de situación y posición basadas en factores sociales, que van más allá del sexo, que es solamente un dato biológico, mientras que el género es as en factores sociales. El sexo es una característica biológica, resultado de determinantes genéticos universales que definen dos categorías en nuestra especie: hombre y mujer. El género es una posición social consecuencia de la distribución de papeles y funciones diferentes a hombres y mujeres.

Durante años o siglos se ha decidido que era lo que correspondía hacer a cada uno, que trabajos, que actividades, que formación, y hasta que lenguaje era adecuado que usara cada uno, por no hablar de la lógica que decidía quien debía ejercer las responsabilidades públicas.

Llegando al tema de la violencia contra la mujer, la perspectiva de género exige asumir que el *varón violento* no es solo un fruto de incultura, alcoholismo, frustración, violencia reprimida, cobardía, y todos los factores que se señalan por sociólogos y psicólogos. Subyace, además, un componente de (lamentable) antropología cultural. Soy consciente de que la sola sugerencia de que existen explicaciones de la brutalidad que pueden pretender etiquetarse de “culturales”⁹ es, por sí sola, causa de escándalo.

8 Por limitarnos a las más cercanas culturalmente, vid.: J. C. Peristiany, “*El concepto de honor en la sociedad mediterránea*”, Barcelona, Labor, 1968.

9 La variedad de acepciones con las que se utiliza el concepto de “antropología cultural” evidencia que no tengo pretensión alguna de estar haciendo un uso adecuado; solo pretendo designar una manera de pensar y de comportarse de un grupo de individuos. Sobre el tema vid., voz “antropología cultural”,

Pero antes de abalanzarse a la crítica conviene reparar en que la palabra “cultura” no es, por desgracia, identificativa de la interpretación que le otorga el diccionario de la R.A.E.¹⁰, sino que se aplica a las *pautas de conductas visible en nuestras sociedades*, y así, por desgracia, oímos hablar de la “cultura del consumo”, o de la cultura · de la televisión, o de ”la “cultura del pelotazo”, para referirnos a maneras de vivir y de construir escalas de valores que efectivamente se imponen en el aprecio mayoritario, en lugar de considerarlas desviaciones más o menos peligrosas y asumidas como algo que ni es especialmente grave ni se puede cambiar, y del mismo modo vemos cómo actos brutales, como las fiestas consistentes en apalear y matar toros perseguidos por una jauría de carniceros— y no me refiero a la tauromaquia, por supuesto —se defienden como “tradiciones propias de la cultura popular”.

Creo, en ese reducido modo de usar la palabra “cultura”, que *existe en muchos individuos varones una convicción de superioridad sobre la mujer* que se condensa en la idea fija de que ella no es igual que el varón, y aun menos, que “su varón”, para hacer lo que le venga en gana. Ya sé que ni descubro nada, ni sería justo imputar ese modo de ser o pensar a la mayoría de los varones; y eso conviene recordárselo a los que desde un criterio feminista radical no dudan en afirmar ardorosamente que el instinto violento, la convicción de superioridad, y todo lo que eso conlleva, es tan consubstancial al varón como pueda serlo la barba. No es así, y los individuos violentos, demasiados en todo caso, son una patente minoría en la España de nuestro tiempo. Ha sucedido, no obstante, algo que tal vez otrora no sucedía: que hoy las cosas, antes o después, se acaban sabiendo.

La violencia, contra la mujer o contra los hijos —que son cosas *distintas* aunque a veces se den a la vez— merece

en Pelayo García Sierra, “*Diccionario filosófico*”, *Manual de materialismo filosófico*, Prólogo de Gustavo Bueno, Biblioteca Filosofía en español, Oviedo, 2000.

- 10 “Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico o conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc”.

análisis de diferentes clases: psicológicos, clínicos, económicos, estéticos, sexuales, pero ninguno de ellos podrá conducir hoy a la apreciación de que se trata de hechos “explicables”, pues es éste un ejemplo paradigmático de la idea tan usada y criticada en doctrina penal desde que se desarrolló la concepción normativa de la culpabilidad, que se centra en la afirmación de que *otro no lo hubiera hecho*.

Abundan, pese a todo, los intentos de explicar el problema viendo causas (difícilmente) “objetivables”, y así, cuando se alude a la violencia sobre la mujer en nuestros días se piensa inmediatamente en los malos tratos físicos que tantas veces culminan con la muerte de la mujer a manos de agresores que actúan a impulso, se dice, de los celos, del alcohol u otras drogas, de la negativa a aceptar la separación, de los desarreglos mentales o de la cobardía y personal frustración del sujeto, que salda puertas adentro los miedos y complejos que dominan su existencia; pero siempre son tipos fascinados con la violencia. Pero la valoración global de la postración de la mujer ante el varón en una perspectiva histórica no puede contentarse con esa mirada hacia la violencia física, dura e inmediata, sino que exige, especialmente al jurista, una contemplación más amplia que alcance a la violencia estructural, esa en la que el derecho es solo una pieza más, aunque muy importante. Lo que construyó históricamente la postración, la subordinación y la cosificación de la mujer no fue la violencia, sino la organización social y el reparto de papeles; todo ello sancionado y reforzado por el derecho.

