

**VIOLENCIA DE GÉNERO Y PENSIÓN DE VIUDEDAD: LA
ACREDITACIÓN DE LAS SITUACIONES DE VIOLENCIA DE
GÉNERO**

***GENDER-BASED VIOLENCE AND WIDOW'S PENSION:
ACCREDITATION OF SITUATIONS OF GENDER-BASED
VIOLENCE***

ELENA GARCÍA TESTAL

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València*

Artículo recibido el 30 de abril de 2018.
Artículo aceptado el 12 de mayo de 2018

RESUMEN

El acceso a derechos laborales de las víctimas de violencia de género exige la acreditación de la situación de violencia por medios determinados legalmente. El derecho a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio se vincula a la existencia de una pensión compensatoria, con excepción de las víctimas de violencia de género. Para éstas la acreditación de su situación de violencia ha sido atemperada por el legislador

PALABRAS CLAVE: Violencia de género, pensión de viudedad.

ABSTRACT

The access to labor rights of victims of gender based violence calls for the accreditation of the violent situation though legally established means. The right to a widow's pension in cases of separation or divorce is linked to a compensatory

pension, except for the victims of gender based violence. For them, the accreditation of their violent situation has been tempered by the legislator.

KEY WORDS: Gender-based violence, widows pension (survivor's pension).

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *La acreditación de las situaciones de violencia de género.*
3. *Pensión de Viudedad y víctimas de violencia de género.*
4. *La acreditación de la violencia de género para la exclusión del requisito de la pensión compensatoria: la interpretación de los Tribunales del Orden Social.*
5. *Bibliografía*

1. Introducción

La violencia de género es una de las más graves manifestaciones de la desigualdad entre el hombre y la mujer. El establecimiento de medidas legales de carácter preventivo y protectoras de las víctimas no han conseguido la desaparición de la violencia, pero contribuyen a hacerla visible, extrayéndola del ámbito de la intimidad familiar en la que desde siempre había permanecido.

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, es la norma que por primera vez aborda de un modo integral la protección de las víctimas de violencia de género. La finalidad de la LO 1/2004 es atajar y erradicar la violencia de género, afrontando la cuestión de un modo integral. Su aprobación supuso la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de una norma con vocación multidisciplinar e intención de proporcionar instrumentos jurídicos para hacer frente al problema de la violencia contra las mujeres como manifestación de la desigualdad y violación de la igualdad, quiebra de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y moral, la seguridad o la libertad¹. La LO 1/2004 parte de la consideración de que la violencia de género no se combate centrándose únicamente en la tipificación y sanción de la violencia sobre las mujeres, sino que trata de ofrecer un conjunto protector que abarca distintos aspectos de la vida, desde la óptica preventiva y desde la óptica protectora. Y así junto a las clásicas medidas de represión

¹ AÑÓN ROIG/MESTRE i MESTRE, “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en AAVV, coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCIA, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 31 y ss.

y sanción y de tutela penal y civil de las víctimas se añaden dos nuevas que resultan esenciales: por un lado, medidas preventivas dirigidas a eliminar o reducir los niveles de violencia mediante campañas de sensibilización e información en el ámbito educativo, publicitario y sanitario; por otro lado, derechos de las víctimas de violencia de género con la finalidad de reducir su situación de desamparo y el impacto económico, laboral y social². En efecto, como se ha señalado³, la virtualidad de la ley es precisamente enfocar el problema desde sus orígenes, introduciendo medidas preventivas desde la educación, la publicidad, el modelo de sociedad...

No obstante, conviene comenzar precisando que la violencia de género de la que se ocupa la LO 1/2004 no es cualquier violencia ejercida contra las mujeres. Tampoco es la violencia ejercida contra la mujer con la peculiaridad de utilizar la diferencia sexual para transformarla en dominación social. Tampoco es toda violencia ejercida contra las mujeres en el ámbito doméstico⁴.

La violencia de género de la que se ocupa la LO 1/2004 exige la concurrencia de las siguientes notas:

- en primer lugar, se trata de una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Como acertadamente se ha puesto de manifiesto la violencia contra la mujer hunde sus raíces en el patriarcado como sistema de dominación y es expresión de una discriminación estructural o institucional⁵.

- en segundo lugar, se trata de la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia; no aborda pues el problema de la violencia ejercida sobre las mujeres como efecto del patriarcado, sino de la violencia intrafamiliar⁶.

- y por último, comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad.

² DE LA PUEBLA PINILLA, Ana M^a, “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1/2005, p. 995.

³ GARCÍA NINET, J. Ignacio, “Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Consideraciones previas)”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, Nº 169, 2005, p. 6.

⁴ Vid ampliamente en GARCIA TESTAL, Elena, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 13 y ss.

⁵ AÑÓN ROIG, M^a José, “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 33 (2016), p. 7 y ss.

⁶ AÑÓN ROIG, M^a José, “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, citado, p. 17.

