

# JUSTICIA EN CLAVE FEMINISTA

Reflexiones en torno a la inserción de la  
perspectiva de género en el ámbito judicial

DIRECTORAS  
Goizeder Otazua Zabala  
Ander Gutiérrez-Solana Journoud



eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea

## *Justicia en clave feminista*

Reflexiones en torno a la inserción  
de la perspectiva de género en el ámbito judicial

CIP. Biblioteca Universitaria

**Justicia** en clave feminista [Recurso electrónico]: reflexiones en torno a la inserción de la perspectiva de género en el ámbito judicial / Goizeder Otazua Zabala, Ander Gutiérrez-Solana Journoud (eds.). – Datos. – Bilbao : Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, Argitalpen Zerbitzua = Servicio Editorial, [2021]. – 1 recurso en línea : PDF (200 p.)

Modo de acceso: World Wide Web.

ISBN. 978-84-1319-315-1.

1. Justicia. 2. Feminismo y derecho. 3. Igualdad. 4. Mujeres – Violencia con. I. Otazua Zabala, Goizeder, ed. II. Gutiérrez-Solana Journoud, Ander, ed.

(0.034)34:396

(0.034)396:34

Dirección:

Goizeder Otazua Zabala

Ander Gutiérrez-Solana Journoud

Redacción:

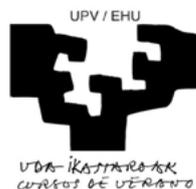
Irene Ayala Cadiñanos

Irantzu Beriain Flores

Katixa Etxebarria Estankona

Leire Imaz Zubiaur

Iker Zirion Landaluze



© Servicio de Publicaciones de la Universidad del País Vasco  
Euskal Herriko Unibertsitateko Argitalpen Zerbitzua

ISBN: 978-84-1319-315-1

---

# Índice

<b>Capítulo I. Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad</b> <i>Ander Gutiérrez-Solana Journoud. Profesor de Derecho Internacional Público UPV/EHU;</i> <i>Goizeder Otazua Zabala. Profesora de Derecho Procesal UPV/EHU . . . . .</i>	5
<b>Capítulo II. Retos y logros en la incorporación de la perspectiva de género a la justicia. Análisis de sentencias judiciales de los años 2018 y 2019</b> <i>María Ángeles Jaime de Pablo. Abogada, Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis</i>	15
<b>Capítulo III. El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales</b> <i>Rosario Serra Cristóbal. Catedrática de Derecho Constitucional, Universidad de Valencia . . . . .</i>	33
<b>Capítulo IV. La Manada y la interpretación patriarcal del derecho. Lecciones para el futuro</b> <i>Carla Vallejo Torres. Magistrada y Viceconsejera de Justicia del Gobierno de Canarias. . . . .</i>	53
<b>Capítulo V. La introducción de la interseccionalidad en el derecho con especial referencia a la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres</b> <i>Maggy Barrère Unzueta. Catedrática de Filosofía del Derecho UPV/EHU. . . . .</i>	59
<b>Capítulo VI. La ratificación por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Entre el <i>desideratum</i> y la realidad</b> <i>Lucía Avilés Palacios. Magistrada. Socia fundadora de la Asociación de Mujeres Juezas de España . . .</i>	80
<b>Capítulo VII. ¿Sentencias con perspectiva de género? Así no, gracias</b> <i>Miren Ortubay Fuentes. Profesora de Derecho Penal UPV/EHU. . . . .</i>	122
<b>Capítulo VIII. Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal</b> <i>Adela Asua Batarrita. Catedrática emérita de Derecho Penal UPV/EHU. . . . .</i>	155

Capítulo IX. <b>Algunas reflexiones sobre el dictamen del Comité de la CEDAW en el caso «Ángela González Carreño»</b> <i>Iker Zirion Landaluze. Profesor de Derecho Internacional Público UPV/EHU. . . . .</i>	185
Capítulo X. <b>Las mujeres víctimas de Violencia de Género ante la COVID-19</b> <i>M.<sup>a</sup> Auxiliadora Díaz Velázquez. Magistrada, Miembro del Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial de España . . . .</i>	198

## Capítulo I

---

# Introducción. Justicia en clave feminista: claves para la implementación práctica del principio de igualdad

*Ander Gutiérrez-Solana Journoud<sup>a</sup>, Goizeder Otazua Zabala<sup>b</sup>*

<sup>a</sup> Profesor de Derecho Internacional Público UPV/EHU

<sup>b</sup> Profesora de Derecho Procesal UPV/EHU

### 1. Justicia en clave feminista

La concatenación de decisiones judiciales polémicas, que han profundizado la desigualdad material de las mujeres y debilitado la igualdad formal, ha sido calificada como muestra de una justicia patriarcal. En un momento de gran y necesaria movilización feminista se han potenciado debates sobre cuáles son las obligaciones del Poder Judicial: remover las causas de desigualdad material, por un lado, o aplicar el derecho sin atender al contexto cultural, político, económico y social originariamente desigual, por otro.

En este sentido, la implementación de la perspectiva de género a la hora de afrontar asuntos en los que una mujer se vea afectada por el hecho de serlo se ha propuesto como una posible solución a la impartición de la justicia. Sin embargo, es necesario aún sistematizar este proceso, consolidarlo metodológicamente y explicar la necesidad del mismo.

Solo una judicatura formada en género podrá detectar y resolver las cuestiones que suponen discriminación, por ser mujer o por serlo en conexión con otras causas de discriminación, convirtiendo a los agentes jurídicos en aliados en la lucha por la igualdad real de mujeres y hombres. Los debates y reflexiones en el ámbito jurídico, entre agentes de justicia, juristas y movimientos sociales vinculados al feminismo, son necesarios para afrontar un reto inexcusable: la impartición de justicia, con una estricta aplicación

del principio de igualdad, a saber, con un tratamiento que diferencia las situaciones originalmente diferentes tal y como ha formulado y consolidado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en numerosas ocasiones. Así, para el alto tribunal europeo, el principio de igualdad y no discriminación necesita que «situaciones comparables no sean tratadas de manera diferente y situaciones diferentes no sean abordadas de la misma manera, salvo justificación objetiva»<sup>1</sup>.

El feminismo, como propuesta teórica que se sustenta sobre la reclamación de igualdad formal y material de mujeres y hombres, es un constructo teórico que solo puede incorporarse a la acción judicial como apoyo estructural y transversal, en cumplimiento de las diferentes normas sustantivas, internacionales, europeas, estatales y autonómicas que enuncian el principio de igualdad. Así, tanto los diferentes instrumentos internacionales de Derechos Humanos, como los Pactos de 1966, la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW en inglés), el Protocolo de Estambul, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), los tratados originarios de la UE, el artículo 14 de la Constitución española y las diferentes leyes de igualdad estatal y autonómicas han consolidado esta necesidad como un objetivo prioritario de nuestras sociedades. Pero, ¿es esta obligación correctamente implementada en sede judicial? Si los tribunales de justicia ignoran la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, ¿están implementando una justicia patriarcal y, por ende, «injusta» y desigual?

## 2. El patriarcado y el derecho patriarcal

El punto de inicio de esta obra que aquí se presenta es la desigualdad intrínseca que vivimos en nuestras «sociedades del bienestar». Vivimos bajo un patriarcado (neo)liberal que se expande de manera estructural y construye las relaciones de poder, tanto en clave de reparto de riqueza y de clase social como, en lo que aquí nos ocupa, respecto a los roles y oportunidades de mujeres y hombres. El acceso al bienestar, las consecuencias y condiciones de esta megaestructura para cada persona no son iguales, sino que parten de una desigualdad originaria<sup>2</sup>.

En este sentido, y desde una perspectiva más jurídica, es lícito y necesario cuestionarse si existe igualdad en la legislación y normativa aplicable a mujeres y hombres, si el derecho, en suma, es una expresión del sistema patriarcal o un remedio al mismo y si su aplicación atiende al principio de igualdad o, por el contrario, se deja llevar por las mecánicas automáticas consolidando la desigualdad preexistente y definitiva de nuestras sociedades. Naturalmente, las respuestas son variadas y no monolíticas, si pretendemos profundizar en cada una de las preguntas. Ahora bien, es posible, y urgente, despejar brevemente ciertas dudas terminológicas y prácticas.

---

<sup>1</sup> *Vid.*, por ejemplo: Sentencia TJUE, *Advocaten voor de Wereld VZW vs Leden van de Ministerraad*, Caso C-303-05, par. 56.

<sup>2</sup> Goikoetxea, Jule *et al.*, *Euskal Demokrazia Patriarkala*, Elkar, Donostia, 2020.

## 2.1. La igualdad formal y la desigualdad material

Sin duda, tanto en diferentes ordenamientos internos como en parte del *corpus* jurídico internacional, la igualdad entre mujeres y hombres se ha elevado a la categoría de principio inexcusable. Así, como decíamos, encontramos menciones a esta igualdad formal en instrumentos internacionales como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su artículo 23, en el artículo 14 del CEDH, en la propia Constitución española o en algunos estatutos de autonomía (aunque no en el vasco, curiosamente). Desde una perspectiva únicamente iuspositivista, podríamos afirmar que la multiplicación de formulaciones contra la discriminación y en pos de la igualdad (genéricas o mencionando expresamente la relación entre hombres y mujeres) ya sería suficiente para construir un marco jurídico, un Derecho en definitiva, que garantice el pleno disfrute de todos los derechos, por igual, a todas las personas, a todas las mujeres y a todos los hombres.

La realidad empírica, sin embargo, se empeña en desmontar esta premisa dado que estos enunciados, necesarios y ambiciosos algunos, no suponen en la práctica la extensión o consolidación de unas relaciones iguales y unas oportunidades semejantes a hombres y mujeres. La estructura de desigualdad original no varía automáticamente por artículos, normas o legislaciones igualitaristas. No tenemos espacio aquí para profundizar en cada una de estas normativas que se construyen de manera indistinta como principios o derechos, siendo solo los últimos los exigibles universalmente y los primeros exclusivamente ante las autoridades<sup>3</sup>.

De esta manera, y pese a esfuerzos normativos notables, las desigualdades materiales han superado los límites marcados por la igualdad formal obligando a las instituciones a reconocer que las normas no garantizan el desmantelamiento de la desigualdad estructural<sup>4</sup> sino que, paradójicamente, la consecución de unas condiciones materiales de igualdad requieren de actitud proactiva por parte de las instituciones públicas, incluyendo a los tribunales. La desaparición de las discriminaciones directas y enraizadas en la legislación no conlleva el surgimiento de unas relaciones de igualdad de género, menos aún si las políticas públicas tienden a confundir acceso a la igualdad con igualdad de trato, pero no de derechos<sup>5</sup>.

## 2.2. El derecho patriarcal

El movimiento feminista ha protagonizado grandes movilizaciones sociales exigiendo el fin de la estructura jurídica patriarcal. En este sentido, si el patriarcado es un sistema

---

<sup>3</sup> Astola, Jasone. «Artículo 23: Igualdad entre mujeres y hombres: con algunas reflexiones sobre el uso de las palabras y sus consecuencias» en Ordeñana, Ixusko (ed.), *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento español*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, p. 402.

<sup>4</sup> Jacquot, Sophie, *L'égalité au nom du marché ? Émergence et démantèlement de la politique européenne d'égalité entre les hommes et les femmes*. P.I.E. Peter Lang, Bruselas, 2014, pp. 131-132 y Kantola, Johanna, *Gender and the European Union*, Palgrave Macmillan, Hampshire, 2010.

<sup>5</sup> Astola, Jasone, *op. cit.*, p. 410.

de dominación y dependencia en términos de género y clase<sup>6</sup>, con capacidad de marcar la vida de mujeres y hombres mediante diferentes formas de violencia sobre las mujeres y, dado que es una estructura consolidada de relaciones de poder, difícilmente podemos hablar del derecho, de los ordenamientos jurídicos, como neutros en términos de género.

En efecto, el derecho, las normas, tienen la extraordinaria capacidad de impulsar avances en la humanidad y en las relaciones y derechos de mujeres y hombres<sup>7</sup>, pero no se aplican y extienden en el vacío, en laboratorios o espacios libres de interferencias. Al contrario, las normas y su aplicación son precisamente el campo de juego para la opresión sobre las mujeres<sup>8</sup>. En efecto, la falsa y liberal construcción jurídica de que hombres y mujeres somos, también ante el derecho, iguales, cuando cobramos diferente, sufrimos violencias de manera desproporcionada y casi unidireccionalmente, gestionamos los cuidados con grados de reparto en la responsabilidad perversos o somos analizadas/os por la sociedad y el derecho de manera inequívocamente desigual, solo supone una consolidación de la estructura patriarcal.

Un derecho despatriarcalizado, en el sentido de implementar procesos de empoderamiento, autonomía y bienestar por parte de las mujeres<sup>9</sup>, implica negar la neutralidad de género del régimen legal liberal<sup>10</sup>. En este sentido, para Conaghan<sup>11</sup>, «centrar la atención en el diferente impacto de normas y prácticas aparentemente neutras desde un punto de vista de género, ha motivado el cultivo de diferentes movimientos analíticos» en el campo de la investigación jurídica.

Existe un derecho androcéntrico que organiza la sociedad con el hombre como sujeto de derechos y la mujer con la aspiración de lograr una situación similar a la del hombre. Así, la igualdad entre todas las personas se da cuando «persona» es sinónimo de hombre<sup>12</sup>. Un derecho patriarcal implica un derecho ciego a las diferencias materiales de género; erróneo por partir de una base equivocada, la igualdad original entre mujeres y hombres; inmune a la percepción diferenciada de las normas y su aplicación entre mujeres y hombres; y obtuso en cuanto a su interpretación no lineal.

---

<sup>6</sup> Goikoetxea, Jule *et al.*, *op. cit.*, p. 197.

<sup>7</sup> *Vid.* Charlesworth, Hilary, «Talking to Ourselves? Feminist Scholarship in International Law» en Sari Kuovo y Zoe Pearson (eds.), *Feminist Perspectives on Contemporary International Law*, Hart Publishing, Oñati, pp. 17-33 y Preciado, Carlos H., *Igualdad y no discriminación en el derecho de la Unión Europea*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2016.

<sup>8</sup> Nicolás, Gemma, «Feminismos, concepto sexo-género y Derecho» en Ana Sánchez y Nuria Pumar (eds.), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ube, Barcelona, 2013, pp. 28-31.

<sup>9</sup> Goikoetxea, Jule *et al.*, *op. cit.*, p. 9.

<sup>10</sup> Salazar, Octavio, «La igualdad de género como fundamento y límite de una democracia intercultural» en Luis Rodríguez y Rafael Roldán (eds.), *Relaciones interculturales en la diversidad*, Universidad de Córdoba-Cátedra Intercultural, Córdoba, 2013.

<sup>11</sup> Conaghan, Joanne, «Labour Law and Feminist Method», *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, Vol. 33, n.º 1, 2017, p. 101.

<sup>12</sup> Nicolás, Gemma, *op. cit.*

### 2.3. La justicia patriarcal

Si existe un derecho patriarcal, centrado en torno a las necesidades y prioridades de los hombres, parece evidente concluir que es factible una aplicación patriarcal del mismo. La justicia patriarcal es, por definición, indiferente a la desigualdad estructural de género<sup>13</sup>. Simplemente, la ignora.

Ya ha quedado claro que el derecho no es neutro, tiene género, y es masculino<sup>14</sup>. Por tanto, una justicia patriarcal refuerza esta dinámica al ignorar la vivencia propia de las mujeres, la situación original a la que se enfrentan simplemente por el hecho de serlo<sup>15</sup>. La añoranza de una igualdad originaria no es sino un sueño ajeno a cualquier dato empírico. El género, como la raza, la clase social o la religión marcan nuestra vida, fijan cómo se nos aplica el derecho y dibujan cómo lo experimentamos. Las discriminaciones son diferentes, pueden ser múltiples aunque originadas en un mismo acto o incluso interseccionar varias causas de discriminación<sup>16</sup>. El género es un «estratificador social y, en este sentido, es igual que otros estratificadores como la raza, la clase, la etnia, la sexualidad o la edad. Nos ayuda a entender la construcción social de las relaciones de género y la estructura desigual de poder que subraya las relaciones entre los sexos»<sup>17</sup>. Cualquier impartición de justicia ignorante de esta realidad es una justicia no igualitaria.

De esta manera, la impartición de una justicia patriarcal es, por definición, contraria a los principios de igualdad y no discriminación enunciados en ordenamientos internacionales, estatales y autonómicos. Implica, para las víctimas mujeres, una revictimización al ignorar e invisibilizar sus propias circunstancias, al igualar artificialmente sus vivencias a las de los hombres.

Solo una justicia impasible ante estas dinámicas se pregunta si la víctima de la llamada Manada (violación colectiva a una menor paralizada cometida por cinco hombres adultos) sufrió violencia (al margen de ignorar el vinculante y directamente aplicable artículo 3.a del denominado Convenio de Estambul<sup>18</sup>); se cuestiona qué tipo de penetra-

---

<sup>13</sup> Baldi, Giorgia, «Re-conceptualizing Equality in the Work Place: A Reading of the Latest CJEU's Opinions over the Practice of Veiling», *Oxford Journal of Law and Religion*, n.º 7(2), 2018, pp. 296-312.

<sup>14</sup> Poyatos, Gloria, «El Derecho tiene género, y no es el femenino», *Huffington Post*, 4 de julio de 2019, [https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino\\_es\\_5d1cd5d3e4b0f312567db90a](https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino_es_5d1cd5d3e4b0f312567db90a) (última visita 21 de diciembre de 2020).

<sup>15</sup> Fileborn, Bianca y Fiona Vera-Gray, ««I want to be Able to Walk the Street Without Fear»: Transforming Justice for Street Harassment», *Feminist Legal Studies*, Vol. 25, 2017, pp. 203-227.

<sup>16</sup> Crenshaw, Kimberlé, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, University of Chicago Legal Forum, Chicago, 1989.

<sup>17</sup> UN, *World Survey on the Role of Women in Development: Globalization, Gender and Work*, Informe del secretario general a la Asamblea General ONU, A/54/227, Naciones Unidas, New York, 1999, p. 7, párrafo 17.

<sup>18</sup> Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, art. 3.a: «Por «violencia contra las mujeres» se deberá entender una

ciones, y por tanto cuáles no, son constitutivas del crimen internacional de violación en conflicto armado<sup>19</sup>; cuestiona las intenciones de una madre que pide protección para su hija frente a su expareja agresor<sup>20</sup>; o ignora la situación de la madre biológica, como hace el TEDH, de los menores víctimas del trato comercial bajo la práctica de la denominada «gestación subrogada»<sup>21</sup>.

### 3. La justicia en clave feminista como obligación jurídica

Frente a dicha justicia existe, cómo no, una justicia que cumple con el objetivo de desmontar las estructuras de desigualdad de género y las corrige. Pero esta acción de los tribunales no puede observarse como una cuestión voluntariosa o volitiva. La aplicación de una perspectiva feminista, a saber, la incorporación de un enfoque de género a cualquier asunto que afecte a mujeres por el hecho de serlo, es una obligación jurídica para los órganos judiciales.

En efecto, en el ámbito de la Unión Europea (UE), por ejemplo, el art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la UE indica que todas las instituciones de la organización deben eliminar todas las desigualdades entre hombres y mujeres mientras promueven la igualdad. Es evidente que el TJUE, en tanto en cuanto institución de la propia Unión, son directamente interpelados por este precepto de obligado cumplimiento. No es posible considerar este artículo como una simple recomendación sino que es una instrucción concreta, específica, que exige una «actitud proactiva»<sup>22</sup>.

Esta idea ya aparece, esta vez sí con carácter recomendatorio para todos los Estados, en la Resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECO-SOC) cuando indica que todo el sistema de la ONU debe implementar la perspectiva de género para analizar el impacto de sus políticas tanto en hombres como en mujeres<sup>23</sup>.

---

violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada».

<sup>19</sup> TPIY, Sentencia *Fiscal vs Anto Furundžija*, (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.

<sup>20</sup> Ver capítulo de Iker Zirion «Algunas reflexiones sobre el Dictamen del Comité de la CEDAW en el caso Ángela González Carreño» en esta misma obra.

<sup>21</sup> Lazkoz, Guillermo y Gutiérrez-Solana, Ander, «La invisible situación jurídica de las mujeres para el TEDH ante la maternidad subrogada en la primera opinión consultiva del Protocolo n.º 16», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 11, n.º 2, 2019, pp. 673-692. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5012>

<sup>22</sup> Kantola, Johanna, *op. cit.*

<sup>23</sup> ECOSOC, A/52/3, 18 de septiembre de 1997, «Coordination of the Policies and Activities of the Specialized Agencies and Other Bodies of the United Nations System», capítulo IV, I (A).

Esta justicia con perspectiva de género, precisamente, garantiza la aplicación del derecho en igualdad, despojando al derecho de sus componentes patriarcales originarios y, por tanto, siguiendo la definición de igualdad del propio TJUE que, como se ha comentado, ha reclamado en multitud de ocasiones que la justicia para ser igual debe partir de la realidad desigual.

Esta obligación aparece igualmente en el ordenamiento jurídico español, y sus tribunales, lejos de poder considerarlo como una opción cuasi ideológica tienen un «mandato normativizado» para implementarlo<sup>24</sup>. Así, el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres estipula que «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». No existe interpretación posible realizada de buena fe que niegue ni la obligatoriedad de este precepto para todos los tribunales españoles ni la insistencia en su redacción de que la aplicación de normas remueva las causas de desigualdad entre mujeres y hombres.

Precisamente, la incorporación de esta perspectiva de género al ámbito jurisdiccional permite a los poderes públicos eliminar cualquier obstáculo material, una vez superados los formales, para avanzar hacia la consecución de la igualdad de género<sup>25</sup>, obligación, por otra parte, vigente para todos los Estados firmantes de la CEDAW, que en su artículo 15 exige a los Estados parte a garantizar igualdad ante la ley a mujeres y hombres así como a recibir un mismo trato.

Para la magistrada Lucia Avilés, de la Asociación de Mujeres Juezas, «la mirada o, si se prefiere, la perspectiva de género pretende la deconstrucción de lo jurídico para la plena realización del principio de igualdad y no discriminación. Permite constatar con argumentos jurídicos que de manera sistemática se ha construido la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las personas, especialmente las de las mujeres, y pretende ser la herramienta de interpretación necesaria (ajustada a la realidad actual según el art. 3 del Código Civil español) para enfocar los conceptos de discriminación y violencia, mostrándonos que son un fenómeno estructural y sistemático y no algo anecdótico entre sujetos socialmente aislados»<sup>26</sup>.

#### 4. La metodología práctica de una justicia en clave de género

El mandato legal para implementar la perspectiva de género en la acción de agentes judiciales y tribunales carece de una metodología clara. Sin embargo, es un comporta-

---

<sup>24</sup> Poyatos, Gloria, *op. cit.*

<sup>25</sup> Yoshida, Keina, «Towards Intersectionality in the European Court of Human Rights: the Case of *B.S v. Spain*», *Feminist Legal Studies*, Vol. 21, pp. 195-204.

<sup>26</sup> Avilés, Lucia, «Juzgar con perspectiva de género. Por qué y para qué», *Tribuna Feminista*, 29 de agosto de 2017.

miento crucial habida cuenta de la propia naturaleza interpretativa del sistema judicial<sup>27</sup>, otorgando a esta interpretación «feminista» carta de interpretación natural y de buena fe.

De manera breve, formularemos aquí una propuesta metodológica, fruto de las acciones judiciales ya iniciadas y de propuestas doctrinales sobre esta cuestión, para afrontar con garantías la inclusión de la perspectiva de género en la impartición de justicia.

En primer lugar, es necesario que juezas, jueces y tribunales sean conscientes de cuándo es necesario incorporar esta perspectiva, cuándo el caso implica especificidades diferentes para hombres o mujeres, cuándo a una mujer se le va a aplicar una norma precisamente por ser percibida como mujer. Para Cahn, este tipo de análisis implica identificar el estilo de interpretación dominante y cuestionar la inevitabilidad y neutralidad de esa visión dominante<sup>28</sup>. Este primer paso es imposible sin una formación adecuada a agentes judiciales<sup>29</sup>, condicionadas/os igualmente por el sistema social patriarcal en el que vivimos<sup>30</sup>.

En segundo lugar, la localización de la normativa, internacional, estatal o local adecuada para afrontar las causas de desigualdad y desenraizarlas. Asimismo, en una suerte de «activismo judicial»<sup>31</sup>, los órganos judiciales deben desplegar técnicas que les acerquen a la realidad de las víctimas como incorporar nociones de discriminación múltiple, interseccionalidad, escucha activa o empatía.

En tercer lugar, ya en el ámbito de la aplicación e interpretación estrictas, una aproximación en clave de género supone aplicar la norma con el objetivo de remover la causa última de desigualdad, detectando las posibles interpretaciones patriarcales que pudieran darse de una aplicación literal y lineal de la norma, para poder descartarlas por ser contrarias a los mandatos normativos superiores. Implica, en suma, incluir la perspectiva feminista a la interpretación de normas porque suponen la plasmación más evidente de la defensa de los Derechos Fundamentales y, por tanto, son parte intrínseca de los principios generales del Derecho<sup>32</sup>. En palabras del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con la magistrada Gloria Poyatos como ponente:

«Del reconocimiento de los derechos humanos a la igualdad y a la no discriminación por razones de género, deriva la impartición de justicia con base en una perspec-

---

<sup>27</sup> La Barbera, Maria Caterina y Cruells, Marta, «Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: *B. S. v. Spain*», *Law and Society*, Vol. 53, n.º 4, 2019, p. 1177.

<sup>28</sup> Cahn, Naomi, «Styles of Lawyering», *Hastings Law Journal*, Vol. 43, 1992, p. 1057.

<sup>29</sup> Vid. Avilés, Lucia, *op. cit.* y Berger, Linda L. *et al.*, «Methods, Impact and Reach of the Global Feminist Judgements Projects», *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 8, n.º 9, 2018, pp. 1215-1223.

<sup>30</sup> Vid. Poyatos, Gloria, *op. cit.* y Brennan, Karen *et al.*, «Women and the Criminal Justice System-Moving beyond the Silo», en Brennan, Karen; Milne, Emma; South, Nigel y Turton Jackie (eds.), *Women and the Criminal Justice System*, Pallgrave-MacMillan, London, 2018, pp. 1-11.

<sup>31</sup> Waele de, Henri y Vleuten, Ann van der, «Judicial Activism in the European Court of Human Rights», *Michigan State Journal of International Law*, Vol. 19, n.º 3, 2011, pp. 639-666.

<sup>32</sup> Hale, Brenda, «A Minority Opinion?», *Proceedings of the British Academy*, Vol. 154, p. 335.

tiva de género. Debe priorizarse el reconocimiento de derechos sustantivos de carácter constitucional frente a consideraciones principalistas e integrar el valor de igualdad de los sexos en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha considerado ese valor, evitando determinados efectos perversos»<sup>33</sup>.

Por último, en esta breve guía metodológica no podemos olvidar a la víctima. En palabras de Avilés, «se ha de identificar a la persona que se encuentra en situación de desigualdad por razón de género y valorar la posible adopción de medidas especiales de protección. Hay que poner especial énfasis a los casos en que además del género confluyan categorías ‘sospechosas’ como por ejemplo, pobreza y/o migración»<sup>34</sup>, afrontando así casos de discriminación múltiple o/y interseccionalidad.

## 5. Presentación de la obra

Sobre estas bases teóricas y preguntas sin respuesta definitiva, en julio de 2019 se organizó el primer Curso de Verano «Justicia en Clave Feminista» por el equipo de estudios de género de la Facultad de Derecho-Sección Bizkaia de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Fruto de aquellos dos días de intensos debates surge esta obra entre muchas de las participantes y organizadoras.

No es esta una obra que resuma aquel curso, o el realizado en 2020, sino que es el proceso de reflexión posterior de cada autora sobre los innumerables temas de debate que surgieron en aquel espacio. Así, no debe leerse como un libro de actas porque gran parte de las autoras han aportado a esta obra temas alternativos, profundización en los ya estudiados, perspectivas nuevas o incluso retos y provocaciones intelectuales. Todos los textos, al margen del formato de ensayo o artículo académico, se encuentran unidos por un mismo hilo invisible: el convencimiento de que la aplicación de una justicia en clave feminista no solo es posible sino que es urgente, necesaria, justa y jurídicamente obligatoria para los tribunales.

El segundo capítulo de esta obra, fruto del estudio de María Ángeles Jaime de Pablo, abogada, presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis, aplica precisamente la perspectiva de género a la que hacíamos referencia en este capítulo para revisar los casos más relevantes de los años 2018 y 2019, identificando carencias, pero reconociendo también algunos de los avances conseguidos.

El tercer capítulo, firmado por Rosario Serra Cristóbal, catedrática de Derecho Constitucional de Universidad de Valencia, hace un repaso a la, tímida aún, aceptación en sede judicial de la noción, imprescindible para implementar la perspectiva de género, de discriminación múltiple.

---

<sup>33</sup> STSJ de Canarias (Sala de lo Social) de 8 de marzo de 2017, Fundamento de Derecho segundo apartado B6.

<sup>34</sup> Avilés, Lucia, *op. cit.*

En la cuarta parte de esta obra colectiva, la magistrada y actual Viceconsejera de Justicia del Gobierno de Canarias, Carla Vallejo Torres, presenta un ensayo que recorre, desde una óptica netamente feminista, los elementos clave del asunto «La Manada», los errores cometidos y la solución ofrecida en última instancia.

La catedrática de Filosofía del Derecho de la UPV/EHU, Maggy Barrère Unzueta, analiza en el quinto capítulo, con precisión, la recepción en el ordenamiento positivo de la cuestión de la interseccionalidad, forma más compleja de abordar la realidad de los sufrimientos cuando la discriminación es más que la suma de varios diferentes.

El sexto capítulo de esta obra es un extenso estudio por parte de la magistrada y Socia fundadora de la Asociación de Mujeres Juezas Lucia Avilés del contenido, la relevancia pasada y futura del Convenio de Estambul contra las violencias a las mujeres y su «posible» ratificación por parte de la UE.

La profesora titular de Derecho Penal de la UPV/EHU Miren Ortubay nos plantea, en el séptimo capítulo de este libro, un reto intelectualmente irrenunciable: cuestionar si lo que hemos considerado hasta ahora justicia en perspectiva de género realmente lo es y si supone un impacto real en la vida de las mujeres.

El octavo capítulo, redactado por la catedrática emérita de Derecho Penal de la UPV/EHU, vicepresidenta emérita del Tribunal Constitucional y consejera permanente del Consejo de Estado, Adela Asua, se adentra en la difícil cuestión del punitivismo frente a la violencia de género, recogiendo el guante al movimiento feminista que ha declarado continuamente que busca justicia y reconocimiento, no aumento de penas, en un estudio de la agravante de género del Código Penal.

El profesor de Derecho Internacional Público de la UPV/EHU y miembro del Instituto Hegoa, Iker Zirion, analiza en el noveno capítulo la acción del Comité de la CEDAW en el caso *Ángela González contra España* y el impacto, inmediato y a futuro, de dicho dictamen en la aplicación del derecho internacional por los tribunales españoles.

Para cerrar esta obra, la magistrada experta en Violencia de Género, M.<sup>a</sup> Auxiliadora Díaz, nos ofrece, breve pero urgentemente, unos datos escalofriantes de lo que ocurre cuando se juntan dos pandemias sobre la misma persona: la violencia de género y la COVID-19.

Por último, nos gustaría agradecer a nuestras compañeras de la Facultad de Derecho (Sección Bizkaia), creadoras y organizadoras de los encuentros anuales «Justicia en Clave Feminista» su arduo trabajo, gran apoyo, interesantes ideas y cariño sin fin. Porque todas ellas también están detrás de esta obra. Eskerrik asko!

Irene Ayala Cadiñanos  
Irantzu Beriain Flores  
Katixa Etxebarria Estankona  
Leire Imaz Zubiaur  
Iker Zirion Landaluze

## Capítulo II

---

# Retos y logros en la incorporación de la perspectiva de género a la justicia. Análisis de sentencias judiciales de los años 2018 y 2019

*María Ángeles Jaime de Pablo*

Abogada. Presidenta de la Asociación de Mujeres Juristas Themis

### 1. Introducción

Los directores del curso «Justicia en Clave Feminista» plantearon a Themis, y a mí como su actual presidenta, el análisis de dos casos ampliamente difundidos en los medios de comunicación y que suscitaron intensos debates más allá del ámbito jurídico, siendo seguidos con el máximo interés por la opinión pública en sus distintos hitos y respectivas resoluciones. Uno de ellos, un asalto sexual en grupo a una joven de 18 años durante las fiestas de San Fermín en Pamplona del año 2016, y el otro, el de una víctima de violencia en el ámbito de la pareja que tras la reconciliación con su cónyuge, condenado en España por un delito de lesiones del artículo 153 del Código Penal, traslada su residencia a Italia, país del de que es nacional él, y cinco años después denuncia en España haber sido objeto de nuevas agresiones en su último país de residencia común, sin que estos hechos sean investigados ni logre evitar la restitución a Italia de sus hijos menores, de nacionalidad española, ni una severa condena de un total de cinco años de prisión por dos delitos de sustracción del artículo 225 bis del Código Penal y además seis años de privación de la patria potestad sobre sus hijos.

Ambos procesos han sido escrutados por el movimiento feminista, que ha protagonizado desde noviembre de 2015 intensas y masivas manifestaciones en las que se clamaba contra la denominada «justicia patriarcal» y se reclamaba como inaplazable la incorporación de la perspectiva de género a la actividad jurisdiccional, al objeto de hacer efectivos

y no retóricos los derechos fundamentales, a la libertad, a la dignidad, a la integridad física y moral, frente a las vulneraciones específicas de estos derechos que padecen las mujeres como colectivo como consecuencia de un orden sociocultural y jurídico que durante siglos ha consagrado su inferioridad y subordinación a los hombres, considerados igualmente como colectivo. Estas agresiones han sido además un instrumento para perpetuar ese sistema de relación y orden social, el sistema patriarcal.

El principio de seguridad jurídica se esgrime para explicar la proverbial lentitud de la Administración de Justicia en su respuesta a las exigencias sociales. Es un lugar común que entre los y las juristas no abundan quienes reman a favor de la igualdad de oportunidades, sino que por el contrario con más frecuencia aparecen como abanderados de la defensa del *status quo* de género dentro de una mayoría conservadora. Como se afirma en la película *On the basis of sex* (Focus Features 2018), y en boca de su protagonista la juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, Ruth Bader Ginsburg, «la justicia no cambia su respuesta por el tiempo que haga un día, pero sí por el clima de una época», aforismo que recuerda al mandato del artículo 3.1 del Código Civil para interpretar la ley conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada.

En España, el Tribunal Constitucional tuvo un papel fundamental en la derogación de normas discriminatorias que impedían la igualdad formal y en delimitar el alcance las medidas de promoción de las condiciones para la efectiva igualdad de derechos y oportunidades, impulsado su adopción<sup>1</sup>. Y ratificó la plena constitucionalidad y ajuste al derecho a la no discriminación por razón de sexo de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral frente a la Violencia de Género<sup>2</sup>, no sin algún voto particular, desestimando las más de 150 cuestiones de inconstitucionalidad que plantearon jueces y juezas, más que contra cualquier otra ley en democracia.

Mi intervención en el Curso «Justicia en Clave Feminista» se centró en analizar si en estos dos casos tan conocidos se cumplieron los mandatos y compromisos asumidos por nuestro país para la incorporación de la perspectiva de género a la Administración de Justicia, ratificados en el Pacto de Estado de finales de 2017, que a la medida 160 del informe aprobado en el Congreso de los Diputados, instaba al Ministerio de Justicia y al Consejo General del Poder Judicial a poner en marcha reformas legales para que el Derecho Antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad, forme parte de la materia evaluable en las pruebas de acceso a la judicatura y en la formación continua, además de exigir concreta capacitación para la cobertura de titularidad de órganos judiciales especializados como los juzgados de violencia sobre la mujer.

Por último, y como contrapunto a la visión sobre la respuesta judicial penal a la violencia de género en estos dos casos, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, pone de manifiesto la existencia de discriminación indirecta para las mujeres en las normas hasta entonces vigentes sobre acceso a la pensión de jubilación para trabajadoras y tra-

---

<sup>1</sup> SSTC 229/1992, de 14 diciembre y 109/1993, de 25 de marzo.