La violencia de género, de la que tanto se habla hoy, no deja de ser, en cierta medida, *una derivación histórica de una larga cadena de factores que han sedimentado en algunos individuos como convicción de un derecho o primacía ilimitado, que puede exigirse por la vía que se quiera*, incluida la de la amenaza, la coacción y la violencia, y que conviene recordar.

3. La contribución histórica del sistema jurídico

Si aceptamos que el sistema jurídico es una de las maneras de “conocer” a una sociedad, a pesar de los grandes desfases que

existen entre derecho y realidad, habrá que asumir que el derecho histórico español, prácticamente hasta el advenimiento de la actual monarquía parlamentaria, contribuyó notablemente a fomentar esa cultura de la prepotencia del varón. La violencia contra la mujer practicada *por individuos concretos* es un hecho indubitado hoy y en el pasado. El aprovechamiento de la primacía física y jurídica del varón lo permitió. El miedo y la subordinación garantizaban una impunidad que *por demás estaba avalada por el funcionamiento del sistema*. La violencia de los individuos vino siendo un reflejo de un sistema netamente opresor que no reconocía la igualdad entre los seres humanos. No se trata solamente de la desigualdad política (me remito a la lenta historia de la participación de la mujer en los asuntos públicos en pie de igualdad, sino a las muestras que el sistema jurídico ha venido dando de construcción de un orden fundado en el axioma de desigualdad, o si se prefiere, de una situación de *permanente postración*.

Por supuesto que se argüirá que esa postración puede ser objetada en el marco de algunas instituciones civiles, como por ejemplo el régimen económico matrimonial o la sucesión en el derecho catalán o valenciano; pero eso no desdibuja otras manifestaciones históricas de esa postración, especialmente en el campo del derecho penal, y esas son las que interesa recordar, pues ese derecho penal que ahora se enfrenta al problema de la violencia contra la mujer, tiene un pasado que, y eso es lo importante, reflejaba una “visión de las relaciones hombre-mujer” bien diferente.

Algunos ejemplos, por demás conocidos, bastan, culminando como la cima de la “violencia legal”, *el derecho a dar muerte a la mujer infiel*¹¹, que habría de estar más o menos acogido

11 El viejo Código de Hammurabi, tantas veces citado como “primer texto penal de la historia” regulaba junto al homicidio el uxoricidio por adulterio, pero más significativo es, por cuanto se reclama siempre la vinculación de nuestra cultura jurídica con la romana, que la Lex Pompeia de parricidio, del año 701, limitó este crimen y posteriormente la *Lex Iulia de Adulteriis Coercendis* permitió que el padre de la adúltera la matara inmediatamente, en caso de que no lo hiciera el marido. Sobre el tema, como concepto jurídico-penal

en España hasta la reforma del CP de 1966. El tema del uxoricidio, cuya versión actual la tenemos en muchos episodios fatales de la llamada violencia de género, es posiblemente el que ofrece una más larga y continua presencia en las leyes españolas.

La concesión del papel de juez al varón viene de lejos. En el derecho castellano antiguo encontramos la decisión de Alfonso XI de modificar lo que venía siendo norma habitual en los diferentes Fueros castellanos, de acuerdo con la cual se disponía que la adúltera fuese entregada al esposo con su cómplice, para que le sirvieran como esclavos, pero sin poder matarlos. Claro está que eso dio lugar a que los amantes continuaran su relación bajo el techo del marido, y como eso no se podía permitir, el rey Alfonso por medio de las Leyes de Alcalá (1348)¹² dispuso que “de aquí en adelante”, el marido que hubiese cumplido los 14 años, desposado por “palabras de presente” con mujer, que tuviese los doce 12, *podría matar o hacer matar a la esposa y al amante, sorprendidos cometiendo adulterio, a condición de no dejar en vida a una de las partes*. Curiosa condición por cierto la de obligar a la muerte necesaria de los dos amantes. Si el marido no lograba descubrir la infidelidad “en el acto” siempre podía demandar a su propia esposa ante el Juez quedaba el recurso de acudir al juez, sin necesidad siquiera de llamar a juicio al supuesto amante. La esposa habría de probar su inocencia, sin que la sirviesen de excusa los adulterios del marido. Si no resultaba convincente podía ser castigada a ser dada al marido ella y sus bienes para que éste hiciese lo que se le antojara con ella y con ellos¹³.

en España, vid.; J. Pereda, “*El uxoricidio*”, en Anuario de Derecho Penal, 4, 1951.