Así pues, el concepto de violencia de género al que se refiere la LO 1/2004 es sólo la violencia que se ejerce sobre las mujeres por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia. La norma viene a ocuparse de la violencia que se ejerce en el seno de esas relaciones, ya se trate de relaciones presentes como pasadas⁷. Obviamente se dejan fuera del concepto multitud de situaciones de violencia contra las mujeres, que también son manifestación de la situación de desigualdad social y de las relaciones de poder entre hombres y mujeres⁸. Por ello, se dice que la ley integral contra la violencia de género ofrece una perspectiva limitada algunas leyes autonómicas incluyen otros modos de violencia doméstica, de violencia laboral y de violencia social, ejercida sobre la mujer, o sobre otros sujetos vinculados a ella, y no sólo por quien ha mantenido vínculos de pareja con ella. No se trata sólo de que se utilicen distintas denominaciones para referirse al mismo concepto⁹. Así, aunque existen normas autonómicas que sí se refieren al concepto de violencia de género comprendido en la LO 1/2004¹⁰, la mayoría de las normas autonómicas utilizan un concepto amplio o muy amplio de violencia, incluyendo cualquier acto de violencia hacia las mujeres u otros sujetos dependientes de ella; en cualquier contexto o ámbito -ámbito familiar, laboral, docente o ámbito social-, realizado por cualquier sujeto -pareja, ex pareja u otros sujetos- e incluyendo todas las manifestaciones violentas -física, psicológica, sexual, ...-¹¹; y con independencia del carácter habitual o no de la conducta violenta¹².

⁷ Sobre el concepto de violencia de género debe consultarse AÑÓN ROIG, M^a JOSÉ, en AAVV, (Dir. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena) *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 31 y ss. Más reciente, AÑÓN ROIG, M^a José, “Violencia de género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, citado, pp. 1-26.

⁸ Con mayor amplitud en GARCÍA TESTAL, Elena, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, citado, pp. 13 y ss, y 118 y ss.

⁹ Como ponen de manifiesto CABRERA MERCADO/CARAZO LIÉBANA, Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género, Ministerio de Igualdad, Subdirección General de Cooperación y Relaciones Institucionales, nº 5 Colección Contra la Violencia de Género, Documentos, Madrid, 2010, citado, p.8.

Así son muchos los términos que se utilizan, tales como violencia doméstica, violencia sexista, violencia ejercida sobre la mujer, violencia intrafamiliar, violencia machista, violencia sobre la mujer, violencia contra las mujeres, maltrato doméstico...

¹⁰ Como el artículo 4 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo de Igualdad entre Mujeres y Hombres y contra la violencia de Género en Extremadura, que incorpora la definición de violencia de género de la ley estatal o el artículo 2 de la Ley para la igualdad de las mujeres y hombres y la erradicación de la violencia de género de Asturias, ley 2/2011, de 11 de marzo.

¹¹ Es el caso de la Ley 1/2004, de 1 de abril, de Cantabria, integral para la prevención de la violencia contra las mujeres y la protección a sus víctimas; de la Ley 5/2005, de 20 de diciembre, de la Comunidad de Madrid; de la Ley de Igualdad de la Región de Murcia, ley 7/2007, de 4 de abril; de la Ley 13/2010, de 9 de diciembre, de Violencia de Género de Castilla y León o la Ley Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el ámbito de la Comunidad Valenciana, Ley 7/2012, de 23 de diciembre, entre otras. También la Ley de Violencia de Género de Galicia, ley 11/2007, de 27 de julio, cuya amplitud de concepto se refiere tanto a los sujetos agresor y víctima, la relación entre ellos como el ámbito en que se produce la violencia; el tipo de conducta violenta perseguida, y la configuración de la violencia con independencia de la habitualidad. Sobre la misma MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral”, en AAVV, *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, (Dir. L. MELLA MÉNDEZ), editorial La Ley, Madrid, 2012, p. 205 y ss.

A modo de ejemplo de delimitación amplia del ámbito de aplicación de estas medidas de protección puede destacarse la Ley de Derechos de Mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña –ley 5/2008, de 24 de abril- que identifica la violencia machista como la violencia que se ejerce contra las mujeres como manifestación de la discriminación y situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres –artículo 3-, pero que además incluye en su ámbito de protección no sólo la que se produce en el ámbito de pareja –ejercida por el hombre que es o ha sido su cónyuge o por la persona que tiene o ha tenido relaciones similares de afectividad- sino también la violencia ejercida en el ámbito familiar –ejercida contra mujeres o menores de edad en el seno de la familia y perpetrada por otros miembros de la propia familia- y la violencia en el ámbito laboral, y en el social o comunitario, para finalizar con una fórmula inclusiva de otras formas análogas de violencia que lesionen o sean susceptibles de lesionar la dignidad, la integridad o la libertad de las mujeres –artículo 5-. Además la norma se aplica a todas las mujeres que se hallen en situaciones de violencia machista, así como sus hijos e hijas dependientes, que vivan o trabajen en Cataluña, y con independencia de su vecindad civil, nacionalidad o situación administrativa o personal. Por su parte, también la negociación colectiva que aborda los derechos de las trabajadoras víctimas de violencia de género es posible encontrar algunos ejemplos en que se amplía el ámbito subjetivo de protección, incluyendo a hijos menores de edad o a hijos mayores discapacitados, o ampliando el ámbito a la violencia doméstica, relativa a otros agresores con quien mantenga la víctima una relación de parentesco o afectividad (cónyuge, exconyuge, pareja o expareja de hecho o familiar en cualquier grado)¹³

