

Reflexiones en torno a la Ley n° 779, de violencia contra la mujer en la legislación nicaragüense

~Prof. Dr. José Zamyra Vega Gutiérrez~

Acredit. Ayudante Doctor de Derecho Penal. Universidad de Alcalá. Socio de la FICP.

I

El 26.01.2012 la Asamblea legislativa nicaragüense aprobó la “Ley Integral contra la violencia hacia las mujeres y de reformas a la Ley n° 641 del Código penal”, lo cual ha sido valorado muy positivamente por las organizaciones civiles que reivindican los derechos de la mujer frente a lo que denominan “relaciones desiguales de poder entre hombre y mujeres”. La celeridad en la discusión y aprobación del texto definitivo denota la existencia de un amplio consenso político en la lucha contra la violencia de género; sin embargo, habría que valorar si tanta premura legislativa ha favorecido en realidad la ansiada tutela judicial efectiva que reclaman las mujeres, sobre todo porque a poco más de un año de su entrada en vigencia (el 22.06.2012) la Ley n° 779 ya ha sido objeto de reformas legislativas.

Aunque no pretendemos realizar en este espacio un análisis pormenorizado de la citada ley, sí plantaremos los principales problemas de interpretación y aplicación que surgen en este ámbito. Así, en primer lugar, desde su aprobación se interpusieron varios recursos por inconstitucionalidad, fundamentados esencialmente en dos argumentos, a saber: a) vulneración del principio de igualdad ante la ley debido a que se crean figuras delictivas que castigan con mayor pena al hombre que a la mujer que pudiera incurrir en actuaciones similares y, b) que la creación de los Juzgados de Distrito Penal Especializados en Violencia suponen una jurisdicción de excepción.

Por su parte, en cuando a las conductas típicas resulta llamativo que, en el Dictamen favorable emitido para la aprobación de dicha ley, se afirme que en la misma se incluyen delitos que antes no estaban contemplados en el recién aprobado CP/2008, cuando a decir verdad hay manifestaciones delictivas que ya estaban recogidas en la ley, al menos en cuanto al contenido esencial del bien jurídico protegido (v. gr., la vida y la integridad física o psíquica), aunque en algún caso con un *nomen iuris* distinto, por lo que el legislador incurre en lo que él mismo ha descrito como un fenómeno perjudicial: la inflación legislativa. Que esto es así lo demuestra el hecho de que la ley sanciona “*ex novo*” conductas que atentan contra la vida, la seguridad, la integridad física y psíquica,

o la libertad, aunque ciertamente podría argumentarse que la diferencia entre los nuevos delitos y los regulados en el CP/2008 radica precisamente en que los tipos penales recogidos en la nueva ley protegen a un concreto sujeto pasivo: la mujer.

A partir de aquí, había que determinar si esa especial protección de la mujer –que conlleva a una diferencia penológica traducida en penas más graves cuando la víctima es una mujer que cuando es un hombre– es compatible con el principio de igualdad (art. 27 Cn), en virtud del cual “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección”. En este sentido, hay quienes sostienen que no se puede invocar el sexo como criterio para justificar la diferencia de penas cuando se trata de un mismo delito, y esto por mucho que la finalidad de la norma sea la de proteger a la parte “más débil”.

Al respecto, el examen de constitucionalidad de la Ley nº 779 ha sido resuelto favorablemente mediante Sentencia de la Corte Suprema de Justicia nº 18/2013, de 22 de agosto; se trata de una resolución más que previsible si tomamos en consideración que fue la misma Corte Suprema de Justicia quien elaboró y presentó en la Asamblea legislativa uno de los proyectos de ley de violencia contra la mujer, y además defendió desde un primer momento la constitucionalidad de la norma, alegando que no procedía declarar su inconstitucionalidad precisamente porque nació dentro del poder judicial y en el marco de la Constitución¹, algo que ha sido cuestionado con razón por entenderse que en este caso el máximo tribunal se ha excedido en sus facultades constitucionales de iniciativa legislativa, pues el art. 140.3 de la Constitución nicaragüense restringe la iniciativa de ley de la Corte Suprema de Justicia a **materias propias de su competencia**, lo que comprende –a juicio de un sector– todo lo relativo a la organización de los juzgados, tribunales y, en general, a la administración de justicia.

De cualquier forma, pues, el máximo tribunal estimó que la Ley nº 779 no infringe el principio de igualdad, al intentar erradicar una situación de discriminación que sólo puede ser superada si se le otorga a la mujer una protección reforzada, mediante regulaciones especiales. Pero, pese a que se ha descartado la inconstitucionalidad de la Ley nº 779 y que, en su lugar, la Corte Suprema de Justicia presentó una propuesta de reformas –recientemente aprobada–, lo cierto es que el legislador tan solo salvó algunas omisiones del texto originalmente aprobado, pero dejó intactas algunas antinomias ya antes señaladas por la doctrina.

