

## VIII.IV. 2.- ELS DELICTES CONTRA LLIBERTAT I LA INDEMNITAT AL CODI PENAL

Francisca Mas Busquets

La meua aportació es fa des de la mirada i aprenentatge feminista i femt-me ressò del debat social obert a rel de la sentència de *La Manada*, en especial dins el moviment cívic de les dones.

La interrogació sobre el passat és molt necessària a tots els àmbits del coneixement; i em permet manllevar unes paraules del filòsof Josep Ramoneda, del maig passat: «*Què portem al darrere?: tot el que no veiem però arrosseguem*».

I en relació a aquest tipus de violència és indiscutible que a l'àmbit legal o judicial o bé ha estat ignorada o bé la investigació i la sanció s'han enfocat envers qüestions morals.

L'evolució del reconeixement de les violències sexuals com a “violències” i per tant com quelcom il·legítim i prohibit, no es pot separar del recent reconeixement en general de les diverses formes de violència cap a les dones i del reconeixement de les dones com a subjectes i éssers en drets.

Sabem que durant segles, les violències patriarcal cap a les dones –incloses les sexuals- han estat justificades per l'Estat o, fins i tot, regulades pel sistema jurídic –com un ‘dret’ que podien exercir certs homes sobre certes dones-, dins d'un marc normatiu que assegurava la subordinació de les dones als homes.

On érem normativament parlant, fa tan sols 35 anys? Succintament:

- El bé jurídic protegit era l'honestedat, fins al 1989.
- La gran importància de l'honestedat de la dona, que era correlativa a l'honor masculí, es veia reflectida en la figura de l'avortament i de l'infanticidi “*honoris causa*” que va estar vigent a Espanya fins al Codi penal de 1995.

- També ja en plena democràcia se seguia admetent la possibilitat del perdó (per matrimoni o per voluntat de perdonar de la víctima) com a forma de paraitzar el procés penal, fins i tot d'extingir la pena i la seva execució. És també el 1989 quan es suprimeix.

Va ser gràcies als avanços com a conseqüència de l'acció de les diverses onades de moviments feministes, i d'una manera especialment intensa, a partir de la segona meitat del segle XX, en conjunció amb els avenços en matèria de drets humans a escala global, quan la igualtat més gran entre homes i dones -almenys en el pla formal- ha fet menys tolerables les violències històricament permeses i el model de domini en què es concreten.

Però el que “*no veiem però arrosseguem*” com diu en Ramoneda, encara traspua segons a on i segons en quines persones.

De resultes de fer-se pública la sentència de *La Manada* el passat 20 de març, hi va haver una immediata i massiva mobilització de les dones al carrer i als mitjans per demostrar la seva queixa, de tal manera que el tema de com es tracten jurídicament les violències sexuals s'ha posat de manera obstinada al debat social i a l'agenda política.

A Mallorca hem fet dues lectures públiques de la sentència i és eloqüent que les idees i reflexions sorgides d'aquests dos actes, no estan allunyades, ans al contrari, moltes coincideixen amb la normativa i les recomanacions fetes per organismes de referència a escala internacional.

Així, el marc d'anàlisi que faig servir, a més de les aportacions que he pogut llegir del grup de recerca Antígona i Creació Positiva de la UAB, dirigit per la professora de filosofia del Dret de la UAB, Encarna Bodelón, són els dos principals tractats internacionals que formen part del nostre ordenament jurídic, que encaren les violències envers les dones des d'una perspectiva de drets humans.

Primer, la Convenció sobre l'eliminació de totes les formes de discriminació contra la dona (CEDAW, per les sigles en anglès), aprovada el 1979, ratificada per Espanya i publicada al BOE el 1984. Importants són les recomanacions del seu Comitè que és l'òrgan d'experts independents que supervisa l'aplicació de la Convenció per als estats part.

I segon, el Conveni anomenat d'Istanbul que és el Conveni del Consell d'Europa sobre prevenció i lluita contra la violència envers les dones i la violència domèstica aprovat el 7 d'abril de 2013 i en vigor a Espanya des d'agost del 2014.