Pues bien, el Título II de la LO 1/2004¹⁴, se dedica al reconocimiento de una serie de derechos de las mujeres víctimas de violencia; se estructura en cuatro capítulos en los que se recogen los distintos derechos: en el Capítulo I, el derecho a la información, a la asistencia social integral (a través de servicios de atención permanente, urgente y con especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional) y a la asistencia jurídica gratuita (con el fin de garantizar a aquellas víctimas con recursos insuficientes para litigar una asistencia letrada en todos los procesos y procedimientos, relacionados con la violencia de género, en que sean parte, asumiendo una misma dirección letrada su asistencia en todos los procesos); en el Capítulo II los derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social; en el Capítulo III, los derechos de las funcionarias públicas; y en el Capítulo IV los derechos económicos.

¹² MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral”, citado, p. 212.

¹³ FRAGUAS MADURGA, Lourdes, “El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 188/2016, pp. 24-25 de 34.

¹⁴ Debe señalarse que carecen del carácter de Ley Orgánica los Títulos I y II de la LO 1/2004, así como las Disposiciones Adicionales Séptima a Novena, según señala la Disposición Final Tercera de la propia LO.

Ahora bien, para el reconocimiento de estos derechos sociales es necesario que se acredite la situación de violencia de género por parte de las víctimas, es decir, el acceso a los mismos no se produce de forma automática, sino mediante la acreditación de la violencia y únicamente a través de los medios previstos en la LO 1/2004.

2. La acreditación de las situaciones de violencia de género

En efecto, la LO 1/2004 impone a las víctimas la acreditación de la situación de violencia para el reconocimiento de derechos sociales, y además establece los medios mediante los que cabe realizar la acreditación. En este sentido lo establecen para las trabajadoras por cuenta ajena el art. 23 de la LO 1/2004, el artículo 26 de la misma norma para las víctimas que sean funcionarias públicas, el artículo 27.3 para las ayudas sociales, por remisión al artículo 23, y la LGSS¹⁵ para la acreditación de las situaciones legales de desempleo (art. 267) y para el acceso a la pensión de viudedad (art. 220).

En la mayoría de estos preceptos se alude a que la situación de violencia de género se acreditará mediante una orden de protección a favor de la víctima de violencia de género, expedida por el correspondiente Juzgado –de Violencia sobre la mujer o de Primera Instancia e Instrucción-. La orden de protección se convierte en el instrumento que concede a la víctima de violencia de género el acceso al conjunto de derechos de protección asistencial y social –ayudas económicas asistenciales-, además de contener medidas cautelares de orden civil –uso y disfrute de la vivienda familiar, régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, o régimen de alimentos- y penal –prisión provisional, prohibición de aproximación, restricción de lugares de residencia, prohibición de comunicación, retirada de permiso de armas-.

De forma excepcional y provisional se permite también la acreditación de la condición de víctima de violencia de género a través del informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Esta previsión tiene como finalidad proteger durante el período de tiempo que pudiera quedar entre el conocimiento por el Fiscal de la existencia de un acto presunto de violencia de género y la concesión de la orden de protección. Se configura así como un documento provisional de certificación de la condición de víctima de violencia de género hasta que se apruebe la orden de protección correspondiente. Este modo de acreditación tiene pues carácter no sólo provisional y excepcional, sino también temporal -mientras se dicta la orden de alejamiento-. En caso de que la orden de protección se denegara el Informe de la Fiscalía perdería su eficacia acreditativa.

La exigencia de acreditación de la condición de víctima de violencia de género persigue dos tipos de cautelas: por un lado, no se deja al arbitrio de la trabajadora o funcionaria la valoración sobre su condición de víctima de violencia de género; por otro, permite su

¹⁵ Aprobada por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

acreditación ante terceros, no sólo ante el empresario/empleador (que vendrá obligado al reconocimiento de los derechos previstos en la LO 1/2004, sin necesidad de efectuar ninguna valoración), sino también ante las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, para la solicitud de prestaciones económicas o ante los servicios sociales correspondientes. En este sentido, se ha señalado que sería desproporcionado que el empleador o la Administración tuvieran que examinar si han concurrido las circunstancias alegadas –agresiones, amenazas, coacciones u otras- para configurar la situación de violencia de género.

Para la emisión de la orden de alejamiento es precisa la solicitud de la víctima o representante legal, efectuada en la Fiscalía o en declaración judicial. La ausencia o denegación de la orden de alejamiento –y del informe provisional del Ministerio Fiscal- provocarán, por tanto, la imposibilidad de acceder a las previsiones protectoras en el ámbito del contrato de trabajo, como han tenido ocasión de recordar los Tribunales del Orden Social. Sin embargo, se puede contemplar la posibilidad de que el empresario acceda a la concesión de los derechos vinculados a las víctimas de violencia de género con algún otro tipo de acreditación formal de la situación; en caso de admitirse esta opción la acreditación sólo surtiría efectos en la relación entre la empresa y la trabajadora, no pudiendo alcanzar los derechos de Seguridad Social u otros de índole pública.