¹ MOLINA ARGÜELLO, “Circula reforma a la Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 27.05.2013.

II

Es lugar común en el ámbito de la violencia contra la mujer la utilización, por parte de los medios de comunicación y la sociedad en general, de las expresiones “violencia de género (o machista)”, “violencia doméstica” y “violencia (*intra*) familiar”. Pero ¿se trata de términos sinónimos? ¿o tienen marcadas diferencias a pesar de su indudable parentesco?²

A nuestro juicio, toda legislación que pretenda regular el fenómeno delictivo producido como “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer” o con “ánimo de dominación o subyugación de la mujer por parte del varón”, debe partir de una correcta conceptualización del fenómeno que desea combatir, pues en caso contrario se corre el riesgo de crear disposiciones contradictorias y carentes de toda lógica jurídica y sistemática.

En tal sentido, pues, por **violencia de género** se entiende toda “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”, y que se ejerce sobre éstas por quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por análogas relaciones de afectividad, aun sin convivencia y que abarca todo acto de violencia física o psíquica, incluidas los ataques contra la libertad sexual, amenazas, coacciones o la privación arbitraria de libertad. Así, hay que reconocer que la Ley n° 779, de violencia contra la mujer, parte de un concepto de violencia de género ajustado a las características atribuidas a este lamentable fenómeno social, entendido asimismo como todo comportamiento realizado con “ánimo de dominación o subyugación de la mujer por parte del varón”.

Por su parte, la **violencia intrafamiliar** abarca todas las manifestaciones de violencia, ocurridas en el seno de la familia, contra menores, ancianos, hombres y fundamentalmente mujeres, por lo que en este ámbito no suele distinguirse la violencia contra la mujer respecto a los demás miembros de la familia, de forma que el número de sujetos pasivos es sustancialmente mayor (cónyuge, hijos, padres, hermanos).

² A juicio de GUDE FERNÁNDEZ/LÓPEZ PORTAS/SANJURJO RIVO, La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género: algunas consideraciones desde el punto de vista jurídico-constitucional, en La violencia de género, tiran lo blanch, 2013, p. 186, resulta inapropiado identificar la violencia de género con la violencia doméstica, ya que se trata de fenómenos emparentados pero diferentes, debidos a causas distintas y necesitados de respuestas penales autónomas.

Finalmente, la **violencia doméstica** es un concepto más amplio en la medida en que también supone el ejercicio de manifestaciones de violencia en el ámbito privado, pero no implica necesariamente lazos de parentesco primarios, aunque sí puede darse entre lazos de parentesco secundarios, como es el caso de las familias reconstituidas³.

En la legislación nicaragüense, además de crearse una legislación específica en materia de violencia de género también se mantiene un tipo penal denominado **violencia doméstica o intrafamiliar**⁴, cuya descripción típica coincide sustancialmente con algunas de las conductas catalogadas como delitos de violencia de género, lo que sin duda planteará problemas concursales y pondrá de manifiesto las dificultades al momento de distinguir cuándo un acto de violencia contra la mujer constituye una violencia de género y cuándo violencia doméstica. A tal efecto, se ha dicho que la respuesta a esta cuestión radica en que mientras la violencia doméstica encuentra su explicación en las relaciones asimétricas propias de la estructura familiar y puede afectar tanto a hombres como a mujeres; la violencia de género hunde sus raíces en la discriminación estructural del sexo femenino propia de la sociedad patriarcal y por eso sus víctimas siempre son las mujeres”⁵.

III

Si bien el legislador parece distinguir la violencia de género de la violencia doméstica o intrafamiliar (art. 155 CP), lo cierto es que las penas son superiores en este último caso, salvo –cosa que no se alcanza a comprender– en el ámbito de las lesiones gravísimas. Así, como en los delitos de género el sujeto activo es el hombre y el pasivo la mujer –mientras que en la violencia intrafamiliar, el círculo de sujetos es más amplio, esto es, victimarios pueden serlo tanto hombres como mujeres y víctimas pueden ser

³ Cfr. al respecto, GORJÓN BARRANCO, La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual, Madrid, Iustel, 2013, pp. 36-40.

⁴ El art. 155 CP establece “Quien ejerza cualquier tipo de fuerza, violencia o intimidación física o psicológica, en perjuicio de quien haya sido su cónyuge o conviviente en unión de hecho estable o contra la persona a quien se halle o hubiere estado ligado de forma estable por relación de afectividad, niños, niñas, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad, sobre las hijas e hijos propios del cónyuge, conviviente o sobre ascendientes, descendiente, parientes colaterales por consanguinidad, afinidad, adopción, o sujetos a tutela. En el caso de niños, niñas y adolescentes, no se podrá alegar el derecho de corrección disciplinaria. A los responsables de este delito se les impondrá las siguientes penas: a) Lesiones leves, la pena será de uno a dos años de prisión; b) Lesiones graves, la pena será de tres a siete años de prisión; c) Lesiones gravísimas, la pena será de cinco a doce años de prisión.