12 Sobre delitos y penas en el Ordenamiento de Alcalá, vid., B. Gutiérrez Fernández, “*Examen histórico del derecho penal*”, ed. Analecta, Pamplona, reimp. de la edición de Madrid, Sánchez, 1866, p. 205 y ss.

13 Justo es advertir que ni estas leyes ni otras igualmente brutales tuvieron en la vida cotidiana mucha capacidad de “contra motivar” a los españoles, pues en la sociedad civil, según relatan respetados cronistas, abundaba la sexualidad libre y el adulterio. La abundancia de matrimonios fruto del interés muchas veces de los padres de los contrayentes daban lugar a rupturas producidas simplemente por la ausencia. La bigamia ulterior era también frecuente; por lo tanto es preciso atender a los historiadores que señalan que era mucho más

Estos precedentes acabarían cristalizando en el derecho recogido en la Novísima Recopilación¹⁴, a la que acceden ideas jurídicas que se suponen los visigodos habían tomado del derecho romano *de ahí pasaron a los Códigos penales del s.XIX*, bajo la forma de *tipo muy atenuado de homicidio*, si lo cometía el marido que descubría en flagrante adulterio a la esposa o a la hija (aquí se abría una dimensión diferente y desligada del derecho a la exigencia coactiva de fidelidad) y daba muerte a éstas o a su amante o a ambos. El Código de 1870 se limitaba a disponer una pena de destierro en caso de conyugicidio por adulterio, que alcanzaba al homicidio de ambos adúlteros. De hecho el precepto apenas se aplicó, y desapareció en el CP de 1932; pero regresó a través del art. 428 del Código de 1944, y duraría hasta la Reforma de ese Código hecha en 1963, si bien el propio *delito* de adulterio, junto con el amancebamiento y el rapto “consensual”, perdurarían hasta 1978.

Es notable que la abundancia de amenazas a la infidelidad matrimonial ha dejado en un segundo plano histórico el problema de la *intervención del derecho en la pérdida de la virginidad*, por una parte, y, por otra, en la *sexualidad sin matrimonio*. Respecto de esta última cuestión es evidente que nunca las leyes “civiles” penalizaron la relación sexual entre personas que fueran libres y no casadas. Pero el problema fue precisamente determinar lo que se podía entender por *libre*. La mujer sierva¹⁵ era fácilmente disponible por su dueño y señor, pero pobre de ella si se permitía

dura la ley que la sociedad, lo cual no excluye la existencia de una idea del “honor del hombre” que es la clave de bóveda de su relación con las mujeres. Pero lo cierto es que el adulterio no generaba en la práctica los crímenes que las leyes consentían. El cambio importante se habría de producir en el siglo XIX, con el triunfo de las más reaccionarias ideas, y es entonces cuando es efectiva la persecución del adulterio y del amancebamiento.

14 Cuya mejor exposición puede verse en la conocida obra de Tomás y Valiente, *“El derecho penal de la Monarquía absoluta”*, Madrid, Tecnos, 1969.

15 Aunque es ya cuestión lateral, conviene recordar que España fue tardía en abolir la esclavitud, lo que sucedió, formalmente, pues era una práctica casi abandonada, para el territorio peninsular en 1837, y para los territorios americanos de Puerto Rico y Cuba, en 1869 y 1880 respectivamente,

tener una relación sexual con un tercero, fuese otro siervo o fuese, incluso, un visitante o pasajero.

Al derecho penal español del s.XIX y XX llegó el estupro llamado *doméstico*, que lo cometían los varones que aprovecharan compartir techo para tener relaciones sexuales con mujeres *que lo consentían* (excluimos, por lo tanto, los casos de abusos sobre personas de poca edad). Esa modalidad de estupro era una *descendiente histórica* de los delitos que cometía quien fornicara en techo ajeno sin consentimiento del dueño¹⁶, dando por sentada la *absoluta irrelevancia del consentimiento de la mujer*.

¿Y qué decir de la pérdida de la virginidad? En lenguaje de nuestros días podríamos decir que la disposición sobre el propio cuerpo —en *teoría*, pues la realidad social era mucho más permisiva— se le negaba a la mujer joven. Es ilustrativo de una mentalidad tradicional hispana un fragmento de debate¹⁷ sobre el estupro, al que se define como *concubitus cum faemina virgine quo eius integritas defloratur*, que claramente sitúa la virginidad como objeto central de tutela.