En cuanto a la orden de alejamiento, se trata de una medida cuya finalidad está centrada en la protección de la víctima, a través de la restricción de los derechos del agresor. Su adopción, de acuerdo con el art. 68 de la LO 1/2004, debe acordarse teniendo en cuenta dos criterios, proporcionalidad y necesidad. En este sentido, cabría plantear si es posible la moderación de la decisión judicial de alejamiento, en orden a permitir al agresor la posibilidad de acudir al trabajo, en caso de ser éste coincidente con el de la víctima. Para la adopción de las medidas de prohibición de acudir a determinados lugares, o de aproximarse o comunicarse a determinadas personas, el art. 544 bis de la LECRIM indica que se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar u actividad laboral. Pero, además, señala que se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de su medida como tras su finalización.

Parece necesario reclamar que se suavicen las exigencias legales para acreditar las situaciones de violencia –no sólo en el ámbito de la relación laboral-, admitiéndose otros modos de acreditación, al menos en las situaciones iniciales de violencia, de forma que se tutele a la víctima aunque ésta aun no haya recurrido al procedimiento legal –lo que puede ser, efectivamente, frecuente-¹⁶. Así, por ejemplo, al menos las ausencias al trabajo vinculadas a la situación de violencia de género se podrían entender justificadas y probadas por cualquier otro medio admisible en derecho: existen otros posibles títulos

¹⁶ Vid. GARCIA TESTAL, Elena, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, citado, p. 25.

acreditativos de la situación, como los informes de los servicios sociales, o sanitarios, o de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, u otra medida judicial que incluya medida cautelar de protección o la sentencia que condene al agresor a la pena de aproximación a la víctima... de forma que se proteja con mayor eficacia el bien jurídico que se trata de tutelar. Así lo recogen algunas normas autonómicas aprobadas en la materia que, aún de forma excepcional, incluyen certificados acreditativos de atención especializada por algún organismo público competente en materia de violencia de género, o no –como la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social-, atestado policial, informe médico o psicológico elaborado por profesional colegiado que certifique que ha sido atendida en algún centro sanitario, o incluso por cualquier otro medio establecido por disposición legal, llegando a admitirse, de forma temporal en tanto se dicte resolución judicial, el acceso a determinados derechos sin acreditación, en los términos que se desarrollen reglamentariamente¹⁷.

3. Pensión de Viudedad y víctimas de violencia de género

Pues bien, un supuesto en que la acreditación de la condición de víctima de violencia de género sí resulta legalmente suavizada es el relativo al acceso a la pensión de viudedad.

La situación en que así se produce es la relativa a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio. De acuerdo con el artículo 219 de la LGSS con carácter general tendrá derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente. Por su parte, el artículo 220 LGSS se refiere a los supuestos de separación o divorcio, estableciendo que el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho. En estos casos se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En este sentido debe recordarse que la finalidad de la protección de la pensión de viudedad es obtener una renta de sustitución¹⁸. Esta exigencia de pensión compensatoria queda eliminada en los supuestos de víctimas de violencia de género. Es el propio artículo 220 LGSS el que determina que las mujeres que puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la

¹⁷ Así en el artículo 30 de la Ley de Medidas de Prevención y Protección Integral contra la Violencia de Género, Ley 13/2007, de 26 de noviembre, del Parlamento de Andalucía. También el artículo 5 de la Ley 11/2007, de 27 de julio, de Violencia de Género de Galicia o el artículo 33 de la Ley de Derecho de Mujeres a erradicar la Violencia Machista de Cataluña, Ley 5/2008, de 24 de abril, permite de forma amplia la acreditación de la situación de violencia machista. O en el artículo 9 de la Ley Integral contra la Violencia sobre la Mujer en el ámbito de la Comunidad Valenciana, Ley 7/2012, de 23 de noviembre. Artículo 79 de la Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura. Véase en GARCIA TESTAL, Elena, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, citado, p. 118 y ss.

¹⁸ SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género; de la denegación judicial a la nueva regulación legal”, en *Aranzadi Social*, nº 4/2010, p. 1 DE 11.

separación judicial o el divorcio, tendrán derecho a la pensión de viudedad, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria.

