

PENSIÓN DE VIUDEDAD Y «VIOLENCIA MACHISTA»: EL ENFOQUE DE GÉNERO DESDE LA INTERPRETACIÓN

Comentario a la STSJ de Canarias, Las Palmas,
de 7 de marzo de 2017, rec. núm. 1027/2016

Paz Menéndez Sebastián

Profesora Titular. Universidad de Oviedo

1. PANORAMA NORMATIVO EN JUEGO –LOIVG Y LGSS–

La violencia contra las mujeres se ha convertido en una lacra deleznable que pone en constante entredicho el pretendido carácter igualitario de nuestra sociedad. Esta manifestación intolerable del poder del hombre sobre la mujer, propio de un sistema de roles sociales arcaico y desfasado, alcanza a mujeres de toda clase y condición, devastando aspectos muy diversos de su esfera personal y profesional. De ahí la absoluta exigencia de afrontar la lucha contra ese fenómeno llegando a cuantas esferas de la vida de las víctimas quedan cercenadas. Este ambicioso propósito de atención sistémica se materializó por primera vez en nuestro país a través de la [Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre](#), de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOIVG), muestra palpable de la toma de conciencia de la necesidad de diseñar un entramado tuitivo omnicomprensivo e integral, en el que se valore esta particular circunstancia para, por lo que a este comentario interesa, reinterpretar las reglas generales de acceso a los derechos laborales y de seguridad social.

Además esta norma, que tiene la innegable virtud de visibilizar el problema, dando un giro copernicano a la idea misma –al menos la legal– del maltrato hacia las mujeres, proporciona certidumbre sobre qué se entiende por violencia de género y cómo se acredita la condición de víctima, esclareciendo qué instrumentos sirven para demostrar la condición que abre las puertas a los derechos específicos reservados a las mujeres que padecen este tipo de violencia. Así, el artículo 23 señala que «las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección».

Como no podía ser de otro modo, este impulso tutelar de las damnificadas contagió –o más bien tuvo necesaria traslación– a otras previsiones legales, entre ellas, la encargada de regular la pensión de viudedad a la que tienen derecho las mujeres cuando la relación matrimonial en la que germina la violencia se rompe –recuérdese que las exparejas de hecho no pueden lucrar pensión de viudedad de ningún tipo–. Es de todos conocido que a las exesposas (a ellos también) se les exige, para poder lucrar la pensión a la muerte del causante, tener reconocida una pensión compensatoria. No obstante, de esta exigencia se exime a quienes, antes de la entrada en vigor de la [Ley 40/2007](#), rompieron su relación matrimonial sin atribución de compensatoria de concurrir los requisitos que se enumeran en la disposición transitoria decimoctava de la [LGSS](#), y también, antes y después de la norma citada, a las víctimas de violencia machista ([art. 220.1 in fine LGSS](#), art. 174.2.º [LGSS](#) [versión RDLeg. 1/1994]), para las que el reconocimiento de la pensión no queda condicionado por requisito alguno. Basta al efecto con que acrediten dicha condición «en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho» ([art. 220.2 LGSS](#)).

Aunque genera dudas su juego en el caso de las víctimas posteriores a la promulgación de la [LOIVG](#), para las que parece razonable –y acorde con su espíritu– exigir la acreditación por los cauces tasados –sentencia firme, archivo de la causa por fallecimiento del agresor, orden de protección o informe del Ministerio Fiscal–, resulta innegable que la cláusula de cierre de la norma («otros medios de prueba admitidos en Derecho») sirve –pensado o no– para cubrir el gran vacío existente en lo relativo a la refrendación de la condición de víctima antes de la [LOIVG](#). Lo dicho permite intuir que la temática a la que quieren dedicarse estas líneas es la relativa al acceso a la pensión de viudedad de las mujeres que, sin pensión compensatoria, se separaron o divorciaron antes de la promulgación de la [LOIVG](#), sin mediar condena firme del causante como agresor. Problemática que, con tino, aborda la sentencia que comentamos.