Además de las penas de prisión anteriormente señaladas, a los responsables de violencia intrafamiliar, se les impondrá la inhabilitación especial por el mismo período de los derechos derivados de la relación entre madre, padre e hijos, o con la persona sujeta a tutela.

⁵ Cfr. LAURENZO COPELLO, Violencia de género y Derecho penal de excepción, en Algunas cuestiones prácticas y teóricas de la LO 1/2004, CuadDJ, n° 9, 2007, p. 39.

hombres, niños, ancianos, y también mujeres– se plantea la paradoja de que el hombre que lesiona a una mujer en el ámbito de la violencia de género tendrá menor pena de prisión que la mujer (o incluso el hombre) que lesiona a su cónyuge, hijos o padres en el ámbito de la violencia intrafamiliar.

Lesiones leves (violencia doméstica) = 1 a 2 años.

Lesiones leves (violencia de género) = 8 meses a 1 año y 4 meses.

Lesiones graves (violencia doméstica) = 3 a 7 años.

Lesiones graves (violencia de género) = 2 años y 8 meses a 6 años y 8 meses.

Lesiones gravísimas (violencia doméstica) = 5 a 12 años.

Lesiones gravísimas (violencia de género) = 7 años y 6 meses a 13 años y 4 meses.

Es evidente, pues, que el legislador ha establecido efectos penológicos mayores cuando la mujer lesiona a un miembro de la familia que cuando el hombre lesiona por razones de género a la mujer.

La otra discordancia destacable se presenta cuando la Ley n° 745, de control jurisdiccional de la sanción penal, contempla que los delitos de violencia doméstica o intrafamiliar, cuya pena se clasifique como grave por su naturaleza, serán tramitados en todo caso bajo prisión preventiva hasta que se dicte sentencia (art. 44). Nuevamente, como la Ley n° 779, de violencia contra la mujer, no contempla una cláusula similar, nos encontramos con que frente a un delito de género castigado con pena grave, al menos legalmente podría imponerse –atendiendo a las circunstancias personales del hombre y la valoración judicial– una medida cautelar alternativa a la prisión preventiva, mientras que si una mujer (o un hombre) comete un delito de lesiones gravísimas en el ámbito doméstico, la medida cautelar será siempre la prisión preventiva.

Con lo dicho hasta ahora, se perciben notables contradicciones, pues aunque la violencia de género ha sido debidamente caracterizada, al menos frente al delito de lesiones cometido en el seno de la pareja, el legislador no consigue alcanzar una interpretación y sistematización coherente del fenómeno delictivo que pretende regular.

IV

a) Desde que en su art. 1 la Ley n° 779 establece que el objeto de la misma es actuar contra la violencia que se ejerce hacia las **mujeres**, con el propósito de proteger sus derechos humanos y garantizarles una vida libre de violencia, es evidente que los tipos de género contenidos en dicha ley se definen en función de la mujer como **sujeto**

pasivo⁶, aunque habría que plantear la cuestión de si también abarca los casos en los que la violencia que padece la mujer proviene de otra mujer a la que está o ha estado unida por un vínculo afectivo.

En tal sentido, pues, habrá que determinar si sujetos activos de los delitos contemplados en esta ley pueden serlo también las mujeres. En principio, a la luz del art. 2 de la Ley n° 779 podría defenderse tal posibilidad, ya que esta disposición –que alude al ámbito de aplicación de la norma– establece de forma genérica que la normativa se aplicará “a quien ejerza violencia contra las mujeres **de manera puntual o de forma reiterada**. Los efectos de esta Ley, serán aplicables a quien se halle o hubiere estado ligado por relación de consanguinidad, afinidad, sujetos a tutela, cónyuge, ex-cónyuge, conviviente en unión de hecho estable, ex conviviente en unión de hecho estable, novios, ex novios, relación de afectividad, desconocidos, así como cualquier otra relación interpersonal que pueda generar este tipo de violencia”.