El mencionado precepto recoge las previsiones del anterior art. 174.2 de la LGSS-94¹⁹. Fue la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Reforma del Sistema de Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, la norma que condicionó el derecho de las personas separadas y divorciadas a la pensión de viudedad, ya que introdujo con carácter general la exigencia de cumplir el requisito de la pensión compensatoria²⁰. Posteriormente, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de presupuestos generales para 2010, adicionó un párrafo al artículo 174.2 de la LGSS, suavizando los requisitos de acceso a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género (solamente desde 1 de enero de 2010). Si la Ley 40/2007 había introducido el requisito de dependencia económica para los supuestos de acceso a la pensión de viudedad desde una situación de separación y divorcio, exigiendo la existencia de una pensión compensatoria entre los cónyuges y otorgándole así la cualidad de renta de sustitución a la pensión de viudedad, la ley 26/2009 suprimió esa exigencia para las víctimas de violencia, con la finalidad de corregir su situación de desprotección²¹. A partir de este momento el legislador ha dispuesto que las víctimas de violencia de género han de percibir la pensión de viudedad con independencia de que haya percibido pensión compensatoria, y además se determinan de forma amplia los mecanismos de acreditación de la condición de víctima, lo que siendo loable desde el punto de vista de la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, se aleja de la finalidad de la pensión de viudedad²².

Como puede apreciarse entre la entrada en vigor de la exigencia de la pensión compensatoria (2008) y la modificación de precepto para exceptuar a las víctimas de violencia de género de tal exigencia (2010) transcurrió un período de dos años, lo que podría originar controversias respecto a la aplicación del precepto. Para evitar que así fuera la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS-94, introdujo la norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores a 1 de enero de 2008, que se mantiene en la actual Disposición transitoria decimotercera de la LGSS-2015.

¹⁹ Aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

²⁰ De manera que si la relación matrimonial continuaba antes del óbito se presume la dependencia económica, pero si los cónyuges estaban separados o divorciados será necesario probar la existencia de una relación de dependencia económica entre ellos a través de la existencia de una pensión compensatoria o indemnización. Véase al respecto UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “El cambio de criterio tras la Ley 40/2007 MMSS: presupuestos de acceso a la pensión de viudedad”, en Cuadernos de Aranzadi Civil, Crisis matrimoniales y pensión de viudedad, BIB 2012/586, enero de 2012, p. 1 de 11. También PEREZ ALONSO, Mª Antonia, “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 21/2009.

²¹ Hasta ese momento los Tribunales no habían mantenido una posición pacífica al respecto, ya que unos se mostraban contrarios a la concesión de la pensión de viudedad, interpretando estrictamente el art. 174.2 LGSS, mientras que otros eran partidarios de su concesión. Ampliamente en UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “El cambio de criterio tras la Ley 40/2007 MMSS: presupuestos de acceso a la pensión de viudedad”, citado, pp. 5 a 7 de 11.

²² UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “El cambio de criterio tras la Ley 40/2007 MMSS: presupuestos de acceso a la pensión de viudedad”, citado, p. 7 de 11.

No obstante, y en lo que aquí interesa y como se ha señalado, la diferencia de tratamiento normativo no sólo resulta por el hecho de eliminarse el requisito de ser acreedoras de la pensión compensatoria en el momento de la muerte del causante, sino que además, se establecen distintos medios de acreditación de la situación de violencia de género. En efecto, según señala el precepto *“En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género 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.”*²³.

La finalidad del legislador resulta de la necesidad de proteger a las víctimas de violencia de género que pueden haberse encontrado en la situación de renunciar a la pensión compensatoria, para priorizar el cese de la convivencia y de la violencia. El legislador no quiso extender la exigencia de la pensión compensatoria a las víctimas de violencia de género, no exigiéndoles la compensación del desequilibrio económico que se establece para el resto de beneficiarias. De este modo, para aquellas situaciones de violencia de género, existentes en el momento de la separación o divorcio, aunque no exista pensión compensatoria, se permite el acceso a la pensión de viudedad, siempre que se acredite la situación de violencia²⁴. De manera que el legislador ha optado claramente por entender que no debe condicionarse la obtención del derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género a la necesidad de haber sido reconocidas como beneficiarias de la pensión compensatoria, por tanto, de la situación de necesidad económica vinculada²⁵. Así, aunque la viuda haya renunciado a la pensión compensatoria se permite el acceso a la pensión de viudedad por su condición de víctima persiguiendo no dejar desprotegida a la mujer víctima de violencia de género²⁶.

Además, el precepto utiliza la expresión “en todo caso”, por lo que entiende el TS que la expresión inclina a pensar que la exención del requisito de pensión compensatoria actúa siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género. Cuando el legislador utiliza la expresión “en todo caso” la exención del requisito ha de actuar siempre y en toda hipótesis a favor de las víctimas de violencia de género, incluyendo los supuestos de pensiones compensatorias reconocidas con carácter temporal como las

²³ Por su parte la Disposición transitoria decimotercera del nuevo texto de la LGSS mantiene la norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

²⁴ Sobre la cuestión, SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género; de la denegación judicial a la nueva regulación legal”, citado.

²⁵ Véase SELMA PENALVA, Alejandra, “La incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, en *Actualidad Laboral*, nº 18, 2011.