<sup>2</sup> A partir de la STC 59/2008, de 14 de mayo.

bajadores a tiempo parcial, que ilustra de los retos pendientes en la incorporación de esa perspectiva de género a la legislación al objeto de para afrontar la realidad de los cuidados no remunerados que han desarrollado y aún asumen preferentemente las mujeres como una de las principales causas de persistencia de desigualdad en el disfrute de derechos y oportunidades.

## 2. Formación en género y justicia con perspectiva de género en la normativa internacional

La *IV Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre la Mujer de Beijing* (1995) consolidó el género como un eje de análisis de las políticas públicas de igualdad, que trasciende las diferencias puramente biológicas y genitales entre los sexos para aludir a discriminaciones directas en las normas de acceso a derechos y recursos, pero también indirectas, consolidadas mediante la socialización diferenciada de hombres y mujeres a lo largo de los siglos, que tienen como resultado situaciones de poder y de capacidad de decisión muy distintas para hombres y mujeres globalmente considerados, y tanto en el ámbito privado como en el público. Su *Plataforma para la Acción* alertaba sobre las dificultades detectadas en garantizar tutela judicial efectiva frente a las vulneraciones de los derechos fundamentales de las mujeres, que impiden que la igualdad entre hombres y mujeres sea real y efectiva. Y en concreto, a la medida 219, se declara que:

«[...] la falta de sensibilización en todos los procesos judiciales respecto de los derechos humanos de las mujeres y el inadecuado seguimiento de las violaciones de los derechos humanos en las mujeres, junto con una representación insuficiente de éstas en los sistemas de justicia, la escasez de información sobre los derechos existentes, y la persistencia de determinadas actitudes y prácticas perpetúan la desigualdad *de facto* de las mujeres».

Y a la 222, prescribe como presupuesto para combatir estas deficiencias el reconocimiento de la discriminación sistémica de las mujeres:

«para lograr la meta del alcance universal de los derechos humanos para todas las personas, los instrumentos internacionales de derechos humanos deben aplicarse de forma que tengan en cuenta seriamente el carácter sistemático y sistémico de las discriminaciones contras las mujeres, como queda patente en los análisis de género».

Y previamente, a la 124 g) señala como medidas para prevenir y eliminar la violencia contra las mujeres por parte de los gobiernos la formación específica de profesionales sobre las características de esta violencia y las necesidades de protección de sus víctimas:

«promover [...] programas relativos a la violencia contra las mujeres, impulsar, respaldar y aplicar las medidas y los programas destinados a desarrollar los conocimientos y propiciar la comprensión de las causas, las consecuencias y los mecanismos de la violencia contra las mujeres entre las personas responsables de la aplicación de esas políticas, como el personal funcionario encargado del cumplimiento de las leyes [...] para impedir que las mujeres víctimas de la violencia vuelvan a sufrirla por la falta de pers-

pectiva de género en las leyes o en las prácticas de aplicación de las leyes o los procedimientos judiciales» (124 g), así como «la formación del personal judicial, letrado [...], para conseguir que las mujeres reciban un trato justo» (124 n).

En 1979, Naciones Unidas había promulgado la *Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), suscrita por el España en 1984, que señalaba que la tal eliminación requiere combatir las creencias preconcebidas sobre actitudes, conductas y capacidades de hombres y mujeres que no tienen otro fundamento que la socialización diferenciada por sexo propia del sistema patriarcal, obligando a los gobiernos que la han suscrito en su artículo 5 a) a «eliminar obstáculos sociales y culturales subyacentes. Incluidos estereotipos de género que impiden a las mujeres el ejercicio y defensa de sus derechos».

Concretando al ámbito judicial e ilustrando sobre el alcance de los estereotipos contra los que alertaba la CEDAW, la *Recomendación General de su Comité C/GC/33, de 23 de julio de 2015, sobre Acceso de las Mujeres a la Justicia*, a los apartados 26 y 27 nos recuerda que:

«con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Esto tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en el derecho penal, ya que dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad. En todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las denunciantes».

Y al apartado 27 extiende esta responsabilidad a otros agentes del sistema de justicia, como los fiscales, para concluir al 28 que «las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes», y recomendar en el 29 a los Estados Parte distintas medidas de concienciación y fomento de la capacidad que identifiquen estos estereotipos para evitar que se incurra en ellos en los procesos judiciales. La realización de «estudios cualitativos críticos de los sistemas de justicia», como el que aquí nos ocupa, «para destacar las prácticas, los procedimientos y la jurisprudencia que promueven o limitan el pleno acceso de la mujer a la justicia» —apartado 20 e)—, nos dará la medida de los avances en la tutela judicial a los derechos fundamentales de las mujeres y resistencias a abandonar viejos y nuevos mitos y estereotipos sobre la conducta apropiadas de hombres y mujeres, que impiden su plena y eficaz protección al cuestionar permanentemente la credibilidad de estas últimas y minimizar las consecuencias de las agresiones.

En el ámbito del Consejo de Europa, el cuestionamiento permanente de la credibilidad de las mujeres en su condición de testigos víctimas en los procesos judiciales y la

argumentación basada en creencias preconcebidas sobre el comportamiento adecuado como tales víctimas, son también abordados de forma específica en el *Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica*, promulgado en Estambul el 11 de mayo de 2011, y ratificado por España (B.O.E. de 6 de julio de 2.014). En el artículo 18.3<sup>3</sup>, se refiere nuevamente a la necesidad de reconocimiento de esta violencia específica hacia las mujeres y sus efectos en menores a su cargo, como presupuesto de protección eficaz de sus derechos. Al artículo 36, considera que es la prestación voluntaria y libre del consentimiento a una actividad sexual lo que excluye la existencia de un delito contra la libertad sexual<sup>4</sup>. Y proscribire tanto la justificación de los actos violentos por razón de las trasgresiones previas a códigos religiosos o culturales específicos para las mujeres basados en el concepto de honor<sup>5</sup> como la práctica sistemática de pruebas relativas a los antecedentes sexuales o comportamiento previo de la víctima para cuestionar la existencia de delito<sup>6</sup>.

Y todo ello bajo el principio de diligencia debida institucional en la investigación y sanción<sup>7</sup>, que cuenta con el precedente de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia del caso *E.M. vs Rumanía*, de 30 de octubre de 2012, en la que condena a Rumanía por no haber investigado suficientemente un acto de violencia sobre una mujer, archivando el procedimiento tras haber recibido la declaración de la mujer y practicado informe forense que acreditaba las lesiones.

Como conclusión podríamos afirmar que este marco legal supranacional determina que justicia con perspectiva de género es la que imparte un sistema judicial en el que la interpretación de las normas no está contaminada por sesgos cognitivos deriva-

---

<sup>3</sup> Las Partes velarán por que las medidas tomadas conforme al presente capítulo:- se basen en una comprensión fundamentada en el género de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, y se concentren en los derechos humanos y la seguridad de la víctima.

<sup>4</sup> Artículo 36—Violencia sexual, incluida la violación: «1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para tipificar como delito, cuando se cometa intencionadamente: a) la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero. 2 El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes».

<sup>5</sup> Artículo 42—Justificación inaceptable de los delitos penales, incluidos los delitos cometidos supuestamente en nombre del «honor»: «1 Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que, en los procedimientos penales abiertos por la comisión de uno de los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, no se considere a la cultura, la costumbre, la religión, la tradición o el supuesto «honor» como justificación de dichos actos. Ello abarca, en especial, las alegaciones según las cuales la víctima habría transgredido las normas o costumbres culturales, religiosas, sociales o tradicionales relativas a un comportamiento apropiado».

<sup>6</sup> Artículo 54—Investigación y pruebas: «Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que en cualquier procedimiento, civil o penal, las pruebas relativas a los antecedentes sexuales y al comportamiento de la víctima no sean admitidas salvo que sea pertinente y necesario».

<sup>7</sup> Artículo 5.2: «Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales».

dos de prejuicios de género para naturalizar la desigualdad en el acceso y disfrute de derechos y recursos y negar de forma sistemática credibilidad a las mujeres y antijuridicidad a las específicas vulneraciones de los derechos humanos de las que son objeto, generando sentimientos de indefensión y arrepentimiento por haber confiado en el sistema.

El análisis de lo acontecido en los dos procesos que plantearon los profesores Otazua y Gutiérrez-Solana, sobre la base del conocimiento en lo sustancial de los supuestos fácticos y controversias jurídicas planteadas, nos puede ofrecer la medida de los avances en la incorporación de la perspectiva de género bajo los parámetros determinados en el marco legal aplicable.

### 3. Un ejemplo de justicia con perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual: sentencia n.º 344/2019, de 4 de julio, de la sala primera del Tribunal Supremo

La Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral para la Violencia de Género, de 29 de diciembre, de cuya promulgación acabamos de celebrar el decimoquinto aniversario alude en su exposición de motivos a la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la Mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; y a las Resoluciones emanadas de la IV Conferencia sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, que señalaban los distintos ámbitos público, social y privado donde se producen agresiones específicas. Sin embargo, a su artículo 1.1 limita su ámbito de aplicación a la violencia íntima o de pareja, al estimar, según reza la exposición de motivos que es «donde se producen principalmente la agresiones». De esta forma, sus disposiciones integrales sobre prevención, detección, protección, recuperación, enjuiciamiento y sanción que comprenden no sólo al ámbito judicial, sino al educativo, sanitario, policial y social quedaban restringidos a las agresiones a las mujeres por parte de la pareja o ex pareja masculina, salvo determinadas medidas de prevención por medio de campañas institucionales, proscripción de la publicidad ilícita o contenidos curriculares en las etapas educativas, que parecen aludir al carácter pluridimensional, estructural y sistémico de la violencia sexista, y que han sido irregularmente implementadas en estos quince años. Por ello, a pesar de que la mayor parte de los parlamentos de las Comunidades Autónomas han promulgado leyes que contienen previsiones integrales para otras formas y ámbitos de relación donde se registran manifestaciones de violencia específica, como prostitución y trata de mujeres, matrimonios forzados, mutilación genital, acoso sexual y acoso por razón de sexo y violencia económica<sup>8</sup>, los atentados a libertad sexual no son abordados en una normativa estatal que aborde de forma sistemática las medidas de detección precoz y protección y asistencia a las víctimas. El Pacto de Estado, en los distintos informes elaborados y aprobados por Congreso (9 de octubre de 2017) y Senado

<sup>8</sup> La última en promulgarse ha sido la Ley 4/2018, de 8 de octubre, para una Sociedad Libre de Violencia de Género en Castilla-La Mancha (B.O.E. n.º 301, de 14 de diciembre de 2018), que sustituye a la Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas.

(29 de julio de 2017) contiene alusiones a la violencia sexual, y en concreto, a las medidas 85 del Congreso y 174 del Senado ordena:

«Realizar los cambios pertinentes en materia legislativa para la correcta aplicación del Convenio de Estambul, sobre delitos sexuales contra menores y sobre normas mínimas de reconocimiento de derechos a todas las víctimas de delitos, conforme a las directivas europeas de aplicación. Para ello se introducirá la perspectiva de género y la de derechos humanos en todas las normativas y disposiciones contra las violencias sexuales de la legislación española, revisando y evaluando para ello la Ley 35/1995 de 11 de Diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, para la posterior creación de un marco regulador que permita realizar un tratamiento integral de las violencias sexuales».

La práctica inactividad del legislativo en los últimos tres años, sumidos los partidos y sus grupos parlamentarios en conflicto crónico por razón de las distintas identidades nacionales, y la irrupción de una fuerza política ultranacionalista nostálgica del viejo orden patriarcal, que niega especificidad a la violencia de género, ha impedido que se impulsen gran parte de las reformas legislativas previstas. Una excepción notable ha sido la aprobación de la *Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género*, que supone la concreción de medidas de impulso de la formación miembros de las carreras judicial y fiscal, al incluir la perspectiva de género y la transversalidad en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial y formación continua anual impartida por el Consejo General del Poder Judicial, pasando esta materia a ser obligatoria y evaluable. E introduce pruebas de acceso específicas para concursar a órganos judiciales especializados, como ya sucedía en los juzgados mercantiles y de menores.

De forma que en estos tres últimos años ha sido el poder judicial donde se han producido las principales novedades sobre la implementación de la perspectiva de género en el enjuiciamiento de delitos contra la libertad sexual, orientando el sentido de las reformas pendientes.

La resolución de mayor alcance en este ámbito ha sido la sentencia analizada, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 4 de julio de 2019, dictada en recurso de casación n.º 396/2019 y de la que fue ponente Doña Susana Polo García.

El supuesto fáctico es comúnmente conocido: el ataque sexual en grupo que sufre una joven de 18 años en la madrugada del día de San Fermín de 2016, por parte de un grupo de cinco jóvenes varones de entre 24 y 28 años que entablan contacto con la chica, en estado de ebriedad, y sin hacerle partícipe en momento alguno de sus propósitos, la conducen hasta un cubículo angosto dentro de un portal, donde la desnudan y penetran sucesivamente bucal, vaginal y analmente en un corto espacio de tiempo, graban y difunden parte del ataque, para acabar abandonando a la joven semidesnuda y agazapada en un rincón del cubículo, arrebatándole uno de ellos a la joven su teléfono móvil.

Tras la detención y prisión provisional de los sospechosos, el juicio se celebra ante la Audiencia Provincial de Pamplona en noviembre de 2017. Todas las acusaciones, pú-

blica, particular y populares sostienen que los hechos constituyen una agresión sexual del artículo 180 del Código Penal en la modalidad de violación, con agravantes por la actuación en grupo y por un trato especialmente vejatorio, imputable a cada uno de los perpetradores por entender que las penetraciones se impusieron mediante intimidación ambiental, que impedía cualquier negativa u oposición de la joven, y además un delito contra la intimidad del artículo 197 del Código Penal, y otro de robo con violencia del artículo 242.

La sentencia se demoró hasta el 20 de marzo de 2018, haciéndose pública en el mes de abril. En ella se contiene un relato pormenorizado de los hechos probados que suscriben dos de los tres magistrados que integraban el tribunal, relato que se ha mantenido a lo largo de las distintas instancias, y que en la primera de ellas llevó a la condena a cada uno de los acusados por un delito de abuso con prevalimiento, imponiendo pena de nueve años de prisión, y únicamente a uno de ellos por un delito leve de hurto, con pago de una multa de 900 euros. Se absuelve del delito contra la intimidad por una cuestión formal, al entender que no se había interpuesto denuncia expresa como requiere el tipo penal. La sentencia contiene además el voto particular de uno de los magistrados a favor de un pronunciamiento absolutorio, fundamentado en el contenido de las imágenes grabadas por los acusados que este magistrado discrepante interpreta como una relación sexual consentida en un ambiente de «jolgorio», no sin cargar igualmente contra la interpretación contenida en la sentencia y contra la labor investigadora realizada por la policía foral y la de los testigos y peritos que ratificaban la existencia de un ataque sexual. Tras la publicación de la sentencia, se convocan concentraciones de protesta a su contenido en distintas ciudades y la opinión pública de forma mayoritaria expresa su rechazo a la condena por abuso, y no por violación así como su estupor ante el incomprensible contenido del voto particular, llegando el titular del Ministerio de Justicia a anunciar una reforma de los delitos contra la libertad sexual. Por el contrario, un número importante de jueces y juezas solicitaron amparo al Consejo General del Poder Judicial ante lo que calificaban como «linchamiento público» que comprometía su imparcialidad<sup>9</sup>.

Apelada la sentencia por acusaciones y defensas, la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Navarra dicta nueva sentencia el 30 de noviembre de 2018, en el que ninguno de los cinco magistrados que integran el tribunal contempla que se esté ante una relación sexual consentida y dos de ellos sostienen en un voto particular la concurrencia de la intimidación que cualifica la violación. Además se revoca el pronunciamiento absolutorio respecto de la grabación, por entender que la denuncia inicial comprendía igualmente este hecho, determinando la celebración de nuevo juicio contraído únicamente al delito contra la intimidad, por el que finalmente, en noviembre de 2019 fueron igualmente condenados dos de los integrantes del grupo, absolviendo a los otros tres por no haber participado activamente en la grabación. Queda pendiente otra posible reforma penal, la previsión explícita de sanción a quien no haya realizado directamente la grabación, pero tras recibirla, la difunda, como se puso de manifiesto en el denominado caso Ivecó.

---

<sup>9</sup> [https://www.eldiario.es/politica/jueces-presentan-presion-tribunal-Manada\\_0\\_791621003.html](https://www.eldiario.es/politica/jueces-presentan-presion-tribunal-Manada_0_791621003.html)

Impugnada en casación la resolución dictada en apelación se dictó la sentencia que es objeto de análisis, y en la que, con base en el relato de hechos probados incluido en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pamplona, y corrigiendo la calificación jurídica y la indemnización, revoca la condena por abusos al entender que estos hechos han sido calificados erróneamente como abusos y delito de hurto cuando se trata de cinco delitos de violación y un delito de robo con violencia. Y supone la culminación de un proceso en el que se han combatido con éxito estereotipos recurrentes en el enjuiciamiento de los delitos contra la libertad sexual, con aplicación directa en su fundamentación de mandatos emanados en normas internacionales para combatir las violencias específicas que sufren las mujeres, que llevan a desestimar el recurso planteado por la defensa y estimar en los extremos consignados los planteados por las acusaciones.

### 3.1. Cuestionamiento de la víctima

En 1989, hace justamente 30 años, los atentados a la libertad sexual dejaron de ser denominados en el Código Penal delitos contra la honestidad. Ha sido necesario todo este tiempo para que se descalifique por completo como estrategia clásica de defensa, también en este caso en el que la defensa encargó un seguimiento a la víctima y a sus redes sociales a través de detectives privadas. Como dijo Themis en su comunicado tras la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, este examen exhaustivo de la víctima está íntimamente ligado con la incomprensión e incapacidad de algunos juristas para entender lo que supone ser víctima de una agresión sexual, generando una exigencia inaceptable para con ella y exigiéndole un comportamiento concreto, exigencia que continua en sede judicial tanto en el relato que deben hacer de lo ocurrido, como en la presión a la que se la somete, de forma que debe justificar y explicar cualquier reacción que tuviera o que no tuviera, antes, durante y tras la agresión, lo que no ocurre con las víctimas de otros delitos. Este cuestionamiento, que revictimiza y disuade de interponer denuncia, suponía revivir el concepto patriarcal de «honestidad», que implicaba negar, particularmente a las mujeres, libertad para mantener relaciones sexuales cuando, cuanto, como o con quien quisieran, y exigirles pasividad y sometimiento en sus relaciones sexuales, imponiéndoles, bien abstinencia, bien exclusividad, bajo las directrices del varón de autoridad, el padre o el marido, determinando en caso contrario la inexistencia de una «verdadera» víctima. La sentencia del Tribunal Supremo, al igual que las de las instancias previas, niega cualquier relevancia probatoria a la investigación de su vida y actividad social encargada por la defensa. Pero va más allá, determinando indemnizar específicamente a la víctima del delito por los perjuicios morales derivados del escrutinio de su vida al que ha sido objeto precisamente por denunciar la agresión sexual padecida, reconociendo el Alto Tribunal y tratando de compensar la victimización secundaria derivada de la trascendencia mediática del caso y del propio proceso judicial. Así, al fundamento jurídico noveno, estima el motivo de casación esgrimida por la acusación particular de la víctima, e incrementa de 50.000 a 100.000 euros la indemnización en concepto de responsabilidad civil<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Fundamento Jurídico Noveno, epígrafe 3: «En casos muy mediáticos como el analizado se produce una victimización secundaria, por aparecer repetidamente la noticia en los medios de comunicación de masas, y además, en este supuesto se declara acreditado, no solo por las manifestaciones

### 3.2. Existencia de intimidación que justifica la condena por violación

Como afirmó igualmente la Asociación de Mujeres Juristas Themis en abril de 2018, la situación relatada en los «hechos probados» de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona debía llevar a la condena por violación, pues se recogía una situación intimidatoria: el plan preconcebido por los acusados del que en ningún momento se hace partícipe a la víctima, su superioridad numérica y de compleción física, su encajonamiento en un cubículo, su abandono semidesnuda y el hecho definitivo del robo del móvil, precisamente por el acusado agente de la Guardia Civil, para impedir que pidiera socorro inmediato, hechos que descartan la existencia de una relación sexual consentida como postulaba la defensa<sup>11</sup> y que por el contrario encajan a la perfección en el concepto de intimidación que viene exigiendo el Tribunal Supremo para su aplicación en las agresiones sexuales, pues basta con la creación de una situación ambiental integrada por una serie de circunstancias que hacen que la víctima valore que cualquier oposición por su parte, resultará inútil y en ocasiones hasta incrementa el riesgo de sufrir además lesiones o ser asesinadas<sup>12</sup>.

---

de «la denunciante», sino por el propio relato de hechos probados, que existían vídeos en los que se habían grabado los ataques sexuales a la víctima, y que incluso uno de los acusados llegó a mandar mensajes a dos grupos de WhatsApp «La Manada» y «Disfrutones SFC», en los que no solo contaba al grupo «follándonos a una los cinco». «puta pasada de viaje»..., sino que anunciaba que había vídeos, lo que le produjo a la víctima, una vez que se enteró, un gran desasosiego, ya que pensaba que cualquier persona con la que se encontraba en la calle le podía identificar. Pero es más, el propio proceso ha influido en el estado de ánimo de la víctima ya que fue objeto de seguimientos por detectives privados, lo que implica una intromisión en su intimidad que le tenía preocupada, incluso temía por su propia seguridad».

<sup>11</sup> Fundamento Jurídico Segundo: «[...] se afirma en la sentencia recurrida que en los vídeos 7407 y 7408 y fotogramas finales, se observa a la joven «agazapada, acorralada contra la pared» por dos de los procesados, y añade la sentencia de la Audiencia Provincial «y gritando». Actitud que sin duda es contraria al supuesto consentimiento de la víctima que se alega. También los hechos probados despejan esas dudas puestas de relieve por los recurrentes, ya que difícilmente el modo en que los acusados abandonaron el portal, dejando a la víctima desnuda y sola, y sustrayendo uno de ellos su teléfono móvil, son indicativos de una «juerga» pactada con ella, lo que unido al hecho de que las relaciones mantenidas, en palabras de la propia defensa fueron «de enorme sordidez y crudeza», despeja cualquier tipo de duda al respecto, no solo a la Sala de instancia, sino a este Tribunal, ya que en el contexto que se describe en los hechos probados, el silencio de la víctima, solo se puede interpretar como una negativa.

El control en casación no puede consistir en una revisión, volver a ver u oír lo declarado por la víctima en el juicio oral, sino en el control de razonabilidad, y es indudable que en el caso aquí enjuiciado el análisis de datos externos del testimonio, tan importantes, como son los vídeos grabados por dos de los acusados, que son analizados de forma pormenorizada en la sentencia, así como las testificales de Mikel y Beatriz, y de los policías que asistieron inicialmente a la víctima, así como de los sanitarios, junto con la pericial psicológica, permiten la afirmación sobre la credibilidad dada al testimonio víctima.

En consecuencia, el reproche de deficiencia en la motivación de la sentencia se muestra como gratuito, dada la abundancia de argumentos sobre el particular cuestionado, de la participación en los hechos de los acusados y de la total ausencia de consentimiento de la víctima en los actos sexuales llevados a cabo por los procesados».

<sup>12</sup> STS 1291/2005, del 8 de noviembre de 2005, Rec. 263/2005, hace expresa referencia a la llamada «intimidación ambiental»; STS 1169/2004, de 18 de octubre de 2004; STS 136/2006, de 8 de febrero de 2007; Rec. 1108/2006, Sentencia 480/2016, de 2 de junio., Rec. 10975/2015.

### 3.3. Justicia con perspectiva de género

Respecto a la repercusión mediática del caso, cierto es que promovida activamente por un letrado de la defensa, y las movilizaciones feministas y declaraciones de responsables públicos que ha suscitado, la Sala declara que no se siente atacada en su imparcialidad, ni presionada para prejuzgar hechos sin pruebas, sino que justifica y naturaliza el interés de la sociedad española de ver reconocida la defensa de sus principales valores<sup>13</sup>. Además de recordar el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales, consagrado en el artículo 120 de la Constitución Española, ligado al derecho a tutela judicial efectiva del artículo 24, y plasmado en otras disposiciones supranacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La Sala recuerda además que en este caso se ha contado con prueba de cargo abundante, singularmente la grabación realizada por los propios culpables de la violación. Y alejándose conscientemente de tentaciones corporativistas, esgrime la diversidad de opiniones de los magistrados y magistradas que han firmado los pronunciamientos judiciales previos, en que se han producido tres votos particulares, para ratificar la libertad de criterio de la que han gozado las magistradas y magistrados de los tribunales inferiores.

La sentencia contiene diversas alusiones a normas supranacionales, como el Convenio de Estambul o la CEDAW, cuyo objetivo es garantizar la vigencia y defensa de los derechos humanos de las mujeres, utilizando terminología que alude a la violencia histórica y estructural que denominamos violencia de género o violencia machista. Asume los postulados del Convenio de Estambul y los aplica de forma directa, también en situar en el consentimiento expreso la línea divisoria entre relaciones sexuales libres y atentados a la libertad sexual que merecen sanción penal, por atentar gravemente al sistema de valores protegido por el ordenamiento jurídico, y resultar devastadores para la salud sexual y psicológica de las víctimas y la libertad de todas las mujeres víctimas potenciales<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Fundamento de Derecho Primero: «La trascendencia mediática del hecho, que cada vez es mayor y por esto tal «presión» no es sino un elemento normal en la actividad judicial, tal y como afirmábamos en nuestra sentencia 854/2010, de 29 de septiembre, citada por los recurrente.

En el presente caso no hay duda de que la causa se ha desarrollado tras un proceso con todas las garantías, siendo decisiva la declaración de la denunciante como prueba de cargo, corroborada por unos testimonios coherentes y vídeos pericialmente valorados, con una prueba médica y psicológica rigurosamente debatida, y una ponderación de los hechos antecedentes y consecuentes a la acción criminal; sin relación de causalidad alguna con una supuesta manipulación mediática o conspiración política. Y el resultado inculpativo de la sentencia recurrida se basa en prueba de cargo pertinente, válidamente obtenida y debatida, y suficiente para enervar la presunción de inocencia».

Por otro lado, en el presente caso, basta con leer motivación de las sentencias para tener la convicción de que el Tribunal ha decidido sobre la base exclusiva de lo visto y oído en el juicio oral. No podemos obviar la discrepancia de criterios de todos los Magistrados intervinientes, tanto en el juicio celebrado ante la Audiencia Provincial donde la sentencia mayoritaria cuenta con un voto particular, como en la de apelación del Tribunal Superior de Justicia, en la que junto la sentencia mayoritaria constan dos votos particulares, lo que demuestra la libertad de criterio y de valoración probatoria llevada a cabo por los jueces de instancia, sin afectación en su decisión por la trascendencia mediática del caso.

<sup>14</sup> Fundamento de derecho Quinto, al analizar el recurso del Ministerio Fiscal, epígrafe 5: «La específica referencia que se hace en el Convenio de Estambul al consentimiento, como manifestación del li-

El contenido de esta sentencia evidencia por otro lado que el disfrute de derechos en igualdad y la protección ante sus más graves vulneraciones, además de posibles reformas que mejoren el tratamiento legal de la violencia sexual, y sobre las que Themis se ha pronunciado en junio de 2018<sup>15</sup> requiere de la recta interpretación de la norma libre de sesgos y estereotipos de género, que es lo que define la técnica hermenéutica a que hace referencia la expresión de justicia con perspectiva de género, requerimiento que concierne a todos los operadores jurídicos: abogacía, fiscalía y judicatura, además de medios auxiliares como policía judicial y psicología y psiquiatría forense.

#### 4. La cuestión de la protección de los menores frente a la violencia de género en las normas de derecho internacional privado y la incredulidad de las víctimas con fundamento en estereotipos: sentencias 98/2019, de 7 de marzo, de la sección primera de La Audiencia Provincial de Granada y su precedente dictada el 18 de julio de 2018 por el juzgado de lo penal n.º 1 de Granada

El caso que se analiza a continuación es igualmente conocido y ha generado un intenso debate con opiniones encontradas expresadas en distintos medios de comunicación y redes sociales, así como concentraciones de protesta convocadas por asociaciones de mujeres. Sus presupuestos fácticos se han apuntado en la introducción.

No se puede obviar, que en la práctica judicial europea en general, y en la española en particular, en los casos de traslado de residencia de menores de un país a otro sin consentimiento de uno de los progenitores, se prima la inmediatez de la restitución al último país de residencia habitual, cuya jurisdicción es competente para determinar el régimen de custodia, por encima de cualquier otra consideración, con aplicación de lo dispuesto en el *Convenio de la Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores*, y aplicación muy restrictiva, de la que no existen prácticamente antecedentes de aplicación<sup>16</sup>, de la excepción a esta restitución prevista en el artículo 13 apartado b) del Convenio «grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable». En este caso, en el proceso civil de restitución se emitió dictamen por la psicóloga forense adscrita al juzgado que afirmaba que no se apreciaba un grave peligro para la integridad física o psíquica de los menores en caso de restitución al contexto paterno.

---

bre arbitrio de la persona en función del contexto, deja clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, la misma debe manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean al hecho».

<sup>15</sup> <https://tribunafeminista.elplural.com/2018/07/themis-marca-8-lineas-de-reforma-del-codigo-penal-en-materias-de-delitos-contra-la-libertad-sexual/>

<sup>16</sup> La Circular 6/2015, de la Fiscalía General del Estado, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores alude únicamente a dos casos en que sí se ha apreciado esta excepción: Auto del Juzgado de Primera Instancia n.º 24 de Madrid n.º 186/2006, de 3 de abril; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona secc.12.<sup>a</sup>, de 16 de diciembre de 1996.

La resolución de este caso obliga a una reflexión sobre la desproporción en la defensa de la competencia de jurisdicción del último país de residencia, que es la razón última de las normas penales y civiles vigentes sobre sustracción de menores, y la necesidad de contextualizar y relativizar esta exigencia en el ámbito de la Unión Europea y sus espacios de ciudadanía común, con mecanismos eficaces de reconocimiento y colaboración judicial. Y sobre todo en este caso, en el que había evidentes conexiones con la jurisdicción española, que había condenado al padre anteriormente por maltrato del artículo 153 del Código Penal y atribuido a la madre la custodia del hijo mayor, en resolución dictada durante el periodo previo de separación de los cónyuges, vigente y no revocada, y también por razón de la nacionalidad de los menores y su madre.

Pero más allá de la necesidad de estos ajustes de la normativa vigente, se trata de analizar aquí si en los fundamentos de las resoluciones de instancia y apelación hasta ahora dictadas en este caso, se han reproducido estereotipos y creencias subjetivas preconcebidas del juzgador, vulnerando los mandatos sobre justicia con perspectiva de género, y si la reacción del movimiento de mujeres apoyando a la madre y la repercusión mediática del caso han podido ser determinantes para que se haya dictado una sentencia ejemplarizante.

En primer lugar, hay que recordar que el juez de lo penal que dictó la primera sentencia criticó con dureza en resoluciones previas la Ley Orgánica 1/2004 y comparó la labor de la fiscalía en defensa de las víctimas, con la de la justicia en el régimen nazi, todo lo contrario a ser la «boca muda que pronuncia las palabras de la ley», que diría Montesquieu, el teórico de la separación de poderes en el siglo XVIII.

En ninguna de las dos sentencias se toma en consideración el riesgo para los menores derivado de la anterior condena por maltrato, a la que no se da ninguna trascendencia. Es más, en contra de los principios de presunción de inocencia y acusatorio, que imperan en el orden penal, puesto que la madre sólo venía acusada de dos delitos de sustracción que son los únicos por los que condena en el fallo, la considera también culpable de un delito de denuncia falsa, fenómeno que el juzgador, sin ofrecer ningún dato o estadística al respecto, considera común y habitual, excediendo claramente la labor judicial encomendada. Así, en su fundamento de derecho primero, y pese a que no hay noticia de investigación de las nuevas agresiones denunciadas en España por la madre o de pronunciamiento absolutorio al respecto, se afirma «no es creíble la certeza de los hechos contenidos en esta denuncia, porque ningún Juzgado ha declarado la veracidad de los mismos». Para ello previamente se niega cualquier valor probatorio a informes de los recursos públicos de asistencia y atención a mujeres víctimas de violencia de género que alertaban sobre la sintomatología que presentaba Juana y su hijo mayor, compatible con padecimiento de violencia de género en el ámbito íntimo. Sólo atiende al informe psicosocial del juzgado de familia, que determina la inexistencia de «grave riesgo», pero no descarta el acaecimiento de las agresiones denunciadas.

Y más adelante sigue razonando el juez de lo penal «cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes, se exige un análisis cauteloso, sobre todo si en ellas se relatan hechos pasados, que se pudieron denunciar antes. Sabido es el efecto tuitivo que desplie-

gan los poderes públicos con respecto a las personas afectadas por malos tratos, uno de los cuales es apartar a los menores del maltratador y, lógicamente, con esa perspectiva, no es extraño, como muestra la práctica, que en algunos casos, se recurra a esta vía como medio de obtener ventajas procesales». Frente a este cuestionamiento, de la estadística judicial sobre víctimas mortales resulta que de las mujeres asesinadas por quienes son o han sido sus cónyuges o compañeros sentimentales, sólo un porcentaje que oscila anualmente entre el 10 y 30% denunciaron previamente amenazas o agresiones<sup>17</sup>, y según la última Macroencuesta de 2015, sólo un 65% de las mujeres que padecen violencia en este ámbito interponen denuncia.

Es más, existe consenso entre criminalistas que alertan sobre el incremento de riesgo cuando la víctima decide poner fin a la convivencia, por ser éste el momento que el agresor vive con mayor tensión al percibir que va a perder su dominio sobre la víctima<sup>18</sup>, y sobre la sucesión de fases de tensión, agresión y reconciliación dentro del ciclo de la violencia definido por Leonor Walker.

Otro argumento al que la sentencia acude para determinar su negación de toda credibilidad a la denuncia de la madre es que «Italia protege eficazmente frente al Maltrato»:

«no explicó ni se comprende que si fue maltratada en Italia entre 2012 y 2016, al nivel que ella dijo, de tortura y terror, no denunciara allí al momento en que se producía cada uno de los varios episodios que tuvieron lugar, según ella, tratándose de un país con una legislación y cultura de rechazo a estas conductas, similar a la nuestra. Si hubiera residido en otro país con una cultura de las que manifiestamente no combaten el maltrato, sería comprensible que no hubiera denuncia e incluso podría tener sentido haber callado los hechos hasta en su círculo más íntimo. Pero no es el caso de Italia».

Además de nuevamente desconocer, en contra del mandato del Convenio de Estambul, las características específicas de la violencia machista en el ámbito íntimo y de pareja, que explican el mantenimiento en la situación de violencia durante años, se avala una protección eficaz en el país de residencia, sin datos fehacientes para ello. Sin ir más lejos, el diario El Mundo, el 3 de marzo de 2017, publicó la noticia de una condena a Italia por la Corte Europea para los Derechos Humanos por no haber reaccionado con «rapidez y eficacia» para proteger a una familia de la violencia del padre, que había maltratado durante años a la madre. Según los jueces europeos, Italia violó tres artículos de la convención europea para los derechos humanos y sus autoridades generaron una suerte de «impunidad» tras haber dejado en el limbo burocrático a la víctima y privado de efecto sus denuncias. «Las leyes existen pero nos falta formar y sensibilizar a los operadores, a las fuerzas del orden, a magistrados y servicios sociales para que no subestimen

<sup>17</sup> En el año 2018, de las 51 víctimas mortales, habían denunciado 16. En el año 2019, a fecha 30 de noviembre, el dato era de 54 mujeres asesinadas, de las que se había denunciado la existencia de agresiones previas solo en 11 casos.

<sup>18</sup> Entre otras expertas, Martha R. Mahoney, *Legal Images of Battered Women: Redefining the Issue of Separation*, 90 MICH. L. REV. 1 (1991). Disponible en: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol90/iss1/2>

la violencia contra las mujeres y los menores», reconoció Donatella Ferranti, presidenta de la comisión justicia de la Cámara de Diputados.