2. EL CASO: BREVE RELATO DE HECHOS

Esta sentencia da respuesta a la pretensión de la exesposa del causante de lucrar pensión de viudedad sin sujeción a las exigencias generales impuestas a quienes carecen de pensión compensatoria a cargo del exmarido, en aplicación de la exención formulada para las víctimas de violencia de género. Condición que no acredita por ninguna de las vías formales enumeradas en la norma –no hay condena en sentencia firme, ni orden de protección, ni informe del Ministerio Público–, pero que podría deducirse de una serie de acontecimientos que se relatan en los hechos probados y que pudieran integrarse en lo que el legislador llama «cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho». En concreto, la parte alega la reiterada presentación de denuncias contra el causante antes y después de la ruptura de la relación matrimonial; elenco de sucesos que a ojos del INSS no alcanza para dar por probada la condición de víctima de la actora, pues solo

certifica una situación de «controversia en la pareja», dándose además la circunstancia de que algunas de esas denuncias datan de fecha posterior a la ruptura, y alguna finaliza con sentencia absolutoria del presunto agresor.

Para la mejor comprensión del caso conviene hacer somero repaso de los hechos que se recogen como acreditados en la sentencia. Así consta que la actora y el causante contrajeron matrimonio en 1981 y fruto del cual nacieron dos hijas; que en junio de 1995 se separaron legalmente, sin pensión compensatoria, que tampoco se fijó en la sentencia de divorcio (septiembre de 1999); con posterioridad el causante contrajo matrimonio con otra mujer, con la que permaneció casado hasta su fallecimiento en 2014. Paralelamente, consta que la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer certificó el 13 de noviembre de 1994 que la actora fue atendida en el centro en «muchas ocasiones» por motivo de la incesante situación de violencia sufrida en su matrimonio, junto a sus dos hijas menores, producida por el causante. En certificado de 19 de septiembre de 1997 se reproduce otro similar al anterior por la misma jefa.

Además de estas intervenciones de instituciones específicas de protección de la mujer, consta que la actora había presentado con anterioridad a la separación, y también con posterioridad, múltiples denuncias en la Comisaría Central del Cuerpo Nacional de Policía, tanto por incumplimiento de las medidas acordadas en el procedimiento de divorcio, como por amenazas, lesiones e insultos proferidos por el causante. Hasta un total de siete denuncias entre noviembre de 1995 y enero de 1999. Según se relata en los hechos, en las señaladas denuncias se hacen constar insultos a la actora y a sus hijas, agresiones físicas y amenazas que acontecen en los tiempos de recogida de las menores en el marco del régimen de visitas. Una de dichas denuncias fue remitida al juzgado, que archivó las actuaciones, pero con la siguiente afirmación en el fallo: «Declaro FALTA el hecho que motivó la incoación de estas diligencias previas y declaro el archivo de las mismas, por lo ya razonado»; razonamiento que incluía la consideración de que «de lo ya actuado en las presentes actuaciones se desprende que los hechos señalados no son constitutivos de delito, aunque sí pudieran serlo de falta». La cuestión a decidir, es, pues, si con base en estos hechos puede entenderse que la actora fue en su día víctima de violencia machista, teniendo en cuenta la relevante circunstancia de que se separó del causante en el año 1995 y su divorcio se produjo en 1999, es decir, como advierte la sala, «mucho antes de iniciarse un abordaje integral de lucha desde todos los poderes públicos frente a la violencia de género, y mucho antes de iniciarse la sensibilización social de que la violencia de género no es un problema».

3. PRECEDENTES JURISPRUDENCIALES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN Y APLICACIÓN AL CASO DE AUTOS

En realidad, lo ahora suscitado y resuelto en la sentencia comentada no es una novedad para nuestros tribunales. Recientemente a similar problemática ha tenido que hacer frente el propio Tribunal Supremo, en la ya conocida [Sentencia de 20 de enero de 2016, rec. núm. 3106/2014](#),

en la que la sala apuesta, sin ambages, por una interpretación flexible de los medios de prueba para llegar a la convicción de la existencia de una situación de violencia de género –siguiendo su estela también se han dictado otras sentencias por otros tribunales, como la del [TSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 2016, rec. núm. 4387/2016](#), y las del TSJ de Canarias de [31 de marzo de 2016, rec. núm. 59/2016](#) y [22 de julio de 2015, rec. núm. 339/2015](#)–. En efecto, en esta elaborada resolución, el Tribunal Supremo ofrece un innovador enfoque en la valoración de los indicios concurrentes, que sirve de peana para la construcción judicial objeto de comentario en este ensayo.