Frente a esta cuestión, de la simple lectura de algunas descripciones típicas podría interpretarse que, por un lado, sólo las mujeres pueden ser sujeto pasivo de las infracciones y, por otro, que sujeto activo de las mismas sólo pueden ser los hombres. Así, por ejemplo, los delitos de femicidio, violencia física, violencia patrimonial y económica y la intimidación o amenazas, utilizan expresiones como “el hombre que diere muerte, causara lesiones, sustraiga bienes, intimide o amenace a una mujer... será sancionado con la pena de...”; sin embargo, existen otros tipos penales, como el de violencia psicológica, de sustracción de hijos y violencia laboral, violencia en el ejercicio de la función pública contra la mujer, omisión de denunciar y la obligación de denunciar actos de acoso sexual, que utilizan expresiones que inducen a confusión, pues en sus descripciones típicas se hace referencia a “Quien mediante acción u omisión y con el propósito de denigrar a la mujer” (art. 11), “Cuando el padre u **otro familiar** ejerza o haya ejercido violencia contra la mujer...” (art. 14), “Quien impida o limite el ejercicio del derecho al trabajo de las mujeres...” (art. 15), “Quien en el ejercicio de la función pública, independientemente de su cargo, de forma dolosa, retarde, obstaculice, deniegue la debida atención o impida que la mujer ...” (art. 16), “Las personas que de

⁶ Aunque un número bastante representativo de personas vinculadas a los denominados grupos de la diversidad sexual (los llamados transgéneros), avalados por la Procuraduría Especial de la Diversidad sexual de Nicaragua, han demandado más recientemente su inclusión como potenciales sujetos pasivos de estos delitos. Cfr. al respecto, “Grupos de la diversidad sexual piden inclusión legal. Transgéneros piden inclusión en Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 21.05.2013.

acuerdo a la legislación procesal penal tengan obligación de denunciar los delitos de acción pública” (art. 17), “Toda autoridad jerárquica en centros de empleo, de educación o de cualquier otra índole, que tenga conocimiento de hechos de acoso sexual realizados por personas” (art. 18)⁷.

Por su parte, el argumento esencial por el que se niega la posibilidad de aplicar los tipos penales de género a la mujer que ejerce violencia sobre otra radica en que –a juicio de algunos– este tipo de violencia no tiene su origen en la desigualdad y discriminación que por razones de género ha padecido la mujer a lo largo de la historia, por lo que no suponen conductas reconducibles al concepto de violencia de género *strictu sensu*, aunque sí se trata de otro tipo de violencia⁸.

Por último, una cuestión a tener en cuenta en este ejercicio exegético, es que en la Ley n° 779 se introducen reformas a diversos tipos delictivos del Código penal, de cuyas descripciones típicas se desprende de forma inequívoca que tanto el hombre como la mujer pueden ser sujetos activos y/o pasivos de las distintas infracciones. Así, por ejemplo, los delitos de lesiones graves y leves o el delito de propalación, aunque ciertamente podría argumentarse que la Ley n° 779 es una legislación especial que crea nuevas categorías delictivas destinadas a proteger exclusivamente a la mujer como sujeto pasivo, mientras que los tipos delictivos reformados **no incorporan el género como elemento del tipo** y que, por tanto, aunque guarden una estrecha relación con la violencia hacia las mujeres y que incluso sean afectados por las disposiciones de esta ley (como la que prohíbe la mediación en “los delitos señalados en la presente ley”), la introducción de su reforma en la ley especial no implica que se trate de conductas directamente relacionadas con la violencia de género.

b) A mi juicio, de *lege lata* los problemas de interpretación se generan, en primer lugar, cuando en el “núcleo duro” de los delitos de violencia de género se utilizan fórmulas dispares para designar a los sujetos activos de la infracción, de manera que se puede afirmar inequívocamente que en los delitos de femicidio, violencia física, violencia patrimonial y económica e intimidación o amenazas, el hombre es el único que encaja en el círculo de sujetos activos y que, en cambio, en los tipos de violencia

⁷ Así, MORENO CASTILLO, “Piden incluir a transgéneros en Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 20.05.2013, admite que la **mujer** sí puede ser **sujeto activo** cuando por ejemplo incurre en el delito de omisión de denunciar actos de violencia de género.

⁸ Cfr. MORENO CASTILLO, “No entiendo la adversidad a la Ley 779”, en Diario “La Prensa”, de 14.04.2013.

psicológica, de sustracción de hijos y violencia laboral, violencia en el ejercicio de la función pública contra la mujer, omisión de denunciar y la obligación de denunciar actos de acoso sexual, sí es posible que la mujer sea sujeto activo de la infracción.

Desde esta perspectiva, pues, no se alcanza a comprender cómo en el ámbito de la tipicidad existe tal diferencia, según el delito de que se trate, si la ley parte de una premisa básica: la lucha contra la violencia –en sentido amplio– hacia la mujer como manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres. La única explicación lógica que puede inferirse es que se trata de un olvido del legislador o que el mismo ha seleccionado de entre todas las manifestaciones de violencia previstas en la ley, aquéllas que se presentan con más frecuencia y que suponen formas de violencia de mayor gravedad.