Además, de nuevo incurriendo en estereotipo y sin ningún dato incontrovertido que avale tal afirmación, se desconoce el carácter estructural de la violencia contra las mujeres y se relaciona directamente el maltrato habitual con la patología mental y marginalidad social:

«Los maltratadores habituales, que efectivamente desarrollan una forma de tortura, suelen ser personas de mente atávica y primigenia, con escasos mecanismos de autocontrol y empatía, que contagian todo su entorno con un hábito de causar daño que no pueden controlar».

Por último, fundamenta el importe de la indemnización fijada en concepto de responsabilidad civil en el quebranto del derecho al honor del padre, por la «desmesurada campaña» de la que considera ha sido objeto, argumentos que son los propios de una condena por los delitos de injurias y calumnias, de los que no se acusaba a la madre.

Esta sentencia es ratificada en lo fundamental por la Audiencia Provincial de Granada, que trata de corregir las desviaciones más notorias del canon de las garantías procesales que amparan a toda persona acusada, sosteniendo en lo fundamental una rigurosa condena que no cuenta con antecedentes doctrinales.

Una de las cuestiones jurídicas controvertidas es si para la aplicación del delito de sustracción del artículo 225 bis del Código Penal es necesario una previa atribución judicial de custodia por la jurisdicción nacional competente. La sentencia de instancia entendía que no era necesaria la atribución de custodia, en contra de la mayor parte de la doctrina de las Audiencias Provinciales<sup>19</sup>. En cambio, la sentencia dictada en apelación afirma que el delito de sustracción se comete a partir del otorgamiento provisional de la custodia al padre en un tribunal italiano, en junio de 2017, y cuando la madre, desatendiendo un requerimiento judicial expreso del juzgado civil que conoció del proceso de restitución, se oculta con los hijos el 26 de julio de 2017, y prolonga esta situación hasta su entrega en puesto de la Guardia Civil el 28 de agosto de 2017. No se indica si se ha citado o emplazado efectivamente a la madre en el proceso provisional sustanciado en Italia como requisito para el reconocimiento judicial de resoluciones extranjeras. Además se menciona por primera vez un dato hasta entonces desconocido, pero trascendental y aparentemente contradictorio con la condena, y es que la madre tiene otorgada judicialmente la custodia de su hijo mayor por una sentencia de 2009, antes de la reconciliación, medida que no consta modificada ni dejada sin efecto.

---

<sup>19</sup> Auto n.º 98/2017, de 9 de febrero de 2017, dictado por la sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en recurso de apelación 148/2017, que a su vez cita SAP Madrid sección 29.ª 250/2010 el 19 julio y SAP Madrid sección 16.ª 100/2005 de 11 febrero, «no existiendo delito si al tiempo de producirse los hechos no existe resolución judicial que hubiera atribuido al padre o la madre de la custodia del hijo, pues la mera discrepancia en ejercicio de la patria potestad compartida sólo puede resolverse ante el órgano civil correspondiente, AP Sevilla Sección 1.ª Auto de 20 de enero de 2005».

Otra cuestión polémica es que la sentencia dictada en apelación ratifica la condena por dos delitos de sustracción, cuando, como reconoce la sentencia, existe unidad de acción. Y en otros delitos comprendidos en el mismo título de delitos contra los derechos y deberes familiares, como los delitos de abandono familiar e impago de pensiones de los artículos 226 y 227 del Código Penal, que la propia sentencia en apelación menciona, sólo cabe condena por un único delito pese a que la pobreza y carencias las padezcan varios hijos. El argumento utilizado en la resolución analizada es que el bien jurídico protegido en el tipo de sustracción del artículo 225 bis es el derecho de los hijos a vivir en su entorno habitual en trámite de ruptura, no el derecho del padre. Ellos son los sujetos pasivos del delito, aunque en este caso no consta que se haya realizado dictamen pericial que ilustre sobre daños concretos. Y pese a que la Audiencia Provincial de Granada señala que esta doble condena es una cuestión dudosa, no reseña antecedente doctrinal concreto que avale esta interpretación rigurosa contra reo, contradicha además por el razonamiento empleado al apartado de la responsabilidad civil en que considera acreedor de la misma al padre, y por tanto, al tiempo, sujeto pasivo del delito. Corrige no obstante a la sentencia de instancia únicamente en este extremo, estimando parcialmente el recurso de la defensa y rebajando el importe indemnizatorio de 30.000 a 12.000 euros, por estimar que el perjuicio moral indemnizable no es la afrenta al honor a la que se refería el juez de lo penal, derivada de una supuesta denuncia falsa o una calumnia que no son objeto de enjuiciamiento, sino que tal perjuicio viene referido a la angustia del padre de estar separado de sus hijos, durante un tiempo que necesariamente ha de ser el mes escaso durante el cual se prolonga la sustracción a criterio del tribunal, entre el 26 de julio de 2017 en que la madre se oculta con los menores y el 28 de agosto en que los entrega a la Guardia Civil.

A falta del pronunciamiento definitivo del Tribunal Supremo en este caso, también cabe extraer lecciones y conclusiones para nosotras, las juristas feministas, a la hora de ponderar entre la posibilidad de avance en una justicia sin sesgo patriarcal a través de litigios estratégicos con impacto mediático, y la irrogación de un perjuicio añadido para las víctimas que se deriva de su exposición pública, sobre todo cuando se enfrentan a posibles responsabilidades penales, que en este caso se han dilucidado con una condena severa para cuya fundamentación en el juzgado de lo penal se recurrió a estereotipos que cuestionan permanente la credibilidad de las mujeres que denuncian ser víctimas de violencia machista, con base a criterios preconcebidos y erróneos sobre el comportamiento correcto de una víctima, y el supuesto perfil del victimario.

## **5. Los cuidados no remunerados como factor de discriminación. Doctrina reciente del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Constitucional sobre pensiones derivadas de contratos a tiempo parcial**

La discriminación histórica de las mujeres en derechos e igualdad de oportunidades respecto de los hombres tiene entre sus bases estructurales la división sexual del trabajo, que asignaba a aquéllas las tareas de atención y cuidado a parientes varones o dependientes, imponiendo cultural, social y por supuesto jurídicamente esta obligación como inherente a la condición femenina.

Cabe recordar que España hasta hace menos de medio siglo estaban en vigor figuras legales que desarrollaba el Fuero del Trabajo promulgado por la dictadura franquista como la licencia marital o la excedencia laboral forzosa por razón de matrimonio en determinados sectores, con o sin compensación económica, normas que impedían a las mujeres casadas acceder a un empleo o mantenerse en él una vez contraído matrimonio.

Actualmente persisten desigualdades en la corresponsabilidad respecto al cuidado de menores y otros familiares dependientes que inciden en los índices de ocupación laboral de las mujeres y en las posibilidades de promoción en su carrera laboral, profesional, artística o deportiva, en la infravaloración económica de los trabajos desarrollados mayoritariamente por mujeres o en el disfrute de sistemas de previsión y protección social que se ajusten a su notable mayor realización de trabajo no remunerado en la familia,<sup>20</sup> y no provoquen un empobrecimiento injusto de las mujeres como colectivo. Precisamente el reconocimiento y valoración de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerado es uno de los objetivos que Naciones Unidas ha fijado dentro de la Agenda 2030, para atacar esta factor de desigualdad.

Pero ha sido necesario recurrir a la vía judicial para lograr que el Tribunal Superior de la Unión Europea, en su sentencia de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18, y el Tribunal Constitucional, en sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 91/2019, de 9 julio, y que cita la anterior, declaren que las normas de acceso a la pensión de jubilación y de regulación de su cuantía hasta entonces vigente vulneraban la directiva comunitaria de 1979 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, en el caso de la resolución del Tribunal Europeo, y en el caso del Tribunal Constitucional, el artículo 14 de la Constitución y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que define específicamente la discriminación indirecta en un mandato concreto de incorporación de la perspectiva de género a la actividad jurisdiccional.

La razón de la corrección judicial en ambos casos radica en la discriminación indirecta que para las mujeres supone, cuando constituyen un 75% de las personas empleadas a tiempo parcial, frente al 25% de los hombres, que al acceder a la pensión de jubilación, se redujeran los años que hubieran cotizado a tiempo parcial en función del porcentaje respecto de la jornada completa que hubieran trabajado durante esos años.

---

<sup>20</sup> La última Encuesta de Uso del Tiempo, realizada en los años 2009-2010 por el Instituto Nacional de Empleo, así como los datos oficiales sobre contratación, excedencias y empleo, avalan que a pesar de constatarse una tendencia al horizonte de la corresponsabilidad, perviven notables diferencias entre el número de hombres y mujeres que se ocupan a cuidar y atender a otros miembros de su entorno familiar (un 74,7% los hombres por un 91,9% las mujeres) y el tiempo que dedican unos y otras a este tipo de tareas. Mientras que las mujeres dedican cada día como media al trabajo doméstico 4 horas y 29 minutos, los hombres emplean en estas tareas casi la mitad del tiempo, 2 horas y 32 minutos. Son las madres, las que en un 92,34% de los casos (2017), piden excedencias para el cuidado de los hijos. Cuando se trata de excedencias para el cuidado de otros familiares, son solicitadas en un 83,66% por mujeres. Y en cuanto al porcentaje de ocupación remunerada, hay 10 puntos de diferencia entre hombres y mujeres (38,7% y 28,2%, respectivamente). Además el tiempo medio diario dedicado al trabajo remunerado por los hombres supera en más de una hora al de las mujeres.

La consecuencia ha sido la eliminación del denominado «coeficiente de parcialidad», de forma que no se exigirá para acceder a la pensión de jubilación, ni a hombres ni a mujeres que hayan trabajado a tiempo parcial en determinados periodos de su vida laboral, que lo hayan hecho durante más tiempo que si hubieran estado contratados a tiempo completo, aunque obviamente una menor base de cotización como consecuencia de este modalidad de contratación determinará una menor cuantía de la pensión.

Como se pone de manifiesto aquí y con medidas legislativas como el impulso de la corresponsabilidad real mediante extensión del permiso de paternidad por Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, las políticas públicas de igualdad no pueden quedarse únicamente en declaraciones de buenas intenciones sin ningún coste, y benefician tanto a mujeres como a hombres, contradiciendo el tan manido como falso estereotipo que presenta el feminismo como un ataque al colectivo masculino.

Queda pendiente de analizar cómo se está abordando la cuestión de los cuidados no remunerados en el derecho de familia y su efectiva práctica judicial, en la fijación de pensiones de alimentos y compensatorias, custodias compartidas, o liquidación de regímenes económicos matrimoniales, lo que requeriría una extensión que excede del espacio reservado a este artículo, aunque con seguridad generaría interesantes reflexiones sobre si la tendencia es a la igualdad o a un igualitarismo que abundaría en el empobrecimiento injusto de las mujeres como colectivo.

## 6. Conclusiones

- La normativa de internacional y comunitario acelera la consecución de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.
- Una Justicia con perspectiva de género es una justicia sin estereotipos.
- Son necesarios sistemas de efectiva evaluación de calidad de la justicia y de avance en la incorporación de la perspectiva de género.
- La litigación estratégica puede favorecer los avances en igualdad de género, pero ha de evitarse la exposición mediática de las víctimas.
- Las políticas públicas de igualdad no pueden quedarse únicamente en declaraciones de buenas intenciones a coste cero.

## Capítulo III

---

# El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales

*Rosario Serra Cristóbal*

Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

### 1. Introducción

Como se ha señalado, la discriminación múltiple y la interseccionalidad constituyen una de las mayores contribuciones conceptuales del feminismo en los últimos veinticinco años<sup>1</sup>. Representan un peldaño adicional en la construcción del Derecho antidiscriminatorio, un Derecho en permanente revisión.

I. En primer lugar, cuando hablamos de interseccionalidad nos referimos con carácter amplio a ese conjunto de situaciones de discriminación que en la doctrina han venido a recogerse bajo conceptos diferentes como discriminación múltiple, doble discriminación, discriminación interseccional, discriminación compuesta, discriminación multiseccional, discriminación multidimensional, discriminaciones superpuestas o solapadas, discriminaciones aditivas, etc. Con independencia de la distinción conceptual que podamos establecer posteriormente, cuando nos refiramos a ellas de forma genérica, lo haremos utilizando indistintamente el término «discriminaciones múltiples» o «discriminaciones interseccionales», por ser los vocablos empleados de forma más extendida.

Los individuos multidiscriminados son aquellos en los que, junto al hecho de pertenecer a un grupo en riesgo de ser discriminado, concurre otro factor discriminatorio adicional. Pongamos como ejemplo a los inmigrantes discapacitados, las mujeres discapacitadas, las mujeres romaní, las extranjeras que ejercen la prostitución, los inmigrantes de

---

<sup>1</sup> La Barbera, María Caterina, «Interseccionalidad, un concepto viajero: orígenes, desarrollo e implementación en la Unión Europea», *Interdisciplina* 4, n.º 8, 2016, pp. 103-120.

color o de la etnia romaní, etc. Ello les coloca en una especial situación de vulnerabilidad o de dificultad para disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad. Incluso, en no pocas ocasiones, se produce la concurrencia de más de dos de las citadas circunstancias, ahondando aún más en su riesgo de exclusión.

La concepción de discriminación múltiple tiene un marcado origen anglosajón, pues fue en Estados Unidos, en el Reino Unido y en Canadá donde se publicaron los trabajos iniciales en los que se contempla la idea de que un individuo puede pertenecer a varios grupos en desventaja al mismo tiempo, sufriendo formas agravadas y específicas de discriminación.

La discriminación múltiple es una realidad que viene produciéndose desde antaño, pero que no ha recibido la atención, desde el punto de vista jurídico, que han obtenido otros tipos de discriminación<sup>2</sup>. De hecho, se ha señalado que los instrumentos clásicos del Derecho antidiscriminatorio (conceptos de discriminación directa e indirecta y, con mayor relevancia política, el de acción afirmativa o positiva) adolecen de un alcance muy limitado para responder a muchas otras realidades discriminatorias, como el caso de la discriminación interseccional<sup>3</sup>.

La primera formulación de este concepto se debe a Kimberlé Crenshaw (1989) y desde aquel entonces, los diferentes estudios de la interseccionalidad han permitido reconocer la complejidad de los procesos formales e informales que generan las desigualdades en la sociedad. La jurista feminista estadounidense constituye un referente incuestionado en materia de discriminación múltiple o discriminación interseccional. La autora se refirió a este nuevo concepto en el marco del estudio de la discriminación sufrida por las mujeres de raza negra en Estados Unidos. El punto de mira de Crenshaw es la crítica al Derecho antidiscriminatorio dominante y construido sobre ejes aislados de discriminación (raza y género). Esta autora pretendió subrayar que en los casos de discriminación racial la discriminación se visualiza en varones negros, mientras que los casos de discriminación sexual, la discriminación se focaliza tradicionalmente en las mujeres blancas. Quiso poner de manifiesto la falta de interacción de ambos factores en el caso de las mujeres negras y, como consecuencia, su exclusión de las teorías feministas y de las políticas antirracistas. Para Crenshaw, esta realidad no puede resolverse con la inclusión de las mujeres negras en alguna de las estructuras discriminatorias ya establecidas, debido a que la experiencia de la interseccionalidad genera un resultado discriminatorio mayor que la suma de racismo y de sexismo. Se trata de una situación discriminatoria singular y agravada.

Desde entonces, el esfuerzo por definir y desarrollar el concepto de discriminación múltiple ha sido asumido por autores de diversas áreas del conocimiento (Sociología, Ciencias Políticas, o Derecho, entre otros, y dentro de este último por diversas discipli-

---

<sup>2</sup> Sobre ello puede verse su trabajo: Rey Martínez, Fernando, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 251-283.

<sup>3</sup> Barrère Unzueta, M. Ángeles, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, p. 226.

nas...). En la doctrina constitucionalista española, Fernando Rey fue uno de los pioneros, quien, haciéndose eco en sus publicaciones de muchos otros precedentes foráneos, acaba aportando sus propias conclusiones a las teorías antidiscriminatorias<sup>4</sup>. Son también fundamentales las aportaciones desde otras disciplinas del Derecho como las de M. Ángeles Barrère, Dolores Morondo o M. José Añón.

La evolución del concepto de discriminación múltiple ha llevado a distinguirla del de discriminación interseccional. Así, T. Makkonen distingue la *discriminación múltiple*, que se produce cuando una persona es discriminada por varios factores distintos y que operan en un mismo momento (raza, sexo, discapacidad...) de la *discriminación interseccional*, cuando varios factores de discriminación *interactúan* simultáneamente, interconexionando entre ellos y produciendo una forma singular de discriminación<sup>5</sup>. En definitiva, la discriminación interseccional no sólo se refiere a la discriminación basada en diferentes motivos, sino que atiende a la concurrencia simultánea de diversas causas de discriminación que pueden tener un efecto sinérgico, superior a la simple suma de varias formas de discriminación, y que combinadas generan un tipo particular de discriminación.

Fernando Rey nos pone el ejemplo de la discriminación interseccional de las mujeres gitanas, trato desigual que es el resultado de la combinación entre el género y el grupo étnico. La mujer gitana sufre un tipo de discriminación específica y distinta de la que sufre el hombre gitano o padecen las mujeres no pertenecientes a esta etnia. Es más, incluso son discriminadas dentro de su propio colectivo, pues son ellas las últimas escogidas dentro del núcleo familiar para acceder a la educación, a la formación y al ámbito laboral regularizado<sup>6</sup>.

Se ha señalado que, además de una aproximación al concepto de interseccionalidad o discriminación múltiple relacionada con la identidad de los sujetos que la padecen o como producto de una acción individual, también se puede realizar un acercamiento desde el enfoque estructural, un enfoque que se centra más en las dinámicas de poder (sistemas de opresión como el patriarcado o el racismo, por ejemplo)<sup>7</sup>. Son unas dinámicas que asignan poder y privilegios a algunos colectivos, y que se traducen en la exclusión y subordinación sistemática de otros grupos sociales. Según esta segunda visión, los sistemas de poder que conducen a determinados grupos o individuos a esa situación están interconectados. Si ello es así, la única estrategia valiosa para contrastarlos es reconocer su existencia y enfrentarlos ambos conjuntamente, tratar de desmantelarlos<sup>8</sup>. Desde este enfoque, pues, la atención a la multidiscriminación debe centrarse en las jerarquías

<sup>4</sup> Vid. Rey Martínez, Fernando, *op. cit.*, pp. 263-4.

<sup>5</sup> Makkonen, Teemu, *Compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the Fore*, Åbo Akademi Institute for Human Rights, Turku, 2002 [http://www.abo.fi/institut/imr/degree\\_programmes/norfa/timo.pdf](http://www.abo.fi/institut/imr/degree_programmes/norfa/timo.pdf)

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> Ghidoni, Elena, «La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 38, 2018, pp. 102-122.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 107.

sociales, más que en la multidiscriminación resultado de una acción concreta. Si atendemos a esta perspectiva, pese a que muchas veces se utilicen como sinónimos discriminación múltiple y discriminación interseccional, la idea de la primera no enfatiza la interconexión entre las distintas formas de discriminación, mientras que la discriminación interseccional sí lo hace, creando nuevas e intensificadas situaciones de opresión. La terminología interseccional explica mejor ese proceso y permite visibilizar todas las formas de opresión y concienciar a la sociedad sobre ello<sup>9</sup>.

II. Por otro lado, decíamos al comienzo que la discriminación múltiple constituye una de las mayores contribuciones al feminismo porque, en gran parte de los casos que podemos traer a colación, uno de los factores de discriminación que concurren es el del sexo, el hecho de ser mujer. El principal porcentaje de individuos afectados por una discriminación múltiple son mujeres<sup>10</sup>. Lo cual demuestra nuestra hipótesis de que en muchos de los supuestos en los que una mujer es discriminada, la discriminación por sexo es sólo uno de los factores. Ello ha dado una visibilidad a una realidad antigua, aunque de reconocimiento mucho más reciente, en el que las mujeres lamentablemente vuelven a ser las protagonistas<sup>11</sup>. Ha aportado un argumento más al discurso feminista. En las últimas décadas la noción de discriminación múltiple se ha convertido en un concepto clave en los estudios feministas de habla inglesa<sup>12</sup>. Como se apuntaba más arriba, ha venido a dar respuesta a una realidad en la que no eran suficientes otros conceptos más clásicos como la discriminación directa, la discriminación indirecta o las acciones positivas.

---

<sup>9</sup> Cavalcante Carvalho, Alana Micaelle, «Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad», *Journal of Feminist, Gender and Women studies*, n.º 7, 2018, p. 15.

<sup>10</sup> Burri, Susanne, y Schiek, Dagmar, «The European network of legal experts in the field of gender equality» *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?*, Bruselas, Comisión Europea, 2009, pág. 5. En el mismo sentido, pero refiriéndose a las mujeres con minusvalía, se pronuncia De Silva, «Mining the intersections: advancing the rights of women and children with disabilities within an interrelated web of human rights», *Pacific Rim Law & Policy Journal Association*, vol. 18, 2009, p. 295.

<sup>11</sup> Lo mismo sucede en tiempos de crisis. Los periodos de crisis sociales y económicas conducen inevitablemente a una pérdida en los niveles de disfrute de derechos en la generalidad de la ciudadanía. Pero esa pérdida no es igualitaria. Siempre acaban sufriendo en mayor medida aquellos colectivos de la sociedad más desfavorecidos. Las desigualdades económicas agudizan la desigualdad de derechos y, en ese marco, las mujeres <sup>3</sup>/<sub>4</sub>al igual que las personas con limitaciones físicas o psíquicas y los niños<sup>3</sup>/<sub>4</sub> acaban siendo los más vulnerables. Por supuesto, esta discriminación múltiple se agrava en los países en vías de desarrollo, o en zonas azotadas por la pobreza de lo que se ha considerado «primer mundo». Es más, a veces, es la propia pobreza la que provoca o agudiza las deficiencias motoras, sensoriales o psicológicas de las mujeres con discapacidades. Incluso estas discapacidades pueden ser generadas por determinadas prácticas sociales, que pueden causar lesiones que inciden especialmente en la mujer. Pongamos como ejemplo el de la quema de los rostros con ácido, o las minusvalías como resultado de la violencia doméstica.

En el caso de los países en el denominado «primer mundo», también las crisis económicas afectan especialmente a aquellos que se encuentran en especial situación de desventaja, y estos son los colectivos a los que nos referiremos especialmente.

<sup>12</sup> La Barbera, Maria Caterina, «Interseccionalidad...», *op. cit.*, p. 104.

Tanto en el Derecho supranacional como en el ámbito nacional ha habido una tendencia tradicional a abordar los supuestos de discriminación desde una sola variable, bien sea la del sexo, la raza, las creencias o cualquiera otra. Así, por ejemplo, la lucha contra la discriminación por razón de sexo se ha acometido usualmente desde esa única perspectiva del género<sup>13</sup>. Dejando aparte algunos casos, en muchos de los países europeos el concepto jurídico de multidiscriminación ha presentado normalmente tintes muy débiles<sup>14</sup>. Consecuentemente, el análisis bajo la óptica de un solo factor de diferenciación ha sido la tónica general en política antidiscriminatoria.

Si bien ello es cierto, no lo es menos que desde hace ya unos años se viene poniendo de relieve lo inadecuada de esta perspectiva para la solución de muchas situaciones discriminatorias por razón de sexo (o por otras), coadyuvando así a la apertura de nuevos enfoques en las teorías feministas. En este trabajo quisiera subrayar como esa realidad ha ido cambiando. Posiblemente podamos hablar de una nueva tendencia en la interpretación del derecho a no ser discriminado, la que incluye la multidiscriminación, una tendencia que ha comenzado siendo auspiciada tenuemente por el legislador, y de forma muy sólida por la doctrina, pero que también está viendo sus frutos en la aplicación de tal concepto por los tribunales.

## 2. Un apunte sobre las previsiones normativas

Analizar la presencia de la intersencionalidad en el Derecho antidiscriminatorio a escala nacional y supranacional escapa a los objetivos de este trabajo y, resultaría, de todos modos, inabarcable. No obstante, no podemos dejar de hacer una breve mención al camino ascendente que el reconocimiento de este tipo de discriminación ha ido adquiriendo. Si lo que pretendemos analizar principalmente es la recepción jurisprudencial del concepto de discriminación múltiple, qué duda cabe que la existencia de una normativa previa que incluya tal figura constituye un elemento esencial en su recepción jurisprudencial.

I. En lo que respecta al ámbito supranacional, la realidad de la discriminación múltiple, algo que afecta especialmente a las mujeres, ha sido reconocida con carácter tardío. En dicho ámbito, la interseccionalidad aparecía muy tímidamente en los textos normativos internacionales como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW), al señalar en su parte expositiva el reconocimiento de la influencia de la pobreza en el incremento de la discriminación contra la mujer y al establecerse un vínculo con otros fenómenos como el racismo. En todo caso, en 1991 el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer, en su Resolución n.º 18 sobre las mujeres discapacitadas, utilizaba el término «doble discriminación»,

<sup>13</sup> En el mismo sentido, Uccellari, Paola, «Multiple discrimination: How Law can reflect reality», *The Equal Rights Review*, vol. 1, 2008, p. 24.

<sup>14</sup> En este sentido, Burri, Susanne, y Schiek, Dagmar, *The European network of legal experts...*, *op. cit.*, pp. 11-13.

aunque será en la Resolución n.º 19 (1995) cuando se hablará más abiertamente de la problemática de la interseccionalidad<sup>15</sup>.

El cambio de paradigma se observó de forma más clara a partir de la Conferencia contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, que se realizó en Durban en 2001. La Declaración de Durban introdujo el concepto de «discriminación múltiple» para referirse a motivos conexos que agravaban la discriminación basada en la raza, color, linaje u origen nacional o étnico.

Desde entonces no son pocos los textos que se han dictado en el marco de Naciones Unidas donde ese concepto ha anidado. Por poner un ejemplo, el Comité de Derechos Humanos de la ONU señalaba en 2003 que «la discriminación contra las mujeres está a veces acompañada de discriminación por otra causa como la raza, color, lengua, religión, política o ideológica, nacional o de origen social, pobreza, nacimiento u otro estatus»<sup>16</sup>. Igualmente, la Convención Internacional sobre la protección y promoción de los derechos y la dignidad de las personas con minusvalía (2006) reconoce que las mujeres y los niños con minusvalías tiene que hacer frente a múltiples formas de discriminación por razón no sólo de esta condición, sino al mismo tiempo por su género, edad, u otros factores<sup>17</sup>.

En la Unión Europea, el preámbulo de la Directiva del Consejo (2000), relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, indica que la Comunidad debe «proponerse la eliminación de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples». En la Estrategia marco de la UE contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos, de 1 de junio de 2005, se menciona la necesidad de «tener en cuenta el hecho de que algunas personas pueden sufrir discriminaciones múltiples por varios motivos».

En 2006, la Comisión Europea encargó a un grupo de expertos en derecho a la igualdad la elaboración de un informe sobre dicho tema, informe que vio la luz en julio de 2009 bajo el título, *Multiple discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination*<sup>18</sup>. Al grupo de expertos se le encomendó el estudio de soluciones legales

<sup>15</sup> En el Comité CEDAW encontramos la idea de la discriminación interseccional en los dictámenes que ha emitido en los procedimientos de comunicaciones individuales en los casos de *A.S. vs Hungría*, *Jallow vs Bulgaria*, *S.V.P. vs Bulgaria*, *Kell vs Canadá*, *R.P.B. vs Filipinas* y *M.W. vs Dinamarca*.

<sup>16</sup> Human Rights Committee. General Comment 28 on equality of rights between men and women, in *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, UN.doc.HRI/GEN/1/Rev.6,2003, para. 30.

<sup>17</sup> Preámbulo p): «Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición,»

Art. 6: «Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación...».

<sup>18</sup> Burri, Susanne, y Schiek, Dagmar, *The European network of legal experts...*, *op. cit.*

para la lucha de la discriminación de mujeres basada en más de una causa discriminatoria. De nuevo se demuestra que la UE era consciente de que, en el fenómeno de la multidiscriminación, el factor mujer está mayoritariamente presente. Como conclusión más inmediata, el completo informe puso de manifiesto que el hecho de que existan personas que sufren discriminación por razón de diversas causas genera un mayor efecto de exclusión en ellas, lo que supone un punto de partida para nuevas políticas comunitarias de discriminación. Para el grupo de expertos, es necesario ese impulso normativo comunitario que, a su vez, incentivaría políticas nacionales en el mismo sentido. Es más, algunos de ellos recurrieron al principio de subsidiariedad para defender que el mejor modo de alcanzar mayores logros en política discriminatoria es la regulación de ésta desde el ámbito supranacional.

En ese camino ha de ubicarse también el trabajo que el Parlamento Europeo viene realizando en defensa de la igualdad. Así, en su Resolución de 2 de abril de 2009<sup>19</sup>, sobre la Propuesta de Directiva sobre el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual<sup>20</sup>, formulaba diversas enmiendas para que se incluyera y se tuviera en consideración la discriminación múltiple, en particular proponía que «los procedimientos jurídicos nacionales deben garantizar que un demandante pueda exponer todos los aspectos de una demanda por discriminación múltiple en un único procedimiento» (enmienda 23). Y planteaba una definición de discriminación múltiple a efectos de dicha Directiva en la enmienda 37:

«Existirá discriminación múltiple cuando la discriminación se base:

- a) en una combinación de los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad, y orientación sexual, o
- b) en uno o varios de los motivos contemplados en el apartado 1 y también en uno o varios de los motivos siguientes:
  - i. en el sexo (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito material de aplicación de la Directiva 2004/113/CE y de la presente Directiva),
  - ii. en el origen racial o étnico (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación de la Directiva 2000/43/CE y de la presente Directiva), o
  - iii. en la nacionalidad (cuando la situación denunciada pertenezca al ámbito de aplicación del artículo 12 del Tratado CE)».

Un paso ulterior en la implementación de la interseccionalidad en la UE se produjo con la resolución del Parlamento Europeo de 2013 sobre mujeres con discapacidad<sup>21</sup>, donde se reconocía que las mujeres con discapacidad están expuestas a discriminaciones múltiples que derivan de la desigualdad de género, edad, religión, etc., estereotipos relativos a la discapacidad que necesitan ser enfrentados<sup>22</sup>. Lo mismo sucedió en la Resolu-

<sup>19</sup> Resolución del Parlamento Europeo A6-0149/2009.

<sup>20</sup> COM (2008)0426-C6-0291/2008-2008/0140 (CNS).

<sup>21</sup> 2013/2065/INI.

<sup>22</sup> Esa discriminación múltiple ha sido subrayada en otros informes en relación a otros ámbitos. Así, por ejemplo, la Agencia Europea de los Derechos Fundamentales (FRA) realizaba en 2013 un in-

ción de 2014 sobre violencia contra las mujeres<sup>23</sup>, o la resolución del mismo año sobre explotación sexual y prostitución<sup>24</sup>.

En otros marcos regionales, como el interamericano, ha de resaltarse que la perspectiva interseccional ya fue recogida en la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (1994) como un criterio interpretativo sobre las obligaciones internacionales de los Estados<sup>25</sup>. Según ésta, condiciones como la raza o la migración pueden acentuar la vulnerabilidad de las mujeres a ser víctimas de violencia y experimentarla de manera diferenciada según la etapa del ciclo vital, las capacidades diversas o la ubicación socioeconómica de las mujeres.

II. En el ámbito doméstico, el ordenamiento jurídico de algunos Estados menciona la posibilidad de que la discriminación pueda estar basada en más de un motivo a la vez (Austria, Alemania, Italia, Polonia, Rumanía, Reino Unido o Grecia), o al menos recuerda a los poderes públicos su deber de llevar a cabo acciones positivas que deben abordar el problema de la múltiple discriminación. Es el caso de Bulgaria y España.

Efectivamente, en España se ha progresado positivamente en este terreno. No sólo se ha iniciado el camino de la lucha contra la discriminación entre hombres y mujeres desde una perspectiva transversal, sino que el concepto «doble discriminación» ha aparecido en el escenario legal. Se trata de un concepto nuevo en nuestro ordenamiento, que fue recogido en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad entre mujeres y hombres, y cuenta con escasos precedentes doctrinales. Como es sabido, ha sido estudiado sólo muy recientemente por los sociólogos<sup>26</sup> y escasamente en la doctrina jurídica española<sup>27</sup>.

---

forme precisamente sobre discriminación múltiple en la asistencia sanitaria (en: <http://fra.europa.eu/en/publication/2013/inequalities-discrimination-healthcare>).

<sup>23</sup> 2013/2004/INL.

<sup>24</sup> 2013/2013/INI.

<sup>25</sup> Artículo 9: «(...) los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad».

<sup>26</sup> Beyoda, María Helena, «Mujer extranjera: una doble exclusión: Influencia de la Ley de Extranjería sobre las mujeres inmigrantes», *Papers: revista de sociología*, n.º 60, 2000, pp. 241-256; David, Natascha, «Las mujeres con discapacidad sufren doble discriminación», *Educación obrera*, n.º 137, 2004 (Ejemplar dedicado a: Sindicatos y discapacidad: promover el trabajo decente y combatir la discriminación), pp. 19-24; Ramos Quintana, Margarita Isabel, «Mujeres inmigrantes: la doble discriminación», *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n.º 12, 2006, pp. 9-20; Malo Ocaña, Miguel Ángel, «¿Existe la doble discriminación salarial por sexo y discapacidad en España?: Un análisis empírico con datos del Panel de Hogares», *Moneda y crédito*, n.º 225, 2007, pp. 7-42.

<sup>27</sup> En este sentido véase el excelente y reflexivo trabajo de Fernando Rey Martínez, «La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 84, 2008, pp. 251-283. O el completísimo trabajo de Barrère Unzueta, M. Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores, «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45. Asimismo pueden consul-

La Ley reconoce que la realidad demuestra que, al hecho de pertenecer al sexo femenino, muchas veces, se unen condiciones o circunstancias que generan situaciones adicionales de vulnerabilidad en las mujeres. Esta verdad exige la adopción de medidas particulares para estos casos, medidas que deben tener en consideración ese doble o múltiple elemento que minorra notablemente el acceso de la mujer a sus derechos en plenas condiciones de igualdad<sup>28</sup>.

El mismo camino se ha seguido a nivel autonómico, donde muchas de las leyes de igualdad regionales han recogido el concepto de multidiscriminación.

### 3. La discriminación múltiple ante los tribunales

#### 3.1. Escaso pero progresivo reconocimiento de la discriminación múltiple en sede judicial

Uno de los elementos que puede fomentar la adecuada salvaguarda de los derechos de las mujeres multidiscriminadas es la consolidación legal y jurisprudencial del propio concepto de discriminación múltiple. Pero, sólo si existe un adecuado conocimiento del fenómeno y aquélla se mantiene como figura jurídica propia, la respuesta judicial podrá darse en toda su integridad.

Como se ha indicado, «debido a que el origen del Derecho antidiscriminatorio está muy vinculado a la producción jurisprudencial, existe una cierta tendencia a judicializarlo, es decir, a vincularlo al proceso aplicativo del Derecho, con todo lo que ello conlleva de reduccionismo (de individuación o conversión a «casos») en el tratamiento jurídico de la discriminación»<sup>29</sup>. Ese peligro se corre con la figura de la discriminación múltiple, donde su desarrollo conceptual, e incluso legislativo, en general, está mucho más desarrollado que su vertiente jurisprudencial.

---

tarse los trabajos recogidos en la obra colectiva que tuve la suerte de coordinar: Serra Cristóbal, Rosario (coord.), *La discriminación múltiple en los ordenamientos jurídicos español y europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

<sup>28</sup> La citada Ley de igualdad se refiere a este hecho en los siguientes términos: «...se contempla, asimismo, una especial consideración con los supuestos de «doble discriminación» y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad». Y posteriormente añade otras situaciones o especiales condiciones o circunstancias que pueden concurrir en una mujer y situarla en una especial situación de vulnerabilidad, que son las recogidas en el art. 6: las mujeres mayores, las mujeres viudas, o las mujeres víctimas de la violencia de género. Y a éstos cabría pensar en añadir los supuestos de mujeres presas, mujeres prostitutas, o mujeres lesbianas, ... entre otros. Además, el art. 20 c) de la citada Ley indica que los poderes públicos, en su elaboración de sus estudios y estadísticas, «deberán diseñar e introducir los indicadores y mecanismos necesarios que permitan el conocimiento de la incidencia de otras variables cuya concurrencia resulta generadora de situaciones de discriminación múltiple en los diferentes ámbitos de intervención». En este precepto sí utiliza el término «múltiple».