Con esos antecedentes no puede resultar extraña *la regulación que tradicionalmente tuvieron en España los que hasta 1995 se llamaron delitos contra la honestidad*. De ellos no me voy a ocupar, aunque en la ideología que subyacía resplandece una idea de la mujer que habría de determinar la interpretación que

16 En las casas de señores medievales y aun después era normal tener criadas y barraganas; con estas últimas podía fornicar el señor a su antojo e incluso engendrar hijos que serían reconocidos como bastardos.

17 Que puede leerse en el “*Compendio Moral Salmaticense*”, *Tratado diez y siete, De los preceptos Sexto y Nono del Decálogo. Capítulo segundo. De los vicios opuestos a la castidad*). El *Cursus Theologicus Moralís Salmaticensis* fue elaborado por carmelitas descalzos del Colegio de San Elías de Salamanca. Los salmaticenses morales fueron, publicados entre 1665 y 1753, y varias veces reeditados (la última edición de conjunto en Venecia 1764). Quince años después de la última edición veneciana el carmelita Antonio de San José (1716-1794) preparó un “*Compendium Salmaticense in duos tomos distributum universae Theologiae Moralis*”, que se publicó en Roma en 1779. Reeditado en Roma y Venecia, apareció publicado por lo menos cinco veces en España (entre 1791 y 1846).

se hizo de aquellas figuras legales. Temas como la persistencia de la resistencia como condición para apreciar violación, o la ya citada exclusión de la violación intramatrimonial, eran expresivos de un modo de contemplar la posición y los deberes de la mujer, que no del varón, pues la doncella podía ser seducida por quien se aprovechara su inmadurez o ingenuidad, aun cuando el seductor fuera tan “inmaduro” como ella. La cuestión residía en realidad en que ella perdía el “precioso tesoro” de la virginidad y el varón no.

Un tema especialmente significativo fue la sustitución de la *capacidad de acción* en los delitos contra la honestidad por la voluntad de padres o esposos. Esta situación, que se habría de prorrogar en la práctica de nuestros Tribunales hasta el fin del franquismo tenía manifestaciones también fuera del derecho penal, como por ejemplo la exigencia de “venia marital” para que la mujer casada pudiera contraer obligaciones válidamente¹⁸. Pero en el derecho penal esa especie de “semicapacidad” de la mujer tuvo una trascendencia mayor, por cuanto modificada el contenido o el significado del bien jurídico.

La expresión más significativa de esa ideología se podía encontrar en estos dos ejemplos: el primero, la existencia del delito de raptó consensual, delito que podía cometer quien raptara a una *incluso con el consentimiento de ella*. Dicho de otro modo: la fuga de los jóvenes amantes era delito del varón, y no de ella,

18 Curiosamente esa dura y desigual regla fue la puerta de escape que permitió salvarse de la condena por estafa masiva a la que sin duda fue la primera delincuente económica femenina de nuestra historia: doña Baldomera Larra Wetoret hija póstuma de Mariano José de Larra. Estaba casada con un médico de la Casa Real, el Dr. Carlos de Montemayor. Doña Baldomera fue la introductora en España de lo que después se ha llamado “estafa de la pirámide”, gracias a la cual se quedó con los ahorros de cientos de familias pobres que habían confiado en los rendimientos que prometía una fabulosa “Caja de Imposiciones” por ella creada. En 1876 estalló la trama. Condenada por la Audiencia fue absuelta por el Tribunal Supremo que estimó que los contratos suscritos por doña Baldomera eran nulos por falta de la venia marital necesaria para una mujer casada —de hecho el marido había marchado a Ultramar— lo que le valió la absolución.

en tanto que ella “perteneía” a sus padres o tutores; el segundo, la posibilidad de accionar penalmente, que estaba reservada en los delitos sexuales a las personas ofendidas, salvo que sean menores, pero que, hasta el comienzo del período constitucional, en los delitos contra la honestidad se ampliaba la legitimación activa a los padres, tutor o esposo, a la vez o prescindiendo de la opinión de la “ofendida” (como no se decía expresamente que estos otros sólo podrían hacerlo en caso de que ella no pudiera por cualquier causa, se interpretó que podían hacerlo al margen de que ella quisiera o no quisiera.) Esa brutal interpretación se hizo también en nombre de un argumento significativo: tan ofendidos eran ellos como ella, pues esos delitos contra la honestidad *afectaban a toda la familia*.

Ciertamente que se trata de normas que hoy se nos presentan como anécdotas del pasado, y se remiten a los tiempos de la dictadura, etc. Pero si queremos examinar la *contribución del derecho* a la construcción de una realidad de desigualdad entre hombre y mujer tendremos que detenernos en esos datos por lo que configuran la mentalidad de época que no es tan lejana, y que, además, *sigue viva en los comportamientos de muchos individuos violentos*.