Ciertamente, la sentencia del Tribunal Supremo condiciona el acceso a la pensión de viudedad a través de esta específica vía al concurso de tres elementos, a saber: el instrumental (acreditar la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos); el material (ser víctima de violencia de su ex pareja), y el cronológico (existencia de violencia al producirse la separación o divorcio). Pero aclarando que su concurrencia «no comporta necesariamente que haya una previa tipificación o calificación jurídica» de la condición de víctima, bastando la acreditación por los medios de prueba de que se dispusiera entonces. Así, por ejemplo, puede ser indicio relevante la declaración a favor de la esposa de los hijos del causante. También, en atención al devenir judicial del matrimonio, se entiende que la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género puede comportar un serio indicio de que la misma ha existido –«Esta denuncia, que no aparece tachada como falsa o temeraria, no constituye prueba suficiente (como bien apunta la sentencia recurrida) pero sí puede considerarse como indicio de maltrato»–. Entiéndase bien que ello no supone admitir que la existencia de denuncias de ese tipo –que no deriven en condenas específicas por violencia– equivalga a un medio de prueba plena, sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido y valorando ponderadamente todas las circunstancias de hecho que el relato fáctico albergue, aunque sea por remisión a las actuaciones judiciales obrantes en autos.

En todo caso, y por lo que aquí más pudiera interesar (pues no concurre en la resultancia fáctica de autos la declaración de las hijas de la actora), lo que resulta innegable es que la sala del Tribunal Supremo carga las tintas en la posibilidad, conscientemente diseñada por el legislador de la LGSS, de probar la condición de víctima por vías distintas a las que específicamente conforman el concepto de víctima de violencia de género en la [Ley Orgánica 1/2004](#). Lo que, especialmente en los procesos previos a esta norma, no resulta incompatible con la existencia de una sentencia absolutoria del causante, pues en aquellos momentos la concepción de violencia de género distaba mucho de la actual, y no merecía tutela equiparable a la vigente. Admite, por ende, el Tribunal Supremo que en dicho contexto temporal debe hacerse como si la sentencia absolutoria «no existiera».

El apoyo a esta tesis jurisprudencial exige tener presente que antes de la [Ley Orgánica 1/2004](#) solo las agresiones más graves y palmarias merecían la consideración de delitos, y, por ello, podían desembocar en una sentencia condenatoria. El resto de agresiones, amenazas y maltratos en tanto que no alcanzaban a los ojos del Derecho suficiente reprochabilidad penal no recibían condena judicial, no resultando tampoco viable entonces la obtención de una orden de protección o

de un informe del Ministerio Fiscal, que son las otras vías de acreditación formal de la condición de víctima en la actualidad. Así las cosas, en la medida en que en esos momentos la consideración de víctima se hallaba a años luz de la que se entiende hoy, siendo la actual la que abre las puertas a las reglas específicas de acceso a los derechos laborales y de seguridad social, se hace necesario acomodar aquella realidad a la concepción vigente, observando los hechos concurrentes entonces con el prisma de la legislación actual.

A nuestro entender, ello solo es viable si se examinan los indicios de violencia que constaban en el momento de la separación o el divorcio bajo la lupa del actual sistema penal, a los efectos de constatar si aquellos hechos serían hoy acreedores de la consideración de situación de violencia de género, y si concurren los tres elementos antes descritos.