<sup>29</sup> Barrère Unzueta, M. Ángeles, «La interseccionalidad...», *op. cit.*, p. 227. En el mismo sentido, Barrère Unzueta, M. Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores, «Subordiscriminación y discriminación interseccional...», *op. cit.*, pp. 38 y 39.

En todo caso, también es cierto que hay muchos países que no incluyen en su normativa el concepto de discriminación múltiple, como tal, de forma directa ni de modo indirecto, pero su tratamiento se ha podido dar a través de la jurisprudencia. Aunque en un ordenamiento no haya un reconocimiento legal de la discriminación múltiple, eso no significa que no se pueda presentar un caso ante los tribunales alegando más de una causa de discriminación. De todos modos, insistimos en que la recepción legal de la figura de la múltiple discriminación y un enraizado desarrollo doctrinal de tal concepto coadyuvan a una mejor aplicación y reconocimiento de la misma, eliminan barreras a la hora de alegar circunstancias de tal naturaleza ante los tribunales y con ello garantizan la salvaguarda de los derechos del justiciable que se encuentra en una situación singular.

Si echamos un vistazo al tratamiento jurisprudencial otorgado a la discriminación múltiple observaremos respuestas judiciales de todo tenor, pero, en todo caso, porcentualmente son escasas. Se puede aludir a casos donde la confluencia de diversos factores discriminatorios era evidente y, sin embargo, ninguna de las partes, ni el propio juez, alegó discriminación múltiple. Encontraremos supuestos en los que, al menos, por alguna de las partes en el proceso o por el propio juez se ha alegado la circunstancia de la discriminación multicausal y, en ese caso, los jueces o a jueces que han resuelto focalizando el análisis en una de las causas de discriminación alegadas, o rechazando que existiera multidiscriminación, o rechazándola por considerar que no estaba prevista la posibilidad de combinar dos motivos de discriminación en la ley. Pero, también hay ejemplos en los que la confluencia de causas discriminatorias ha sido reconocida como parte de un mismo conjunto por el órgano judicial. A este respecto hemos de felicitarnos por la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *B.S. vs España*, de 24 de julio de 2012, que por primera vez reconoció una discriminación desde el punto de vista interseccional en el marco del Consejo de Europa, o las sentencias dictadas por la Corte Interamericana.

Desde el punto de vista estatal, los recursos judiciales presentados por doble o múltiple discriminación han sido escasos y han recibido poca respuesta por parte de los tribunales, excepto en países como EE. UU., Canadá, Irlanda y en Reino Unido. En estos países los tribunales llevan años reconociendo la existencia de una doble discriminación, aunque los criterios para determinar si se trata de una discriminación interseccional o una discriminación aditiva no han sido tan claros.

### **3.2. Cuando nadie alega en el proceso que concurre una discriminación múltiple a pesar de que concurren sus elementos**

Decíamos más arriba que ha habido una tendencia tradicional a abordar los supuestos de discriminación desde una sola variable, bien sea la del sexo, la raza, las creencias o cualquiera otra. Ello ha conducido durante mucho tiempo a plantear estratégicamente los procesos judiciales en los que concurre una discriminación desde esa perspectiva monocausal, sin que las partes hagan alusión al hecho de la multidiscriminación, ni el juez contemple esa posibilidad, cuando evidentemente había elementos para poder haber analizado el caso bajo esta perspectiva.

En el caso de España, la jurisprudencia tanto ordinaria como constitucional no ha contemplado la discriminación múltiple como un supuesto específico, y ello a pesar de que han tenido que decidir sobre casos en los que concurrían más de un factor discriminatorio.

Fernando Rey ponía como ejemplo más destacado el conocido como caso del matrimonio gitano. Un supuesto que fue resuelto primero por el Tribunal Constitucional (STC 69/2007), a raíz de la denegación de la pensión de viudedad a una mujer gitana que en el pasado había contraído nupcias por el rito gitano, pero nunca lo hizo por las vías civil o religiosas establecidas legalmente ni lo inscribieron en el Registro Civil. La pensión le fue denegada porque la literalidad de la ley exigía para la percepción de dicha pensión la existencia de un matrimonio válido previo. Como señala este autor, podía haberse reconocido la existencia de discriminación por razón de raza o convicciones culturales (la prestación se concede a aquéllos que tienen una forma de convivencia matrimonial y no a otros, los matrimonios gitanos) y por razón de sexo (porque es algo que afecta a las mujeres de la etnia gitana que son las que no trabajan y no cotizan, situación de desamparo en la que nunca se hubiera encontrado un hombre gitano)<sup>30</sup>. Sin embargo, el caso ni se planteó ni se resolvió bajo esta óptica. Ni tampoco se hizo así cuando el caso fue analizado posteriormente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pese a que sí se reconoció que se había producido una discriminación<sup>31</sup>. En ningún momento del proceso ante la Corte europea se arguyó la posible situación de discriminación interseccional ni esta lo tuvo en consideración.

La esterilización forzada es también otro claro caso de interseccional donde el sexismo se superpone —por ejemplo— con el racismo y el capacitismo. Aunque el TEDH parece ser más sensible al problema de la desigualdad estructural y haya prohibido toda justificación de un trato desigual basado en estereotipos de género o de otra naturaleza, este es otro de los casos en los que no ha entrado en el análisis de la discriminación de carácter pluricausal. Un ejemplo de ello lo encontramos en la cuestión de la esterilización forzada de las mujeres romaníes en la región de los Balcanes, que ha planteado una cantidad considerable de casos judiciales. Este es un supuesto en el cual el Tribunal podría haber reconocido la existencia de un sistema estructural discriminatorio patriarcal y racista, que limita los derechos reproductivos de las mujeres, sin embargo, no solo no se ha abordado esa perspectiva, sino que tampoco se apreció la violación del artículo 14 del Convenio que reconoce el derecho a las personas a no ser discriminadas. Así, en el caso *V.C. vs Eslovaquia (de 8 de noviembre 2011)*, la demandante, V.C., fue hospitalizada en agosto de 2000 para dar a luz a su segundo hijo. Después de pasar varias horas de parto, antes de dar luz, el personal médico le indicó que corría peligro su vida si volvía a quedarse embarazada, ella asustada y presionada firmó una autorización solicitando la esterilización. Los médicos también anotaron en el registro que «La paciente es de origen romaní» y la demandante afirmó haber sido segregada en una habitación exclusivamente con mujeres gitanas. Tras la esterilización sufrió consecuencias en su vida privada, pues a causa de su infertilidad fue rechazada en su comunidad y su marido se divorció de ella. La propia demandante alegó que a las mujeres romaníes se les ofrecían incentivos económicos para ser esterilizadas, pero, aún así, el Tribunal no identificó de manera clara los estereotipos de gé-

---

<sup>30</sup> Rey Martínez, Fernando, «La discriminación...», *op. cit.*, pp. 274-283.

<sup>31</sup> Asunto Muñoz Díaz vs España, STEDH de 8 de diciembre de 2009.

nero y etnia que claramente impactaron sobre la situación de esa mujer, mujer que no constituía más que un ejemplo de muchos otros casos similares.

En el ámbito interno, por citar otros ejemplos, no hace muchos años, el Tribunal Supremo español (TS), reiterando doctrina anterior, llamaba la atención al legislador sobre los efectos discriminatorios de la normativa sobre concesión de prestaciones de jubilación, pero lo hacía desde una perspectiva unicausal, siendo que en el fondo la discriminación se producía por razón de sexo y por razón de edad (una negación de la prestación de jubilación que afecta a las mujeres de una determinada edad y sólo o mayoritariamente a las mujeres, además, mujeres que cuando fueron madres se vieron obligadas a dejar de trabajar). Y eso que el Tribunal reconocía que «el legislador no puede obviar el dato de que el colectivo afectado (pensionistas SOVI<sup>32</sup>) está integrado fundamentalmente por mujeres y que, a mayor abundamiento, si no acreditan ulteriores trabajos y cotizaciones es, también mayoritariamente, porque abandonaron el mercado laboral a consecuencia de su matrimonio y ulterior maternidad. Negar el beneficio a los pensionistas SOVI supone una negación que afectará fundamentalmente a las mujeres, que, además, abandonaron sus carreras laborales y de seguro en razón de la circunstancia biológica de la feminidad» (STS 969/2012).

El TS también ha tenido que manifestarse en supuestos de posible discriminación de mujeres extranjeras que, además, eran víctimas de la violencia de género<sup>33</sup>, o cabía la posibilidad de que fueran obligadas a casarse contra su voluntad y ser víctimas de la mutilación genital femenina<sup>34</sup>. Son decisiones adoptadas por el Tribunal tras la denegación del derecho de asilo a las mismas. En todos ellos el TS ha reconocido que estos hechos pueden considerarse como una persecución y discriminación por razón de sexo, puesto que lo son «por su pertenencia al género femenino», pero no ha planteado los casos desde la posible concurrencia de múltiples factores de discriminación.

### **3.3. Supuestos en los que se alega la confluencia de varias causas de discriminación, pero los tribunales no reconocen la multidiscriminación como una forma singular de discriminación**

En segundo lugar, podemos hacer alusión a aquellos supuestos en los que, en algún momento del proceso, se ha alegado la concurrencia de varias causas de discriminación, pero los tribunales no han apreciado la existencia de un trato discriminatorio o, si lo han hecho, ha sido atendiendo a uno de los varios factores discriminatorios que confluían en los hechos.

Pongamos como uno de los primeros ejemplos, el asunto *Degraffenreid vs General Motors*<sup>35</sup>. El Tribunal Supremo norteamericano había reconocido la posibilidad de

<sup>32</sup> SOVI: Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez.

<sup>33</sup> SSTs 597/2011 y 4013/2011.

<sup>34</sup> STS 3414/2011 y STS de 11 de mayo de 2009, Sala Tercera.

<sup>35</sup> *Degraffenreid v General Motors* 413 F Supp 142 (E D Mo 1976) Este caso puede resumirse como sigue: cinco mujeres negras demandan a la multinacional General Motors alegando que el sistema de antigüedad de la empresa perpetúa los efectos de la discriminación pasada hacia las mujeres negras.

que en el despido practicado por la compañía de un grupo de mujeres afroamericanas se pudiese recurrir a la justicia por discriminación racial o por discriminación sexual. Aunque, esto constituyó un reconocimiento importante de la realidad a la que nos estamos refiriendo, no estableció que las mujeres afroamericanas constituyeran una clase especial, esto es, no decidió bajo la óptica de la interseccionalidad y, de hecho, estableció que las demandantes no podían ser indemnizadas porque el tipo de daño alegado no podía ser identificado con claridad. También en relación a las mujeres negras y el grupo particular que podían constituir, volvió a pronunciarse en ocasiones posteriores en el mismo sentido<sup>36</sup>.

En Reino Unido, en el caso *Bahl vs Law Society* (2004), con una demandante asiática de raza negra que alegó haber sufrido bullying en un momento en que se barajaba su posible nombramiento como vicepresidenta de dicha Sociedad, se planteó el caso bajo esa doble perspectiva discriminatoria (género y étnia). Aunque previamente el *Employment Appeal Tribunal* consideró a la *Law Society* responsable de discriminación por razón de raza y sexo, el tribunal de apelaciones no reconoció la concurrencia de ambos factores de discriminación<sup>37</sup>. De hecho, esta última ha sido muchas veces la tónica jurisprudencial, el mantener una actitud tradicional y no reconocer la discriminación o afrontar los casos desde una única perspectiva discriminatoria<sup>38</sup>.

En el marco del Convenio Europeo de Derechos humanos cabe citar el caso *Carvalho Pinto de Sousa Morais vs Portugal*, de 27 de julio de 2017. Se trataba de una ciudadana portuguesa, nacida en 1945, sometida en 1995 a una operación quirúrgica para la extracción de las glándulas de Bartolín, en la cual, por un error médico, se le inutilizó el nervio pudiendo. A partir de entonces, sufre incontinencia urinaria, dolor al andar y sentarse e imposibilidad de tener relaciones sexuales. El Tribunal Supremo portugués redujo la indemnización para contratar una empleada de hogar para las tareas domésticas porque la demandante, dada la edad de sus hijos, «solo debía cuidar de su esposo», no siendo necesaria la contratación a tiempo completo de una empleada, al igual que redujo la indemnización por daños al considerar que con 50 años tenía «una edad en la que el sexo no es tan importante como en los años de juventud; su significación disminuye con la edad». El Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció una discriminación por sexo y por edad, pero no se analizó el caso bajo la perspectiva de la interseccionalidad o de la multidiscriminación como situaciones en las que se genera una especial situación de vulnerabilidad para la persona objeto de la discriminación.

---

La pretensión se basa en el hecho de que las mujeres negras habían sido contratadas por la empresa a partir de 1970 y, por lo tanto, más tarde que las mujeres blancas (que lo habían sido antes de 1964), pero también más tarde que los hombres negros (que lo habían sido después de 1964 pero con anterioridad a 1970). A consecuencia de ello, cuando en un momento de recesión la empresa empieza a despedir al personal siguiendo el criterio de la antigüedad, las mujeres negras son las primeras en ser despedidas.

<sup>36</sup> *Lam v University of Hawaii* 40 F. 3d 1551, 1561 (9<sup>th</sup> Cir. 1994).

<sup>37</sup> Un comentario sobre estos casos puede verse en: Solanke, Iyiola, «Putting race and gender together: a new approach to intersectional», *Modern Law Review*, vol. 72, n.º 5, 2009, pp. 729-30.

<sup>38</sup> Uccellari, Paola, «Multiple discrimination...», *op. cit.*, p. 35.

En la esfera de actuación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), el reconocimiento de la discriminación múltiple ha sido también escaso, o más bien nulo, a pesar de haberse planteado algunos casos en los que la parte alegaba una discriminación múltiple. Así sucedió, por ejemplo, en el *Caso Meister*, C-415/2010, de 19 de abril de 2012, en el que la trabajadora demandante alegaba la existencia de un rechazo al empleo por una discriminación múltiple por su sexo, su edad y su origen étnico. Sin embargo, la cuestión resuelta por el TJUE no tenía que ver con el concepto de discriminación múltiple, ni con sus consecuencias jurídicas, sino con la aplicación de las reglas de la carga de la prueba que, de manera idéntica, se contienen en las tres directivas referidas a esas causas de discriminación —a saber, artículo 8 de la 2000/43/CE, artículo 10 de la 2000/78/CE, y artículo 19 de la 2006/54/CE—.

En la STJUE de 24 de noviembre de 2016, *Caso Parris*, C-443/15, se enjuició si era discriminatorio por razón de orientación sexual, o por razón de edad, o por ambas razones conjuntamente, un plan de pensiones de empleo que supeditaba el derecho de las parejas registradas supervivientes de los afiliados a disfrutar de una prestación de supervivencia al requisito de que la unión civil registrada se hubiese celebrado antes de que el afiliado haya cumplido la edad de 60 años, cuando es que el derecho irlandés no le había permitido a dicho afiliado —por tratarse de una pareja de homosexuales varones— celebrar una unión civil registrada antes de alcanzar esa edad. El TJUE rechazó la existencia de discriminación primero por orientación sexual y luego por edad, para acabar concluyendo que —en contra del criterio de la Abogada General— tampoco hay discriminación combinada. Según el TJUE razona, «aunque, ciertamente, una discriminación puede basarse en varios de los motivos contemplados en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, no existe sin embargo ninguna nueva categoría de discriminación resultante de la combinación de algunos de esos motivos, como la orientación sexual y la edad, que pueda concurrir cuando no se haya constatado una discriminación en razón de dichos motivos considerados por separado»<sup>39</sup>.

### 3.4. Casos en los que el órgano jurisdiccional admite la interseccionalidad y reconoce la discriminación de dicha naturaleza

#### 3.4.a. La recepción de la multidiscriminación en la jurisprudencia doméstica

El primer caso que se cita como ejemplo de reconocimiento de la confluencia de factores discriminatorios es un asunto decidido EE. UU., el caso *Jefferies vs Harris Cty Community (1980)*<sup>40</sup>. En el mismo el tribunal entendió que las mujeres negras constituían un grupo específico para la legislación antidiscriminatoria de empleo, admitiendo así la existencia de una discriminación interseccional. Las mujeres negras podían ser discriminadas en cuanto tales, con independencia de que en ese ámbito laboral existiese discriminación contra las mujeres o discriminación contra las personas de color. Con esa y otras decisio-

<sup>39</sup> Véase comentario al respecto de José Fernando Lousada Arochena, «Discriminación múltiple: El estado de la cuestión y algunas reflexiones», *Aequalitas*, n.º 41, 2017, p. 36.

<sup>40</sup> *Jefferies v Harris City Community Action Association* 615 E 2<sup>nd</sup> 1025 (5<sup>th</sup> Cir. 1980).

nes que le siguieron durante los años 80 lo que se vino a añadir es que la confluencia de dos causas de discriminación sobre una misma persona <sup>3/4</sup>la raza y el sexo<sup>3/4</sup> generaban una sinergia en sí mismas que producía una nueva condición mucho peor que la suma de ambas causas de discriminación consideradas de modo separado. También cabe citar como una de esas primeras sentencias la dictada en el caso *Lam vs University of Hawaii*.

En esa línea, en Canadá pueden citarse casos como: *Canada vs Mossop* (1993) o *British Columbia Human Rights Tribunal, Commeau vs Cote* (2003).

En Europa, en comparación, el reconocimiento por parte de los jueces de la discriminación múltiple ha sido muy escaso. De hecho, en el informe que la Comisión de expertos de la UE que elaboró en 2009 sobre ésta, se indica que los 30 expertos de diversos países europeos reunidos sólo pudieron aportar unos 29 ejemplos de decisiones jurisprudenciales nacionales sobre multidiscriminación<sup>41</sup>.

El informe cita entre otros ejemplos, el de los Tribunales daneses en el caso *Fotex* (2005), en el cual se analizaba el despido de una mujer cuando empezó a usar el hijab. La Corte Suprema finalmente no pudo reconocer el despido como improcedente porque la prohibición del uso de dicha prenda se ajustaba a un código de vestimenta de la empresa razonable. Pero lo interesante es que analizó la causa no sólo desde la perspectiva de una discriminación por razón de sexo, sino también sobre la base de la concurrencia de discriminación étnica y religiosa.

En Reino Unido, en casos como *Lewis vs Tabard Gardens* (2005), donde la demandante era una mujer negra, o en *Mackie vs G&N Car Sales* (2003), que tenía como protagonista a una mujer india, los tribunales entendieron que el factor sexo y el factor raza actuaban conjuntamente. Y reconocieron que dichas mujeres habían sido objeto de una discriminación múltiple. Puede citarse también el caso *Ministry of Defence vs Tiler de Bique* (2010). La demandante era una mujer soldado del ejército, de San Vicente y las Granadinas, que también era madre soltera con una hija pequeña. El Tribunal de Empleo determinó que el Ministerio de Defensa le aplicaba dos disposiciones, criterios o prácticas, a saber, que fuera un soldado disponible para ser desplegado las 24 horas del día, los 7 días de la semana; y también que no podía tener a un miembro de su familia extensa (una hermana) para que se quedara con ella en el Servicio de Alojamiento para Familias porque era extranjera y sólo tenía derecho a permanecer en el Reino Unido durante un breve período de tiempo. El Tribunal de Empleo consideró que dichos requisitos constituían una discriminación indirecta que derivaba de la intersección entre raza y sexo, que le impedía acceder al empleo que solicitaba en condiciones de igualdad.

De igual modo, los tribunales noruegos admitieron como una doble discriminación (por razón de sexo y de raza) la no admisión en un hotel de dos asiáticas que, por la imagen estereotipada de éstas, fueron confundidas por prostitutas<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Burri, Susanne y Schiek, Dagmar, *The European network of legal experts in the field of gender ...*, *op. cit.*, p. 13.

<sup>42</sup> El Equality Tribunal de Noruega, caso n.º 1/2008.

Junto a estos procesos en los que confluían los elementos género y raza, los tribunales nacionales europeos han conocido de varias discriminaciones múltiples que recaían sobre las mujeres de la etnia Romani<sup>43</sup>, o de mujeres discriminadas por sus circunstancias personales/familiares o por su edad. Se han presentado recursos ante los tribunales porque una mujer de etnia romaní había sido inadmitida en un establecimiento por llevar la indumentaria tradicional de dicha etnia<sup>44</sup>.

Por razones de circunstancias familiares se han estudiado supuestos en los cuales unas becas de ayudas para el estudio estaban excluidas para familias monoparentales. Una medida de tal tipo constituye no solo una discriminación por razón de circunstancia familiar, sino también por razón de sexo, habida cuenta de que una notable mayoría de familias monoparentales están encabezadas por mujeres. O supuestos en los que sólo las mujeres son despedidas del trabajo o no admitidas por tener hijos pequeños a su cargo. Es una medida que solo afecta a mujeres y sólo a las que tienen niños de corta edad. La confluencia de ambos factores discriminatorios es la que provoca la exclusión.

#### 3.4.b. *La tardía incorporación de la discriminación múltiple en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La perspectiva parece haber cambiado más recientemente también en ámbito del Consejo de Europa. El Tribunal de Estrasburgo tuvo que pronunciarse sobre un caso que se planteó bajo la óptica de la discriminación interseccional. Me refiero al asunto *B.S. vs España*, de 24 de julio de 2012, que previamente había sido recurrido en amparo ante el TC, quien inadmitió el mismo por no apreciar la especial trascendencia constitucional del mismo<sup>45</sup>. Se trataba de una mujer negra nigeriana que ejercía la prostitución y que en un control de identidad llevado a cabo por la policía española fue agredida físicamente y verbalmente, recibiendo insultos racistas como «puta negra, vete de aquí». La recurrente alegó que otras mujeres, que también ejercen la prostitución, pero que presentan un «fenotipo europeo», no eran molestadas ni tratadas de ese modo por la policía. Entendía que su condición de mujer negra y trabajadora de la calle la hacía especialmente vulnerable a los ataques discriminatorios y que esos factores no podían dissociarse y debían contemplarse en su conjunto, pues su interacción era esencial para comprender el fenómeno discriminatorio. Además, la mujer nigeriana se consideraba víctima de los problemas estructurales de discriminación presentes en el sistema judicial español, pues no había recibido amparo en cuanto a su derecho a no ser discriminada por parte de las instituciones españolas. Lo interesante es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que ello era así. Estimó que la jurisdicción española «no había tomado en consideración

<sup>43</sup> La discriminación específica que enfrentan las mujeres gitanas es particular y diferente a la discriminación que suelen enfrentar los hombres gitanos y las mujeres no gitanas y coloca a las mujeres gitanas en una situación de vulnerabilidad. SORDO RUZ, Tania (Coord.) (2017): *Guía sobre discriminación interseccional. El caso de las mujeres gitanas*, Serie Materiales de Trabajo n.º 68, Madrid, Fundación Secretariado Gitano, p. 26.

<sup>44</sup> Informe *Multiple Discrimination in EU Law*, pág. 13.

<sup>45</sup> El recurso fue inadmitido por decisión de 22 de diciembre de 2009.

la vulnerabilidad específica de la recurrente, inherente a su condición de mujer africana que ejerce la prostitución...faltando con ello a su obligación que le incumbe en virtud del artículo 14 de la Convención...de adoptar todas las medidas posibles para analizar si una actitud discriminatoria se había producido».

En este caso, terceras partes intervinientes, entre ellas Women's Link World Wide, argumentaron la importancia de considerar la situación de vulneración sufrida por la demandante como el producto de la intersección entre género, origen nacional y situación social.

Pese a que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no ha profundizado en el concepto de doble o múltiple discriminación, en el sentido de que no entrar a definirlo o precisarlo, sí cabe calificar la sentencia como satisfactoria a los efectos de lo que aquí se defiende, porque la Corte reconoce por primera vez un supuesto de discriminación producido por la confluencia conjunta de varios factores de exclusión.

Sin duda, esta sentencia contribuye a dar un paso en esa nueva tendencia multidimensional en la interpretación del derecho a no ser discriminado. Es importante esa visión plural de la igualdad, porque, como adelantábamos, cuando nos referimos a la discriminación múltiple estamos hablando de un tipo de discriminación cuyas consecuencias para sus víctimas pueden ser mayores que la simple suma de discriminaciones que la componen. Porque muchas veces son discriminaciones con una especificidad propia y la vulnerabilidad que generan es exponencialmente mayor que la mera adición del daño que cada una de ellas produciría por separado. La limitación que generan en el acceso a los derechos puede ser de un calado tal que les excluya del disfrute de ellos. Ha de tenerse en cuenta que un tratamiento unidimensional de los supuestos de discriminación múltiple no hace justicia a la realidad y ello genera resultados insatisfactorios para quien los padece, pues la respuesta que el ordenamiento acaba dando no compensa los daños sufridos.

### 3.4.c. *La Corte Interamericana y la valiosa labor en el reconocimiento de la discriminación interseccional*

En el ámbito de actuación de la Corte Interamericana<sup>46</sup> se ha llevado a cabo una labor muy valiosa a este respecto. Baste mirar el caso *Rosendo Cantú y otra vs México* (2010)<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no contiene una definición explícita del concepto de «discriminación» ni de discriminación múltiple o discriminación interseccional. No obstante, la existencia de motivos sobre cuya base está prohibida la discriminación llevó a la adopción de instrumentos de derechos humanos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que, por distintos motivos, han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación de los motivos prohibidos para discriminar (ej: Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad o la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer).

<sup>47</sup> Valentina señora Rosendo Cantú es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, en el Estado de Guerrero. Los hechos se produjeron cuando tenía 17 años, estaba casada y tenía una hija. El 16 de febrero de 2002, Valentina Rosendo Cantú se encontraba en un arroyo cercano

donde se analizó la interacción e intersección de diferentes categorías protegidas frente a la discriminación, tales como género, raza, edad y pobreza; o el caso *Inés Fernández Ortega vs México* (2009)<sup>48</sup>, donde a través de la intersección entre a raza, la clase, la etnia y el género, resaltó no solo los acentuados obstáculos de acceso a la justicia, sino también su impacto negativo en el acceso a oportunidades, derechos sociales, acceso a la tierra y la producción. La Comisión de Derechos Humanos en estos casos reconoció que las mujeres indígenas afrontan simultáneamente relaciones de exclusión social, sexismo, racismo y discriminación; y por ende las obligaciones estatales de protección de sus derechos deben buscar erradicar de manera articulada esos factores. Se observa esa perspectiva de la discriminación interseccional desde el punto de vista estructural. En el caso paradigmático *González y otras («Campo Algodonero» vs México* (2009), la Corte también analizó la relación de la violencia de género con las relaciones sociales, culturales y económicas de discriminación, para caracterizar a las víctimas: las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez. Otros casos más podrían ejemplificar cómo la Corte interamericana ha sido consciente de la especial desventaja en la que pueden encontrarse las mujeres en las que concurren otro tipo de causas de discriminación.

Asimismo, en el asunto *Gonzales Lluy vs Ecuador*, de 1 de septiembre de 2015, la Corte Interamericana de Derechos Humanos atendió la interseccionalidad de la discriminación sufrida por la víctima y la analizó considerando las características específicas de la misma<sup>49</sup>.

El caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talia Gonzáles Lluy (TGGL), como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó el 22 de junio de 1998, cuando tenía tres años de edad. Posteriormente al contagio de VIH Talía fue expulsada del colegio donde estudiaba debido a que se consideró que su condi-

---

a su domicilio. Cuando se disponía a bañarse, ocho militares, acompañados de un civil que llevaban detenido, se acercaron a ella y la rodearon. Dos de ellos la interrogaron sobre «los encapuchados», le mostraron una foto de una persona y una lista con nombres, mientras uno de ellos le apuntaba con su arma. Ella les indicó que no conocía a la gente sobre la cual la interrogaban. El militar que la apuntaba la golpeó en el estómago con el arma, haciéndola caer al suelo. Luego uno de los militares la tomó del cabello mientras insistió sobre la información requerida. Finalmente, le quitaron la falda y la ropa interior y la violaron. Tanto Valentina Rosendo Cantú como su esposo presentaron una serie de recursos a fin de denunciar los hechos y solicitar que se realicen las investigaciones necesarias para identificar y sancionar a los responsables. La investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual decidió archivar el caso.

<sup>48</sup> La señora Fernández Ortega es una mujer indígena perteneciente a la comunidad indígena Me'phaa, residente en Barranca Tecoani, estado de Guerrero. Cuando se produjeron los hechos tenía casi 25 años. El 22 de marzo de 2002, la señora Fernández Ortega se encontraba en su casa en compañía de sus cuatro hijos, cuando un grupo de aproximadamente once militares, vestidos con uniformes y portando armas, entraron en su casa donde uno de ellos la violó mientras los demás miraban. Se interpusieron una serie de recursos con el fin de investigar y sancionar a los responsables de los hechos. No obstante, éstos acabaron archivados.

<sup>49</sup> Puede verse el trabajo Vargas Vera, Georgina, «Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad. El caso *Gonzales Lluy y otros vs Ecuador*», *Iuris Dictio*, n.º 18, 2016, pp. 139-148.

ción de persona seropositiva era un riesgo para las personas que convivían con ella en el colegio; las autoridades judiciales determinaron que además de no poder asistir a ese colegio, Talía no debía asistir a ningún otro, sino que debería estudiar a distancia para no poner en riesgo la integridad y la vida de las personas con las que interactuaba. Además, la situación económica de pobreza en la que ya se encontraba la familia de Talía se vio agravada debido a que su madre fue despedida de su trabajo por tener a su hija a cargo. También tuvo dificultades en acceder a una vivienda digna y a los servicios de salud públicos.

La Corte constató que Talía había sido objeto de una discriminación que estaba asociada a factores como ser mujer, persona con VIH, persona con discapacidad, ser menos de edad y su estatus socioeconómico, aspectos que la hicieron más vulnerable y agravaron los daños que sufrió. Entendió que en el caso de Talía confluyeron en forma interseccional múltiples factores de vulnerabilidad y riesgo de discriminación, lo que derivó en una forma particular de discriminación. La Corte resaltó, entre otras cosas, que el Comité CEDAW en su Recomendación General No. 28 había reconocido la existencia de las formas «combinadas» y «entrecruzadas» de discriminación que pueden sufrir las mujeres por motivos adicionales de su edad, condición económica o social, y había señalado que los Estados deben reconocer y prohibir en sus instrumentos jurídicos estas formas entrecruzadas de discriminación y su impacto negativo combinado en las mujeres afectadas. Resulta interesante subrayar que la Corte se hizo eco en el texto de su decisión del asunto resuelto por el TEDH *B.S. c España*, que se ha citado más arriba.

#### 4. Reflexión final

El principio de igualdad, en su expresión más sencilla, implica que los casos iguales deben ser tratados de igual modo, mientras que los casos desiguales deben serlo de modo desigual. Por supuesto, esta regla es mucho más compleja, pues exige como primera tarea establecer los términos de comparación, para determinar si efectivamente nos encontramos ante supuestos comparables o no y, por lo tanto, podemos apreciar discriminación de trato.

La regla del trato distinto de aquello que no es igual ha sido argumento frecuentemente empleado en la legislación y jurisprudencia sobre discriminación por razón de discapacidad o embarazo, o en supuestos de igualdad de salarios, entre otros, y en relación a la discriminación indirecta y la discriminación positiva o «positive action». En todos ellos, el argumento de si estamos ante supuestos iguales o no y la comparación entre los mismos constituye el punto de partida para acabar afirmando que cuando los elementos de comparación son distintos, la respuesta del legislador o del aplicador de la ley han de ser diversos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Thlimmenos vs Grecia*<sup>50</sup>, que ilustra muy bien la cuestión de la que venimos hablando, se pronunció a este respecto.

<sup>50</sup> TEDH asunto *Thlimmenos vs Greece*, de 6 de abril de 2001.

A un ciudadano griego se le había vetado el acceso a un empleo público porque en el pasado se había negado a vestir el uniforme del ejército y la ley establecía dicho impedimento para todos aquellos que hubiesen renegado de cumplir con sus deberes militares. En el caso estudiado el demandante era testigo de Jehová, razón por la cual se había opuesto a cumplir tal deber. El Tribunal entendió que era contrario al principio de igualdad el que el legislador estableciese la misma sanción a todos aquellos que no cumplieran sus deberes militares, sin distinguir entre los que lo hacían por razones religiosas (ejerciendo un derecho) y los que lo hacían por cualquier otra causa. Para la Corte de Estrasburgo se trataba de supuestos distintos que estaban siendo tratados por el legislador griego de igual modo, lo cual era contrario al principio de igualdad.

Cuando nos encontramos ante una situación de discriminación múltiple podríamos acudir a la misma esencia del principio de igualdad: no podemos tratar de igual modo aquellas situaciones en las que una persona se enfrenta a una sola razón discriminatoria que a las personas en las que confluyen dos o más causas de discriminación. Considero que, en este supuesto, se está tratando de igual modo situaciones no comparables, y con ello lo único que estaríamos haciendo es ahondar en la discriminación

La realidad exige una visión más transversal de la igualdad, no sólo en el sentido de ver cómo las políticas de igualdad deben impregnar todas las políticas y todas las esferas de la sociedad, sino también en el sentido de admitir que en determinados individuos o colectivos pueden concurrir varias causas de discriminación, y que, en esos casos, debe otorgarse un tratamiento especial al hecho discriminatorio y al afectado por él.

La interseccionalidad es un concepto que describe la interacción entre situaciones de discriminación muchas veces anquilosadas, entre sistemas de opresión tradicionales que hacen recaer su fuerza especialmente sobre las mujeres.

El análisis interseccional permite por tanto estudiar las interdependencias entre diversos factores de opresión y de manera simultánea promover una interpretación indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Es primordial que este enfoque se traslade al cuerpo de las normas, pero igualmente importante es conseguir que los tribunales consigan aplicar el Derecho antidiscriminatorio con esta óptica interseccional.

## Capítulo IV

---

# La Manada y la interpretación patriarcal del derecho. Lecciones para el futuro

*Carla Vallejo Torres*

Magistrada y Viceconsejera de Justicia del Gobierno de Canarias

Según el Instituto Nacional de Estadística en el año 2018 se condenó a 2918 personas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual, incrementándose ese número de condenas a 3917 en 2019. No es, por tanto, un hecho ni un delito excepcional. Antes al contrario la sociedad, principalmente las mujeres, convivimos con la realidad de este delito que, según la macroencuesta de violencia contra la mujer de 2019 elaborada por la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, afecta a un 13,7% de la población femenina de más de 16 años, 2.802.914 mujeres.

Sin embargo, el conocido caso de la Manada tuvo en nuestro país una repercusión y una contestación pública hasta entonces desconocida, convirtiéndose en el símbolo de una lucha que movilizó a la sociedad, las instituciones y los medios de comunicación para convertirse en un asunto de toda la comunidad.

Existen razones que explican por qué este caso, y no otro, fue el llamado a actuar como proceso centinela o testigo, tras el cual la forma en la que abordamos y juzgamos la violencia sexual cambiaría para siempre.

En primer lugar, está el contexto en el que estos hechos se producen, un verano de 2016 en unas fiestas tan reconocidas y reconocibles como son los San Fermín de Pamplona, donde miles de personas de todas las edades, familias, niños y niñas salen a celebrar en un entorno que debería vivirse como propio y seguro. El hecho de que la atención mediática y social en esos días estuviera focalizada justo en ese lugar creó la estructura necesaria para que, una vez producida la agresión, ésta no pasara desapercibida.

En segundo lugar, están las figuras de quienes luego se revelaron como autores de los delitos. Lejos del imaginario colectivo del «violador del callejón» como un ser oscuro y trastornado alejado de la consideración de hombre nos encontramos con cinco sanos hijos del patriarcado queridos por sus novias y sus familias, guapos y simpáticos en su canalleo habitual siendo incluso uno de ellos agente de la Guardia Civil y otro soldado de la Unidad Militar de Emergencia. La gente a la que salimos a aplaudir el 12 de octubre y que está llamada a protegernos de lo malo que nos pueda pasar fueron señalados como perpetradores de unos actos cobardes e indignos ¡Pero si esos chicos no necesitan violar! fue una frase que se repitió de forma recurrente.