Que en el ámbito de los sujetos activos nuestra interpretación es posible viene refrendado por el art. 2 Ley nº 779, que establece su ámbito de aplicación “a quien se halle o hubiere estado ligado....”, pudiendo haberse referido “al hombre que se halle o hubiere estado ligado...”, lo que sumado a los tipos que utilizan cláusulas genéricas para referirse al destinatario de la prohibición, permiten afirmar la existencia de tipos penales de género cuyos destinatarios pueden ser sólo hombres u hombres y mujeres según los casos.

c) Por el contrario, menores problemas se plantean en torno a la posibilidad de que el **sujeto pasivo** sea un **hombre** respecto de la violencia procedente de su pareja, también hombre, ya que aunque sólo algunos tipos penales aluden expresamente a la muerte, violencia, sustracción o intimidación “contra la mujer”, mientras que otros omiten toda referencia a ésta, lo cierto es que el art. 1 Ley nº 779 deja claro que la finalidad de la norma es actuar contra la violencia que se ejerce hacia las **mujeres**. Por tanto, de *lege lata* no es posible concebir al hombre como potencial sujeto pasivo, lo que sí sería admisible si el tipo respectivo utilizara alguna fórmula genérica, como por ejemplo la de “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”; sin embargo, para evitar problemas de interpretación convendría que todos los tipos utilizarán fórmulas equivalentes para referirse al sujeto pasivo.

d) Ahora bien, si la finalidad de la propia norma es frenar las distintas manifestaciones de violencia que se ejerce sobre la mujer en el marco de las “relaciones desiguales de poder”, y tales conductas nocivas encuentran su caldo de cultivo en las relaciones de afectivas o pareja, con independencia de si son hetero u homosexuales, a

mi juicio no hay razones para excluir a la mujer del círculo de potenciales sujetos activos del delito⁹. Como hemos visto, quienes defienden el contenido de la ley nicaragüense en este ámbito alegan que este tipo de violencia no tiene su origen en la discriminación por razones de género.

En este sentido, en la doctrina española se ha llegado a sostener que es un error clasificar la agresión entre mujeres como violencia de género, ya que “en un matrimonio formado por dos mujeres puede haber una relación de poder, como en tantos ámbitos de la vida, pero no se trata de una desigualdad histórica que genera violencia y que tanto los hombres como las mujeres acaban considerando normales. La diferencia está en el origen. Lo que pretendemos combatir con la Ley es la normalización de la superioridad de un sexo sobre otro”, por lo que –a juicio de un sector– es un error entremezclar los conceptos de violencia doméstica y de género¹⁰.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el TC al determinar que la dicotomía sujetos activos hombres y sujetos pasivos mujeres es sólo una de las varias interpretaciones posibles, ya que también podría defenderse que las mujeres pueden ser sujetos activos del delito¹¹.

A mi juicio, de *lege ferenda* podría plantearse la inclusión de la mujer como posible sujeto activo en los tipos de violencia de género, siempre claro está que en su relación de pareja hayan signos inequívocos de la “relación de poder” que caracteriza a este tipo de violencia, aunque hay que admitir las dificultades conceptuales que esto supondría dada la especialidad de la llamada violencia de género, que tiene como fundamento la marginación y subordinación social, jurídica y cultural que históricamente ha tenido la mujer respecto del hombre. Pero, a pesar de esta especialidad, no es menos cierto que en las relaciones entre mujeres pueden existir signos inequívocos de esos patrones culturales imperantes en las sociedades patriarcales, signos que pueden ser asumidos por uno de los miembros de la pareja. Por

⁹ Así, conviene invocar la Sentencia núm. 219/2009, de 20 de abril de 2009, del Juzgado de lo penal de Santander, que condenó a una mujer que agredió a su esposa, de la que se estaba separando.

¹⁰ Cfr. LORENTE ACOSTA, “Es un error considerar violencia de género la agresión entre mujeres”, en El País, de 12 de junio de 2009.

¹¹ Cfr. la STC núm. 59/2008, de 14.05. Sobre las críticas a esta resolución, *vid.* POLAINO-ORTS, La legitimación constitucional de un Derecho penal sui generis del enemigo frente a la agresión a la mujer. Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo, en InDret 3/2008, p. 31, señala que con esta interpretación se genera un agravio comparativo, en relación con la pareja homosexual masculina, pues en estos casos se protege a la mujer por que sí, pero no porque conste probadamente que se encuentre en una posición de mayor desvalimiento.

esta razón, el **fundamento** de la inclusión de la mujer como sujeto activo de un delito de violencia de género podría girar en torno a la asunción por parte de ésta de patrones de conducta o, mejor aún, en la asunción de un “rol” que se identifica con el género masculino¹².