Les propostes que he pogut recopilar tant de l'acadèmia com d'altres professionals, tenen dues parts: les que afecten la normativa i les que afecten la seva aplicació.

a) Sobre la normativa. Dues són les propostes bàsiques:

- Incloure aquests delictes com a violència de gènere. Es demana que la llei Orgànica 1/2004 de Mesures de Protecció Integral contra la Violència de Gènere, inclogui tots els tipus de violència contra les dones continguts al Conveni d'Istanbul.

Incloure aquest tipus d'actes dins el concepte de violència de gènere, obligaria a l'especialització, formació i comprensió del fenomen.

En relació a aquest punt he de dir que entre les propostes del Pacte d'Estat en matèria de Violència de gènere de l'agost del 2017, s'inclou "*ampliar el concepte de violència de gènere a tots els tipus de violència contra les dones*" i diu que "*fins que es produeixi el desenvolupament normatiu, les altres violències de gènere reconegudes en el conveni, rebran un tractament preventiu i estadístic en el marc de la LO1/2004.*" (Aquesta afirmació em planteja moltes preguntes que el limitat espai d'aquest text no aconsella desenvolupar ara mateix).

Això no és per generositat del legislador d'aquell moment, sinó perquè és precisament una de les recomanacions que el Comitè del CEDAW fa fer a l'Estat espanyol, l'any 2015, a instància de les contínues demandes fetes pel moviment de les dones del nostre país.

- La segona és posar fi a la distinció entre abús i agressió que es considera fictícia i ja han sortit propostes més d'acord amb l'experiència i percepció de la violència que tenen les mateixes dones.

Sabem que històricament i fins i tot avui en dia, el que s'entén per consentiment de les dones en l'àmbit sexual continua sent objecte de què poden dir interpretació "patriarcal".

Aquesta comprensió esbiaixada del consentiment fa que actualment es valori que el consentiment afirmatiu és el que més clarament garanteix els drets de les dones. El consentiment no és l'absència d'un "no", sinó la presència clara i afirmativa d'interès i desig.

S'hauria de ser molt escrupolós en garantir que ni el llenguatge corporal ni les interaccions sexuals que hi hagi hagut prèviament o qualsevol altra

indicació siguin considerades com a suficients per deduir que es té el consentiment de l'altra persona.

Fins ara a Europa tan sols 10 països posen l'accent sobre el consentiment, no sobre l'existència o no de violència o intimidació.

En canvi a tots els instruments internacionals, just es parla de falta de consentiment, en concret al Conveni d'Istanbul (art 36).

Per la seva banda el Comitè del CEDAW va recomanar als Estats membres prendre mesures eficaces per garantir que els procediments judicials relacionats amb denúncies de violació es prenguessin entre d'altres, aquestes:

*Revisió de la definició de violació en la legislació, a fi de situar-hi al bell mig la falta de consentiment.*

*Treure qualsevol requisit en la legislació en relació amb el fet que l'agressió sexual hagi de ser comesa per la força o la violència, i qualsevol requisit de la prova de la penetració, mitjançant la promulgació d'una definició d'agressió sexual que requereixi l'existència d'un "acord inequívoc i voluntari" i una prova de l'acusat de les mesures adoptades per determinar si la demandant o supervivent consentia./*

Crec que cap aquí va la nova normativa que s'ha aprovat recentment a Suècia a on es parla de violació negligent i abús sexual negligent.

A la nostra comunitat l'agost del 16 es va aprovar la Llei 11/2016 d'Igualtat entre dones i homes, que al seu article 65 defineix la violència sexual també de manera ampla i que permet, intervencions al marge del sistema penal que sol ser molt victimitzador i no afavoreixen el procés de recuperació.