La misma desazón nos causó la víctima, una joven de 18 años que había salido con sus amigos a divertirse y que, en un momento de la noche, se ve sola y se acerca a quienes, en principio, le merecen confianza. En C. nos hemos reconocido todas, somos nosotras, nuestras hermanas, nuestras hijas, ejerciendo su derecho a vivir la única vida que tenemos con libertad, creyendo que tenía el poder sobre su cuerpo y sus decisiones hasta que otros se lo arrebataron.

Por último y relacionado con lo anterior, estuvo la propia conducta de C. que cambió para siempre el paradigma y que nos hizo pasar del No es No al Solo Sí es Sí, porque C. no supo o no pudo decir que no. Esto, que sorprendió a la inmensa mayoría de los ciudadanos varones y a una no desdeñable cantidad de mujeres, es sin embargo vivido por la mayoría de nosotras como una realidad incontestable, porque solo quien ha crecido con el miedo inoculado a «que te hagan algo», sabiendo que ese algo es siempre una violación, puede entender la absoluta parálisis de cuerpo y mente que se produce cuando ese miedo toma forma real.

Con todos estos elementos se produce una reacción en la que las mujeres nos sentimos nombradas, nuestra vivencia expuesta y nuestros miedos al descubierto y surge esa rabia joven de la cuarta ola del feminismo que toma las calles para decir ya basta, porque quieren poder llegar a casa solas y borrachas, sanas y salvas.

En paralelo a la contestación social se articula una respuesta institucional que pasa por distintas fases. En un primer momento la víctima es atendida adecuadamente por los servicios de emergencia y rápidamente se activa el protocolo que lleva a la detención de los sospechosos. El juez y la fiscal del Juzgado de instrucción n.º 4 de Pamplona realizan una instrucción ágil y rápida, pero aun así exhaustiva, que lleva incluso al descubrimiento de otro delito de abuso sexual cometido por estas mismas personas. Los investigados ingresan en prisión provisional y se toman todas las medidas necesarias para proteger la identidad y privacidad de C.

La Administración de justicia, hasta ese momento, respondía a lo que debe ser este servicio público amparándose en las leyes procesales que tenemos y con argumentaciones de técnica intachable, demostrando que el derecho siempre estuvo del lado de la Justicia.

Tras esto llegó el enjuiciamiento y la conocida sentencia de 20 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra que puso en evidencia cuales eran nuestros déficits en el abordaje de los delitos contra la libertad sexual, y que algunos de ellos no eran nada menores. Es cierto que estamos ante una sentencia en la que el voto mayoritario asume el relato de la víctima creyendo íntegramente su versión, que queda plasmada en una des-

garradora declaración de hechos probados. Sin embargo, todo ese escenario de intimidación, vejaciones y actos inocuos es valorado por la Sala como un delito de abuso sexual, al entender que la conducta de los condenados no podía considerarse intimidatoria.

Sin duda este era, por sí solo, un elemento llamado a generar una intensa polémica y debate, pues se construía un concepto de intimidación más cerrado y estricto que se aplicaría únicamente a los delitos sexuales, siendo imposible ver plasmado ese razonamiento, por ejemplo, ante un delito de robo.

Pero a ello hubo que sumar el contenido de un voto particular de sentido absoluto en el que se emplearon expresiones y juicios de valor sobre la conducta de la víctima y los hechos que padeció que resultaron denigrantes y reflejaban a la perfección los prejuicios con los que, habitualmente, se aborda el juicio de hechos como estos.

En este contexto, no resuelto tras la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia que exteriorizó la misma división de opiniones, si bien está vez inclinando la balanza entre el abuso y la agresión sin ningún pronunciamiento absolutorio, la situación se caldea con la puesta en libertad de los encausados llegando el proceso al Tribunal Supremo con un importante grado de tensión social.

La confusión creada volvió capital que el Tribunal Supremo clarificara la cuestión y lo hiciera de forma terminante con una resolución que concitara el parecer de todos sus integrantes. Esta misión fue cumplida con el dictado de la Sentencia de 4 de julio de 2019 que en un extenso razonamiento, abonado por gran cantidad de jurisprudencia, parece obedecer a una clara intención de acreditar que los pronunciamientos fijados no son fruto de una nueva interpretación mediada por la repercusión social del hecho, sino la fiel y correcta adaptación de una doctrina consolidada a la valoración de la realidad enjuiciada.

De toda su estructura merece la pena detenernos en el fundamento de derecho quinto, donde se da respuesta al recurso planteado por el Ministerio Fiscal.

El apartado tercero de este fundamento determina el punto de partida y la base a partir de la cual se sustenta toda la arquitectura jurídica del razonamiento al sentar que:

«tal y como ha afirmado la doctrina más destacada, los llamados delitos sexuales han sido un exponente claro de la función de las normas jurídicas en la recreación de los estereotipos y roles sociales, que han definido durante siglos la distribución desigual de derechos y obligaciones, discriminando las posibilidades de las mujeres».

La ponente cita así literalmente la introducción que ADELA ASUA realizó en su estudio publicado en un libro editado por el Emakunde en 1998, y que es uno de los referentes más notables de la teoría iusfeminista<sup>1</sup> realizando a partir de entonces un análisis que se esfuerza por desterrar los estereotipos y en el que prime un derecho no mediado por los roles de género.

---

<sup>1</sup> Asua Barrarita, Adela, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Instituto Vasco de la Mujer Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998.

Son muchas las cosas que dice, o recuerda, esta sentencia, que decanta una serie de principios generales llamados a informar las resoluciones judiciales que, a partir de este momento, se dicten en materia de libertad sexual.

La primera cuestión que se resuelve es la relativa a la existencia o no de intimidación en la perpetración del delito y así, frente a una postura inicial que partía de que esta no se produjo, sino que fue la víctima la que se colocó en una situación de «intenso agobio» que le impidió consentir, su concurrencia se confirma a partir de la teoría de la intimidación ambiental.

Así se afirma que:

«la presencia de otra u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir».

Recuerda la sentencia que no es un concepto nuevo, sino que el mismo ha sido habitualmente empleado en la jurisprudencia y que, además, cuando hay intercambio de roles, la conducta coloca a los responsables como autores de su propia agresión sexual y cooperadores necesarios de la realizada por los demás, construyendo no uno, sino dos delitos.

Los hechos, por tanto, no son abuso, sino agresión sexual, calificada en este caso como violación.

La segunda cuestión capital es la referida a la prueba de la ausencia de consentimiento y recoge para ello la sentencia la doctrina emanada del Convenio del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres de 11 de mayo de 2011 (Convenio de Estambul) y que define el consentimiento como manifestación de libre arbitrio de una persona en función del contexto, dejando clara la imposibilidad de interpretar una ausencia de resistencia física como tal voluntad, debiendo la misma manifestarse de forma expresa o deducirse claramente de las circunstancias que rodean el hecho.

Y es en base a esas circunstancias que la sentencia concluye que es imposible, tal y como pretenden las defensas, identificar la falta de oposición expresa de la víctima como un consentimiento. Antes al contrario, su conducta fue producto de la intimidación realizada que llevó a que la víctima adoptara una actitud de sometimiento, que no de consentimiento, que los acusados percibieron y aprovecharon para realizar con ella diversos actos de naturaleza sexual.

Estos son los dos pilares fundamentales que construyen el pronunciamiento del Tribunal Supremo y que responden claramente a las preguntas planteadas: Si, fue violación y sí, el consentimiento en una relación sexual debe ser expreso o claramente deducible de las circunstancias.

Tales afirmaciones, por sí solas, justifican los más de cien folios de la resolución que, sin embargo, en su afán de desterrar cualquier vestigio de interpretación sexista, analiza pormenorizadamente otra serie de circunstancias que llevan a conclusiones secundarias, pero igualmente relevantes.

Dice así el Supremo que los hechos, además, deben ser castigados con la agravante de trato particularmente denigrante o vejatorio por las circunstancias en las que estos se producen y lo que hicieron padecer a la víctima. Esto que a cualquier persona tras una lectura de los hechos probados le puede parecer una conclusión lógica, debe ser puesto en valor y, sobretodo, en relación con el camino recorrido, pues veníamos de una sentencia anterior en la que, en un voto particular, se afirmó que lo que se había vivido era una noche de «jolgorio y regocijo».

Analiza y aplica además la agravante de haberse cometido los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas, salvando así en parte el error que se produjo cuando se solicitó la condena por un solo delito de agresión sexual para cada partícipe, habiendo sido lo correcto que estos fueran condenados, cada uno de ellos, como autor de la violación que materialmente cometen y como cooperador necesario de la que realizan el resto de los integrantes.

No hay, por tanto, una situación única en la que cada uno responde de un solo delito sino una pluralidad de los mismos que, de haber sido solicitada por las acusaciones, habría incrementado la condena a cada uno de ellos por encima de los 80 años de prisión.

Por último, y no menos importante, está el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil que impugnó la acusación particular dado que tanto en las sentencias de la Audiencia Provincial como la del Tribunal Superior de Justicia se limitó la cuantía de la misma a un total de 50 000 euros a repartir entre los cinco acusados. La sentencia analiza detalladamente el concepto del daño moral y el precio del dolor en un razonamiento que bien merecería ser copiado y asumido por el resto de tribunales de la jurisdicción penal, donde las indemnizaciones por estos delitos suelen ser sorprendentemente magras. Así afirma que:

«El daño moral tiene su dimensión en el ámbito propio de la víctima, sujeto pasivo de una acción grave que atentó contra su indemnidad sexual, por lo que los citados conceptos no cuantificados por la Sala deben ser indemnizados (...) teniendo en cuenta la edad de la víctima y la angustia que sin duda le han provocado posteriormente los hechos, el atentado a su intimidad, la imposibilidad de valorar en este momento sus secuelas futuras y la gran repulsa social de los hechos, junto con la revictimización a la que ha sido sometida durante el proceso».

Ello lleva a incrementar la cuantía indemnizatoria a 100 000 euros, una cantidad que hasta entonces nunca había sido concedida en un delito como éste en el que no hay grandes secuelas físicas objetivables y que reconoce expresamente como supuesto indemnizable, por ser daño, la revictimización padecida durante el proceso.

En suma, podemos concluir que estamos ante una sentencia que, sin ser pretenciosa ni encantarse en ricas construcciones jurídicas, tiene un indudable mérito técnico y cumplió a la perfección la misión a la que estaba llamada y que no era otra que poner Paz en una sociedad desconcertada, reconociendo el daño causado a una víctima como primer paso para su reparación y hacerlo mediante una interpretación ponderada y lógica del derecho, que, bien aplicado, siempre rema a favor de la Justicia.

El mérito de la misma lo ostenta quienes la firman, y en particular su ponente Susana Polo, si bien ese sobreesfuerzo argumentativo es fruto de una necesidad social que demandaba una explicación de sus tribunales de justicia y que fue recogida por estos y resuelta recurriendo al iusfeminismo.

Sin embargo, hay una razón última, la única en realidad, que permitió que este camino pudiera recorrerse y que hoy los términos del debate sobre los delitos sexuales sean otros. La razón está en una joven mujer que tuvo el valor de denunciar unos hechos que se silencian en más de un 70% de los casos y que habrá tenido que romperse mil veces en este proceso y sacar fuerzas de los pedazos recompuestos para continuar. Una mujer cuyo nombre no conocemos y a la que la mayoría nunca podremos dar las gracias por el camino que ha abierto, pero su lucha nos acompañará siempre, y nos hará llegar seguras a casa.

## Capítulo V

---

# La introducción de la interseccionalidad en el derecho con especial referencia a la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres

*Maggy Barrère Unzueta*

Catedrática de Filosofía del Derecho UPV/EHU

*Without an explanation of what intersectional disadvantage and discrimination actually are in terms of structures of power and relationships of domination, intersectionality would remain merely a rhetorical tool. Shreya Atrey (2019, p. 45)*

### 1. Introducción

Este trabajo tiene su origen en la ponencia titulada «La interseccionalidad en el Derecho antidiscriminatorio: *¿lege data o lege ferenda?*»<sup>1</sup>. Personalmente no era la primera vez que abordaba la temática de la interseccionalidad<sup>2</sup> ni tampoco la cuestión de su proyección a nivel legislativo<sup>3</sup>, pero sí fue la primera ocasión en la que la propuesta de la introducción de la interseccionalidad tomaba como referencia una normativa específica.

---

<sup>1</sup> Presentada en el Curso *Justicia en clave feminista*, celebrado en Bilbao en julio de 2019.

<sup>2</sup> Vid. Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 87-88, 2010, pp. 225-252.

<sup>3</sup> Vid. Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad y categorías sistémicas: análisis y propuestas con proyección legislativa», en La Barbera, MariaCaterina y Cruells López, Marta (coords) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2016, pp. 455-479.

Objeto de atención eran, concretamente, la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (LVI) y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). El contenido de la ponencia pivotó sobre un doble planteamiento: 1) que la introducción de la interseccionalidad en esta legislación resultaba una tarea tan imprescindible como ardua; y 2) que los pasos dados en esa dirección no resultaban adecuados ni suficientes.

Este mismo planteamiento es el que servirá también como hilo conductor de este trabajo, sólo que su desarrollo se verá afectado por la publicación —en el tiempo transcurrido desde la ponencia hasta ahora— del libro de Shreya Atrey *Intersectional Discrimination*<sup>4</sup>. Era sabido que la autora estaba trabajando en este ensayo por la común pertenencia a una red internacional de Derecho antidiscriminatorio<sup>5</sup>, pero su contenido ha superado con creces las expectativas. No se trata, ni mucho menos, del primer trabajo de envergadura sobre interseccionalidad y Derecho antidiscriminatorio, ni tan siquiera a nivel europeo<sup>6</sup>, pero es, entre todos, el que aborda la temática de la discriminación interseccional de manera más sistemática y, obviamente, actualizada.

El libro de Atrey es también relevante porque se basa en tres ideas en buena medida —o, a salvo de lo que se diga después— compartidas. La primera, que la categoría de la discriminación interseccional requiere un marco teórico sobre la interseccionalidad que abarque «la dinámica de similitud y diferencia en los patrones de desventaja grupal basados en múltiples identidades entendidas como un todo, y en su contexto completo y relevante, con el propósito de corregirlos y transformarlos»<sup>7</sup>. La segunda, que la categoría de la discriminación interseccional puede ser «cualitativamente diferenciada de otras formas de discriminación que han sido desarrolladas por los tribunales en todas las jurisdicciones, incluyendo la discriminación de un solo eje y las formas de discriminación múltiple, aditiva e integrada» (*embedded*)<sup>8</sup>. La tercera, que en orden a entablar demandas de discriminación interseccional con éxito resulta necesario «recalibrar cada una de las herramientas centrales del Derecho antidiscriminatorio, incluido el tenor de las garantías legislativas y constitucionales de no discriminación, los motivos de discriminación y el test para identificar motivos análogos, la comprensión de la discriminación directa e indirecta, el significado sustantivo de la discriminación, los comparadores, los estándares de revisión, las justificaciones, la carga de la prueba y las acciones procesales (*remedies*)»<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Oxford, Oxford University Press, 2019, 224 pp. Las traducciones de los párrafos textuales del libro de Atrey que aparecen en este trabajo son propias.

<sup>5</sup> *Berkeley Comparative Equality and Anti-Discrimination Law Study Group*.

<sup>6</sup> *Vid.* en este sentido, el de Chege, Victoria A. *Multidimensional Discrimination in EU Law: Sex, Race and Ethnicity*, Baden-Baden, Nomos, 2010, o los recogidos en los volúmenes de Schiek, Dagmar y Chege, Victoria A. (ed.) *European Union Non-Discrimination Law. Comparative perspectives on multidimensional equality law*, New York, Routledge-Cavendish, 2009; y Schiek, Dagmar y Lawson, Anna (ed.) *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality. Investigating the Triangle of Racial, Gender and Disability Discrimination*, Farnham, Ashgate, 2011.

<sup>7</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional Discrimination*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> *Ibidem*, pp. 2-3.

De las tres ideas apuntadas es fácil deducir que, a la hora de conceptualizar la discriminación interseccional, Atrey fija su atención en los tribunales; sin embargo, ello no es óbice para que la autora reconozca que el Derecho que mejor refleja la interseccionalidad es el de un país que, como Sudáfrica, prevé explícitamente en su texto constitucional el funcionamiento plural de los ejes de discriminación. De ahí, pues, el interés por fijar como foco de atención el Derecho sudafricano.

Sobre los mimbres de la ponencia y las aportaciones de Atrey se articularán los apartados que siguen a esta introducción. En primer lugar (aptdo. II) se expondrá el modelo de Derecho antidiscriminatorio sobre el que incide el discurso de la interseccionalidad, así como los desajustes que este discurso introduce en dicho modelo. En segundo lugar (aptdo. III) se examinará el despliegue de la interseccionalidad en los diferentes niveles normativos, así como su repercusión en las legislaciones para la igualdad de mujeres y hombres basadas en la distinción binómica discriminación directa/discriminación indirecta (DD/DI). A continuación (aptdo. IV) se abordará el que Atrey considera que es el mejor ejemplo de Derecho antidiscriminatorio con perspectiva interseccional, como es el sudafricano. Por último (aptdo. V) se finalizará con ciertas consideraciones y propuestas conclusivas.

## 2. Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad y subordiscriminación

El modelo de Derecho antidiscriminatorio moderno se origina a mediados del siglo pasado en los EE. UU., constituyendo una respuesta al clima de revueltas sociales protagonizadas —primero— por la minoría afroamericana y —más tarde— también por otras minorías y mujeres en general (pertenecientes o no a minorías). El motivo de tal contestación social tenía una lectura clara: las minorías, en sentido numérico o sociológico, consideran que el derecho constitucional a la igualdad (identificado con la cláusula de igual protección de la ley contenida en la XIV Enmienda a la Constitución y su aplicación por los tribunales) no les protege<sup>10</sup>.

En estos inicios, la respuesta jurídica que integra el Derecho antidiscriminatorio originario tiene dos fuentes normativas: el Tribunal Supremo y la Administración. El primero incorpora a través de sus sentencias tipos conceptuales relativos a la discriminación como la directa e indirecta (*disparate treatment* y *disparate impact*) y la segunda introduce, en virtud de las prerrogativas del presidente de la nación, un modelo de acción positiva o afirmativa (*affirmative action*) centrada en técnicas de motivación indirecta que le permitan incidir (sin obligar o prohibir directamente) en el sector privado.

Tras este origen, el Derecho antidiscriminatorio ha navegado por muchos mares siguiendo corrientes favorables y adversas. Corrientes favorables se consideran aquí las

---

<sup>10</sup> Conviene precisar el origen porque las diferencias de todo tipo entre países influirán (o deberían de influir) en la caracterización de su Derecho antidiscriminatorio. Para un mayor desarrollo del origen del Derecho antidiscriminatorio y sus características en la línea aquí seguida *vid.* Barrère Unzueta M.<sup>a</sup> Ángeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, Civitas/Ivap, Madrid, 1997, esp. pp. 33-56.

que han contribuido a visibilizar la dimensión sistémica de la discriminación y/o han elevado la respuesta jurídica a la misma a las cotas del Derecho internacional, constitucional y legislativo; se consideran corrientes adversas las que lo han alejado de dicha visión sistémica (por ejemplo, reduciéndolo al ámbito laboral) y/o lo han mantenido en el nivel estrictamente judicial y ejecutivo de su origen. De hecho, una de la tesis que se defienden en este trabajo es que, si bien es cierto que muchos de los cambios en el terreno jurídico se producen por vía jurisprudencial, la introducción de un Derecho antidiscriminatorio de alcance sistémico resulta un peso excesivo para ser depositado exclusivamente en la judicatura. Por muy favorable que esta sea, la naturaleza de los cambios requeridos exige reformas a otro nivel<sup>11</sup>.

En cualquier caso, alcanzar cotas en la jerarquía no ha servido para librar al Derecho antidiscriminatorio de cierta adversidad. Siguiendo con la metáfora marina, no siempre las corrientes favorables son suficientes para que el barco pueda refugiarse en puerto, pues puede ocurrir también que su bocana resulte demasiado angosta para su acceso. Algo así le ha ocurrido al Derecho antidiscriminatorio legislado, a nivel autonómico y estatal, debido al tamiz operado por el Derecho de la Unión Europea. Más que a un puerto, ha sido conducido a un canal en el que, para poder entrar, ha tenido que estrecharse tanto que se ha visto obligado a dejar fuera una parte importante de su contenido; tan importante, que el concepto de discriminación sistémica (por raza y género) que justificó su origen llega a resultar irreconocible. La canalización ha sido operada por un principio de igualdad de trato que ha aflorado legislativamente como prohibición de DD/DI y que, presumiendo la igualdad como indiferenciación, ha incluido como excepción (es decir, a interpretar restrictivamente), la acción afirmativa o positiva. Un ejemplo de lo que se está diciendo se encuentra en la LOI. Se trata de una ley con pretendido alcance sistémico, en tanto persigue la superación de la igualdad formal y el logro de la «igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres» (aptdo. II de su Exposición de Motivos). Sin embargo, a través del principio de igualdad de trato y de la llamada «tutela contra la discriminación» que se recogen en dicha Ley, se estrechan los márgenes del Derecho antidiscriminatorio a tres niveles: a) en lo que respecta al concepto de discriminación tipificado (DD o DI); b) en lo que respecta a su ámbito de aplicación (circunscrito al laboral); y c) en el concepto de acción positiva<sup>12</sup>. La deriva de

---

<sup>11</sup> Lo que, como se verá más adelante, resulta extensible al Derecho antidiscriminatorio con alcance interseccional.

<sup>12</sup> En el Título I de la LOI se incluyen 11 artículos (del 3 al 13). El artículo 3 define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres como ausencia de discriminación directa o indirecta; el artículo 4 considera la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico y prescribe su integración y observación en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas; el artículo 5 se prescriben ambos principios en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo; en el artículo 6 se define la discriminación directa e indirecta, en el artículo 7 se tipifica el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y se los considera discriminatorios; en el artículo 8 se considera como discriminación directa por razón de sexo el trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad; en el artículo 9 se consideran discriminatorias las represalias ante la denuncia por discriminación; en el artículo 10 se prevé la nulidad y responsabilidad por conductas y cláusulas discriminatorias; en el artículo 11 se prescribe la obligación de adoptar acciones positivas (medidas específicas en favor de las mujeres) a los poderes públicos, mientras se faculta a las personas físicas y jurídicas privadas la adopción de tales medidas; en el artículo 12 se prevé la tutela judicial efectiva del derecho a la igualdad de mujeres y hombres; y, por úl-

este último concepto no deja de resultar curiosa porque, en su momento (principios de los noventa) hubo algunos países europeos que aprobaron leyes «de acción positiva» de espectro semejante a las actuales leyes de igualdad, mientras actualmente el concepto ha sido reducido hasta designar únicamente cierto tipo de medidas cuestionadas precisamente como «discriminatorias» por los grupos hegemónicos<sup>13</sup>.

Pero este esquema evolutivo responde solo al origen. Algunas décadas después de las revueltas que propiciaron un incipiente Derecho antidiscriminatorio las demandas de los grupos discriminados se complejizaron. Las mujeres —que no son minoría numérica, sino en todo caso sociológica, y que también forman parte de las minorías que son conjuntamente numéricas y sociológicas— consideran que esto influye en sus experiencias de discriminación, que son, a la vez, similares y diferentes a las que experimentan quienes se identifican únicamente con la discriminación asociada a un solo grupo. Dicho de otro modo: las mujeres negras comparten experiencias de discriminación con hombres negros —por un lado— y con mujeres blancas —por otro—, pero también experimentan formas de discriminación como mujeres negras que no son extensibles ni a los hombres negros ni a las mujeres blancas.

Con el fin de reflejar esta experiencia de discriminación compleja, la jurista estadounidense Kimberlé Crenshaw habla de «interseccionalidad»<sup>14</sup>. Uno de los objetivos principales de ese trabajo es criticar un modelo de Derecho antidiscriminatorio legislado sobre ejes aislados de discriminación, como es la Ley de Derechos Civiles<sup>15</sup>, que permite que en los casos judicializados de discriminación racial la discriminación se visualice en hombres negros mientras en los casos de discriminación sexual la discriminación se visualiza en mujeres blancas, quedando de esta manera las mujeres negras excluidas del amparo del Derecho antidiscriminatorio. Para demostrar esta observación Crenshaw se fija en tres casos de los que, para no alargar demasiado la exposición, tomaremos en consideración el primero, *DeGraffenreid v General Motors*, resuelto en 1976<sup>16</sup>.

---

timo, en el artículo 13, relativo a la prueba, se contempla la atribución a la parte demandada de la prueba de no discriminación ante alegaciones fundadas de discriminación de la parte actora.

<sup>13</sup> De ahí su designación como «discriminación (positiva)». Para ahondar en el uso impropio de esta expresión me remito a Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Igualdad y “discriminación positiva”: un esbozo de análisis teórico-conceptual», en García Inda, Agustín, y Lombardo, Emanuela (coords), *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Zaragoza, 2002, pp. 15-34.

<sup>14</sup> «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics». El artículo fue publicado originalmente en 1989 en la revista *University of Chicago Legal Forum* (disponible *on line*, y por el que se cita aquí) y posteriormente ha sido recogido en diversos *readings*. Entre ellos, en el volumen de teoría del derecho feminista de Katherine Bartlett y Rose Kennedy (eds) *Feminist Legal Theory: Readings in Law and Gender*, Westview Press, San Francisco, 1991, pp. 57-80.

<sup>15</sup> La Ley de Derechos Civiles declara discriminatoria la segregación racial y el Título VII destinado a combatir la discriminación es posteriormente reformado por la Ley de Igualdad de oportunidades en el empleo de 1972, que prácticamente lo viene a sustituir y que se dirige (y así consta en el Preámbulo) a los «millones de *minorías y mujeres* en nuestra sociedad» (énfasis añadido).

<sup>16</sup> 413 F Supp 142 (E D Mo 1976). Se trata de una sentencia del tribunal de Distrito Este de Misouri.

Este caso puede resumirse como sigue: cinco mujeres negras demandan a la multinacional *General Motors* alegando que el sistema de antigüedad de la empresa perpetúa los efectos de la discriminación pasada hacia las mujeres negras. La pretensión se basa en el hecho de que las mujeres negras habían sido contratadas por la empresa a partir de 1970 y, por lo tanto, más tarde que las mujeres blancas (que lo habían sido antes de 1964), pero también más tarde que los hombres negros (que lo habían sido después de 1964 pero con anterioridad a 1970). A consecuencia de ello, cuando en un momento de recesión la empresa empieza a despedir al personal *siguiendo el criterio de la antigüedad*, las mujeres negras son las primeras en ser despedidas.

La cuestión que le lleva al tribunal a no aceptar la demanda es que en el Título VII de la ley no está prevista la posibilidad de combinar raza y género para fundar la protección antidiscriminatoria, y el motivo se aprecia muy bien en un fragmento de la sentencia extractado por Crenshaw: «esta demanda debe ser examinada para ver si trae como causa de acción la discriminación racial, la discriminación sexual, o ambas alternativamente, pero no una combinación de ambas»<sup>17</sup>. El razonamiento que utiliza el tribunal en ese examen es del siguiente tenor: dado que la *General Motors* había contratado a mujeres (aunque fueran blancas) antes de 1964, no podía haber discriminación por sexo que el criterio de antigüedad pudiera perpetuar; y dado que, asimismo, había contratado hombres negros, tampoco discriminación racial.

Después de más de treinta años, el desafío lanzado por Crenshaw al Derecho antidiscriminatorio (o, lo que es igual, a quien lo crea, interpreta y aplica) sigue sin obtener una respuesta satisfactoria, ni jurisprudencial, ni legislativamente. Es cierto que se han dado avances en muchos países, pero los esfuerzos por responder al reto lanzado no han estado a la altura del desafío. Sobre el porqué caben muchas hipótesis. Se apuntan miedos de diversos tipo, unos más justificados que otros<sup>18</sup>. Sin descartar ninguna, la hipótesis que se mantiene en este trabajo es que, en buena medida, el escaso éxito de la empresa se debe a que el discurso de la interseccionalidad, planteado en los términos en los que lo hacen Crenshaw y el feminismo negro, requiere una revisión en profundidad de las bases liberales sobre las que se ha edificado el Derecho antidiscriminatorio moderno y, en consecuencia, la cultura jurídica que lo acompaña. A este respecto, es menester recordar que, para su crítica al Derecho antidiscriminatorio, Crenshaw se fija en un tipo de injusticia centenaria sobre la que ya había puesto el acento el feminismo negro (activistas y sociólogas) de los años setenta: la simultaneidad de *opresiones* de las mujeres negras, generalmente por su raza, género y clase<sup>19</sup>. Esto supone que, de la mano de la interseccionalidad, viene el cuestionamiento del concepto mismo de discriminación con el que tra-

<sup>17</sup> «Demarginalizing...», *op. cit.*, p. 141.

<sup>18</sup> Algunos ya se han mencionado en el apartado introductorio. Hay también quien sitúa el temor en el desbordamiento de posibles reclamaciones. *Vid.* así Fredman, Sandra, «Double Trouble: multiple discrimination and EU Law», *European Anti-Discrimination Law Review*, n.º 2, 2005, pp. 13-20 (esp. p. 14).

<sup>19</sup> Lo que no quita que también se tomen en consideración otros ejes como la sexualidad. Es el caso del *Combahee River Collective*. La traducción del manifiesto de este colectivo se puede ver en Platero, R/Lucas (ed.) *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Edicions Bellaterra, Barcelona, p. 75 y ss.

baja el Derecho antidiscriminatorio: los denominados «grounds» (ejes) se sitúan en el terreno de las categorías. Crenshaw lo explica muy bien: el Derecho antidiscriminatorio, tal y como está articulado (por ejes yuxtapuestos de discriminación), ignora la interacción de los sistemas de poder y, de este modo, deja sin protección antidiscriminatoria a las mujeres negras.

En definitiva, el planteamiento sobre la interseccionalidad de Crenshaw constituye un doble desafío al concepto de discriminación mayoritario en el Derecho antidiscriminatorio en el sentido de que requiere dos reconocimientos: 1) el de los sistemas de poder (en su esquema el género, la raza y la clase); y 2) el de su intersección. Los desafíos son de envergadura porque suponen disparar al Derecho antidiscriminatorio en su línea de flotación, que tiene un doble alcance: la conceptualización de la discriminación (a través de un binomio DD/DI) al margen de los sistemas de poder y la conceptualización de la discriminación sobre ejes separados.

El primer desafío no fue tratado por Crenshaw en su trabajo; sin embargo, a nuestro juicio, ambos desafíos requieren una respuesta articulada. En lo que aquí respecta, la necesidad de vincular la discriminación con los sistemas, estructuras y relaciones de poder se tradujo en nuestra propuesta de introducir el término «subordiscriminación» en lugar de «discriminación» a secas y, en consecuencia, en la procedencia de hablar de un Derecho «antisubordiscriminatorio» en lugar de «antidiscriminatorio»<sup>20</sup>. La propuesta respondía a la necesidad de buscar nuevos términos cuando los que se usan han quedado desgastados en la medida de que, más que designar una realidad, la tergiversan y confunden. Teniendo en cuenta que el uso de la palabra discriminación en la cultura jurídica hegemónica prescinde de referencias a sistemas (estructuras y relaciones de «poder sobre»), se veía necesario un término que, como «subordiscriminación», contribuyera a su evocación<sup>21</sup>.

Obviando la elección terminológica, se puede decir que el planteamiento subyacente es compartido por Atrey cuando conceptualiza la discriminación interseccional. Así se interpreta al menos el mensaje de su libro que se recoge como encabezamiento de este trabajo: si no se quiere que hablar de discriminación y desventaja interseccional resulte algo meramente retórico, es necesario acudir a una explicación en términos de estructuras de poder y relaciones de dominación. Esta frase de Atrey resume perfectamente la naturaleza de la crítica al Derecho antidiscriminatorio que aquí se ha considerado como un paso previo a la incorporación de la interseccionalidad en el mismo: sin referencia a

<sup>20</sup> Vid. Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordiscriminatorio*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2019, p. 355.

<sup>21</sup> Se propone el término «subordiscriminación» para englobar los significados atribuidos normalmente a las expresiones «discriminación estructural», «discriminación institucional» y «discriminación sistémica». Para justificar el uso de esta expresión me remito a Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles (Maggy), «Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXIV, 2018, pp. 11-42 (esp. pp. 29-32). La caracterización de la discriminación como subordiscriminación significa, entre otras cosas, que el fenómeno designado no es reductible o asimilable a la mera «desventaja», propia del principio de igualdad de oportunidades.

los sistemas de poder en la conceptualización de la discriminación, la interseccionalidad se despolitiza y se asemeja a un *flatus vocis*<sup>22</sup>.

Se insiste en esta cuestión porque clarificarla permite evitar cierta confusión cuando se trata la interseccionalidad. Así, la interseccionalidad *puede* utilizarse como una mera herramienta para analizar situaciones y experiencias complejas cuyos elementos, aisladamente considerados, *no* se significan en situaciones de poder. Por ejemplo, tener un hijo llorón y tener que madrugar para ir a trabajar son circunstancias que, concurrentes, pueden conducir a una situación o experiencia compleja —por qué no— interseccional que no se da, por supuesto, en quien no tiene un hijo llorón y no tiene que madrugar, pero tampoco en quien tiene un hijo llorón, pero no tiene que madrugar, o no tiene un hijo llorón, pero tiene que madrugar. Sin embargo, que sea una experiencia interseccional no significa que sea una experiencia de discriminación interseccional. Para que se pueda hablar de discriminación es menester que las situaciones o experiencias refieran a tratos significados en uno o en varios sistemas de poder (en el primer caso la discriminación será monosistémica y en el segundo plurisistémica, interseccional o no). Se hace hincapié en esta cuestión porque en las cláusulas antidiscriminatorias, no sólo se mezclan ejes de diferente alcance sistémico, sino que coletillas del tipo «o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» están abriendo la puerta a —precisamente— condiciones y circunstancias que, *per se*, carecen de significación sistémica<sup>23</sup>.

### 3. El despliegue normativo de la interseccionalidad

El Derecho antidiscriminatorio está vinculado a las fórmulas o cláusulas antidiscriminatorias en las que los factores, categorías o ejes de discriminación aparecen de manera yuxtapuesta. Un ejemplo paradigmático es el de la Declaración Universal de los Derechos Humanos aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1948. Según el artículo 2 de este famoso texto de Derecho internacional: «Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

<sup>22</sup> El contenido de esa cita recuerda a una afirmación de Conaghan que también suscribimos en su momento (Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Derecho antidiscriminatorio, interseccionalidad...», *op. cit.* p. 474: la interseccionalidad puede diseñar un mapa de disparidades con relativa facilidad; puede generar un rico almacén de datos sobre cómo las mujeres ocupan diferentes posiciones según la educación, familia, trabajo y sistema político, y, sin embargo, no resulta capaz de capturar el proceso a través del cual se producen dichas disparidades o las relaciones de subordinación de las que son expresión. De ahí —añade Conaghan— que se necesite un lenguaje para «relacionar y conectar» las diferentes experiencias de desigualdad con las estructuras, procesos, prácticas e instituciones en las que tienen lugar. *Vid.* Conaghan, Joanne, «Intersectionality and the feminist project in law», en Grabham, Emily et al (Eds,) *Intersectionality and Beyond. Law, power and the politics of location*, Routledge-Cavendish, Abingdon, 2009, p. 41.

<sup>23</sup> Se puede mencionar en esta línea la STC 26/2011, de 14 de marzo, que considera que tener hijos de corta edad entraría entre los factores de discriminación protegidos por el art. 14 CE. A destacar en contra de esta interpretación el Voto Particular del Magistrado Pérez Tremps.

A tenor de esta fórmula paradigmática, se da a entender: a) que la discriminación está dividida en factores (textualmente, condiciones); y b) que esos factores que aparecen formulados de manera yuxtapuesta, funcionan de manera separada. Dicho de una manera simple, que una persona puede estar discriminada por su género o por su raza o por su religión o por su orientación sexual, etc., pero no por dos o más de esos factores de manera conjunta y simultánea.