La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al caso de autos lleva al TSJ de Canarias a la estimación de la pretensión actora, con base en la siguiente apreciación de la prueba. En primer término, se considerada probada la violencia a través de medios probatorios jurídicamente válidos (elemento instrumental). Entiende la sala que dicha constatación resulta de los certificados de 1994 y 1997 de la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del ICM, pues en la medida en que no han sido impugnados de contrario, constituyen un importante indicio de la existencia de violencia, al referirse en ellos «*la atención de la actora en muchas ocasiones [...] [d]ebido a la violencia incesante recibida de su esposo*». Valor de «indicio inequívoco de la situación de violencia» que se refuerza si se tiene en cuenta que se expiden por quien tenía competencia para hacerlo en nombre de una entidad administrativa, con aptitud específica en la materia, y que no requieren de ratificación judicial «dentro del especial contexto discriminatorio ya aludido y aplicando la perspectiva de género en la impartición de justicia (valoración elementos probatorios)». Indicio al que además habrán de sumarse el total de denuncias acreditadas (siete denuncias ante la comisaría y tres actuaciones judiciales), que también constituyen «indicios solventes de la situación de violencia padecida por la actora antes y después de su separación». Todo ello debidamente contextualizado en el tiempo en el que aconteció la violencia –1995 la primera denuncia por maltrato–, en el que judicialmente se procedió al archivo de la causa penal pero con indicación de que si bien no constituía delito –entonces, hoy lo supondría– si podría tratarse de una falta –«tales hechos, en el contexto social del año 1995, constitutivos de falta son compatibles con la violencia de género que ahora se reivindica»–. De ahí que la inexistencia de sentencia de condena no pueda considerarse sinónimo de la ausencia de maltrato. Que tampoco puede anudarse a la ausencia de las hijas del causante en el acto del juicio en calidad de testigos, pues ellas también han podido ser víctimas de dicha violencia, con lo que ello conlleva de daño sobre sus personas.

En segundo lugar, entiende el tribunal que de la prueba precedente resulta la condición de víctima de violencia por parte de su expareja (elemento material). Y, por último, que la violencia de género se produjo al momento de la separación o divorcio (elemento cronológico), en atención a las fechas de los certificados de la responsable del servicio de atención a la mujer del ICM (1994 el primero, en tanto que la separación de la actora se produjo en 1995 y su divorcio en 1999) y a las fechas de las denuncias presentadas (entre 1995 y 1997).

4. LA INTEGRACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA. JUSTIFICACIÓN RAZONABLE DE LOS NUEVOS PARÁMETROS DE EVALUACIÓN DE LA PRUEBA

Aunque una rápida lectura de la sentencia comentada pudiera llevarnos a la precipitada conclusión de que simplemente se hace eco de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la acreditación de la condición de víctima en las rupturas matrimoniales previas a la [Ley Orgánica 1/2004](#), en realidad esta sentencia tiene un notable valor añadido que no puede pasar desapercibido. Desde luego sigue la senda que en su día marcó el Tribunal Supremo en cuanto a la valoración de indicios, pero además –y sobre todo– destaca por su clara y razonada apuesta por la integración de la perspectiva de género en las tareas interpretativas del juzgador, incluso en la materia de Seguridad Social, en la que normalmente la jurisprudencia suele apegarse más a la literalidad de la norma.

Apuesta pionera y rotunda que la sentencia formula, previo y extenso balance de las normas que anidan conceptos, derechos e instrumentos de tutela de las mujeres frente a este aciago tipo de violencia –[Ley Orgánica 1/2004](#), [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), de igualdad entre hombres y mujeres, [Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujeres \(CEDAW\)](#), [Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y violencia doméstica](#) (Convenio de Estambul), también de la doctrina constitucional ([STC 59/2008, de 14 de mayo](#))–, para concluir que «el principio de igualdad efectiva de mujeres y hombres exige la integración de la dimensión de género en la aplicación de todas las normas, tanto si se trata de normas procesales, incluyendo las probatorias, como si se trata de normas sustantivas».

Esta «interpretación social del Derecho con perspectiva de género exige la contextualización y la actuación conforme al principio *pro persona*, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas. Los estereotipos de género son la base de la discriminación contra las mujeres [...] han de ser erradicados en la interpretación y aplicación judicial». Y este principio «de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica [...] debe desplegarse en tres fases judiciales concretas (tramitación del proceso, valoración de las pruebas y aplicación de la norma sustantiva). Por tanto debe integrarse en la valoración de la prueba el principio de igualdad –distribución de la carga de la prueba de la discriminación, relevancia de la declaración de la víctima–».