Si es vol, amb aquesta normativa autonòmica seria possible, més ben dit és obligat, tenir recursos adients, públics i de qualitat per formar, prevenir, detectar, atendre i ajudar a la recuperació de dones i nines.

b) Sobre l'aplicació de les normes.

Tenim una premissa ben clara que és l'article 3 del Codi Civil que ens dóna unes pautes clares per interpretar les normes "*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*".

I també una constatació, ja que sabem que tant el dret com la seva aplicació no són neutres (basta veure com encara persisteix un paradigma tan obsolet com la “*diligència pròpia d’un bon pare de família*”). Al món acadèmic ho ha estudiat per exemple la catedràtica Elena Larraui a la seva obra “*Mujeres, derecho penal y criminología*”, “*Género y derecho penal*” a on posa exemples interessants.

En aquest punt trobem distintes demandes, les més persistents són aquestes:

1- La necessitat de formació amb perspectiva de gènere.

Precisament la professora Larraui diu que analitzar el dret penal aplicant la perspectiva de gènere ens permet descobrir aspectes que d’una altra manera queden enfosquits. Així coneixerem més la institució. No és per tant tan sols, una estratègia feminista, sinó una anàlisi que creu que pot interessar a tothom que vulgui conèixer més a fons el sistema penal.

I què vol dir exactament? El gènere és una categoria d’anàlisi procedent de les teories feministes i implica conèixer les experiències de les dones, la seva por, com experimenten la violència, com la viuen, que sol ser d’una forma molt diferent dels homes i l’efecte seria estar més connectats a la realitat.

La formació en perspectiva de gènere està lligada a

2-La menció als estereotips de gènere.

Els estereotips o idees estereotipades sobre el que constitueix violència sexual, o sobre qui pot o no ser víctima o victimari, es poden transformar en obstacles en l’accés a la justícia per a les dones. A més a més, constitueixen un exemple de tracte discriminatori que també podria trencar la imparcialitat del tribunal en l’àmbit judicial.

Al seu article 5 el Conveni CEDAW en parla i també recomana: *Assegurar-se que tots els procediments legals en els casos de delictes de violació i altres delictes sexuals siguin imparcials i justos, i no afectats per prejudicis o nocions estereotipades de gènere.*

Segons el comitè CEDAW alguns exemples d’aplicació injustificada dels estereotips de gènere en l’Administració de Justícia en casos de violència sexual són:

*La ingerència en la vida privada de les dones quan la seva vida sexual es té en compte en considerar l'abast dels seus drets i la seva protecció (com quan s'esbrina en un judici o en la investigació la conducta sexual prèvia de la dona, les seves relacions sexuals o afectives prèvies, etc.).*

La conseqüència lògica és la següent demanda:

3. Assegurar que es capaciti el funcionariat judicial, les agents i els agents de l'ordre i el funcionariat públic amb una formació sensible a les qüestions relacionades amb el gènere.

El Comitè CEDAW ha emfatitzat que els estereotips, els prejudicis, els comportaments inadequats i les actituds re-victimitzants envers les dones poden dissuadir-les de denunciar la violència. Per tant una recomanació específica és *La formació obligatòria en estereotips de gènere de jutgesses i jutges i personal de l'Administració, a fi d'assegurar, especialment, que els judicis per violència sexual siguin justos i no es vegin afectats per prejudicis i estereotips sobre el gènere, l'edat o la discapacitat de la víctima.*

També va fer recomanacions específiques a l'Estat Espanyol el 2015 i entre d'altres, deia:

*Que es faci formació obligatòria a jutgesses, jutges, fiscals, policies i altres autoritats sobre la Convenció, el protocol facultatiu i l'aplicació estricta de les normes penals sobre violència envers les dones, i en procediments sensibles al gènere per entrevistar i tractar dones víctimes de violència.*

Per la seva banda, el Conveni d'Istanbul com obligació dels Estats senyala:

*Entrenar les professionals i els professionals que estiguin en contacte amb víctimes (article 15), assegurant que comprenguin la violència des d'una perspectiva de gènere (article 49.2).*

I totes aquestes recomanacions tenen relació directa amb la darrera demanda:

4. Evitar la re-victimització de la dona.

La victimització secundària està constituïda per la manca de comprensió del procediment, el poc acompanyament de les lletrades i lletrats, la solitud en la qual es troba la víctima durant el procés, l'atorgament de la càrrega de la prova a la víctima, les llargues esperes que han de patir les víctimes durant

el procediment, la llarga durada del procediment, el qüestionament i la desconfiança envers el relat de la víctima i les reiteracions de les declaracions, les diligències o les proves.