Todos estos recuerdos jurídico-históricos son solo unos pocos brochazos para pintar el telón de fondo en el que se ha desarrollado la evolución reciente del derecho penal. Pero no quiero terminar sin una última reflexión: la sociedad civil histórica estaba sin duda dominada por hombres, pero en su funcionamiento se contó con el beneplácito de muchas mujeres. La marginación y estigmatización de las muchachas que perdían la virginidad, y es un ejemplo, la practicaban todos con la misma intolerancia¹⁹. Por eso no es bueno ni ponderado mirar hacia el futuro desde un planteamiento de *guerra de sexos*, que se corresponde mucho menos con la realidad que la diferencia entre ricos y pobres.

19 Al igual que la mutilación sexual femenina la practican las madres y las abuelas, las horribles pruebas sobre la virginidad eran ejecutadas por viejas del pueblo.

Sobre ese pasado, pues, mejor será dejar de perseguir una historia maniquea de hombres malvados y mujeres buenas²⁰, y luchar por una sociedad justa e igualitaria.

4. El quebrantamiento de medidas de alejamiento aceptada o inducida por la mujer, la tesis del doble bien jurídico y otros enfoques.

A veces parece darse cierta contradicción entre lo que se dice en una materia y en otra. La tesis de que la mujer no puede, en uso de su libertad, decidir, en el ejemplo más preocupante, si acoge o no al sujeto sobre el que pesa una orden de alejamiento, afirmada en base a que no está en juego *solamente eso*, es poco conciliable con la idea constitucional del derecho fundamental a la libertad. Pero a poco que se repara en la cuestión se observa que en dos importantes ámbitos eso es precisamente lo que sucede, sin entrar ahora en la cuestión *profunda* acerca de si eso supone realmente una reducción del reconocimiento de la libertad o si, por el contrario, lo que sucede es que necesariamente han de entrar en escena valores *supraindividuales*, al igual que sucede en otros ámbitos (p.e., los vecinos no “pueden” consentir la contaminación que genere una industria, ni el contrato de trabajo esclavista es válido porque el trabajador lo haya firmado, ni la venta de un órgano es aceptable porque el donante ha cobrado por ello). Hasta ahí no hay nada que objetar, pues es claro que se ven afectados valores e intereses que no pueden depender exclusivamente de la voluntad, más o menos libre, de unos pocos.

20 Valentine de Saint-Point, escritora, periodista y artista francesa (1875-1953), debe su fama a haber sido la primera mujer que redactó un manifiesto “futurista”. Concretamente su *Manifeste de la femme futuriste*, hecho público en 1912, que nació entre otras cosas como respuesta a las ideas misóginas del sonoro « *Manifesto della letteratura futurista*” que había publicado en 1910 F. T. Marinetti.. El texto de Saint-Point comenzaba con esta reflexión: “*La humanidad es mediocre. La mayoría de las mujeres no son superiores ni inferiores a la mayoría de los hombres. Somos iguales. Unos y otros merecemos desprecio*”

La apreciación de que concurren diversos bienes jurídicos en un mismo delito, no obstante, no puede extenderse sin límites. Es indudable que hay delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, como el ambiente, orden del mercado, fe pública, administración de justicia, seguridad, salud, orden público y constitucional, etc. mientras que otros lo son contra bienes individuales (vida, integridad, salud personal, libertad, intimidad, propiedad, etc.); pero no es una regla, ni mucho menos, que todos los delitos participen de las dos especies de bienes jurídicos (individual y supraindividual), aunque por supuesto que los hay, como algunos delitos económicos, algunos contra la salud pública, o contra la administración de justicia, como la acusación falsa o el falso testimonio, etc. Se trata de un grupo de infracciones, pues, comparativamente reducido.

A ese grupo se dice que pertenecen también los delitos de violencia de género (como los delitos relativos a la prostitución), y de acuerdo con ello en los delitos de violencia de género, tal como indiqué al principio, se han de ver dos bienes jurídicos: *el propio de la mujer agredida y el género (femenino) al que ella pertenece.*

En el ámbito de la violencia de género, e invocando la doble dimensión del bien jurídico, se dice que queda explicada la diferencia penal entre la agresión que tiene como víctima a la mujer y la misma agresión cuando la víctima es un hombre, y, en relación con un problema muy diferente, eso es lo que impide que impuesta una medida de alejamiento la propia mujer propicie su incumplimiento. Estos dos problemas, por sí solos, justifican las presentes páginas.