V

a) En la doctrina y jurisprudencia nicaragüense aún no se plantea la cuestión de si en el ámbito de la violencia de género es preciso acreditar la concurrencia de un especial elemento subjetivo del injusto, sino que en la mayoría de los casos sometidos a examen judicial se parte de la base de que cualquier manifestación de agresión física o psíquica contra la mujer supone la realización de los tipos asociados a la violencia de género.

Pero, tal y como están redactados algunos tipos penales y dada la naturaleza misma de la ley, que pretende compensar el desequilibrio y la desigualdad que durante años ha obstaculizado el libre desarrollo de la personalidad de las mujeres, es preciso distinguir –a mi juicio– las conductas que afectan de forma puntual los bienes jurídicos de la mujer, de aquellas otras manifestaciones de violencia que se generan como “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer”. De tal forma, pues, entiendo que una interpretación contraria, esto es, la aplicación automática de los tipos penales de género por el simple hecho de que el sujeto pasivo es mujer contrasta con el espíritu de la ley especial.

En parecidos términos, *de la Fuente Honrubia* ha planteado la cuestión en el marco de la aplicación de los tipos penales de género contemplados en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género¹³. En tal sentido, el citado autor entiende que la cuestión radica en determinar si toda acción de violencia física, toda amenazas leve, toda coacción leve, toda lesión prevista en el art. 147 CP, que se presente en el seno de la pareja, debe considerarse necesaria y

¹² En este sentido, MARTÍNEZ GARCÍA, La protección cautelar de la víctima en la nueva Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en Boix Reig, La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre), Iustel, Madrid, 2005, p. 321; ACALE SÁNCHEZ, La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal, Madrid, 2006, p. 125; GORJÓN BARRANCO, La tipificación del género en el ámbito penal. Una revisión crítica a la regulación actual, Iustel, 2013, p. 89-93.

¹³ DE LA FUENTE HONRUBIA, Ponencia ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la jurisprudencia contradictoria entre Audiencias Provinciales, en XIV SEMINARIO INTERUNIVERSITARIO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL, 17.06.2011.

automáticamente como **violencia de género**, o sino sólo y exclusivamente cuando el hecho sea “manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer.....”. Dicho planteamiento resulta indispensable si tomamos en consideración que el **fundamento** de la creación de tipos penales de género descansa en el *mayor desvalor* que suponen estas conductas que afectan a la igualdad, seguridad y dignidad de las mujeres, generando una posición de desigualdad y subordinación de la mujer.

Así, tal y como expuso en su día *de la Fuente*, en España existen dos claros posicionamientos jurisprudenciales en relación con esta cuestión: un primer sector (AP Murcia, Barcelona) considera que no toda acción violenta contra la mujer debe ser considerada necesariamente violencia de género, sino sólo en aquellos supuestos en los que la violencia sea una manifestación de la discriminación y subordinación de la mujer, de manera que ésta asuma un rol de inferioridad que suponga un quebranto de la igualdad. Las restantes deben ser imputadas a título de falta. Por el contrario, otra corriente jurisprudencial (AP Madrid, Las Palmas), señala que no es necesario un *ánimo tendencial* ni una *posición de dominio*, sino exclusivamente la constatación de los elementos subjetivos y objetivos del tipo global de injusto.

b) Volviendo a la legislación nicaragüense, en el ámbito de la violencia de género, la muerte ocasionada por un hombre a una mujer en el marco de las relaciones desiguales de poder –y en determinadas circunstancias– adopta el *nomen iuris* de femicidio, cuya pena es superior a la del homicidio simple. Así, al estar recogido este nuevo delito en la Ley nº 779, que básicamente crea tipos penales de género, se plantea la duda de si en dichos tipos delictivos, y en concreto en el femicidio, debe concurrir algún especial elemento subjetivo.

Planteado de otra forma: ¿requiere el delito de femicidio la concurrencia de un ánimo tendencial en el hombre o la existencia de una posición de dominio de la mujer respecto del hombre? En principio, de la simple lectura del precepto que enumera taxativamente una serie de circunstancias para que concurra el delito de femicidio, parece que la respuesta ha de ser positiva, por lo que –de ser así– tendríamos que admitir que en teoría podría haber casos en los que la muerte de una mujer tendría que calificarse como un simple homicidio.

Sin embargo, como hemos apuntado, no parece que sea ésta la interpretación que impera en la doctrina y jurisprudencia nicaragüense, ya que da la impresión de que la

existencia del femicidio en la legislación especial ha generado una aplicación automática de este delito cuando la víctima es una mujer, sin entrar a valorar si concurre o no un ánimo tendencial en la actuación del sujeto activo. De esta forma, si tal interpretación fuera correcta habría que dar por sentado que siempre que se produzca la muerte de una mujer a manos de un hombre existirá un delito de femicidio, incluso cuando el sujeto activo es un desconocido que actúa sin ninguna aparente motivación de género, lo cual podría estar avalado por la calificación como femicidio de la muerte de una mujer en el transcurso de una trifulca entre pandillas [art. 9 d) Ley n° 779].