Aquí també el Conveni CEDAW recomana: *minimitzar la victimització secundària de la demandant o supervivent en els procediments.*

I al Conveni d'Istanbul hi ha una norma important en matèria de violències sexuals es troba al seu article 54, ja que s'exclou –com a regla general– la possibilitat d'admetre proves relatives al comportament o antecedents sexuals de les víctimes. Així, doncs, es tracta d'una norma d'importància cabdal, atès que sovint –i per raons històriques encara no superades totalment– en els processos sobre violències sexuals es posa indègudament l'èmfasi en la conducta sexual de la víctima.

En la normativa del nostre Estat, en l'àmbit procedimental, fa ja més de dos anys que tenim un nou instrument central a escala estatal, en relació amb la garantia dels drets de les víctimes de violències sexuals, és la Llei de l'Estatut de la Víctima del Delicte (Llei 4/2015, de 27 d'abril). Al seu art 19 diu:

*“Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada*

La protecció de la víctima durant la investigació penal (article 21) inclou, a més, que es faci declarar les víctimes el menor nombre de vegades possible i, únicament, quan sigui estrictament necessari per a la finalitat de la investigació penal; i també que les víctimes puguin estar acompanyades d'una persona de la seva elecció.

També a la fase de enjudiciament, es podran adoptar mesures (art 25, 2 c), : *“per evitar que es formulin preguntes relatives a la vida privada de la víctima que no tinguin rellevància amb el fet delictiu enjudiciat, llevat que la jutgessa o el jutge, o el tribunal, considerin excepcionalment que han de ser contestades per valorar adequadament els fets o la credibilitat de la declaració de la víctima”*.

Aquesta excepció consider que és delicada pel fet d'admetre que es poden formular preguntes relatives a la vida privada –que inclouen, òbviament, la

vida sexual— per “valorar la credibilitat” de la declaració. Això s’allunya del que assenyala l’article 54 del Conveni d’Istanbul.

En relació a l’aplicació de les normes, he pogut accedir a un estudi dirigit per la professora de filosofia del dret Encarna Bodelón de la UAB a on es varen analitzar les sentències dictades sobre agressió sexual a Catalunya el 2014, just destacaria que la majoria són entre persones conegudes, el que no es correspon amb l’estereotip social d’aquestes agressions. El segon és que la gran majoria de les víctimes són dones i nines. Que hi ha més absolucions en els casos en què hi ha coneixença prèvia. I tercer, que les lesions constitueixen el principal element perifèric per verificar la versemblança de la declaració de la víctima.

I també a un treball de Fi de grau de la UAB titulat “ *Análisis sobre la presencia de estereotipos en la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Barcelona en los casos de agresión sexual del año 2016* “. Seria interessant fer-los més sovint i per tot arreu.

Abans de la darrera part ressaltaria cinc apreciacions:

- Hem d’anar avançant cap a la comprensió que el dret a no patir cap tipus de violència sexual és un dret fonamental de qualsevol persona, però sobretot de les dones, les que afecta de manera absolutament desproporcionada.

- Que aquests fets són una forma greu de violència que afecta gran quantitat de drets fonamentals (la integritat tant física com psíquica, la llibertat, la seguretat, la privacitat i l’autonomia en l’àmbit sexual).

-Que no ocorren a l’atzar sinó que va associats amb desequilibris de poder basats en el gènere. No són de cap manera un assumpte que afecta «Algunes dones» i que són exercides per «Alguns homes».