No existen razones explícitas que justifiquen esa formulación de las cláusulas antidiscriminatorias. Hay quien señala que la yuxtaposición se debe a que las campañas políticas por la igualdad estaban organizadas de ese modo, hasta que entran en escena las mujeres negras que ven cómo, por un lado, las sufragistas no se ocupan de su derecho al voto y, por otro, las campañas por la igualdad racial no toman en cuenta al género<sup>24</sup>. Sea como sea, lo cierto es que, efectivamente, son mujeres negras quienes hacen que la interseccionalidad asome en el Derecho antidiscriminatorio, aunque no tanto a nivel normativo como jurisprudencial. Este último ámbito ha sido también el más indagado, sobre todo cuando se habla de *discriminación interseccional*<sup>25</sup>. Aquí, sin embargo, se analizará el nivel normativo, en parte por el convencimiento ya manifestado de que la introducción de la interseccionalidad en el Derecho antidiscriminatorio tiene un peso (en importancia y dificultad) excesivo como para ser una tarea encomendada *únicamente* a los órganos judiciales<sup>26</sup>. Han pasado más de tres décadas desde que se demostró la utilidad del concepto y, sea porque los tribunales no quieran, o porque no puedan, el caso es que el Derecho antidiscriminatorio jurisprudencial a escala global «remains largely single-axis»<sup>27</sup>. Por eso urge que la referencia a la interseccionalidad esté prevista legislativamente. Es más, esta previsión normativa es la mejor garantía del desarrollo de una cultura jurídica de la interseccionalidad, imprescindible para que el concepto pueda dar sus frutos. Obviamente, el Derecho no puede cambiar de un día para otro a todos sus niveles, pero nada impide que la interseccionalidad vaya

<sup>24</sup> Solanke, Iyiola, *Discrimination as Stigma*, Bloomsbury, Oxford/London, 2014, p. 138.

<sup>25</sup> El libro de Atrey ya citado es un ejemplo. En él se efectúa un repaso exhaustivo a la jurisprudencia de países como Canadá, India, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos. También se analizan a nivel internacional decisiones del Comité de la CEDAW y del Comité de Derechos Humanos, así como jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

<sup>26</sup> En la jurisprudencia española ha habido dos casos de alcance interseccional que, no juzgados como tales por el Tribunal Constitucional, han terminado en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). Se trata de los asuntos «Muñoz Díaz vs España» (en 2009) y «Beauty Solomon vs España» (en 2012). Ambos casos han dado lugar a diversos comentarios doctrinales (*vid.* por ejemplo, sobre el primero, Rey Martínez, Fernando, «La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz vs España”: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?», *La Ley*, n.º 7344, 2010; sobre el segundo *vid.* Cruells López, Marta y La Barbera, MariaCaterina, «¿Qué factores favorecen la incorporación de la interseccionalidad en la praxis jurídica?», en La Barbera, MariaCaterina y Cruells López, Marta (coords) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*, *op. cit.* pp. 529-553). Este último trabajo en particular considera que la sentencia del TEDH en el caso B.S. vs España es un caso de interpretación interseccional y que se ha dado sin necesidad de incorporar el concepto en las legislaciones. En este sentido sus autoras, con el correspondiente respaldo doctrinal, se muestran proclives a confiar la utilización de la interseccionalidad a la praxis jurídica.

<sup>27</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional discrimination*, *op. cit.*, p. 6

encontrando cobijo cuando se elaboran legislaciones nuevas o están previstas reformas legislativas<sup>28</sup>. Otra cosa es, efectivamente, el *cómo*.

Un repaso a la normativa internacional da buena muestra de que la interseccionalidad, entendida en un sentido amplio (como la implicación de más de un eje en la determinación de un trato o situación de discriminación), se deja sentir, por lo menos, desde los años 70. Sin ir más lejos, la CEDAW (1979) en su parte expositiva reconoce la influencia de la pobreza en el incremento de la discriminación contra las mujeres y vincula la falta de disfrute de los derechos de éstas con el *apartheid*, el racismo y la discriminación racial. Mayor es aún la implicación de los Comités (tanto de la CEDAW como el de la CEDR) a partir de los años 90. En este sentido, el Comité de la CEDAW, a través de la Recomendación General (RG) n.º 18 (1991) dedicada a las mujeres discapacitadas, manifiesta la preocupación por la «doble discriminación» de estas y la RG n.º 19 (1995) del Comité para la eliminación de la discriminación racial advierte expresamente cómo «[e]n muchas ciudades, la estructura de las zonas residenciales está influida por las diferencias de ingresos de los grupos, que en ocasiones se combinan con diferencias de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico, de modo que los individuos sufren una forma de discriminación en la que se mezclan los motivos raciales con otro tipo de motivos» (apdo. 3.º). Este tipo de referencias va *in crescendo*, no sólo a través de RG de los Comités, sino también en Conferencias Mundiales, tanto sobre las mujeres como contra el racismo<sup>29</sup>, hasta llegar en la última década a documentos de organismos como la OIT y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup>. Sin embargo, lo que más se parece a la inclusión de la interseccionalidad en la parte dispositiva de una normativa internacional vinculante (una vez ratificada) es el reconocimiento que se hace en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) de que «las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación» (artículo 6.1).

Lo mismo ocurre con la normativa europea vinculante. En ella no se menciona ni la interseccionalidad, ni la discriminación interseccional. Lo que sí aparece durante la primera década de este siglo XXI son referencias a la discriminación múltiple. Concretamente, en la UE las primeras menciones se producen en relación a las discriminaciones múltiples de las que serían víctimas las mujeres en el apartado 14 de los considerandos de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico<sup>31</sup> y en el consi-

<sup>28</sup> Este sería nuestro caso, a nivel europeo con la propuesta de Directiva de 2008, a nivel estatal el Anteproyecto de ley LGTBI y, a nivel autonómico, la reforma prevista de la ley vasca de igualdad de mujeres y hombres.

<sup>29</sup> Vid. más en extenso Makkonen, LL. M. Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute for Human Rights, Abo Akademi University, 2002. Vid. también Barrère Unzueta, M.ª Ángeles, «La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas», *op. cit.*

<sup>30</sup> Vid. al respecto Carrasquero Cepeda, Maoly, «La discriminación múltiple en Europa», *Revista de Estudios Europeos*, n.º 75, 2020, pp. 41-55 (esp. p. 45, nota 10).

<sup>31</sup> «En la aplicación del principio de igualdad de trato con independencia del origen racial o étnico, la Comunidad, en virtud del apartado 2 del artículo 3 del Tratado CE, debe proponerse la eliminación

derando 3 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación<sup>32</sup>. Paradójicamente, tal referencia desaparece en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)<sup>33</sup>.

En esa misma década, y en un entorno más cercano, la LVI se refiere a la discriminación múltiple en diez ocasiones<sup>34</sup>; y la visión más detallada de lo que se entiende por discriminación múltiple en esta Ley se encuentra en el apartado II de la Exposición de Motivos, cuando se señala que: «hay un importante número de mujeres que sufren una múltiple discriminación, ya que, *junto a* la discriminación por razón de sexo, padecen *otras* discriminaciones derivadas de factores como la raza, origen étnico, lengua, edad, discapacidad, patrimonio, orientación sexual, etc.» (cursiva añadida). Se trata de un planteamiento algo ambiguo, en tanto ese «junto a» puede interpretarse tanto en un sentido acumulativo como compuesto. Si lo que se quiere dar a entender es que algunas mujeres sufren discriminación por diversos factores pero de tal manera que la discriminación tiene lugar sobre un factor cada vez, este significado coincidiría con lo que, por ejemplo, Makkonen considera que, efectivamente, sería la discriminación múltiple<sup>35</sup>. Sin embargo, si lo que se quiere dar a entender es que dos o más factores coinciden en un caso concreto, se trataría de lo que se conoce como discriminación compuesta (*compound discrimination*)<sup>36</sup>. En cualquiera de los casos no se trataría estrictamente de una discrimi-

---

de las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres, máxime considerando que, *a menudo, las mujeres son víctimas de discriminaciones múltiples*» (énfasis añadido).

<sup>32</sup> Que repite textualmente el considerando de la Directiva 2000/43.

<sup>33</sup> La paradoja ha de tener alguna explicación. En cualquier caso, parece obvio que quien impulsa las Directivas del 2000 resulta más proclive a incluir el género (estrictamente, a las mujeres) en su ámbito de acción que quien impulsa la del 2006 a incluir otros factores diversos al que se traduce en la comparativa de hombres y mujeres.

<sup>34</sup> Exposición de Motivos, art. 5 n), art. 6 i), art. 7 h) e i), art. 10 e) y f), art. 16 c), art. 45. 1. y Disposición Final primera 2.), la mayoría de ellas en términos de «mujeres que sufren discriminación múltiple» o de «situaciones de discriminación múltiple».

<sup>35</sup> Makkonen, LL. M. Timo, *Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Institute For Human Rights, Abo Akademi University, 2002, p. 10. En el mismo sentido, Shreya Atrey, *Intersectional Discrimination*, *op. cit.*, p. 109.

<sup>36</sup> *Ibidem*. Makkonen lo explica detalladamente: «Se debe considerar que la *discriminación compuesta* se refiere a una situación en la que varios motivos de discriminación se suman entre sí en un caso particular: la discriminación basada en un motivo se suma a la discriminación basada en otro motivo para crear una *carga adicional*. Puede haber dos o más tipos de discriminación en juego en una situación dada». Para ilustrar el concepto Makkonen se sirve de un ejemplo en el que se parte de una situación de segregación laboral por múltiples factores en el mercado de trabajo, de tal manera que algunos empleos se consideran disponibles solo para hombres y otros están destinados a personas inmigrantes. En tal situación —señala Makonnen— las posibilidades de que una mujer inmigrante encuentre un trabajo que coincida con sus méritos se reducen notablemente debido, precisamente, a que en esa particular situación la discriminación por un factor se añade a la discriminación por el otro (*ibidem*, p. 11). Por su parte, Shreya Atrey (*ibidem*, p. 113 y ss.), emplea una clasificación diferente y, en este sentido, dentro de lo que denomina «discriminación aditiva» (*additive discrimination*), que sería cuando se da

nación interseccional, que sería la basada en varios factores que operan e interactúan entre ellos al mismo tiempo<sup>37</sup>, aunque Makkonen proponga el uso de la expresión «discriminación interseccional» como designación aglutinadora de los tres supuestos<sup>38</sup>.

Esta breve referencia al uso de la expresión discriminación múltiple nos da una idea de la confusión terminológica y conceptual que la rodea, pero es que, además, la referencia a la discriminación múltiple no significa que esta tenga un hueco en la parte dispositiva de las mencionadas legislaciones, que, como se ha avanzado, solo reconoce dos maneras, y en teoría alternativas, de conceptualizar la discriminación: directa o indirecta.

### 3.1. Incidencia de la interseccionalidad en el binomio DD/DI

La referencia a la discriminación como directa o indirecta procedente de los EE. UU. está plasmada en la normativa antidiscriminatoria vinculante de la Unión Europea<sup>39</sup> y, por ende, en la de sus Estados miembros. Por tomar como referente la legislación española, según el artículo 3 de la LOI<sup>40</sup>: «El principio de igualdad de trato entre mujeres y

---

«cierta interacción» entre los factores, incluye la «combinada» (*combination discrimination*) y la «compuesta» (*compound discrimination*). La diferencia entre ambas estaría en que «[m]ientras la discriminación combinada tiene en cuenta (*appreciates*) formas únicas de discriminación que sufren los reclamantes interseccionales», la discriminación compuesta se refiere a (*engages with*) las similitudes entre las discriminaciones sufridas por los reclamantes interseccionales y otros grupos desfavorecidos de tal manera que la discriminación se considera peor o agravada debido a múltiples motivos» (*ibidem*, pp. 113-114). Sobre ambas formas se detiene más adelante en su ensayo (pp. 114-123), sin embargo, lo destacable aquí es que para Atrey ninguna serviría para «apreciar la totalidad de los patrones de desventaja grupal que refleja plenamente la interseccionalidad» (*ibidem*, p. 114).

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 10. Para ilustrar el concepto Makkonen se refiere a mujeres pertenecientes a minorías que, por padecer especiales prejuicios y estereotipos, se ven sujetas a tipos específicos de discriminación racial no experimentados por los hombres de esas mismas minorías. Otro ejemplo de tal discriminación sería el de la esterilización forzosa de las mujeres con discapacidades, que ni es experimentada por las demás mujeres ni por los hombres con discapacidades, *ibidem*, p. 11.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 10. Otros autores, como por ejemplo el constitucionalista Rey Martínez, optan por la expresión «discriminación múltiple» como etiqueta aglutinadora.

<sup>39</sup> *Vid.*, por ejemplo, la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y ocupación, cuyo art. 1 establece como objeto de la Directiva «establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, la Directiva 2002 relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, formación y promoción profesionales y condiciones de trabajo (que modifica otra de 1976 y cuya refundición dará lugar a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación) y la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro.

<sup>40</sup> Ley con la que, según su Exposición de Motivos, se pretende trasponer las Directivas del 2002 y del 2004 citadas en la nota anterior.

hombres supone la ausencia de *toda discriminación, directa o indirecta*, por razón de sexo (...» (cursiva añadida). Claramente pues, la discriminación (toda) se tipifica binómicamente, es decir, o es directa, o es indirecta.

Por su parte, el artículo 6 de la misma LOI define lo que se entiende por discriminación directa e indirecta:

1. Se considera *discriminación directa* por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.
2. Se considera *discriminación indirecta* por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro (...).

Como ya se ha avanzado, la puesta en cuestión del binomio DD/DI ha sido una constante en nuestra crítica al Derecho antidiscriminatorio clásico o liberal<sup>41</sup>. Hemos sostenido la inoportunidad del binomio por dos razones: a) por su falsedad; y b) por el eclipse de la dimensión sistémica que se produce tanto a nivel formal (por su bilateralidad) como aplicativo.

Para ilustrar la cuestión del eclipse debido a la bilateralidad basta mirar las definiciones de la DD y la DI. La conceptualización bilateral da a entender que personas de uno y otro sexo (es decir, hombres y mujeres) sufren la *misma* discriminación (sea directa o indirecta). Para justificar la falsedad del binomio, pero también el eclipse de la dimensión sistémica a nivel aplicativo se tomará como botón de muestra el caso *Brown* (1998) del Tribunal de Luxemburgo<sup>42</sup>. En esta Sentencia se resuelve una cuestión prejudicial planteada por la *House of Lords* (pero actuando como órgano judicial) del Reino Unido, en el marco de un litigio entre la Sra. Brown y la empresa Rentokil, en relación con el despido de aquella ocurrido durante su embarazo. Esta empresa había incluido una cláusula en los contratos de trabajo de los miembros de su personal según la cual, en caso de baja por enfermedad superior a 26 semanas ininterrumpidas, se despediría a la persona trabajadora afectada, tanto si fuera hombre como mujer. Se trataba, por tanto, de una disposición neutra en cuanto al sexo, que

<sup>41</sup> Vid. recientemente Barrère Unzueta, M.ª Ángeles, «El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa e indirecta», en Ventura Franch, Asunción y García Campá, Santiago (Dir.), *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2018, pp. 119-153.

<sup>42</sup> Sentencia de 30 de junio de 1998, *caso Brown*, C-394/96. Seleccione esta Sentencia del Tribunal de Luxemburgo por el reciente aval del Tribunal Constitucional español (TC) a cláusulas como las que se mencionan en el contrato de la Sra. Brown. Me refiero a la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019. Según el voto mayoritario (8 de 12) el despido objetivo de quien falte un 20% (o más) de días laborables al trabajo de forma justificada es legal. A destacar el Voto Particular de la Magistrada María Luisa Balaguer, quien observa una discriminación indirecta por razón de sexo amparándose en informes que demostrarían que las mujeres sufren en mucha mayor medida que los hombres la carga de la doble jornada laboral y familiar, repercutiendo ello en su salud. La discutida previsión legal de este tipo de despido objetivo ha sido derogada al terminar de escribir este trabajo por el Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero.

podía haber sido catalogada como discriminación indirecta en tanto afecta de manera desproporcionada a las mujeres, que son las que se pueden embarazar (y que es como, dicho sea de paso, se había considerado en la demanda de la Sra. Brown). Pues bien, no es este el razonamiento del Tribunal, que lo considera un caso de discriminación directa por razón de sexo. Para ello no interpreta la discriminación directa como una referencia explícita en la cláusula a las mujeres embarazadas (como cupiera suponer), sino que se basa en que un despido como el de la Sra. Brown «sólo puede afectar a las mujeres y, por lo tanto, supone una discriminación directa por razón de sexo» (aptdo. 24, cursiva añadida). Es decir, se pasa de la *cláusula* discriminatoria al *despido* de la trabajadora, y, con ello, de la discriminación *en la norma*, a la discriminación *en la aplicación de la norma*. Concretamente, el argumento utilizado es que «una discriminación consiste en la *aplicación* de normas distintas a situaciones comparables o en la *aplicación* de la misma norma a situaciones diferentes» (apartado 30, cursiva añadida). Esto le lleva a concluir que «la cláusula contractual controvertida, cuando se aplica en un caso como el de autos, supone una discriminación directa basada en el sexo» (apartado 32).

Sobre esta argucia, que permite cabalgar del concepto de DI al de DD mediante el cambio de objeto a analizar como discriminación (del trato normativo a la aplicación de la norma) se va consolidando la jurisprudencia en torno a los tipos de discriminación<sup>43</sup>. No importa que ello requiera cambios legislativos que tipifiquen *apodícticamente* el tipo de discriminación<sup>44</sup>. Todo vale para eclipsar el cierto alcance sistémico (grupal) que tiene el concepto de discriminación indirecta. En el caso mencionado, en lugar de anular la *cláusula* por discriminatoria (por afectar potencialmente a *todas* las mujeres) se anula su aplicación a un *caso concreto* (que afecta a *una* mujer)<sup>45</sup>.

La falsedad del binomio es puesta de relieve también por Atrey a través del ejemplo de una norma empresarial que obliga a todo el personal a ir a trabajar los viernes. Tal regla —señala esta autora— puede ser caracterizada tanto como discriminación directa contra quienes sus creencias les prohíben trabajar los viernes como una regla neutra que aplicada a los empleados de cualquier religión repercute negativamente sólo en quienes su religión les impide trabajar en viernes<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> De hecho, la fórmula de la discriminación en la aplicación de la norma se convierte en un clásico del argumentario jurisprudencial.

<sup>44</sup> Así se considera la necesidad de incluir en las Directivas correspondientes y en la legislación que las traspone la consideración de la discriminación por embarazo y maternidad. *Vid.* por ejemplo el art. 8 de la LOI: «Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad»; un concepto que se aleja del contemplado en el art. 6.1. recogido arriba, en el sentido de que aquí se menciona expresamente a las mujeres y, por lo tanto, no se exige comparación alguna, pero que hace meter por la puerta falsa lo que en realidad podría calificarse como discriminación estructural o muestra del falso universalismo.

<sup>45</sup> Y así también se evita considerar que las normas (en este caso, una cláusula) constituyan «tratos».

<sup>46</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional discrimination...*, *op. cit.*, p. 156.

Pero el cuestionamiento de la tipificación de la discriminación a través del binomio DD/DI es, si cabe, más potente desde la interseccionalidad. Atrey lo explica con el caso de la prohibición del uso de pañuelos en la cabeza (*headscarves*)<sup>47</sup>. La prohibición —señala la autora— puede considerarse: a) como dirigida explícitamente (*explicitly directed*)<sup>48</sup> contra las mujeres musulmanas por motivos de género, raza (o religión); b) como una prohibición neutral hacia toda clase de sombrero o cubrecabezas (*headgear*) llevada por cualquiera, pero que afecta a las mujeres musulmanas desproporcionadamente con base en su género y raza (o religión); c) como una prohibición referida sólo a las mujeres que se cubren la cabeza, en cuyo caso la prohibición estaría basada explícitamente (*explicitly*) en el género pero afectaría a las mujeres musulmanas por motivo de género y raza (o religión); d) como una prohibición referida a todo tipo de creencias religiosas o filosóficas pero que afecta a las mujeres musulmanas con base en su género y raza, como una forma de islamofobia o prejuicio cultural contra quienes se perciben de Arabia u Oriente Medio. Todas estas permutaciones —sigue señalando Atrey— afectan al mismo grupo interseccional (las mujeres musulmanas), sin embargo, difieren los criterios. ¿Cómo aplicar en este caso el binomio DD/DI?

Según la autora británica «[e]l amplio rango de lo que puede ser descrito como discriminación interseccional directa o indirecta, o como ambas, es alucinante. La clasificación basada en diferencias sutiles puede ser agotadora y quizá no demasiado fructífera dado el cruce entre las categorías»<sup>49</sup>. Esto no quita para que la distinción tenga cierta virtualidad si se combinan factores y efectos en demandas interseccionales. Cuatro serían, en este caso, las combinaciones posibles: i) discriminación basada directamente (*directly based*) en múltiples factores y que causa impacto sobre esos factores; ii) discriminación basada en criterios neutrales y que causa impacto indirecto sobre múltiples factores; iii) discriminación que está basada aparentemente (*facially*) en un factor único pero causa impacto en ese y en otros factores; y iv) discriminación que está basada en uno o varios factores, unida a una consideración neutral, y que causa impacto discriminatorio sobre múltiples factores. Para Atrey las dos primeras (i) y ii)) sí podrían ser catalogadas como discriminación interseccional directa e indirecta, respectivamente, mientras que en el caso de las dos últimas la cosa resultaría más difícil de precisar.

Resumiendo, al margen de que el binomio DD/DI no sea tal y resulte insuficiente para identificar la pluralidad de formas en las que se manifiesta la discriminación, la mera utilización de la distinción entre DD y DI, tal y como está legalmente definida, complejiza el panorama y lo vuelve confuso. Por otro lado, una cuestión aparece meridianamente clara en la exposición de Atrey: que la perspectiva sobre los ejes (determinar si actúa uno o intervienen varios) es independiente a la eventual identificación de la discriminación como directa o indirecta.

<sup>47</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional... op. cit.* p. 156 y ss.

<sup>48</sup> Sería más claro decir «implícitamente dirigida».

<sup>49</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional... op. cit.* p. 157.

#### 4. La interseccionalidad en el Derecho sudafricano

Tras un amplio análisis de normativas y sentencias sobre las que planea la interseccionalidad, Atrey selecciona un país modelo: Sudáfrica<sup>50</sup>. Ello se debe tanto al tenor de su Constitución como a su doctrina constitucional.

La Constitución sudafricana no prescinde de la clásica tipificación de la discriminación en directa o indirecta; pero, al menos, en su sección 9(3) prohíbe la discriminación directa e indirecta con base «en uno o más factores, incluyendo raza, género, sexo, embarazo, estatus marital, origen étnico o social, color, orientación sexual, edad, discapacidad, religión, conciencia, creencia, cultura, lengua y nacimiento»<sup>51</sup>. En esta cláusula antidiscriminatoria no se habla expresamente de intersección o interseccionalidad, pero queda expresamente recogido su carácter pluri-factorial al hacer referencia a «uno o más factores» en los que basar la discriminación; una mención suficiente para que la doctrina constitucional haya cobijado en la misma supuestos que, según Atrey, responderían al concepto de discriminación interseccional *stricto sensu*.

Uno de esos casos es *Hassam vs Jacobs* (de 2009). Tiene como referencia normativa ciertas disposiciones legislativas que excluyen de la sucesión intestada a las viudas de matrimonios musulmanes poligínicos. En este asunto la demandante, casada siguiendo ritos musulmanes, sostiene que la exclusión de la herencia de su marido fallecido le discrimina por motivos de religión, estatus marital y género. Para basar su demanda utiliza tres argumentos. En primer lugar, considera que no incluir a las esposas de matrimonios musulmanes poligínicos constituye un caso de discriminación indirecta por razón de género contra las mujeres en general y contra las viudas de matrimonios musulmanes poligínicos en particular, teniendo en cuenta que «la realidad es que las mujeres constituyen un segmento de la población particularmente vulnerable» y que la legislación impugnada «opera en detrimento de las mujeres musulmanas pero no de los hombres musulmanes habida cuenta que, según el Derecho islámico, sólo los hombres musulmanes pueden tener varias esposas». En segundo lugar, y de manera similar a lo ya considerado, sostiene que la discriminación se basa en el estatus marital porque excluye de la protección ciertos tipos de relaciones, representando una especial desprotección la de las viudas en casos de matrimonios musulmanes poligínicos. Por último, la demandante subraya el factor religioso de la discriminación incidiendo en la subordinación histórica de la población musulmana, en particular dado que «el no reconocimiento perjudica a las viudas de los matrimonios musulmanes poligínicos en el sentido de que no tiene en cuenta su realidad vivida y el acomodo de la diversidad en una sociedad heterogénea».

Para Atrey, el esquema de los argumentos esgrimidos refleja el marco de la interseccionalidad. Es así porque cada uno de los argumentos utiliza similares y diferentes patrones grupales de desventaja basados en múltiples motivos (religión, estatus

<sup>50</sup> Para el desarrollo de este apartado se empleará información recogida en las páginas 14-15 y 127-131 del libro de Atrey recurrentemente citado.

<sup>51</sup> La traducción de ésta y del resto de las citas textuales que se recogen en este apartado es propia.

marital y género), señalándose en los mismos no sólo la singularidad de la desventaja sufrida en tanto que mujer musulmana en un matrimonio poligínico, sino conectándola también a modelos grupales de desventaja más amplios compartidos con mujeres, con la población musulmana, con quienes se casan con formas no tradicionales de matrimonio y, también, con grupos interseccionales como mujeres musulmanas y mujeres casadas con formas no tradicionales de matrimonio, mientras, a la vez, reconoce marcadas diferencias con hombres musulmanes que no resultan afectados de manera similar.

El Tribunal constitucional sudafricano, por su parte, funda la interpretación de la sección 9(3) en valores constitucionales como la dignidad humana, la igualdad y la diversidad, incidiendo así en la ruptura con la época del *apartheid*, pero también con una historia de prejuicios relativos a la comunidad musulmana, declarando practicar con ello un «constitucionalismo transformativo» (*transformative constitutionalism*) que para Atrey conecta perfectamente con la hebra transformadora de la interseccionalidad y su énfasis por trascender el pasado, transitando del *statu quo* a una sociedad igualitaria.

Siguiendo esta perspectiva interpretativa el Tribunal sudafricano aplica un test trifásico que no resulta novedoso en el ámbito de la discriminación. En primer lugar, examina si el factor se encuentra en la lista de la sección 9(3), concluyendo al respecto que la discriminación en este caso puede entenderse como una superposición (*overlapping*) de los factores de religión, estatus marital y género. En segundo lugar, examina si se trata de una discriminación injusta (*unfair discrimination*), para lo cual se fija en el impacto sobre la demandante y quienes se encuentran en su posición utilizando razonamientos como los siguientes:

«Women in polygynous Muslim marriages still suffer serious effects of non-recognition. The distinction between spouses in polygynous Muslim marriages and those in monogamous Muslim marriages unfairly discriminates between the two groups».

«By discriminating against women in polygynous Muslim marriages on the grounds of religion, gender and marital status, the Act clearly reinforces a pattern of stereotyping and patriarchal practices that relegates women in these marriages to being unworthy of protection. Needless to say, by so discriminating against those women, the provisions in the Act conflict with the principle of gender equality which the Constitution strives to achieve» (cursiva añadida).

«The purpose of the Act would clearly be frustrated rather than furthered if widows to polygynous Muslim marriages were excluded from the benefits of the Act simply because their marriages were contracted by virtue of Muslim rites. The constitutional goal of achieving substantive equality will not be fulfilled by that exclusion» (cursiva añadida).

Para Atrey estos pasajes, pero, más en general, el caso Hassam, servirían para explicar la complejidad de la discriminación «como resultado de patrones de desventaja grupal asociados con el patriarcado, el inferior estatus de los matrimonios poligínicos y la discriminación histórica contra la gente, la cultura y las tradiciones musulmanas». Una lectura minuciosa de la evidencia histórica, sociológica, estadística y económica de la discriminación habría ayudado, pues, a apreciar la discriminación interseccional, a la que se

habría sumado la ayuda de «una doctrina que está bien equipada para trascender la discriminación de un solo eje y atender casos más complejos»<sup>52</sup>.

Una vez expuesto el que Atrey nos presenta como modelo de Derecho antidiscriminatorio interseccional procede reflexionar sobre varios asuntos. En primer lugar, si el caso presentado por Atrey resulta parangonable al escogido por Crenshaw para ilustrar la necesidad de reconocer la interseccionalidad en el Derecho antidiscriminatorio. En segundo lugar, y vinculado a lo anterior, hasta qué punto ese planteamiento modélico de la interseccionalidad no podría haber sido sustituido por el reconocimiento legislativo del género como sistema que subordina a las mujeres.

Sobre la primera de las cuestiones, parece bastante claro que el supuesto elegido por Crenshaw y el de Atrey difieren en relación a los ejes de la intersección. Crenshaw analiza un caso (el de las mujeres negras) construido sobre dos sistemas de poder separados, con entidad propia, que, aunque interseccionen, no disuelven sus elementos definitorios básicos<sup>53</sup>. En el supuesto elegido por Atrey, sin embargo, no cabe decir lo mismo. De hecho, sólo aflora un eje de esas características: el sexo-género. Es más —y así enlazamos con la segunda de las cuestiones— existiendo una legislación que recogiera el sexo-género como un sistema de poder que se manifiesta en todos los dominios institucionales (incluyendo el propio Derecho y la religión) habría bastado el empleo del segundo argumento, es decir, el fundado en el principio constitucional de *gender equality*. Con base en el principio de igualdad de género inspirado en el patriarcado como sistema de poder habría sido fácil argumentar que una disposición legislativa que excluye de la sucesión intestada a las mujeres de matrimonios poligínicos no sólo discrimina a estas mujeres, sino a las mujeres musulmanas en general, en tanto implica validar la poliginia y *no la poliandria*<sup>54</sup>. También habría evitado el abuso del término «discriminación» en el primero de los argumentos empleados. Según este, la distinción entre esposas de matrimonios musulmanes poligínicos y monógamos *discrimina* injustamente a las esposas de los poligínicos frente a las de los monógamos. Pero, ¿en qué sentido *discrimina* a unas de otras? A nuestro juicio, no resulta de recibo utilizar un mismo término «discriminación» para hacer referencia a fenómenos distintos, por injustos y dignos de reparación que merezcan considerarse ambos<sup>55</sup>. No resultar heredera en una sucesión marital puede colocar a esa mujer en una situación de *desventaja* (distinta y peor) respecto de otra que, en cambio, sí hereda, pero eso no convierte a la mujer mejor situada en parte del *grupo dominante* como es, en cambio, el de los hombres musulmanes, a cuyos intereses sirve precisamente la norma matrimonial, por lo demás previa a la hereditaria.

<sup>52</sup> Atrey, Shreya, *Intersectional Discrimination*, *op. cit.*, p. 15.

<sup>53</sup> Lo que, en términos de Buechler significaría que es posible identificar en ellos grupos dominantes y subordinados, intereses grupales, formaciones grupales, conciencia colectiva y «falsa» conciencia, además de conflicto y transformación. *Vid.* Buechler, S. M., *Critical Sociology*, Paradigm Publishers, Boulder/London, 2014, p. 115.

<sup>54</sup> Otra cosa es que este tipo de argumento hoy por hoy no resulte «viable» en la realidad sudafricana.

<sup>55</sup> Sobre los usos y abusos de «discriminación» *vid.* Barrère Unzueta, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Igualdad y 'discriminación positiva'. Un esbozo de análisis teórico-conceptual», *op. cit.*, esp. aptdo. III.

Precisamente esta cuestión nos lleva al principal desacuerdo con el planteamiento de la interseccionalidad trazado por Atrey. Para explicarlo mejor ampliaremos un poco este, ya recogido sucintamente en la introducción de este trabajo. Para Atrey la interseccionalidad se compone de cinco hebras (*strands*):

«First, it is concerned with tracing both **sameness and difference** in experiences based on multiple group identities; secondly, it is concerned with tracing the sameness and difference in **patterns of group disadvantage** understood broadly in terms of subordination, marginalization, violence, disempowerment, deprivation, exploitation, and all other forms of disadvantage suffered by social groups; thirdly, in order to make sense of these same and different patterns of group disadvantage they must be considered as a whole, namely with **integrity**; fourthly, intersectionality can only be appreciated in its full socio-economic, cultural, and political **context** that shapes people's identities and patterns of group disadvantage associated with them; and lastly, the purpose of this intersectional analysis is to further broadly conceived **transformative** aims which remove, rectify, and reform the disadvantage suffered by intersectional groups» (el énfasis en el texto original)<sup>56</sup>.

En principio, el planteamiento de Atrey resultaría perfectamente compatible con el de la subdiscriminación aquí mantenido, salvo en lo referente a la formulación de su «segunda hebra», es decir, a su decisión de aglutinar bajo la «desventaja» (aunque sea grupal) conceptos como los de subordinación, marginación, violencia o explotación. Desventaja y subordinación son conceptos que responden a esquemas diversos sobre el poder y, suponiendo que puedan relacionarse, el concepto *aglutinador* no sería el de la *desventaja*<sup>57</sup>, sino el de la *subordinación* u *opresión*, que, sin embargo, Atrey ha colocado en el lado de los *aglutinados*<sup>58</sup>.

## 5. Consideraciones e ideas conclusivas

La interseccionalidad ha sido traída al Derecho antidiscriminatorio justificadamente y, por lo tanto, ha venido para quedarse. Su puerta de entrada ha sido la jurisprudencia, lo que no es de extrañar teniendo en cuenta su origen anglosajón. Sin embargo, la introducción de la interseccionalidad en el Derecho antidiscriminatorio tiene un peso excesivo (en alcance y dificultad) para el poder judicial, particularmente en países de Derecho continental. La interseccionalidad requiere cambios de envergadura en la cultura jurídica y, para ello, está demostrado que no hay mejor vía que la de su filtración en el *corpus* normativo.

En circunstancias propicias, lo mejor sería recoger su mención a nivel constitucional. Las cláusulas antidiscriminatorias que han permitido hablar de un Derecho antidiscriminatorio se han formulado atendiendo a una pluralidad de ejes. La contenida en el ar-

<sup>56</sup> Atrey, Shreya, *Intereccional Discrimination*, *op. cit.* p. 36.

<sup>57</sup> Cuyo marco respondería al principio de *igualdad de oportunidades*, es decir, a la *competición* por bienes escasos, tal y como nos recuerda Norberto Bobbio en «Eguaglianza», *Enciclopedia del Novecento*, vol. II, p. 360.

<sup>58</sup> Sobre el concepto integrativo de *opresión* *vid.* Young, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 71 y ss.

título 14 de la CE da buena muestra de ello, cuando prohíbe «discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Una formulación de este tipo, sin ulteriores precisiones, parece dar a entender tres cosas: a) que los factores gozan de homogeneidad en tanto *todos* dan lugar a *una* discriminación; b) que tales factores son o pueden ser identificados como *condiciones o circunstancias*; y c) que los factores son *alternativos*, es decir, que la discriminación prohibida, *o* es por uno *o*, sucesivamente, por algún *otro* de los factores enumerados.

En principio, la interseccionalidad apuntaría sobre la tercera de las interpretaciones, es decir, sobre una manera de entender la discriminación como factor o eje único, de tal manera que, para remediar esta formulación bastaría con añadir a la fórmula constitucional la coletilla «o por su intersección». Desde la óptica aquí mantenida, sin embargo, tal planteamiento no resultaría suficiente; básicamente, porque no todos los factores responden a categorías sistémicas o, si se quiere, porque no todos los factores pueden ser identificados como simples «condiciones o circunstancias». Ser mujer o ser mujer negra no es una condición o una circunstancia, o, al menos, no es una condición o una circunstancia en el mismo sentido que, por ejemplo, tener hijos de corta edad. Y esto, que afecta al Derecho antidiscriminatorio *tout court*, se proyecta también a la hora de introducir la interseccionalidad. Desde el planteamiento que se defiende aquí, basado en el reconocimiento de sistemas de poder, el Derecho antidiscriminatorio con mirada interseccional no puede asimilar categorías sistémicas con condiciones o circunstancias personales, básicamente porque el concepto de discriminación vinculado a factores no sistémicos no es el mismo que el vinculado a factores sistémicos. Con todo, dadas las dificultades reales para operar constitucionalmente cambios de ese tipo (distinguir entre factores sistémicos y los que no lo son) esta sí que podría ser una tarea a adjudicar a la jurisprudencia.