La tesis de que en la violencia de género concurren dos bienes jurídicos diferentes sirve para justificar que haya una diferencia de respuesta penal entre la agresión que tiene como víctima a la mujer y la misma agresión cuando la víctima es un hombre, y, yendo a un terreno muy diferentes, para rechazar que impuesta una medida de alejamiento la propia mujer propicie su incumplimiento *sin que ello tenga consecuencias ni para ella ni para el transgresor.*

En mi opinión esos problemas —que no son los únicos, pues muchas cuestiones penden aun ante el Tribunal Constitucional, y lógicamente, por respeto, no entraré en ellas— pueden tener enfoques razonables sin acoger *necesariamente* la teoría del doble bien jurídico, el personal, integrado por la libertad, integridad e indemnidad, y el supraindividual de pertenencia al género, que se dice presente en estos preceptos penales, de complejo encaje en las pautas clásicas del Código. Digo que son complejos porque la manera en que estos hechos se producen ha obligado a recuperar *delitos de hábito*, por ejemplo, y a modificar las distinciones entre delitos y faltas – prescindiendo ahora de lo que cada cual opine sobre la bondad y utilidad de mantener el Libro III. Añadir a eso una posición sobre la *antijuricidad material* que conduzca a relativizar el valor del consentimiento creo que es inadecuado, mas no porque no sea precisa una especial sensibilidad ante los problemas que se plantean, sino porque se puede alcanzar una solución correcta para ellos sin necesidad de imponer contenidos jurídicos de *difícil asiento* constitucional.

Un tema grave está en el centro de la polémica, y sobre el pende respuesta del TC, que es el del quebrantamiento de las órdenes de alejamiento²¹. Como es sabido la cuestión se plantea en los siguientes términos: dictada que haya sido una orden de alejamiento por el Juez, ¿puede la mujer invitar a su pareja a que se acerque a ella, por la razón que sea, conmisericordia, deseo sexual, bien de los hijos, etc.?

En relación con este tema la posición jurisprudencial es un tanto confusa. En un primer fallo (STS de 26 de septiembre de

21 Sobre esta cuestión, J. Muñoz Cuesta: “*Quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento con el consentimiento de la mujer beneficiaria de la misma*”. Comentario a la STS, Sala 2ª, de 26 de septiembre de 2005. Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, N° 7, 2005; A. Del Moral García, “*El quebrantamiento de una medida de alejamiento o una prohibición de comunicación, adoptadas cautelarmente en el curso de un proceso penal, ¿ integra el subtipo agravado del inciso final del art. 468.2 del Código Penal ?*”, en “Violencia doméstica”, 2005

2005) el TS estimó que la virtualidad de la medida de alejamiento requiere del consenso de la mujer en cuya protección se acuerda la medida. Si es la misma mujer la que decide reunirse voluntariamente con su agresor hace patente que no se siente ya en peligro, con lo que desaparecería el fundamento de la medida. Sostener otra interpretación obligaría a calificar la conducta de la mujer como inducción o cooperación en el delito de quebrantamiento de medida, lo cual sería un exceso del derecho penal, que de esa manera se entrometería en la intimidad de la pareja que, como personas adultas, tienen derecho a estar juntos si lo desean. Eso no quiere decir que la vigencia de una decisión judicial dependa de la voluntad de la persona en cuya protección se dictó la orden de alejamiento, sino tan solo que la reanudación de la convivencia deja la medida sin fundamento.

Sucede, no obstante, que abundan los casos en los que el drama máximo —muerte o lesiones graves— se produce tras el consentimiento de la mujer al incumplimiento de la orden de alejamiento, lo cual pone de relieve que en modo alguno habían desaparecido las circunstancias que la determinaron. Posiblemente por eso, en la STS de 28 de septiembre de 2007 considera que existe delito de quebrantamiento de condena respecto a la pena de alejamiento, a pesar del carácter voluntario de la reanudación de la convivencia. Expresamente el fallo señala que “...*aún contando con la aceptación de la protegida, se quebranta no una medida de seguridad, sino una pena ya impuesta y cuyo cumplimiento no es disponible por nadie, ni aún tan siquiera por la propia víctima, cuando además se propicia, con ese incumplimiento, la comisión de hechos tan graves como los aquí enjuiciados.*”

Prescindiendo del interesante tema de la diferencia jurídica entre el incumplimiento de una medida de seguridad acordada durante la causa en protección de la mujer, y el incumplimiento de una pena impuesta en sentencia, en lo que ahora interesa, es patente que se llega a la correcta apreciación de delito, que no puede venir afectada porque precediera al hecho el consentimiento de la víctima, pues ella no puede disponer del derecho penal. No es preciso pues recurrir a la invocación del “doble bien jurídico”

para llegar a la misma conclusión argumentando que la mujer podría disponer sobre el acercamiento del llamado compañero si solo estuviera en juego su propia seguridad, pero no cuando además viene afectado el género femenino todo.