¿Cuál es la interpretación correcta? No es posible analizar aquí esta cuestión, pero si tomamos en consideración que desde la famosa masacre ocurrida en la Universidad de Montreal (1989), donde un joven asesinó a 14 mujeres e hirió a otras por su explícito odio hacia las mujeres y los grupos feministas, nos daremos cuenta que –en el ámbito de la violencia de género– a partir de este suceso la muerte de una mujer por la acción de un hombre ha estado asociada a este tipo de ánimo tendencial, y precisamente por ello la Ley n° 779 también castiga más severamente la muerte ocasionada por misoginia o en el marco de las relaciones de pareja que generan desigualdad o subordinación de la mujer.

De cualquier forma, la redacción del femicidio es confusa y *sui generis*, pero entiendo que si la muerte de una mujer no está acompañada de algunas de las circunstancias objetivas o subjetivas contempladas en la norma, entonces habría que aplicar un delito de homicidio simple, lo que también tendrá especial relevancia cuando nos encontremos frente a una eximente incompleta, como p. ej., la legítima defensa de un hombre que se excede en los medios empleados para impedir o repeler la agresión que proviene de una mujer.

VI

A diferencia de la regulación general de las medidas cautelares en la legislación procesal (art. 166 ss CPP), la Ley n° 779 introduce otras medidas de carácter real y personal directamente relacionadas con la violencia de género, además de la novedosa incorporación de las llamadas “**medidas precautelares**”, que pueden ser impuestas por determinadas autoridades de la Policía Nacional o el Ministerio Público. He aquí precisamente donde se centran las principales críticas al establecimiento de tales medidas, que en todo caso representan restricciones de derechos constitucionales vinculados a la libertad, el patrimonio o la dignidad, ya que pueden imponerse por órganos **no jurisdiccionales**, aunque bien es cierto que cuentan con un límite temporal

de 20 días, prorrogables por una sola vez y que, en ambos casos, la resolución que las ordene debe estar motivada.

Al igual que las medidas cautelares, la Ley señala que la asunción de las medidas precautelares solo podrán ser adoptadas observando criterios de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y urgencia; no obstante, a nuestro juicio, aunque la finalidad preventiva y de protección de tales medidas es loable, la restricción de derechos que acarrea la imposición de tales medidas sólo puede ser autorizada por un **juez**, nunca por órganos policiales que sí podrían simplemente garantizar la ejecución de cualquier medida restrictiva de derechos impuesta judicialmente al presunto agresor. Y esto por mucho que la ley señale límites temporales y materiales para la imposición de tales medidas.

Es evidente, pues, el peligro que entraña que la aplicación de las medidas precautelares pueda ser acordada por órganos de investigación, ya que esto podría suponer un retorno al **sistema inquisitivo** imperante en el proceso penal nicaragüense hasta el año 2003, y que fue sustituido por la instauración de un sistema acusatorio, en el que se ha intentado suprimir todo vestigio del Estado policía que podía intervenir discrecionalmente en la vida de los ciudadanos, produciéndose así excesos de toda índole.

Por el contrario, las medidas cautelares sí deben ser autorizadas por un órgano judicial y, aunque en términos generales son medidas nada ajenas al amplio catálogo de medidas cautelares que habitualmente se imponen en los procesos por violencia de género, lo cierto es que entre éstas se introduce una medida de dudosa constitucionalidad, como es la que obliga al presunto agresor a someterse a la atención psicológica o psiquiátrica que el juez estime necesaria.

VII

Desde que a finales del año 2002 entró en vigencia el nuevo Código procesal penal (en adelante CPP), la justicia penal nicaragüense incorporó un sistema hasta entonces desconocido y ajeno al engranaje procesal imperante durante más de un siglo. En efecto, el CPP trajo consigo la instauración del **sistema acusatorio**, caracterizado por la oralidad, la inmediatez, la libre valoración de la prueba, el respecto a las garantías del debido proceso, la creación de un órgano público acusador distinto del juez y la garantía del control de legalidad judicial de los medios de prueba obtenidos, lo que

contrasta con el anterior **sistema inquisitivo**, fuertemente arraigado en el viejo Código de Instrucción Criminal (1879), a su vez inspirado en la Novísima Recopilación española (1806), y que se caracterizaba por el secretismo, la vulneración de derechos fundamentales como la presunción de inocencia, el derecho a la defensa o la libertad probatoria.