La introducción de la interseccionalidad en las modernas leyes de igualdad de mujeres y hombres, producto del feminismo, no tendría dificultades de ese tenor dado su pretendido alcance sistémico; sin embargo, el despliegue de la perspectiva sistémica en su estructura y articulado se realiza a medias y con dificultades. Entre estas están las que provienen del llamado «ordenamiento jurídico», es decir, la legislación, sea estatal o autonómica, tiene que adaptarse a los requerimientos del ordenamiento jurídico constitucional, así como a los de instancias jurídicas superiores, entre las cuales, la más determinante en nuestro caso, es la de la Unión Europea. Esta nos recuerda que vivimos en una economía de mercado y lo determinante a esos efectos es lo que ocurre en las relaciones laborales (libre circulación de bienes y de personas trabajadoras). Bajo este prisma se han introducido en las legislaciones sobre igualdad de mujeres y hombres los capítulos relativos a la tutela antidiscriminatoria y se ha definido qué es discriminación directa e indirecta.

Pero esta tipología de la discriminación, pensada para las relaciones laborales de mercado, no procede del feminismo. Para este, la discriminación no es un fenómeno bilateral y ocasional, sino que tiene una significación sistémica (es decir, aunque se manifieste individualizadamente, se inscribe en un sistema de poder, llamado patriarcado o sistema sexo-género). En otros términos, para el feminismo, el problema de las mujeres es su falta de poder y esto es un problema estructural o de subdiscriminación. Así se refleja, además, en la propia legislación. No hay más que leer las Exposiciones de Motivos, donde se justifica la procedencia de las leyes, pero también la propia estructura de las mismas, en la que tie-

nen cabida los diferentes ámbitos de lo social en los que incide el patriarcado (la LVI incluyendo además la violencia de género). Teniendo en cuenta lo anterior, se puede decir que las modernas leyes de igualdad de mujeres y hombres sufren de bicefalia: la UE y su concepto de discriminación, anclado en el mercado laboral, por un lado, y el movimiento feminista y su concepto de discriminación, de significación y alcance sistémicos, por el otro.

Y a ese hándicap habría que sumar el de la interseccionalidad, que cuestiona el universalismo de cierto feminismo basado en un modelo de mujer (blanca, de clase media, heterosexual, cristiana, etc.) que se habría erigido como sujeto político del feminismo *tout court*. Ahora bien, ¿cómo se legisla para mujeres cuya subdiscriminación no se puede leer con base en un único sistema de poder? O, mejor, ¿cómo se legisla para *todas* las mujeres?

A lo largo de este trabajo se han intentado lanzar algunas ideas insertas en reflexiones de carácter más general que, resumidas y conectadas, serían las siguientes:

1. Hay un sistema sexo-género con componentes definitorios básicos que subordina a *todas* las mujeres, pero la existencia de otros sistemas de subdiscriminación y de otros factores que interseccionan o interactúan con éste hace que *no todas* las mujeres sufran *las mismas* manifestaciones del sistema sexo-género.
2. Si existen legislaciones para lograr la igualdad de *todas* las mujeres respecto de los hombres, parece lógico exigir que esas legislaciones prevean la posibilidad de que *no todas* las mujeres se ven afectadas de la misma manera por el sistema sexo-género; dicho de otro modo, parece lógico exigir que dichas legislaciones prevean la interseccionalidad.
3. La introducción de la interseccionalidad en la legislación para la igualdad de las mujeres requiere tres cosas: a) que en su elaboración o eventual reforma ha de estar presente la voz de las mujeres «interseccionadas»; b) que su alcance se ha de proyectar sobre todo el contenido de la legislación y no sólo sobre una de sus partes (la comúnmente llamada tutela antidiscriminatoria); y c) que ha de incluir medidas que repercutan positivamente (a nivel sistémico e individual) sobre las situaciones vividas por esas mujeres, actualmente eclipsadas.
4. Interseccionalidad no es lo mismo que discriminación interseccional. En el ámbito del Derecho antidiscriminatorio clásico, la discriminación se reconduce a situaciones que se enmarcan en el terreno de los tratos y las disposiciones prohibidas (es decir, de las sanciones negativas) y para describirlas se acude al binomio DD/ DI. Este binomio es falso y carece de perspectiva sistémica, pero, además, no tiene en cuenta los tipos de discriminación plurifactorial que vienen de la mano de la interseccionalidad, entre los cuales el de discriminación interseccional en sentido estricto.
5. Las anteriores son ideas que constituyen una especie de hoja de ruta para producir cambios legislativos. En el transitar sobre esa hoja de ruta se pueden dar pasos pequeños, grandes y gigantes. Los últimos no suelen ser los típicos del Derecho ni de la cultura jurídica. Por eso, para no caer en maximalismos que más que ayudar a avanzar paralicen, planteemos al menos pasos pequeños. Un paso pequeño, pero perfectamente factible, es el de la mención expresa en los textos legislativos para la igualdad y la no discriminación de la interseccionalidad y de la discriminación interseccional, diferenciando esta última del concepto hoy por hoy vigente de «discriminación múltiple».

## Capítulo VI

---

# La ratificación por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica. Entre el *desideratum* y la realidad

*Lucía Avilés Palacios*

Magistrada. Socia fundadora de la Asociación de Mujeres Juezas de España

*«En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad.»* Artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

*«No debemos abdicar de estar orgullosos de lo que somos ni de nuestra ambición sobre a dónde queremos llegar»* Ursula von der Leyen, Presidenta de la Comisión Europea («Orientaciones políticas»)

### 1. Introducción

El 7 de abril de 2011, el Comité de Ministros del Consejo de Europa aprobó el Convenio sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica conocido como «Convenio de Estambul» (Convenio n.º 210). Su importancia reside en ser el primer instrumento europeo jurídicamente vinculante elaborado para prevenir y luchar contra todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, en particular la violencia doméstica, para lo que establece un marco global de medidas jurídicas y estratégicas destinadas a prevenirla, a proteger a las víctimas y al enjuiciamiento de los autores. España lo ratificó en 2014 y desde entonces forma parte del

ordenamiento jurídico español por disposición expresa del artículo 96.1 de la Constitución<sup>1</sup> y del artículo 28.2 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales<sup>2</sup>.

No obstante, precisa de su implementación en los ordenamientos jurídicos internos de los países que lo han ratificado y que como España, asumen el Convenio como norma interna, para su efectiva aplicación dada la diversidad legislativa existente entre ellos. Además la implementación debe ser adecuada para evitar que queden en una especie de limbo jurídico toda la batería de medidas de prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres incluidas en el Convenio.

En el ámbito de la Unión Europea la protección de los derechos humanos se ha llevado a cabo a través de normas generales pero también a través de instrumentos específicos de protección de víctimas de determinados tipos de delincuencia, especialmente en el ámbito de la violencia de género. En esta materia la Unión Europea, consciente de la repercusión que tiene en todos los Estados miembros, considera (tomando como referente el Convenio de Estambul) la necesidad de consolidar su acción. Ya desde la génesis del Convenio de Estambul, la Unión Europea ha mostrado interés en este Convenio como demuestra el hecho de que en su negociación participó en calidad de observadora.

La Unión Europea considera que el Convenio de Estambul es un instrumento particularmente efectivo en materia de lucha contra la violencia de género. También lo considera como un espejo en el que mirarse porque el enfoque integral y avanzado que el Convenio de Estambul da a este particular tipo de violencia está en la línea tanto del concepto que perfila la UE de este fenómeno, como de sus políticas internas y externas vigentes en la materia. Desde este convencimiento surgió la necesidad de integrar definitivamente y reforzar el marco jurídico de la lucha contra la violencia sobre la mujer, estableciendo un marco normativo directamente aplicable en los Estados miembros con pleno respeto a la distribución de competencias entre Unión Europea y Estados miembros, o como mínimo un marco jurídico que sirva de referencia a los estados o complemento entre los niveles nacional y de la UE que acabe con la desigual protección de las ciudadanas de países miembros de la UE, donde además no se cuenta —allí donde se recaban datos oficiales— con criterios estadísticos uniformes que permitan entender y calibrar la dimensión real de este particular tipo de violencia.

Desde esta perspectiva, tomando como base jurídica el propio Convenio de Estambul, surgió entre los años 2011 a 2015 la idea de firmarlo en nombre de la Unión Europea. La Comisión Europea dibujó en el año 2015 una hoja de ruta hacia la ratificación que co-

---

<sup>1</sup> Artículo 96.1 de la Constitución española de 1978: «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional».

<sup>2</sup> Artículo 28.2 de la Ley 25/2014: «Los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente producirán efectos en España desde la fecha que el tratado determine o, en su defecto, a partir de la fecha de su entrada en vigor».

menzaría con la firma por la Unión del Convenio como primer paso concreto. En la actualidad en ejecución de ese *roadmap* la Unión Europea está adoptando medidas precisas para llevarla a cabo sin dilación, sin prisa pero sin pausa aunque con muchos obstáculos como veremos más adelante.

El interés de las Instituciones de la Unión en la firma y posterior ratificación del Convenio tanto por los estados miembros como por la propia Unión es creciente. Ya en el año 2015 bajo la presidencia letona del Consejo de la UE, debido a que solo nueve Estados miembros de la UE, (a saber, Austria, Dinamarca, Francia, Italia, Malta, Portugal, Eslovenia, España y Suecia) habían ratificado el Convenio y algunos incluso iban en la dirección contraria, como Hungría, que bloqueó este asunto en su agenda parlamentaria, las eurodiputadas Beatriz Becerra Basterrechea (ALDE), Sophia in 't Veld (ALDE), Catherine Bearder (ALDE), Angelika Mlinar (ALDE) y Izaskun Bilbao Barandica (ALDE) instaban a la Comisión (le hicieron una pregunta con solicitud de respuesta escrita (E-003804/2015) a dar explicaciones sobre las medidas adoptadas para promover la armonización legislativa mediante la firma y ratificación del Convenio por parte de los Estados miembros y de la propia UE, así como sobre la fecha en que la Comisión —como mandataria del Consejo— tenía previsto firmar y ratificar el Convenio en nombre de la UE. La pregunta tomaba en cuenta que la Comisión y la Presidencia del Consejo de la UE se habían comprometido a alentar de forma activa a todos los Estados miembros de la UE y a la propia Unión Europea a que, de conformidad con el artículo 75, apartado 1, del Convenio de Estambul y con el artículo 216 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmen y ratifiquen el Convenio.

Por su parte, el Parlamento europeo en el año 2017 instó en su Resolución de 12 de septiembre de 2017 sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, al Consejo y a la Comisión y a los Estados miembros, entre otras cosas, a la articulación de vías oportunas de comunicación y diálogo para abordar las reservas, objeciones e inquietudes de los Estados miembros y, en especial, aclarar las interpretaciones engañosas del Convenio de Estambul por lo que respecta a las definiciones de género y de violencia contra las mujeres por razones de género (artículo 3, letras c y d del Convenio).

El interés de su ratificación reside, avanzamos, en el enfoque global que ofrece sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y en la más que previsible intensificación a raíz de la misma, de los esfuerzos de la Unión Europea en la promoción de sus valores fundamentales de derechos humanos e igualdad entre hombres y mujeres como consecuencia de la misma.

En el año 2017 se consiguió finalmente que la Unión firmase el Convenio de Estambul. La firma corrió a cargo de la comisaria de Justicia, Consumidores e Igualdad de género, Vera Jourova, que estuvo acompañada por el secretario general del Consejo de Europa, Thorbjorn Jagland. En el comunicado de prensa Jourova aseguró que «es un gran día para mí, pero sólo un primer paso para la UE». A partir de ese momento comenzó la negociación entre la Unión Europea y el Consejo de Europa para definir las modalidades de ratificación del Convenio, al que se calificó de «instrumento eficiente». Una de las

grandes áreas que resaltó de las consecuencias de la ratificación era la de tener la capacidad de nominar a un candidato para el Grupo de expertos contra la violencia hacia las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO).

Desde entonces todavía queda pendiente su ratificación por la Unión Europea donde a pesar del impulso del sector progresista de la Eurocámara, los problemas competenciales entre la Unión y los estados miembros y la inseguridad jurídica que aparenta derivarse de la misma, sirven entre tanto de excusa y resistencia de los gobiernos más conservadores a la ratificación nacional, lo que deja pendiente *sine die* su ratificación. Ratificación cuya importancia e interés es más que probable que se haya visto desplazada por otros asuntos, derivados de la crisis sanitaria de la Covid-19 y de la crisis económica en que esta nos ha sumido a todos los países de manera generalizada en todo el mundo. Y ello a pesar de que la esta pandemia no ha hecho sino acrecentar las desigualdades entre mujeres y hombres, solapando la pandemia de la violencia de género a la sanitaria<sup>3</sup>.

## 2. Orígenes del Convenio de Estambul, el Consejo de Europa

El Convenio de Estambul nace en el Consejo de Europa y sus objetivos están estrechamente vinculados a los de esta organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa, protección y promoción de los derechos humanos (en particular los civiles y políticos), la democracia y el Estado de Derecho. Creado el 5 de mayo de 1949, se trata de la institución de este tipo más antigua de nuestro continente. En 1950, se redactó el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) donde se garantiza la protección de los derechos humanos y que creó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Está formado por 47 estados miembros, entre los que se encuentra España desde 1977, y seis Estados Observadores (Canadá, Santa Sede, Israel, Japón, México y Estados Unidos).

Además de los objetivos enumerados, tiene como misión desarrollar acuerdos a escala continental para armonizar las prácticas sociales y jurídicas de los Estados miembros; y promover la sensibilización sobre una identidad europea y una mayor unidad basadas en valores compartidos que trascienden las diferentes culturas. Desde finales de los años 70, desarrolla la vertiente victimológica de la defensa de los derechos humanos, en la que finalmente encuentra acomodo la violencia contra las mujeres, y en consecuencia a partir de entonces las víctimas de delitos se incluyen entre sus preocupaciones a juzgar los diversos instrumentos que ha generado en desarrollo de esta actividad. Primero se ocupó de la puesta en marcha de programas de ayudas económicas a cargo de los fondos públicos, como lo demuestran la Resolución (77)27 de 28 de septiembre de 1977 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, y el Convenio Europeo sobre Indemnización a las Víctimas de Delitos Violentos, n.º 116 de 24 de noviembre de 1983.

---

<sup>3</sup> La Organización Mundial de la Salud calificó en 1993 la violencia de género como un problema de salud mundial de proporciones epidémicas.

A partir de 1985, su visión estratégica se amplía con la Recomendación del Comité de Ministros Rec. R (85)11, de 28 de junio de 1985, sobre posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del proceso penal, al marcar una línea precisa de protección de las víctimas dentro de la cadena de justicia, dirigiendo a los Estados la recomendación de revisar sus prácticas y legislaciones en el marco de las líneas directrices que ofrecía y que afectaban tanto al marco policial, como al judicial y penitenciario.

Esta ampliación de objetivos coincidía con la corriente victimológica que a nivel universal estaba promocionándose desde 1982 a raíz de los trabajos de la Sociedad Mundial de Victimología y de los debates del VII Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, y que determinó que el 29 de noviembre de 1985 la Asamblea General de Naciones Unidas aprobase el instrumento más importante de los aprobados hasta ahora sobre protección de los derechos de las víctimas a nivel general: La Resolución 40/34 con su anexo, la Declaración sobre Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de delitos y del abuso de poder (DPFJ), que se convertiría en una «Carta Magna» para las víctimas. Especial significación en la materia que nos ocupa tiene la afirmación que hace dicha Declaración. La consideración como víctima de delito se lleva a cabo «independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independiente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima» (DPFJ, 2). Esta consideración de víctima, desligada de cualquier relación social o personal con el victimario, por un lado, choca con el marco estrecho que dibuja hoy día la LO 1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en España, que en contra de lo expuesto, acota el marco de la violencia de género en el sentido de reconocer como tal solo la que se ejerce por los hombres sobre quienes son o han sido sus parejas desconociendo aquél principio básico de la Carta Magna de las Víctimas al ligar las mujeres víctimas de violencia de género, para reconocerlas como víctimas, a sus agresoras. Por otro lado, avanza la Resolución 40/34 ese concepto amplio, liberado e independiente de violencia sobre la mujer que más tarde impondría el Convenio de Estambul en el año 2014 al aplicarse a todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la doméstica, que afecta a las mujeres de manera desproporcionada (artículo 2.1 Convenio n.º 210) y por el hecho de ser mujer.

La Recomendación R(87)21 de 17 de septiembre de 1987 sobre asistencia a las víctimas y prevención de la victimización, ahondaría en el marco de las garantías de las víctimas y de sus familias en el marco del proceso penal, siguiendo la estela de la DPFJ, aportó importantes definiciones. El de víctima de delito, que incluía a las víctimas indirectas (familia inmediata de la víctima directa), revictimización (que se da cuando una persona sufre más de un delito en un periodo de tiempo específico) y victimización secundaria (que es el resultado de la mala praxis en la respuesta que las instituciones y los particulares dan a la víctima del delito).

A partir del siglo XXI destaca su producción jurídica en relación con víctimas de especiales características en el marco de delitos específicos. El Consejo de Europa consciente de la necesidad de seguir avanzando en la protección e impulso de los derechos de las víctimas, se ha ocupado de categorías específicas atendiendo a necesidades concretas, a la tipología de delitos y a las especiales necesidades de protección que presentan algunas.

En esta línea encontramos la Recomendación (2001)16 del Comité de Ministros sobre la protección de niños contra la explotación y el abuso sexual de 2001, la Recomendación Rec(2002)5 sobre protección de las mujeres contra la violencia, Recomendación CM(Rec(2007)17 sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres, Recomendación CM/Rec(2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz. El día 25 de octubre de 2007 se aprobó en Lanzarote el Convenio 201 del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual. También las Recomendaciones en materia de protección de la infancia adoptadas por el Comité de Ministros de los estados miembros y la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa.

La Recomendación Rec(2002)5 sobre la protección de las mujeres contra la violencia y El Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha de Trata de Seres Humanos (CETS n.º 197), de 2005 también llamado Convenio de Varsovia, en vigor desde 2008 y ratificado por España en 2009.

En el marco del Consejo de Europa no podemos olvidar al Tribunal de Estrasburgo que se ha pronunciado en numerosas ocasiones con ocasión de demandas relativas a violencia contra las mujeres en el ámbito familiar, sobre acoso sexual, abusos sexuales, mutilación genital femenina y esterilizaciones forzadas. Pero en el instrumento más importante en la lucha del Consejo de Europa contra la violencia de género y el primero obligatorio en el continente es el Convenio de Estambul.

### 3. El Convenio de Estambul. Génesis y desarrollo<sup>4</sup>

La labor pionera del Consejo de Europa en materia de derechos humanos, igualdad entre mujeres y hombres y lucha contra la violencia de género, ha dado lugar a un sólido marco jurídico que encuentra su culminación con el Convenio de Estambul, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. Previamente son destacables algunas iniciativas que tomaron la forma de Recomendaciones específicas. La Rec (2002) 5, sobre la protección de la mujer contra la violencia que estaba orientada a conseguir la armonización de las legislaciones y políticas estatales, supuso el primer acercamiento integral del problema a nivel internacional a través de una estrategia coordinada y global para prevenir la violencia y proteger a la mujer realizando una serie de recomendaciones, sin fuerza vinculante, a los Estados miembros centradas en la revisión de la legislación y las políticas públicas de tipo gubernamental, el establecimiento de planes de acción coordinados, el fomento de programas de investigación y educación superior sobre la violencia de género y la recogida de datos. En la cumbre de jefes de Estado y de gobierno celebrada en Varsovia en 2005, se definieron las prioridades del Consejo de Europa para el siglo XXI, entre las que se encontraba, la erradicación de la violencia contra las mujeres. El plan de acción surgido de la Cumbre prevé el establecimiento de un grupo de trabajo (*Task Force*) que evaluará los progresos alcanzados a nivel nacional y a nivel europeo, y la prepa-

---

<sup>4</sup> El Convenio está disponible en versión española en <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conventionviolence/convention/Convention%202010%20Spanish.pdf> (consultado el 11/06/2015).

ración y desarrollo de una campaña paneuropea para combatir la violencia contra las mujeres, incluida la violencia doméstica, bajo el lema *Stop Domestic Violence Against Women*. En el marco de esta campaña, dirigida a la sociedad y a los poderes públicos europeos, se pretendió implicar a las asambleas legislativas estatales fijando una serie de medidas prioritarias que debían ser adoptadas en sede parlamentaria a modo de estándares mínimos que debían alcanzarse en el ámbito de la violencia ejercida contra las mujeres.

También la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1847 (2008)<sup>5</sup> apuntaba la necesidad de una norma marco internacional aglutinadora del bagaje normativo y jurisprudencial del Consejo de Europa y jurídicamente vinculante sobre violencia de género, y lo hacía en los siguientes términos:

«Despite the progress made and the international instruments already in existence, the Assembly considers that action to combat violence against women must be intensified. It is convinced that the drafting of a legal instrument which embodies the «three Ps» (protection of victims, punishment of perpetrators and prevention) and specifically addressing the question of gender-based violence is necessary in order to encourage the member states to attain the minimum standards in this respect and strengthen their legislation. The Assembly feels that the preparation of a framework convention (modelled on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, ETS No. 157) would make it possible to propose guidelines and provisions defining objectives that the contracting parties would undertake to pursue through national legislation and appropriate governmental action».

Según la recomendación, titulada «Combatiendo la violencia contra las mujeres: Hacia una Convención del Consejo de Europa» como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria en la que a su vez se basaba, la Resolución 1635 (2008), el convenio marco debería recoger las formas más severas y generalizadas de violencia contra la mujer, logrando la coordinación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, los Estados miembros y a las ONGs en el proceso de redacción. El convenio debía, a juicio de la Asamblea Parlamentaria:

1. Abarcar la dimensión de género y la naturaleza específica de la violencia de género;
2. Incluir las formas más graves y generalizadas de violencia contra la mujer, en particular la violencia doméstica contra las mujeres (parejas o ex parejas, con o sin convivencia), las agresiones sexuales (incluida la violación y la «violación matrimonial») y el acoso, los matrimonios forzados, los llamados «crímenes de honor» y la mutilación genital femenina;
3. Incluir disposiciones que obliguen a los Estados a adoptar las medidas necesarias para proteger a las víctimas y prevenir y enjuiciar actos de violencia contra la mujer; y finalmente
4. Incluir un mecanismo de supervisión independiente capaz de controlar la aplicación efectiva de la convención.

---

<sup>5</sup> Véase Recommendation 1847 (2008)1, Combating violence against women: towards a Council of Europe convention, § 4.. Disponible en: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=17683&lang=en> (consultado el 13 de noviembre de 2020).

Su redacción debía encarnar además las «tres P», a saber, protección de las víctimas, punición o castigo de los autores y la prevención y añadía una cuarta en relación a las políticas de los Estados miembros específicamente orientadas a combatir la violencia de género para alcanzar las normas mínimas a este respecto y fortalecer su legislación. La Asamblea consideró que la preparación de un convenio marco (basado en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, ETS No 157) permitiría proponer directrices y disposiciones para definir los objetivos que las partes contratantes se comprometerían a perseguir mediante la legislación nacional y las medidas gubernamentales apropiadas.

Tres años después, siguiendo la Recomendación 1847(2008) nacería el Convenio de Estambul. Como se ha dicho antes, su principal logro consiste en erigirse en el primer instrumento europeo jurídicamente vinculante elaborado para prevenir y luchar contra todas las formas de violencia contra las mujeres y las niñas, en particular la violencia doméstica. Se negoció en tan solo seis reuniones, celebradas entre diciembre de 2009 y diciembre de 2010, en el seno de un comité *ad hoc* específico. En ellas participó la Unión Europea junto con los Estados miembros en calidad de observadora.

El Convenio es un pacto entre los países del Consejo de Europa que tiene como eje central la lucha contra la violencia que se ejerce contra las mujeres. De hecho como se declara en su Preámbulo «aspira a crear una Europa libre de violencia contra la mujer», lo cual es toda una declaración de intenciones y un desafío titánico si tenemos en cuenta el carácter histórico, estructural y sistemático de la violencia ejercida contra las mujeres, que se ha documentado en todas las culturas, países y épocas. Pero es más, aspira a ser un referente internacional en materia de violencia de género ya que puede ser firmado por cualquier estado como veremos a continuación.

El Convenio quedó abierto a la firma en Estambul el 11 de mayo de 2011 con ocasión de la 121.<sup>a</sup> sesión del Comité de Ministros en la capital turca. Por eso se le conoce popularmente por la ciudad donde el tratado se abrió a la firma de los Estados. A partir de ese momento, de acuerdo con su artículo 75, el Convenio de Estambul quedaba abierto a la firma de los Estados Miembros del Consejo de Europa, de los Estados no miembros que hubieran participado en su elaboración, y también de la Unión Europea y quedaba sujeto a ratificación, aceptación o aprobación, y los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación serían depositados en poder del Secretario General del Consejo de Europa. El Convenio entraría en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que diez signatarios, hubieran expresado su consentimiento de quedar vinculados por el Convenio. Al menos ocho de ellos debían ser obligatoriamente Estados miembros del Consejo de Europa.

El apartado 4 de ese mismo artículo 75 del Convenio n.º 210 prevé que en el caso de que un Estado de los que hace referencia el apartado 1, o la Unión Europea, exprese con posterioridad su consentimiento en quedar vinculado por el Convenio, éste entrará en vigor con respecto al mismo el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación. También su artículo 76 dejó abierta la posibilidad de adhesión de otros Estados no miembros en las condiciones establecidas allí.

El Convenio de Estambul, entró en vigor el 1 de agosto de 2014 tras la décima ratificación por uno de los Estados Miembros del Consejo de Europa. En la actualidad ha sido firmado por todos los estados del Consejo de Europa, excepto Rusia, Azerbaiyán y Armenia.

En la actualidad son 34 los estados que han ratificado el Convenio; concretamente son<sup>6</sup>: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Croacia, Chipre, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Islandia, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Malta, Mónaco, Montenegro, Países Bajos, Macedonia del Norte, Noruega, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza y Turquía.

El día 11 de mayo de 2011 el Plenipotenciario de España firmó *ad referendum* en Estambul el Convenio, obligándose a llevar a cabo las modificaciones que fueran necesarias en su ordenamiento jurídico interno a los efectos de la aplicación del Convenio en su totalidad. Entró en vigor de forma general y para España el 1 de agosto de 2014, de conformidad con lo dispuesto en su artículo 75.

Se incorpora el Consejo de Europa con este importante instrumento, a la lucha contra la violencia de género y lo hace a nivel regional/continental lo cual supone ponerse en la misma línea de batalla que América y África.

Desde América, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres, «Convención de Belém do Para» de 1994 vio la luz en la Organización de Estados Americanos y se erige como el primer tratado regional sobre la violencia contra las mujeres y se suma a las aportaciones interpretativas que desde la década de los ochenta ha ido ofreciendo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En África, con influencia mucho menor, el Protocolo a la Carta Africana sobre los derechos humanos y de los pueblos, sobre los derechos de las mujeres en África de 2003 en el marco de la Unión Africana, conocido como Protocolo de Maputo. Fue adoptado en 2003 por la Unión Africana, que relaciona la erradicación de la violencia contra las mujeres con el avance de estas en todos los aspectos de la vida, e incluye la prohibición de dicha violencia en su catálogo de derechos de las mujeres.

Huelga decir que el Convenio de Estambul, aunque tardíamente, no surge del vacío. Recoge la herencia de todo el derecho internacional público de derechos humanos. Así el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (STE n.º 5, 1950) y sus Protocolos, la Carta Social Europea (STE n.º 35, 1961, revisada en 1996, STE n.º 163), y de los Convenios del Consejo de Europa citados (Convenio n.º 197, 2005; y el Convenio n.º 210, 2007) y las específicas recomendaciones que el Comité de Ministros dio a los Estados del Consejo de Europa específicas sobre igualdad entre mujeres y hombres y protección de las mujeres contra la violencia: Recomendación Rec(2002)5 so-

---

<sup>6</sup> La lista actualizada de firmas y ratificaciones puede consultarse en:  
<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures>

bre la protección de las mujeres contra la violencia, Recomendación CM/Rec(2007)17 sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres, Recomendación CM/Rec(2010)10 sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz, ya citadas.

También vuelca en su articulado la jurisprudencia del Tribunal de Derechos Humanos (TEDH) que establece normas importantes en materia de violencia contra las mujeres. Como órgano encargado de adaptar e interpretar las disposiciones del Convenio, el TEDH se ha pronunciado sobre múltiples asuntos en los que se cuestionaba la responsabilidad del Estado ante conductas de sus propios agentes o de particulares lesivas de los derechos de las mujeres, especialmente en relación al derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de las mismas. Así lo hace en las STEDH B. S. *vs* España, 24 de julio de 2012 y STEDH M.C. *vs* Bulgaria, 4 de diciembre de 2003, entre otras. En su jurisprudencia se puede observar que bajo el concepto de «violencia doméstica» incluye la violencia contra las mujeres en el seno de la pareja y ex pareja. La más importante de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia es la de 9 de junio de 2009, caso Nadine Opuz *vs* Turquía en la que el Tribunal concluye que la violencia sufrida por la demandante es una vulneración del artículo 14 en relación con los artículos 2 y 3 del Convenio. Es necesario resaltar que el corpus jurisprudencial del TEDH se ha construido al amparo de un Convenio que no contiene una referencia expresa o una prohibición explícita de la violencia de género en su articulado. Así, en la última década, el TEDH ha tenido que pronunciarse sobre diversos asuntos donde la violencia contra la mujer era el objeto central de discusión, lo que le ha permitido ir adaptando su jurisprudencia sobre los derechos del CEDH a las exigencias particulares de este ámbito. Debe tenerse en cuenta que la violencia contra las mujeres se manifiesta de muy diversas maneras y en contextos muy dispares; en consecuencia, el TEDH se ha debido ocupar de casos en los que se sometía a su juicio agresiones contra la mujer en el ámbito doméstico y de pareja, pero también lesiones de sus derechos más elementales en forma de violaciones y abusos sexuales, mutilaciones genitales, trata de seres humanos, violencia institucional o los denominados «crímenes de honor».

Es interesante destacar la importancia de la jurisprudencia emanada de los tribunales internacionales de derechos humanos, no solo del TEDH sino también de la CIDH, porque todos los sistemas de protección internacional de los derechos de las mujeres que se han citado están interconectados y avanzan, aunque a ritmos distintos, por una misma senda, de tal suerte que la constante retroalimentación entre ellos va generando un acervo común de referencia para los sistemas nacionales de protección de los derechos de las mujeres. Si en un futuro la UE ratifica el Convenio de Estambul, su aplicación e interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se sumaría a este importante corpus jurisprudencial. Así, por ejemplo, es habitual que la Relatora Especial de Naciones Unidas y el Comité CEDAW tengan en cuenta y citen la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH, y que estos, a su vez, acompañen sus resoluciones de reiteradas referencias a los estándares internacionales generales asentados desde Naciones Unidas.

Como no podía ser de otro modo, el Convenio también reconoce el contexto jurídico ofrecido por Naciones Unidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), la

Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés, 1979) y su Protocolo facultativo (1999) así como la Recomendación general n.º 19 del Comité de la CEDAW sobre la violencia contra la mujer, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño (1989) y sus Protocolos facultativos (2000) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas discapacitadas (2006).

También forman parte de su ADN el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998<sup>7</sup>, y los principios básicos del derecho humanitario internacional, y en particular el Convenio (IV) de Ginebra relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (1949) y sus Protocolos adicionales I y II (1977).

El Convenio de Estambul se reconoce heredero de todas estas conquistas, pero a la vez no deja de sorprendernos una sombra profunda que se cierne sobre él. La tardanza en la adopción de un instrumento como este por un organismo que tiene entre sus principales objetivos la protección de los derechos humanos y que por esta misma razón ha generado tanta abundancia jurídica para atajar la desigualdad y su manifestación más brutal, la violencia de género. Este retraso además se ve acrecentado por la diversa implementación del mismo por parte de los Estados que lo han ratificado y que dibuja un mapa desigual en la protección de las mujeres frente a la violencia machista.

La importancia del Convenio reside en la creación de un marco jurídico global y con múltiples aspectos para proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia. Su objetivo, como alentó la Recomendación 1847(2008), es prevenir, perseguir y erradicar la violencia contra las mujeres y las niñas y la violencia doméstica sobre la base de los principios de igualdad y no discriminación de un lado y de diligencia debida de otro lado, y se articula alrededor de las denominadas «3P» (Prevención, Protección y Persecución/Punición), a la que se añade una cuarta relativa a las Políticas integradas.

Contempla un amplio abanico de intervenciones que van desde la recopilación de datos y la sensibilización a las medidas legales de penalización de las diversas formas de violencia contra las mujeres. Incluye, además, medidas de protección de las víctimas y servicios de apoyo y aborda la dimensión de la violencia de género en el ámbito del asilo y la migración. El Convenio establece un mecanismo de supervisión específico para garantizar la efectiva aplicación de sus disposiciones por las Partes, el denominado GREVIO.

El Convenio de Estambul está impregnado de perspectiva de género y a lo largo de todo su texto podemos encontrar la plasmación de grandes conquistas históricas del Feminismo. En su Preámbulo da conceptos valiosos para la comprensión de las claves de la violencia contra las mujeres, llamados también a sentar los cimientos del articulado del Convenio. En primer lugar, reconoce la igualdad entre mujeres y hombres como «ele-

---

<sup>7</sup> Hace hincapié en que, en el artículo 7 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, de 17 de julio de 1998, se define el embarazo forzado como un crimen de lesa humanidad y una forma de violencia de género contra las mujeres que constituye una violación grave de los derechos humanos y de la dignidad de mujeres y niñas.

mento clave de la prevención de la violencia contra la mujer». Y en segundo lugar reconoce que «la violencia contra la mujer» es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación, y que la violencia contra las mujeres es estructural y sistemática y «mantiene a las mujeres en una posición de subordinación respecto de los hombres».

Recogiendo el testigo de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (Resolución de la Asamblea General 48/104 del 20 de diciembre de 1993), el Convenio de Estambul, define la violencia contra la mujer como una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres (artículo 3.a) a las que reconoce por primera vez el derecho a vivir una vida a salvo de la violencia tanto en el ámbito público, como en el privado (artículo 4.1). Reconoce la violencia institucional o revictimización y la obligación de debida diligencia cuyas bases se sentaban en la Declaración de 1993 y han sido perfiladas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de violencia contra las mujeres, al imponer a los Estados, por un lado, la obligación de abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación. Y por otro lado, la obligación de tomar las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia que incluye el Convenio cometidos por actores no estatales (artículo 5, 1 y 2). Conmina a los Estados a realizar políticas feministas destinadas a promover la igualdad entre mujeres y hombres y el empoderamiento de las mujeres, a prevenir y combatir todas las formas de violencia incluidas en el ámbito del Convenio, a ofrecer una respuesta global a la violencia contra la mujer y a proteger los derechos de las víctimas a las que coloca en el centro de todas las medidas (artículos 6 y 7). Y hace un reconocimiento expreso a las ONGs y asociaciones destinadas a combatir la violencia de género en el sentido de imponer a las Partes la obligación de reconocerlas, fomentarlas y apoyarlas (artículo 9).

Sobre estos pilares el Convenio contempla como delito todas las formas de violencia contra la mujer, la violencia física, psicológica y sexual, incluida la violación, el acoso, la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el aborto y esterilización forzada, y el acoso sexual. Consecuencia de estas previsiones los Estados deberán introducir en sus sistemas jurídicos estos delitos implementando su legislación para adaptarla al marco jurídico que dibuja el Convenio de Estambul.

Es especialmente innovador en cuanto a la cuestión relativa a la violencia sexual y el marco del «consentimiento» del que reconoce que «debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes. En mayo de 2018 Suecia se sumó a los países que como Reino Unido, Bélgica, Alemania, Islandia, Chipre y Luxemburgo ya han trasladado a sus legislaciones «el solo el sí es sí» del artículo 36 del Convenio de Estambul. En España tras la polémica sentencia de la violación grupal de Pamplona se abrió el camino hacia la modificación del Título VIII del Código Penal en materia de Delitos contra la libertad e indemnidad sexual para dar pleno reconocimiento al consentimiento como epicentro de la violencia sexual en la línea marcada por el Convenio de Estambul.