Se reproduce aquí otro tema, general del derecho penal, cual es el de la *eficacia del consentimiento de la víctima*²². Es sabido que el consentimiento, que no es una causa de justificación en derecho español, tiene la capacidad de diluir la antijuricidad en aquellos delitos que solo son concebibles *contra o sin* un consentimiento de la víctima. Si concurre ese consentimiento, siempre que, por supuesto, sea *jurídicamente válido*, lo que sucede es que el hecho pasa a ser *atípico*. Ejemplos clásicos son los delitos patrimoniales, los delitos contra la intimidad, o los delitos contra la libertad sexual, o contra la intimidad. Pero el presupuesto necesario para que ese efecto pueda producirse es, como es lógico, que la supuesta víctima o perjudicado carezca de la capacidad para disponer plena y libremente sobre ese bien. Si no es así, el consentimiento puede ser *irrelevante*, o bien tener solamente la capacidad de reducir lo injusto.

Partiendo de estas consideraciones nos podemos plantear una pregunta central: ¿dispone la víctima de la violencia de género de capacidad para decidir que quiere que se le aproxime el sujeto sobre el que se ha dictado una medida de alejamiento?.

La respuesta creo que es, a todas luces, *negativa* ; y la razón es sencilla: en el delito de quebrantamiento de condena, pena, medida de seguridad o medida cautelar, el bien jurídico protegido no es el interés de la víctima, aunque también venga afectado, sino *la efectividad de las decisiones de la jurisdic-*

22 Del tema me ocupé ampliamente en G. Quintero, “*El consentimiento en el derecho penal español*”, Cuadernos de Derecho Judicial, XVIII-XX, Madrid, 1993. Vid. también, J. López Barja de Quiroga “*El Consentimiento en Derecho Penal*”, Dykinson, Madrid, 1999.

*ción penal*²³. Fuera de duda está que sobre ese bien jurídico la víctima o perjudicado carecen de facultad de disposición.

Al sostener que el consentimiento en el acercamiento no puede ser acogido como causa de neutralización de las decisiones judiciales (y por esa vía transformada en causa de justificación o de exculpación), en manera alguna se mengua o menosprecia la autonomía de la voluntad de la mujer afectada, ni su derecho a recuperar la intimidad, ni ningún otro, por lo que están fuera de lugar los comentarios críticos que afirman que todo este razonamiento acaba tratando a la víctima como una persona incapaz de saber lo que le conviene y lo que le perjudica, y que por ese motivo ha de ser tutelada. No se trata de eso, sino pura y simplemente de la necesidad de que todos respeten las decisiones y órdenes judiciales *porque eso es lo que exige el Estado de Derecho*. Si las circunstancias se estiman cambiadas el camino ha de ser el de plantear la nueva situación ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Ni que decir tiene que esta conclusión no goza de aceptación generalizada. Al contrario, se ha dicho que no es admisible que el Estado quiera proteger a las mujeres contra su voluntad, y menos aun prohibirles que vuelvan a relacionarse con el agresor, y que por lo tanto el artículo 57.2²⁴ del CP puede tener vicios de

23 Así, R.García Albero, en “*Comentarios al Nuevo Código Penal*”, Dir. por G. Quintero, VVAA, Thomson-Aranzadi, Cizur, 2005, p.2273.

24 Art.57-2 CP: 2. “ *En los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados se acordará, en todo caso, la aplicación de la pena prevista en el apartado 2 del artículo 48 (prohibición de aproximarse) por un tiempo que no excederá de diez años si el delito fuera grave*

inconstitucionalidad (que alcanzarían a las medidas que se pueden adoptar de acuerdo con el art.13 de la LECr.). Para agravar el problema, algunos jueces han señalado que no es aceptable que tras la Reforma de 2003 sea obligatorio dictar medidas de alejamiento en *todas* las condenas por violencia doméstica, incluso contra la opinión de la mujer. Es más, alguno ha llegado a sostener que cuando se protege a la mujer contra su voluntad se vuelve a lo más regresivo, que es la idea de que es incapaz de decidir por sí misma, y así pasa de estar sometida al maltratador a estar sometida al Estado.

Por su parte, y en sentido diametralmente opuesto, portavoces de asociaciones feministas entienden que la imposición del alejamiento no debe dejarse al criterio ni de las víctimas ni de los jueces, las primeras porque están condicionadas condicionada por su dependencia económica o psicológica del agresor, y lo segundos, porque si no es por obligación legal son reacios a ordenar el alejamiento.

También ha sido motivo de polémica la tesis de bastantes penalistas que entienden que la mujer puede incurrir en la condición de inductora o de cómplice del delito de quebrantamiento de pena o medida de alejamiento. En opinión de asociaciones feministas esa interpretación de la ley es *inadmisible*, pues equivale a “criminalizar” a las mujeres por el solo hecho de que decidan volver a vivir con el agresor, que es el único autor del delito.