²⁶ STS de 5 de febrero de 2013 (RJ 2013/2860). También SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género; de la denegación judicial a la nueva regulación legal”, citado, p. 9/12.

que fueron indefinidas pero se extinguieron por causa legal (STSJ Cataluña de 13 de noviembre de 2014). En efecto, el TS se ha pronunciado sobre la exención del requisito de pensión compensatoria con ocasión de los supuestos de reconocimiento de pensiones compensatorias de carácter temporal, entendiéndose que la exención actúa siempre, tanto si no se ha reconocido pensión compensatoria, como si se hubieran reconocido pensiones compensatorias aunque con carácter temporal o éstas se hubieran extinguido por causa legal²⁷. De acuerdo con ello las pensiones compensatorias reconocidas con carácter temporal o las que lo fueron con carácter indefinido pero se extinguieron por causa legal no impiden el reconocimiento de la pensión de viudedad a las víctimas de violencia de género porque el legislador ha querido otorgar una especial protección a las víctimas y dispensarlas siempre de la exigencia de pensión compensatoria (STS de 5 de febrero de 2013, RCU 929/2912²⁸). La protección que se dispensa a las víctimas de violencia de género resulta incondicionada (STSJ de Castilla y León-Burgos, de 22 de abril de 2015), debiendo añadirse el aforismo de que “donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete”, máxime cuando se trata de restringir derechos, como ha señalado el Tribunal Supremo (STS de 26 de noviembre de 2008, entre otras).

Las razones que permiten al TS acoger esta tesis son las siguientes: a. la rotundidad del mandato legal; b. las dificultades casuísticas que pueden presentarse podían haber movido al legislador a optar por un pronunciamiento general de inexigibilidad del requisito con la contundencia literal con que lo hizo; c. donde la ley no distingue no debe distinguir el intérprete, y d. dados los términos en que la norma está expresada, la interpretación finalista implicaría un desarrollo de la norma que no corresponde al poder judicial²⁹.

4. La acreditación de la violencia de género para la exclusión del requisito de la pensión compensatoria: la interpretación de los Tribunales del Orden Social

Pues bien, como señala el art. 220 de la LGSS sólo quedan exentas de la exigencia de pensión compensatoria las mujeres que acrediten su condición de víctimas de violencia de género, y esta acreditación puede realizarse:

²⁷ STS de 5 de febrero de 2013 (RCUD 929/2012). En este supuesto se produjo la separación alegando como causa la situación mantenida de insultos y amenazas, y esporádicamente agresiones físicas, estableciéndose pensión compensatoria por término de tres años. Posteriormente reanudaron la convivencia, que finalizó nuevamente por denuncia por malos tratos, insultos y amenazas. El INSS le deniega el reconocimiento de la prestación por haber transcurrido más de diez años desde la fecha de la separación y el fallecimiento del causante. La demanda fue estimada por el Juzgado de lo Social número 2 de Gijón, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias (STSJ Asturias de 3 de febrero de 2012) y desestimado nuevamente el recurso del INSS por el Tribunal Supremo.

²⁸ La STS señalada pone de manifiesto la falta de inclusión en la Exposición de Motivos de la Ley 26/2009 de las razones por las que el legislador introduce la modificación del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, dispensando del requisito de la pensión compensatoria para las víctimas de violencia de género en el momento de la ruptura matrimonial, razón por la que no puede contarse con ese componente interpretativo.

²⁹ Como recoge la STS de 5 de febrero de 2013, RCU 929/2912.

- *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.*

Las dos primeras previsiones derivan claramente de las previsiones del artículo 23 de la LO 1/2004: la exigencia de acreditación queda así cumplida mediante medios probatorios de la violencia de género habituales, como la sentencia firme³⁰, el archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, la orden de protección dictada a su favor o el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género; pero también mediante una fórmula abierta relativa a *cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*. Esta última previsión es la que amplía considerablemente las posibilidades de acreditación de la condición de víctima de violencia de género, y su incorporación resulta lógica dada la dificultad de acreditar los supuestos de violencia previos a las previsiones legislativas de protección de las víctimas. Pues bien, la STS de 20 de enero de 2016, RCUUD 3106/2014, introduce un análisis de los presupuestos necesarios para que opere la vía excepcional del art. 172.2 de la LGSS (hoy art. 220), entendiéndose que son tres los datos que deben concurrir para que surja la pensión de viudedad: *“Elemento instrumental: acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos. Elemento material: ser víctima de violencia de su ex pareja. Elemento cronológico: que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio³¹.”* En este sentido, añade la Sentencia, *“en los supuestos de separación o divorcio anteriores a la LO 1/2004 la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, sin que ello suponga que estamos, ante un medio de prueba plena sino que ha de contextualizarse con el resto de la crónica judicial de lo acaecido”*.

La exigencia de los requisitos objetivos señalados por el Tribunal Supremo, debe acompañarse de la imprescindible dimensión de género para la resolución de las cuestiones litigiosas³², según la cual en los casos en que se involucren relaciones asimétricas, prejuicios y patrones estereotípicos por razón de género, debe aplicarse en

³⁰ Por ejemplo de un delito de maltrato en el ámbito familiar y por una falta de vejaciones, con orden de protección, como en el supuesto analizado en la STS de 27 de junio de 2017 (RCUD 3803/2015).