Pues bien, el nuevo modelo incorporó el **principio de oportunidad**, en virtud del cual el Ministerio Público podrá ofrecer al acusado medidas alternativas a la persecución penal o limitarla a alguna o algunas infracciones o personas que participaron en el hecho punible. Así, el CPP contiene 4 manifestaciones (o criterios) del principio de oportunidad, a saber: 1) la mediación, 2) la suspensión condicional, 3) el acuerdo y, 4) la suspensión condicional de la persecución¹⁴.

En lo que hace a la mediación, la misma puede ejecutarse antes o durante el juicio. En el primer caso estamos frente a la **mediación previa** y, en el segundo caso, frente a la **mediación durante el proceso**. En términos generales, la mediación procede: en las faltas, en los delitos imprudentes o culposos, en los delitos patrimoniales cometidos entre particulares sin mediar violencia o intimidación y, en los delitos sancionados con penas menos graves (inferiores a 5 años de prisión).

Pese a esta previsión legislativa, la alarma social que provocaba el incremento de la criminalidad en el ámbito de las relaciones de pareja propició que, tras sucesivas propuestas de reformas legislativas, la figura de la mediación fuera perdiendo terreno, hasta llegar a su total supresión en el ámbito de la violencia doméstica y la violencia de género. Así, el art. 46 de la Ley n° 779 prohibía (hasta la reforma reciente del 24.9.2013) la mediación “en los delitos señalados en la presente ley”, siendo en la actualidad uno de los principales puntos de discusión, pues un amplio sector apostaba por la restitución de dicha figura, mientras que otro sector rechazaba tal posibilidad por entender que constituiría un retroceso en la protección del derecho de la mujer a vivir libre de violencia. Entre las razones que inicialmente llevaron al legislador a prohibir la mediación en los delitos de violencia de género resaltan los casos de muertes o agresiones sufridas por mujeres después de haber firmado un acuerdo de mediación con su agresor; así, las organizaciones feministas señalan que en el año 2012 el 30% de las

¹⁴ El *plea bargaining* en el sistema anglosajón es la negociación entre el fiscal y el imputado que supone pactar la acusación en toda su extensión y, de este modo, reducir o modificar a conveniencia, si es el caso, el hecho penal en sí mismo considerado.

víctimas de femicidios pasaron por un proceso de mediación antes de ser asesinadas por sus compañeros o excompañeros de vida.

Pero además, esta cláusula general que prohibía la mediación afectaba –según la interpretación judicial imperante– a otros delitos que si bien fueron recogidos en la Ley n° 779, dicha inclusión se produjo en el marco de una reforma al CP, pero que no por esta razón pueden ser catalogados como tipos penales de género, v. gr., el delito de propalación o el delito de trata de personas. Así, en varios procesos judiciales por el delito de propalación, motivados por el hecho de que el exnovio colgó en internet fotos de contenido sexual de su expareja, se rechazó la posibilidad de acceder a la figura de la mediación, argumentándose que la Ley n° 779 lo prohibía expresamente.

Pues bien, la prohibición de la mediación resulta paradójica en la medida en que sí es posible en otros campos especialmente conflictivos, así por ejemplo, cuando estamos frente a homicidios imprudentes ocasionados en el ámbito del tráfico rodado, incluso cuando la muerte se produce mediante la conducción de vehículos bajo los efectos de bebidas alcohólicas o drogas. Aun así, algunos de los que se oponían al restablecimiento de la mediación llegaron a proponer de *lege ferenda* –aunque a mi juicio de *lega lata* su aplicación es perfectamente posible– otra posible vía para prescindir de la acción penal: **la suspensión condicional de la persecución**, aunque limitada únicamente a los delitos menos graves.

Finalmente, como fruto del amplio consenso político y partiendo de la propuesta de reforma originada en el seno de la Corte Suprema de Justicia, a partir de la publicación de la citada reforma la Ley n° 779 deja abierta la posibilidad de acceder a la mediación en materia de violencia de género siempre que:

- a) se trate delitos **menos graves** (con penas inferiores a 5 años de prisión),
- b) que se realice ante el Fiscal o el Juez de la causa,
- c) que el supuesto agresor no tenga antecedentes penales por delitos contemplados en la ley especial,
- d) que la mujer acceda voluntariamente,

Veremos, pues, si tal previsión legislativa logra el fin perseguido, como es el de mantener la “unidad familiar”, fomentar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia y promover el acceso a la justicia restaurativa como método alternativo para resolver este tipo de conflictos. Pero, en cualquier caso, considero que con las recientes

reformas a la Ley n° 779 no se ha conseguido salvar muchas de las contradicciones presentes en el texto original, pese a haber sido dadas a conocer públicamente, por lo que sea por terquedad o nuevamente por premura, el legislador ha vuelto a perder la oportunidad de aprobar una ley integral y coherente en materia de violencia de género.

* * * * *