El tema es evidentemente muy difícil, aunque se pueda aceptar que la fijación de una medida a imponer *en todo caso y circunstancia*, sin ofrecer ni siquiera un trámite de audiencia a la víctima, puede resultar excesivo. En relación con la tesis de la necesaria impunidad de la mujer que anima o acepta que el sometido a medida de alejamiento la incumpla, comprendo que se trata de situaciones humanamente terribles, que incluso pueden

o de cinco si fuera menos grave, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior.

dar en una agresión grave o fatal sobre la mujer, y que la adicional intervención del derecho penal sobre ella como inductora o cómplice, no habría de ser positiva sino contraproducente.

La solución posiblemente se podría encontrar en una racionalización del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, dotándole de poder suficiente para decidir si en esos casos concurre o no interés suficiente como para iniciar la persecución. Pero eso, al igual que la revisión del automatismo de la medida o pena de alejamiento, son temas complejos que nos alejarían demasiado del limitado objeto de estas páginas.

5. Las diferencias punitivas determinadas por la condición de varón del agresor

Pasemos ahora al otro tema anunciado: el de la diferencia de calificación y pena, en las faltas de lesiones (art.153 CP) el delito de lesiones agravadas del art.148 CP – que alcanzan a la pareja y a otras personas – las amenazas del art.171-4º CP y las coacciones del 172-2 CP. En todos esos casos lo que determina el criterio legal agravatorio (sea por elevar la falta a delito o sea por aumentar la pena) es la condición de varón del agresor. Veamos cuál es la valoración que ha hecho el TC, no sin antes advertir que en algunos casos la agravación no se funda exclusivamente en que la víctima sea mujer, sino que alcanza a ascendientes, descendientes y cualquier otra persona desvalida que conviva con el agresor (lo cual por sí solo bastaría para sostener que la *ratio iuris* no es la dualidad de bienes jurídicos afectados.

Como decía, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión, y ha sido en la Sentencia sobre la constitucionalidad del artículo 153.1 del CP, en la redacción dada por la L.O. 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género²⁵. De acuerdo con el fallo, lo que

25 Sobre esta sentencia ver el comentario de M .A .Sánchez Conde, “*Cuestión de Inconstitucionalidad..*”, Diario La Ley, nº 6989

determina la mayor gravedad de la pena cuando el agresor es varón no es el sexo —como sostienen los partidarios de apreciar una dualidad de bienes jurídicos afectados— sino la desigualdad en que normalmente se producen esas agresiones (como las que tienen como víctima a otras personas vulnerables que vivan en con el agresor) desigualdad de la que se aprovecha el varón; a ello se ha de añadir que la propia ley pone en manos del juzgador recursos suficientes para reducir la pena si estima que las circunstancias del hecho concreto no son esas.

Por lo tanto se puede alcanzar una explicación satisfactoria sin necesidad de recurrir a una complicada ampliación de la antijuricidad material, y claramente se aprecia en el fallo del TC una idea subyacente: los preceptos cuestionados han de ser interpretados con una *perspectiva de género*, cuyo sentido he indicado antes (*supra*, ap.2) lo cual es bien diferente de la apreciación de que existen dos bienes jurídicos afectados. Una perspectiva de género implica la asunción de un ángulo de contemplación del problema en el que se es *consciente de cómo se desarrolla en la realidad una relación*. Algo similar sucede, yendo a un ejemplo muy lejano, en el derecho del trabajo: muchas de sus normas no se entienden porque existan intereses o bienes jurídicos que excedan al propio trabajador afectado, sino porque su posición frente al empresario es, en principio, desigual, y el derecho se construye partiendo de esa premisa.

Se dirá, y es cierto, que esa perspectiva exige admitir que las situaciones imaginables pueden ser muy diferentes, y que el planteamiento inicial de la diferencia se va corrigiendo según pasa el tiempo y se profundiza la igualdad. Pero sería cerrar los ojos a la realidad creer que el camino a recorrer no es todavía muy largo, y no solo porque la experiencia enseña que la violencia en la pareja está casi siempre protagonizada por el varón.

La posible variedad de situaciones conduce solamente a cuestionar la bondad de normas que no dejen resquicio alguno

al juzgador para que decida lo mejor en cada caso, pero en modo alguno dispensa de continuar comprendiendo la ley penal *estáticamente considerada*, desde la perspectiva de género²⁶.

26 El estudio del derecho positivo desde esa perspectiva se ha hecho también sin limitarse al concreto tema de la violencia en la pareja, sino alcanzando a la totalidad de las leyes penales. Hace años lo hizo E. Gimbernat (en “*La mujer y el Código penal español*”), en *Estudios Penales*, Madrid 1990). Un estudio mucho más amplio puede verse en VVAA: “*Análisis del Código penal desde la perspectiva de género*”, Instituto Vasco de la Mujer. Vitoria-Gasteiz 1998.