³¹ Elemento que, en caso de ausencia –por no acreditarse la situación de violencia al tiempo de producirse la separación–, debe conducir a desestimar la petición de exención del requisito de la pensión compensatoria para el acceso a la pensión de viudedad (STSJ Andalucía- Granada de 23 de febrero de 2017). También la STSJ Galicia de 14 de marzo de 2017 (Rº 4600/2016), en que la violencia se produce tres años después de la separación de hecho y seis meses antes de la separación judicial, entendiéndose el Tribunal que lo que se produjo fue una disputa o discusión por cuestiones económicas y no una situación de violencia de género.

³² Así lo recuerda acertadamente la STSJ de Islas Canarias-Las Palmas, de 7 de marzo de 2017, Rº 1027/2016.

la impartición de justicia una metodología de análisis que integre la perspectiva de género. Así lo recoge el artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual “*La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas*”. La norma contenida en la LGSS debe interpretarse de forma conjunta con la LO 1/2004 y la LO 3/2007, para superar los efectos perversos de una aplicación indiscriminada de las exigencias legales³³

La aplicación del procedimiento flexible de acreditación de la violencia de género dispuesta en el actual artículo 220 de la LGSS ha conducido a que se admitan judicialmente como medios de prueba los siguientes: un certificado del Servicio Territorial de Sanidad (STS 21 de diciembre de 2010, RCUUD 1245/2010); procedimientos penales iniciados por denuncias o amenazas reiteradas, antes y con posterioridad a la separación (STS 26 de enero de 2011, RCUUD 4587/2009); actuaciones penales de la actora contra su esposo, en que sin condena por violencia de género, sí constan coacciones, insultos y amenazas previas a la separación o divorcio, así como una condena posterior con medida cautelar de alejamiento, que acreditan violencia incipiente pero real en el momento de la separación (STS 30 de mayo de 2011, RCUUD 2598/2010); denuncias por malos tratos presentadas pero posteriormente archivadas por sentencia con absolución del denunciado, por no comparecencia de la denunciante (STS 19 julio de 2012, RCUUD 3671/2011, o STSJ Comunidad Valenciana de 8 de marzo de 2017, R° 1169/2016, entre otras), aunque también en sentido contrario, por no entenderse probada la condición de víctima de violencia de género, ya que aunque la viuda presentó tres denuncias contra su cónyuge, consta su absolución por falta de asistencia a juicio de la demandante (STSJ Cataluña de 2 de octubre de 2015)³⁴; resoluciones administrativas dictadas a propósito de la solicitud de incorporación al Programa de Renta Activa de Inserción y convocatoria a empresas (STS 29 abril de 2015, RCUUD 3082/2013); procedencia de la pensión con exoneración de la existencia de pensión compensatoria por acreditarse que la separación eclesiástica se produjo por la causa canónica de sevicias, conforme al Canon 1131 (STSJ de Castilla y León-Burgos, de 22 de abril de 2015); admisión como prueba de la existencia de violencia de género la declaración en documento privado del exmarido fallecido, reconociendo su carácter violento y la existencia de agresiones junto con ficha de asistencia en “Centro asesor de la mujer” (STSJ Madrid de 17 de noviembre de 2014); existencia de denuncia por malos tratos y amenazas, presentada en la policía, coincidentes con cambio de

³³ GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “Pensión compensatoria y pensión de viudedad (Relación entre ambas prestaciones tras la reforma del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social”, en Diario La Ley nº 7214, 2009, p. 17 de 19.

³⁴ Aunque a este respecto la STS de 20 de enero de 2016 (RCUD 3106/2014) señala que en supuestos de fallo absolutorio por no formular acusación en la comparecencia judicial, no es que se declaren inexistentes los hechos denunciados, ni considerada falsa la denuncia o indemostrada, por lo que el panorama indiciario de violencia permanece, como si la sentencia absolutoria no existiera, posee un valor neutro (FJ° 4).

domicilio e inicio de trámites de separación, así como tratamiento psicológico de hijo (STSJ de Castilla y León-Valladolid, de 23 de febrero de 2016); y a no admitirse el valor probatorio de la prueba testifical, dado que se trata de un testigo que mantenía una amistad íntima con la demandante por lo que cabe plantear su imparcialidad, constando que no presencié ningún acto de violencia física ni acreditó tiempo ni forma de la violencia psíquica (STSJ Andalucía-Granada de 23 de febrero de 2017); incluso la situación de violencia sobre el hijo, que pone de manifiesto la existencia de una situación conflictiva entre los esposos, junto con otros indicios de maltrato (STSJ Castilla y León-Burgos, de 5 de mayo de 2016 (R° 217/2016)

Pues bien, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse nuevamente sobre la especial relación entre la pensión de viudedad y la violencia de género, en la Sentencia de 26 de septiembre de 2017, que resuelve el RCU 2445/2015 interpuesto contra la sentencia dictada por el TSJ de Cataluña de 28 de abril de 2015, que resolvió recurso interpuesto contra la sentencia dictada por el JS núm. 1 de Tarragona.