No es, pues, esta sentencia un simple alarde de creatividad judicial en defensa de los derechos de las mujeres, sino, más bien, una estudiada construcción sobre cómo deben los jueces integrar en su labor diaria el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, para que este desborde el plano teórico y alcance plena efectividad práctica. Lo que, al fin y a la postre, en la temática que nos ocupa, supone contextualizar la situación de la actora, valorando lo que entonces acaeció a la luz de lo que hoy merece la consideración de violencia de género. Esto es: abriendo el abanico de mecanismos probatorios idóneos para acreditar la condición de víctima, y sometiendo los hechos acaecidos en el pasado al tamiz de violencia de género que acoge hoy la legislación, sin atribuir mayor valor a las sentencias absolutorias del exesposo anteriores a la [LOIVG](#), y consi-

derando como indicios de interés otras circunstancias, como la reiterada presentación de denuncias contra el agresor (no tachadas de infundadas o fraudulentas), los informes de organismos públicos especializados en la tutela de mujeres o las declaraciones de los hijos del matrimonio.

Todo ello, además, en cuanto al elemento cronológico, sin restringir la consideración de los indicios a valorar a los producidos a la fecha de la inicial ruptura matrimonial (separación), sino expandiéndola a los posteriores, esto es: a los sucedidos hasta el divorcio, apostando con ello por una interpretación generosa de la fórmula legal —«en el momento de la separación judicial o el divorcio»—, que según se ha interpretado para otras cuestiones (momento de la ruptura a efectos del cómputo del tiempo máximo entre esta y el óbito para lucrar la pensión el excónyuge, por ejemplo; así sostiene el Tribunal Supremo que «el desequilibrio necesario para que nazca el derecho a reclamar la pensión compensatoria debe existir en el momento de la ruptura y no deben tenerse en cuenta, a los efectos del reconocimiento del derecho, los hechos que hayan tenido lugar entre la separación y el divorcio»: por todas, [STS de 16 de febrero de 2016, rec. núm. 2300/2014](#)), está pensando en el momento primigenio de quiebra matrimonial, ya se materialice en un divorcio o ya en una separación, al no estar condicionado ya el primero (divorcio) a la previa presencia del segundo (separación).

En suma, se puede decir que esta sentencia tiene el innegable mérito de ofrecer un sustento jurídico de refuerzo a los argumentos sobre valoración contextualizada de pruebas que en su día formuló el Tribunal Supremo. Aportando, de paso, una lección sobre la igualdad y la no discriminación como motor del cambio social que permita limpiar, de una vez por todas, la mácula de la violencia machista. Se esté, o no, de acuerdo con la reivindicación de la sentencia comentada, lo que no puede negarse es que también el mundo judicial puede —y debe— contribuir a que la igualdad entre hombres y mujeres alcance cotas aceptables de efectividad, y en tal actuación coadyuvante resulta absolutamente imprescindible la flexibilización en la interpretación de las exigencias procesales, en la valoración de la prueba y en la aplicación de la norma.

De hecho, quizá la solución pueda estar, como se ha venido insinuando, en la interpretación de los indicios concurrentes sin atender a la normativa procesal y penal vigente en la fecha en que tales hechos acaecieron y fueron juzgados, sino con arreglo a los vigentes parámetros legislativos, que resultan mucho más favorables a la apreciación de la conducta lesiva para la mujer (violencia de género). De modo tal que el juzgador de autos evalúe la potencial incardinación de los hechos anteriores a la [LOIVG](#) en el vigente cuadro de tipos penales de violencia machista, para formarse una convicción sobre si aquel posible maltrato merecería hoy la calificación de violencia punible.

Queda, eso sí, por determinar si la referencia legal a esos «otros medios de prueba» —distintos a los legalmente especificados— resulta aplicable a las víctimas actuales de este tipo de violencia con la misma flexibilidad interpretativa que se emplea para las víctimas remotas, pues si bien es cierto que la violencia machista, por la singularidad del entorno en el que irrumpe, queda con frecuencia silenciada, no lo es menos que las facilidades de denuncia y protección legal se han incrementado sustancialmente a día de hoy. Acaso la clave esté en la admisión de otras vías probatorias pero con una flexibilidad interpretativa más contenida.