- Les violències sexuals no només afecten les dones individualment, sinó també a les dones col·lectivament. Provoquen i generen por en les dones. La conseqüència és que es produeix la interiorització dels que s’anomena l’estructura de la dominació. Les mateixes dones es culpabilitzen per la violència que han patit. És interessant un concepte que he llegit a les publicacions ja esmentades de la UAB, que és el de “geografia de la por” que fa referència a les limitacions de circulació per l’espai públic o privat que s’imposen a les dones o que s’imposen elles mateixes, així com limitacions que fan esment a horaris, vestimenta, actituds, etc i que tenen efectes d’autocensura física i psicològica.



- I finalment que a més la violència sexual constitueix també un crim de guerra, de lesa humanitat -el 1998, l'Estatut de Roma va reconèixer que la violació sexual podria constituir un crim de guerra o un crim de lesa humanitat, en comptes de considerar-lo un simple crim contra la dignitat de les persones.

Com a darrera part, si les aportacions feministes han estat fonamentals per arribar a l'actual comprensió de les violències sexuals i pel reconeixement, en primer lloc, dels cossos i dels drets de les dones, i no els drets i prerrogatives dels seus pares o marits, com el béns jurídics afectats per aquestes violències, vull compartir el resultat de dues lectures públiques de la sentència i obertes a tot tipus de públic, promogudes per les dones feministes, perquè és bo conèixer a un espai com aquest, què sentiren i digueren.

Hi va haver crítica, suggeriments, peticions expresses i alguna valoració positiva. De manera molt resumida:

- El que ha dolgut més no ha estat tant la pena imposada com la qualificació dels fets, dir que és un abús es considera com un insult a la dona. Aquesta paraula no es correspon de cap manera en la situació descrita per la mateixa sentència. I tampoc en com viu la dona un fet així.

- Va ser reiteradament criticat el fet que a la sentència surt el passat o l'experiència sexual de la dona. Sobre ella s'ha aportat més dades de la seva personalitat que sobre la dels agressors. La sensació general és que es jutjava la dona. I les excessives vegades que va haver de declarar sobre allò succeït.

- També el rebuig a acceptar com a prova els preparatius que havien fet els processats sobre el que volien fer i que sortia als seus mòbils.

- Sorgiren molts de comentaris sobre el llenguatge de la sentència, es considerà poc comprensible, molt repetitiu. Es demanava que fos més proper però ja es va comentar també que aquest instrument és una qüestió de poder. A través del llenguatge es conserva aquest estatus de superioritat.

- Es va valorar positivament: l'existència a la comunitat de Navarra de bons protocols per atendre aquests fets i que sempre hi hagués una dona (policia/treballadora social) la que acompanyes la víctima.

- Es va suggerir que hi hauria d'haver uns filtres importants quant a coneixements exhaustius i sobre qualitat humana per accedir a la carrera judicial. Es una funció molt important perquè puguin passar fets com el del vot

particular ( es va dir reiteradament que la salut mental i psicològica és bàsica per aquesta funció de jutjar).

-Es va demanar més coneixement de la realitat social i cultural. Es va parlar de justícia anquilosada i no reciclada.

- Es va mostrar una greu preocupació pel que pot significar d'afeblir la confiança amb el sistema judicial, pel vot particular i es va verbalitzar amb contundència la consternació pels fets en si mateixos, què passa a la nostra societat que hi ha aquests homes capaços de fer això, i no mostrar cap penediment, al contrari encara sembla que ho reivindiquen com a model de relació depredadora.

Finalment, però, hi ha l'esperança que el fet de les mobilitzacions feministes, sigui un estímul a la reflexió serena. La praxi jurídica no pot de cap de les maneres crear sentiments de desconsol, de desconfiança tan enorme. És urgent per part dels i les juristes recuperar la sensibilitat de «el que és social», en paraules del professor Pietro Barcellona, un referent intel·lectual del món del dret.