La STSJ de Cataluña de 28 de abril de 2015 había llegado a la conclusión de que la violencia de género no había sido acreditada, constando únicamente que se había presentado denuncia por posible caso de violencia de género ante la Policía Local sin que constase la instrucción de procedimiento penal; lo que consideró insuficiente para considerar acreditada la violencia de género durante la situación conyugal. Como contraste la STSJ de Canarias-Las Palmas de 30 de septiembre de 2014 consideró a estos efectos acreditada la violencia de género con una simple denuncia por malos tratos ocurrida constante matrimonio. La diferencia entre ambas resoluciones resulta innegable, sin justificarse la misma suficientemente en el hecho de que en un caso la denuncia por malos tratos se interpone durante la vida conyugal mientras que en el otro se formula ocho meses después de la separación judicial. El Tribunal Supremo, en esta Sentencia de 26 de septiembre de 2017, entiende concurrente la contradicción sobre la base de que ambas habían sido objeto de malos tratos a la fecha de la ruptura conyugal (Fundamento de Derecho Tercero) y las Sentencias de los TSJ de Cataluña y Canarias-Las Palmas alcanzan conclusiones contradictorias, reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en un caso y negándola en el otro.

Pues bien, el Tribunal Supremo entrando en el fondo del recurso estima probado que la recurrente había sufrido “amenazas e insultos... mientras estuvo vigente la relación marital, así como tras el cese de la convivencia conyugal...”, por lo que entiende que concurre el único requisito que se cuestiona, la causa de exención de la pensión compensatoria, introducida en el art. 174.2 de la LGSS por la Disposición Final Catorce de la Ley 26/2009. Es decir, estima probado que estamos ante una víctima de violencia de género de acuerdo con la definición de la LO 1/2004, en los términos que se han puesto de manifiesto al inicio de este comentario.

En definitiva, el Tribunal interpreta de forma adecuada la ley, estimando probada la violencia de género ya que, a los efectos de acceso a la exención del requisito de la

pensión compensatoria en estos supuestos, resulta suficiente acreditar ésta por cualquier medio admitido en derecho, sin ser exigible la existencia de sentencia firme, orden de alejamiento o informe del ministerio fiscal. En definitiva el Tribunal Supremo efectúa una interpretación del requisito de acreditación que trata de responder al mandato legal y atender a su finalidad, tomando en consideración la rotundidad de los términos (“en todo caso”), considerando suficiente la concurrencia de denuncias, procedimientos penales iniciados, documentos administrativos, testimonios... que acrediten la existencia de malos tratos al menos en la fecha de ruptura de la convivencia conyugal, único requisito que se constituye por sí solo en causa de exención de pensión compensatoria, que en la actualidad se recoge en el art. 220 de la vigente LGSS.

5. BIBLIOGRAFÍA

AÑÓN ROIG, M^a José, “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, número 33 (2016).

AÑÓN ROIG, M^a José, en AAVV, (Dir. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena) *La prevención y erradicación de la violencia de género. Un estudio multidisciplinar y forense*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012.

AÑÓN ROIG/MESTRE i MESTRE, “Violencia sobre las mujeres: discriminación, subordinación y Derecho”, en AAVV, coord. BOIX REIG/MARTÍNEZ GARCIA, *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*, Iustel, Madrid, 2005.

CABRERA MERCADO/CARAZO LIÉBANA, Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género, Ministerio de Igualdad, Subdirección General de Cooperación y Relaciones Institucionales, n^o 5 Colección Contra la Violencia de Género, Documentos, Madrid, 2010.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana M^a, “Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica, n^o 1/2005.

FRAGUAS MADURGA, Lourdes, “El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, n^o 188/2016.

GARCÍA NINET, J. Ignacio, “Medidas laborales y de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (Consideraciones previas)”, en *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N^o 169, 2005.

GARCIA TESTAL, Elena, *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

GONZÁLEZ DEL POZO, Juan Pablo, “Pensión compensatoria y pensión de viudedad (Relación entre ambas prestaciones tras la reforma del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social)”, en *Diario La Ley* nº 7214, 2009.

MELLA MÉNDEZ, Lourdes, “La política autonómica gallega sobre violencia de género: perspectiva laboral” en AAVV, *Violencia de género y derecho del trabajo, Estudios Actuales sobre puntos críticos*, (Dir. L. MELLA MÉNDEZ), editorial La Ley, Madrid, 2012.

PEREZ ALONSO, M^a Antonia, “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 21/2009.

SELMA PENALVA, Alejandra, “La incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, en *Actualidad Laboral*, nº 18, 2011.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí, “Pensión de viudedad para ex cónyuges víctimas de violencia de género; de la denegación judicial a la nueva regulación legal”, en *Aranzadi Social*, nº 4/2010.

UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena, “El cambio de criterio tras la Ley 40/2007 MMSS: presupuestos de acceso a la pensión de viudedad”, en *Cuadernos de Aranzadi Civil, Crisis matrimoniales y pensión de viudedad*, BIB 2012/586, enero de 2012.