## 4. Unión Europea y Convenio de Estambul

### 4.1. Razones para la ratificación

La acción de la Unión Europea en el ámbito de la igualdad de género se ha centrado principalmente en combatir la discriminación por razón de sexo en todos aquellos ámbitos que afectan a sus competencias. En este sentido, en la medida que es una organización creada históricamente para lograr la plena integración económica de los Estados miembros, el reconocimiento jurídico de la igualdad entre hombres y mujeres como derecho fundamental se produce tardíamente, con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>8</sup>.

Pese a ello, debe destacarse la importante labor de la Unión en el establecimiento e impulso de políticas de igualdad salarial, laboral y de ocupación así como en la progresiva incorporación de la perspectiva de género en el quehacer cotidiano de las instituciones europeas y en los objetivos fundamentales de la propia Unión, entre los que se incluye la igualdad de género. El derecho a la igualdad de trato y la no discriminación es un derecho fundamental consagrado en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Así, el artículo 3 del TUE establece como objetivo de la Unión el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y, el artículo 8 del TFUE, en un sentido similar, dispone que la Unión, en todas sus acciones, se fijará el objetivo de eliminar desigualdades entre hombres y mujeres y de promover la igualdad. Además la Unión Europea también se ha dotado de instrumentos jurídicos que le permiten adoptar, dentro de los límites de las competencias atribuidas por los Tratados originarios, las acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo así como para establecer los principios básicos de estímulo para apoyar las acciones de los estados en este ámbito (artículo 19 TFUE).

Estas referencias contenidas en el Derecho primario de la Unión han sido ampliamente superadas en el plano jurisprudencial por la destacadísima labor del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) y por la acción legislativa de las instituciones europeas, en especial a través de la aprobación de un conjunto de directivas que orientan, a su vez, las líneas de actuación de los Estados miembros.

No obstante las políticas integradas de la Unión, la transversalidad de los esfuerzos por lograr la igualdad entre mujeres y hombres (*mainstreaming gender*) y las acciones concretas en materia de violencia de género, las ciudadanas y residentes de la Unión no gozan del mismo nivel de protección contra la violencia de género debido a varias razones. En primer lugar no existe una estrategia europea común, que incluya además un instrumento jurídico aplicable a todos los estados miembros. En segundo lugar, existen diferencias, en algunos casos muy sustanciales en los conceptos y en las legislaciones de los distintos Estados miembros en lo que se refiere, entre otros aspectos, a la definición de los delitos relacionados con la violencia contra las mujeres, así como en el alcance de la dicha legislación. En tercer lugar, también existen dife-

---

<sup>8</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOUE C 364, de 18/12/2000.

rencias en materia de información, oferta de alojamientos seguros y acceso a los mismos, así como de servicios de ayuda y derechos a las víctimas. No gozar del mismo nivel de protección equivale a un desigual acceso a la justicia y a distinción entre las propias víctimas que según su nacionalidad o país de residencia contarán con una protección más amplia, más limitada o incluso ninguna protección si institucionalmente el Estado en cuestión ignora o no tiene una política eficaz contra la violencia de género.

Según el índice de igualdad de género del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE), hasta ahora no se ha alcanzado plenamente la igualdad entre hombres y mujeres en ningún país de la Unión y erradicar la violencia de género es un requisito previo para alcanzar este objetivo, pues es no solo la causa sino también la consecuencia de la desigualdad.

El informe de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) de marzo de 2014 titulado «*Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE*»<sup>9</sup>, puso de manifiesto que un tercio de las mujeres de Europa han sufrido actos de violencia física o psicológica al menos una vez desde la edad de 15 años, el 55 % de las mujeres ha sido objeto de una o varias formas de acoso sexual, el 11 % ha sido víctima de ciberacoso, una de cada veinte (el 5 %) ha sido violada y más una décima parte han sufrido violencia sexual con uso de la fuerza. También que en muchos Estados miembros, más de la mitad de las mujeres víctimas de asesinato mueren a manos de su pareja, de un pariente o de un familiar directo.

En España desde el año 2003 (fecha desde la que se tienen estadísticas oficiales) al año 2020, 1074 mujeres han sido asesinadas por sus parejas o exparejas y en lo que va de año 2020, 41<sup>10</sup>.

El FRA también puso en evidencia que las víctimas denuncian a la policía los casos más graves de violencia por parte de la pareja en solo el 14 % de los casos, y los casos más graves de violencia por parte de una persona distinta de la pareja en solo el 13 % de los casos, que son porcentajes de denuncias presentadas enormemente bajos a pesar de que en los últimos años el movimiento #metoo ha animado a mujeres y niñas a denunciar los abusos, actos de violencia y acoso.

La violencia de género afecta solo en la Unión Europea a 250 millones de mujeres, y el EIGE estima que el coste para la sociedad provocado por la violencia de género en la Unión es de 226 000 millones euros anuales. Solo 18 países recopilan datos policiales de las mujeres asesinadas (entre ellos, España, Portugal, Francia, Italia Reino Unido, Rumania, Suecia, Finlandia...). En otros países se recopilan datos parciales (Grecia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria) Seis países no ofrecen información; Bélgica no registra y

---

<sup>9</sup> <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/violence-against-women-eu-wide-survey-main-results-report>

<sup>10</sup> <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm> Las estadísticas españolas se pueden consultar aquí (consulta 15 de noviembre de 2020).

Bulgaria solo a nivel judicial. En Polonia, Chipre, Irlanda y Dinamarca la información no se vincula a la pareja.

La Unión Europea consciente de las cifras de violencia de género, y de la diversa protección que las mujeres de la UE tienen en función del país miembro de residencia, consideró la necesidad de celebrar el Convenio de Estambul con un triple objetivo. Enviar un inequívoco mensaje de compromiso de la UE contra la violencia de género, dar coherencia a las políticas llevadas a cabo en esos dos niveles, interno y externo, e imponer un marco jurídico de referencia a los estados a modo de bisagra o complemento entre los niveles nacional y de la UE que acabe con la desigual protección de las ciudadanas de países miembros de la UE. Estos tres objetivos a su vez, conducirían a un cuarto objetivo de tinte eminentemente político: El de reforzar la credibilidad de la UE en el plano internacional en materia de protección de derechos humanos. Credibilidad muy mermada en los últimos tiempos por desajustada a las nuevas realidades que imponen el resurgir de los nacionalismos y los flujos migratorios. Presentarse frente al resto de interlocutores internacionales como institución comprometida con los derechos no es baladí si tenemos en cuenta el contexto actual en el que la imagen de la UE se ha visto seriamente comprometida. Se ha puesto en duda tanto su propia existencia (la salida del Reino Unido la cuestionó) como su credibilidad, en un escenario en el que en los últimos tiempos por unas políticas estrictas en materia de asilo y refugio, por las que se permitió a Grecia suspender su deber vinculante de dar asilo, se ha puesto de manifiesto la insolidaridad de los estados miembros de la Unión en estas materias y han supuesto un incumplimiento de las obligaciones que compelen a las Instituciones europeas y a los países miembros, concretamente el artículo 19.2 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea y el artículo 78 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, solapando intereses económicos la extensión de sus objetivos más allá de los meramente económicos, hacia la plena protección y garantía de los derechos humanos.

Con su adhesión al Convenio, la Unión en definitiva pretende revertir esta deriva y convertirse en un actor mundial más eficiente en el ámbito de los derechos humanos, y concretamente en el plano de los derechos de la mujer. La adhesión de la Unión proporcionará un marco normativo europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia de género, y para proteger y apoyar a las víctimas en el contexto de las políticas interiores y exteriores de la Unión. Mejorará la supervisión, interpretación y aplicación de la legislación y de los programas y fondos de la Unión, que suponen una ayuda a la Convención, así como la recogida de datos comparables y desglosados a nivel de la Unión. La adhesión al Convenio se vislumbra entonces como la forma más adecuada de contribuir a la construcción de una política integrada de los Estados miembros de la UE y a la promoción de la cooperación internacional en el ámbito de la lucha contra todas las formas de violencia contra las mujeres. Y también como la vía adecuada para que la Unión Europea lidere la lucha contra la violencia de género en todos los estados miembros y a nivel universal, como pieza clave de los esfuerzos mundiales encaminados a cumplir los Objetivos de Desarrollo Sostenible, en el que se incluye la igualdad de género (que es el quinto objetivo, detrás del fin de la pobreza, la erradicación del hambre, la mejora de la salud y la prestación de una educación de calidad) como elemento interrelacionado a los demás de tal manera que sin él se obstaculiza el cumplimiento del resto.

## 4.2. Obstáculos

Los ámbitos de implementación del Convenio de Estambul son dos, el estatal y el de la Unión. Ambos encajan perfectamente en la naturaleza mixta que lo caracteriza y que avala su artículo 75 —como veremos después—, y que permite la adhesión de la Unión en paralelo a la adhesión de los Estados miembros. De los 27 Estados miembros de la Unión Europea, han ratificado todos el Convenio de Estambul a excepción de seis estados. No lo han ratificado aún Bulgaria, Hungría, Letonia, Lituania y República Checa. Eslovaquia no lo ha firmado aún. Antes de su salida el 31 de enero de 2020 (*Brexit*), el Reino Unido también se incluía en esta lista de países miembros de la Unión Europea que no lo habían ratificado. Esta falta de ratificación nacional es uno de los primeros obstáculos con que debe enfrentarse la Unión Europea en su hoja de ruta para la ratificación del Convenio de Estambul porque si la adhesión de la Unión al Convenio no exime a los Estados miembros de la ratificación nacional de este instrumento, lo cierto es que la falta de ratificación del Convenio por parte de los Estados miembros deslegitimaría la ratificación por parte de la Unión. De tal manera que como si de una relación simbiótica se tratara la ratificación nacional y la de la Unión europea deben guardar coherencia entre sí. Más que nada porque la ratificación del Convenio de Estambul requiere una aplicación adecuada, una implementación eficaz y la asignación de los recursos humanos y económicos necesarios en cada uno de los Estados miembros.

Entre los países de la UE que no han ratificado el pacto aducen una serie de mitos y falsas afirmaciones de lo que es este acuerdo, constituyendo este uno de los dos problemas a los que se enfrenta la Unión Europea como freno a la ratificación. Algunos países aseguran que pone en peligro el concepto de «familia tradicional». Así ocurrió, por ejemplo, en Croacia, donde en 2018 hubo una campaña de varios grupos contra la decisión del Parlamento de que se ratificara la convención. El primer ministro del país, Andreij Plenkovic, recordó más tarde «que los temores de los que se oponían no se han cumplido». También en el país balcánico defendían otro mito extendido contra el acuerdo: según sus detractores, existe «una ideología de género». El Parlamento Europeo se mantiene firme frente a estos ataques y votó en una resolución en 2019 de la que hablaremos más adelante, que todos los países participantes deben ratificar el pacto lo hagan «sin dilación».

El segundo de los problemas, de tipo eminentemente jurídico, nace de la distribución de competencias entre los Estados miembros y la Unión Europea.

La Unión participó junto con los Estados miembros como observadora de la negociación del Convenio de Estambul y de acuerdo con el artículo 75 del Convenio, este está abierto a la firma de la Unión Europea. El 4 de marzo de 2016, la Comisión propuso la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y el Consejo firmó el 13 de junio de 2017 el instrumento de adhesión de la Unión al Convenio de Estambul. No obstante, tal y como expresó el Parlamento Europeo en su Resolución de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica había que lamentar «que la limitación a dos aspectos, a saber, las cuestiones relativas a la cooperación judicial en materia penal así como al asilo y la no devolución, provocase inseguridad jurídica sobre el ámbito de la adhesión

de la Unión, así como inquietud acerca de la aplicación del Convenio». A pesar de ello el Parlamento destacaba que «la adhesión de la Unión proporcionará un marco normativo europeo coherente para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia de género, y para proteger y apoyar a las víctimas en el contexto de las políticas interiores y exteriores de la Unión, y que mejorará la supervisión, interpretación y aplicación de la legislación y de los programas y fondos de la Unión, que suponen una ayuda a la Convención, así como la recogida de datos comparables y desglosados a nivel de la Unión».

El Convenio se firmó por el Consejo el 13 de junio de 2017 en nombre de la Unión Europea y quedaba a reserva de su celebración en fecha posterior. Se autorizó como se ha dicho, la firma, en nombre de la Unión, pero solo en lo que respecta al asilo y a la no devolución, y en materia de cooperación judicial penal, a reserva de su celebración. Las dos Decisiones del Consejo son simultáneas y complementarias y ambas construyen la voluntad —aunque de manera muy limitada como advirtió el Parlamento después— de la UE de firmar el Convenio como primer paso en el proceso de adhesión de la UE al Convenio. El siguiente paso para la adhesión, tras la firma oficial, sería la aprobación de la decisión de adhesión por el Parlamento, lo cual tuvo lugar por la Resolución de 12 de septiembre de 2017 citada.

La Decisión (UE) 2017/865 del Consejo, de 11 de mayo de 2017, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal y la Decisión (UE) 2017/866 del Consejo de 11 de mayo de 2017 relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta al asilo y a la no devolución, las decisiones declaraban que el Convenio debía firmarse en nombre de la Unión en lo que respecta a asuntos que son de competencia de la Unión, en la medida en que el Convenio pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas. Precisamente el objeto de las decisiones hacían referencia determinadas disposiciones del Convenio relativas a la cooperación judicial en materia penal y a sus disposiciones en materia de asilo y de no devolución. Declaraban que los Estados miembros conservan su competencia en la medida en que el Convenio no afecte a normas comunes o altere el alcance de las mismas.

También afirmaban que la Unión tiene competencia exclusiva para aceptar las obligaciones establecidas en el Convenio con respecto a sus propias instituciones y administración pública. Dado que la competencia de la Unión y las competencias de los Estados miembros están interconectadas, conviene que la Unión sea parte del Convenio junto con sus Estados miembros, de modo que juntos puedan cumplir las obligaciones que establece el Convenio y ejercer los derechos que les confiere, de forma coherente.

Con la firma del Convenio por el Consejo, a juicio de las Decisiones, se daba el primer paso en el proceso de adhesión de la Unión Europea al Convenio, con el que se pretende la contribución a la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres en todos los terrenos, que es uno de los objetivos y valores fundamentales de la Unión y uno de los principios que esta debe aplicar a todas sus actividades de conformidad con los artículos 2 y 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la

Unión Europea (TFUE) y el artículo 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. DE esta forma la Unión Europea impulsa su liderazgo en la lucha contra la violencia de género y el marco jurídico existente y su capacidad de acción en este ámbito.

Ahora bien, lo que vaticinaban las dos Decisiones era un problema no resuelto aún y derivado de la división en dos materias, cooperación penal y asilo, y de la elección de los fundamentos jurídicos que habilitan a la Unión para la ratificación del Convenio.

#### 4.3. Mapa de competencias

La celebración del convenio de Estambul por parte de la Unión Europea choca con este primer escalón de análisis. El del mapa de competencias de la Unión Europea y de los estados miembros, que se muestran interrelacionadas en los ámbitos del Convenio de Estambul. En algunos casos se trata de competencias exclusivas de la UE o de los estados, y en otros supuestos las materias son compartidas. Lo deseable es establecer un alto índice de coordinación para un trabajo conjunto que permita el cumplimiento de las obligaciones que el Convenio les impone de manera coherente, vislumbrándose la ratificación del Convenio n.º 210 por la UE como el mejor instrumento para llevarla a cabo.

En efecto, los Estados miembros mantienen sus competencias exclusivas en relación con amplias áreas del Convenio de Estambul. Así la mayoría de cuestiones en relación con el Derecho penal sustantivo y otras disposiciones del Capítulo V en la medida en que son subsidiarias. Por su parte, la UE es competente respecto de una parte importante del Convenio. Equilibrar ambas cuestiones es sin duda uno de los principales escollos, además del ideológico, con los que se encuentra la ratificación.

Como explica la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica —COM(2016)109 final—, de 4 de marzo de 2016 la Unión es competente en materia de empleo y ocupación y acceso a bienes y servicios y suministro de los mismos, protección a las víctimas y de la investigación, los procedimientos, el derecho procesal y las medidas de protección, explotación sexual de las mujeres y los niños, ciertas cuestiones de los ámbitos del asilo y de la migración, régimen de residencia de los nacionales de la UE que ejercen la movilidad y sus cónyuges de terceros países, así como el de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración y sus cónyuges, aspectos de la protección consular, cuestiones transfronterizas en materia civil y penal, y finalmente obligaciones en materia de protección de datos.

Los Estados miembros conservan su competencia en la medida en que el Convenio no afecte a normas comunes o altere el alcance de las mismas. La Unión también tiene competencia exclusiva para aceptar las obligaciones establecidas en el Convenio con respecto a sus propias instituciones y administración pública. Dado que la competencia de la Unión y las competencias de los Estados miembros están interconectadas, conviene que la Unión sea parte del Convenio junto con sus Estados miembros, de modo que juntos puedan cumplir las obligaciones que establece el Convenio y ejercer los derechos que les confiere, de forma coherente.

Veamos a continuación las conexiones precisas a que alude la propuesta de Decisión entre el TFUE y el Convenio n.º 210.

- a) En el ámbito de la lucha contra la discriminación y la defensa de la igualdad de género con arreglo al artículo 157 del TFUE, que guarda relación con el Capítulo I del CE, y en lo que respecta al acoso sexual (cubierto por el artículo 40 del CE) en materia de empleo y ocupación y acceso a bienes y servicios y suministro de los mismos; Artículo 157 TFUE

«1. Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

2. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo, y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

- a) que la retribución establecida para un mismo trabajo remunerado por unidad de obra realizada se fija sobre la base de una misma unidad de medida;
- b) que la retribución establecida para un trabajo remunerado por unidad de tiempo es igual para un mismo puesto de trabajo.

3. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán medidas para garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor.

4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales».

- b) Es competente asimismo y se ha dotado de Derecho derivado con arreglo a los artículos 82 y 84 del TFUE respecto de las medidas recogidas en los Capítulos IV y VI, que versan de la protección a las víctimas y de la investigación, los procedimientos, el derecho procesal y las medidas de protección.

En materia de Cooperación judicial en materia Penal (Cap. IV, Título V del TFUE) dispone el artículo 82 (antiguo artículo 31 TUE) que:

«1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; d) facilitar la

cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones

2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas.

3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada».

Y el artículo 84: «El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros».

- c) Por lo que respecta a la explotación sexual de las mujeres y los niños, la base jurídica de la actuación es el artículo 83, apartado 1, del TFUE (antiguo artículo 31 TUE):

«1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo».

- d) La UE es competente, en virtud de los artículos 78 y 79 del TFUE, respecto de ciertas cuestiones de los ámbitos del asilo y de la migración que se recogen en el Capítulo VII del Convenio.

Artículo 78 (antiguos artículos 63, puntos 1 y 2, y 64, apartado 2, TCE):

«1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya: a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal.

3. Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo».

Artículo 79 (antiguo artículo 63, puntos 3 y 4, TCE):

«1. La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas.

2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas en los ámbitos siguientes: a) las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar; b) la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros; c) la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal; d) la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.

3. La Unión podrá celebrar con terceros países acuerdos para la readmisión, en sus países de origen o de procedencia, de nacionales de terceros países que no cumplan o que hayan dejado de cumplir las condiciones de entrada, presencia o residencia en el territorio de uno de los Estados miembros.

4. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para fomentar y apoyar la acción de los Estados miembros destinada a propiciar la integración de los nacionales de terceros países que residan legalmente en su territorio, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

5. El presente artículo no afectará al derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de terceros países con el fin de buscar trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia».

- e) El régimen de residencia de los nacionales de la UE que ejercen la movilidad y sus cónyuges de terceros países, así como el de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración y sus cónyuges, son asuntos situados bajo la competencia de la UE de conformidad con los artículos 18, 21, 46, 50, 78 y 79 del TFUE.

Artículo 18 (antiguo artículo 12 TCE):

«En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad. El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, podrán establecer la regulación necesaria para prohibir dichas discriminaciones».

Artículo 21 (antiguo artículo 18 TCE):

«1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

2. Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.

3. A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El Consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo».

Artículo 46 (antiguo artículo 40 TCE)):

«El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial:

- a) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales de trabajo;
- b) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos, así como los plazos de acceso a los empleos disponibles, que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la liberalización de los movimientos de los trabajadores;

- c) eliminando todos los plazos y demás restricciones previstos en las legislaciones nacionales o en los acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, que impongan a los trabajadores de los demás Estados miembros condiciones distintas de las impuestas a los trabajadores nacionales para la libre elección de un empleo; d) estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias».

Artículo 50 (antiguo artículo 44 TCE):

«1. A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, mediante directivas, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social.

2. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: a) ocupándose, en general, con prioridad, de las actividades en las que la libertad de establecimiento contribuya de manera especialmente útil al desarrollo de la producción y de los intercambios; b) asegurando una estrecha colaboración entre las administraciones nacionales competentes a fin de conocer las situaciones particulares, dentro de la Unión, de las distintas actividades afectadas; c) eliminando aquellos procedimientos y prácticas administrativos que resulten de la legislación nacional o de acuerdos celebrados con anterioridad entre los Estados miembros, cuyo mantenimiento suponga un obstáculo para la libertad de establecimiento; d) velando por que los trabajadores asalariados de uno de los Estados miembros, empleados en el territorio de otro Estado miembro, puedan permanecer en dicho territorio para emprender una actividad no asalariada, cuando cumplan las condiciones que les serían exigibles si entraran en el citado Estado en el momento de querer iniciar dicha actividad; e) haciendo posible la adquisición y el aprovechamiento de propiedades inmuebles situadas en el territorio de un Estado miembro por un nacional de otro Estado miembro, en la medida en que no se contravengan los principios establecidos en el apartado 2 del artículo 39; f) aplicando la supresión progresiva de las restricciones a la libertad de establecimiento, en cada rama de actividad contemplada, tanto en lo que respecta a las condiciones de apertura, en el territorio de un Estado miembro, de agencias, sucursales o filiales, como a las condiciones de admisión del personal de la sede central en los órganos de gestión o de control de aquéllas; g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 54, para proteger los intereses de socios y terceros; h) asegurándose de que las condiciones para el establecimiento no resultan falseadas mediante ayudas otorgadas por los Estados miembros».

Artículo 78 y 79 ut supra

- f) Por lo que se refiere a los aspectos de la protección consular (véase el artículo 18, apartado 5, del Convenio), la competencia de la UE dimana del artículo 23 del TFUE.

Artículo 23 (antiguo artículo 20 TCE):

«Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros to-

marán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.

El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección».

- g) Por último, la Unión tiene competencia con arreglo a los artículos 81 y 82 del TFUE sobre cuestiones transfronterizas en materia civil y penal, lo que guarda relación con las medidas de cooperación incluidas en el Capítulo VIII sobre cooperación internacional.

Artículo 81 (antiguo artículo 65 TCE) sobre cooperación civil:

«1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios; h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión».

El artículo 82 sobre cooperación penal, ut supra.

- h) Ese capítulo incluye también obligaciones en materia de protección de datos, otro de los sectores que son competencia de la Unión, con arreglo al artículo 16 del TFUE.

Artículo 16 (antiguo artículo 286 TCE):

«1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.

2. El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes.

Las normas que se adopten en virtud del presente artículo se entenderán sin perjuicio de las normas específicas previstas en el artículo 39 del Tratado de la Unión Europea».

La Unión ha adoptado abundante legislación en la mayoría de estos ámbitos: el acoso sexual en materia de empleo y ocupación y acceso a bienes y servicios y suministro de los mismos; los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos en los procesos penales, incluso en la fase de investigación y enjuiciamiento; el asilo y la migración, así como el régimen de residencia de los nacionales de terceros países; la cooperación transfronteriza en materia civil y penal; las disposiciones de Derecho penal sustantivo para la protección de los menores (en el caso de las niñas, cubiertas también por el Convenio); las disposiciones sobre servicios de comunicación audiovisuales y protección de menores, la prohibición de la discriminación en las comunicaciones comerciales y de la incitación al odio basada, entre otros factores, en el sexo, y la protección de datos. También existe legislación de la Unión sobre ciertos aspectos de la cooperación de los Estados miembros en materia de protección consular de los ciudadanos de la UE. Entre ellas destacamos las siguientes:

- Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.
- Directiva 2010/41/CE, de 7 de julio de 2010, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.
- Directiva 2012/29/UE, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.
- Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos.
- Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar.
- Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
- Directiva 2009/52/CE por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.
- Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida.

- Directiva 2013/33/UE por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional.
- Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional.
- Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.
- Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16 de 23.1.2004, p. 44.
- Reglamento (UE) n.º 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.
- Directiva 2003/8/CE, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.
- Directiva 2004/80/CE sobre indemnización a las víctimas de delitos.
- Decisión Marco 2008/947/JAI del Consejo relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones de libertad vigilada con miras a la vigilancia de las medidas de libertad vigilada y las penas sustitutivas.
- Directiva 2011/99/CE sobre la orden europea de protección.
- Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre los Estados miembros.
- Decisión 2009/316/JAI del Consejo, por la que se establece el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) en aplicación del artículo 11 de la Decisión Marco 2009/315/JAI.
- Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal.
- Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil.
- Directiva 2010/13/CE (Directiva de servicios de comunicación audiovisual).
- Directiva 95/46/CE relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.
- Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal.
- Directiva (UE) 2015/637, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países.

Algunas competencias se derivan también de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la que la UE y sus Estados miembros son Partes contratantes. La UE lo es de acuerdo a la Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (2010/48/CE). La citada Convención exige en sus artículos 6, 7, 15 y 16 a los Estados Partes que, en la medida de sus competencias, tomen todas las medidas necesarias para

asegurar que las mujeres, los niños y las niñas con discapacidad disfruten de igualdad de derechos y que las personas con discapacidad estén protegidas contra la explotación, la violencia y el abuso.

Concretamente es Naciones Unidas, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la que en sus sesiones 220.<sup>a</sup> y 221.<sup>a</sup> celebradas los días 27 y 28 de agosto de 2015 en las observaciones finales sobre el informe inicial de la Unión Europea (CRPD/C/EU/1) de su 229.<sup>a</sup> sesión, celebrada el 3 de septiembre de 2015, hace una serie de recomendaciones entre las que se encuentra la de adherirse al Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y la Violencia Doméstica (Convenio de Estambul) como un paso más para combatir la violencia contra las mujeres y las niñas con discapacidad.

La Unión goza además de competencia exclusiva para la celebración del Convenio n.º 210 con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 2, del TFUE, conforme al que «la Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas». En el presente caso, la competencia exclusiva nacerá cuando el Convenio n.º 210 afecta a normas comunes o pueda alterar su alcance. Lo anterior se aplica, en particular, a determinadas disposiciones del Convenio relativas a la cooperación judicial en materia penal y a sus disposiciones en materia de asilo y de no devolución.

Las competencias de la Unión Europea citadas anteriormente sirven de base o fundamento jurídico genérico, a saber, artículo 16 (todos del TFUE) (protección de datos), artículo 19, apartado 1, (discriminación por motivos de sexo), artículo 23 (protección consular de los ciudadanos de otro Estado miembro), artículos 18, 21, 46 y 50 (libre circulación de personas, libre circulación de trabajadores y libertad de establecimiento), artículo 78 (asilo y protección subsidiaria y temporal), artículo 79 (inmigración), el artículo 81 (cooperación judicial en materia civil), artículo 82 (cooperación judicial en materia penal), artículo 83 (definición de las infracciones penales y de las sanciones correspondientes a los delitos de especial gravedad y dimensión transfronteriza), artículo 84 (medidas de prevención de la delincuencia sin efecto armonizador) y artículo 157 (igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y de ocupación).

Es decir, todas estas competencias constituyen por sí mismas objetivos únicos de la UE, pero el objetivo general y predominante del Convenio, donde convergen todas bajo el paraguas del Convenio n.º 210 es en el de la prevención y lucha contra los delitos de violencia contra las mujeres, lo que incluye la violencia doméstica, y la protección de las víctimas de esos delitos.

En este sentido la propuesta de Decisión del Consejo de 4 de marzo de 2016 consideró que el fundamento jurídico preciso para que la UE pudiera celebrar el Convenio n.º 210 residía en las competencias que confiere a la Unión el título V del TFUE y, en particular, su artículo 82, apartado 2, y su artículo 84. Y en relación con las disposiciones del

Convenio n.º 210 sobre otras cuestiones entendió que eran subsidiarias o, como en el caso de la protección de datos, accesorias de las medidas que constituyen el núcleo del Convenio. Por consiguiente, para que la UE ejerza sus competencias sobre la totalidad del Convenio (excluyendo aquellos elementos respecto de los que carece de competencias), las principales bases jurídicas son el artículo 82, apartado 2, y el artículo 84 del TFUE, y por tanto en el ámbito de cooperación judicial en materia penal.

Ello supone hacer de la Justicia penal la pieza básica y columna vertebral del andamiaje jurídico necesario para la ratificación del Convenio de Estambul por parte de la UE lo cual es lógico con la propia naturaleza jurídica de la violencia contra las mujeres. Y en la medida en que el derecho penal sustantivo y el derecho procesal penal es una competencia exclusiva de los Estados miembros sobre la que la UE puede no obstante elaborar normas mínimas para lograr la armonización y coherencia interna entre las diversas legislaciones, la base jurídica para que la UE pueda ratificar el Convenio n.º 210 se centra en tres aspectos muy delimitados: Reconocimiento mutuo de sentencias y resoluciones judiciales y cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, armonización de legislaciones penales y procesales penales, y medidas a cargo de los Estados miembros para la prevención de la delincuencia penal. En definitiva, al comprometerse a aplicar el Convenio, la Unión reafirma su compromiso con la lucha contra la violencia contra las mujeres ejercida en su territorio y en todo el mundo, y refuerza su actual acción política y su marco jurídico material en el ámbito del Derecho procesal penal, lo que es de particular importancia para las mujeres y las niñas.

En primer lugar, el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza.

La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basa en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 del artículo 82 y en el artículo 83 del TFUE.

Para lograr la efectividad de la cooperación judicial en materia penal el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: a) establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; b) prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; c) apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; d) facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones (artículo 82.1 TFUE).

En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las

tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada (artículo 82.2 TFUE).

En segundo lugar, la aproximación de disposiciones legales para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judiciales con dimensión transfronteriza. De acuerdo con el artículo 82.2 TFUE en la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: a) la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; b) los derechos de las personas durante el procedimiento penal; c) los derechos de las víctimas de los delitos; d) otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las persona.

Y en este ámbito también el artículo 83 prevé la aproximación de legislaciones para la construcción de una especie de Derecho penal armonizado con unos mínimos comunes en relación con la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos de especial gravedad que tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. En esta categoría delictiva el artículo 83.1 del TFUE incluye el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de muje-

res y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Debe tenerse en cuenta además que como consecuencia de la evolución de la delincuencia, el Consejo puede adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a dichos criterios de gravedad, y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Esta última previsión como veremos más adelante es la que constituye la denominada «cláusula pasarela» que se perfila como la mejor opción frente a la parálisis de las negociaciones para la ratificación del Convenio.

De acuerdo a estos criterios es previsible la inclusión de los enumerados en el Convenio de Estambul, catalogados bajo el genérico de «violencia contra las mujeres», y en concreto la Violencia psicológica (artículo 33 CE), acoso (artículo 34 CE), violencia física (artículo 35 CE), violencia sexual (artículo 36), matrimonios forzados (artículo 37), mutilaciones genitales femeninas (artículo 38 CE), aborto y esterilización forzados (artículo 39), acoso sexual (artículo 40). Además también aunque afectaría a cuestiones civiles tales como los derechos de custodia y régimen de visitas, en la medida en que estos deben delimitarse por la autoridad judicial como consecuencia de la comisión de hechos delictivos cometidos contra las mujeres o contra sus hijas e hijos, resulta de capital importancia la inclusión de las previsiones de los artículos 31 CE y 32.

Y en tercer lugar, dentro de esa base jurídica genérica para que la UE pueda ratificar el Convenio n.º 210, encontramos la relativa al establecimiento directo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, de medidas que impulsen y apoyen la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la prevención de la delincuencia. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer estas medidas de prevención con arreglo al procedimiento legislativo ordinario (artículo 84 TFUE) Esta cuestión tiene especial relevancia en cuanto que el Convenio de Estambul prevé la obligación de diligencia debida de los estados de la que hablamos al inicio.

Estos tres aspectos guardan a su vez correspondencia con el artículo 1 del CE que establece como objetivos del Convenio de Estambul los siguientes:

- a) Proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- b) Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres;
- c) Concebir un marco global, políticas y medidas de protección y asistencia a todas las víctimas de violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- d) Promover la cooperación internacional para eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica;
- e) Apoyar y ayudar a las organizaciones y las fuerzas y cuerpos de seguridad para cooperar de manera eficaz para adoptar un enfoque integrado con vistas a eliminar la violencia contra la mujer y la violencia doméstica.

La existencia de competencias interrelacionadas, unas de ellas atribuidas a la Unión y otras no, requiere que tanto los Estados miembros como la Unión pasen a ser Partes del Convenio. Habida cuenta del carácter interrelacionado de dichas competencias, la Comisión considera apropiado establecer una serie de pautas entre la Comisión y los Estados miembros para aplicar los mecanismos de ejecución y seguimiento contemplados en el Convenio [órgano de coordinación del artículo 10 y obligaciones de información y recogida de datos destinados al Grupo de Expertos (artículo 11, apartado 3 y artículos 66 a 70 del Convenio)]. En la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica —2016/0062 (NLE)—, el Consejo de la UE sobre la base citada de los artículos 82.2 y 84 del TFUE en relación con su artículo 218, apartado 6, letra a) (que prevé la decisión del Consejo de adoptar, a propuesta del negociador, una decisión de celebración del acuerdo entre la Unión y terceros países u organizaciones internacionales como es el caso), el Consejo de la Unión Europea parte de lo siguiente: si bien los Estados miembros conservan su competencia en cuanto a la tipificación de una serie de conductas violentas contra las mujeres en su Derecho penal material nacional, conforme requiere el Convenio, la Unión tiene competencias que abarcan la mayor parte de las disposiciones del mismo y ha adoptado un amplio conjunto de normas en esos ámbitos. Concretamente, la Unión se ha dotado de normas sobre los derechos de las víctimas de delitos, especialmente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. El Convenio atiende también las necesidades de las mujeres migrantes y de las personas solicitantes de asilo o de protección complementaria y subsidiaria al imponer una perspectiva de género a esos aspectos, respecto de los que existe ya un vasto corpus legislativo de la Unión.

La Unión mantiene la competencia exclusiva en la medida en que el Convenio afecte a las normas comunes o modifique su alcance.

El Convenio debe complementar las normas vigentes y contribuir a una interpretación coherente de la legislación de la Unión. Como resultado de la celebración del Convenio, la Unión deberá participar en las actividades de ejecución y seguimiento contempladas en el mismo.

Tanto la Unión como sus Estados miembros tienen competencias en los ámbitos cubiertos por el Convenio. La Unión y los Estados miembros deben, por lo tanto, convertirse en Partes del Convenio a fin de poder cumplir conjuntamente las obligaciones en él recogidas y ejercer de forma coherente los derechos que ese instrumento les confiere.

En este sentido, el artículo 10 del Convenio prevé que cada parte del Convenio debe designar o establecer un órgano responsable para la coordinación, aplicación, control y evaluación de las medidas de aplicación del convenio. Este órgano debe coordinar la recogida de datos, así como el análisis y distribución de los mismos.

También el capítulo IX del Convenio crea un grupo de expertos (GREVIO), compuesto por entre 10 y 15 miembros, que velará por la aplicación del Convenio por las partes. Para ello recabará de las partes del Convenio información sobre las medidas legislativas y de otro tipo que hagan efectivas las disposiciones del Convenio. Dicha información servirá de base para un posterior informe que debe elaborar el Secretario General del

Consejo de Europa y que será objeto de evaluación por el GREVIO. Este a su vez puede elaborar un informe y conclusiones, que se harán públicas, sobre las medidas adoptadas por cada parte. Además sobre la base de estas conclusiones, del GREVIO, el Comité de las partes —en el que están representadas todas las partes—, podrá iniciar un procedimiento en relación con las partes del Convenio sobre las que el GREVIO concluya que no ha cumplido el convenio de forma adecuada. Dicho procedimiento puede terminar con unas conclusiones en que el GREVIO dirigirá, con comentarios o recomendaciones, al Estado adecuado, al Comité de las partes y al Comité de Ministros del Consejo de Europa.

La propuesta de Decisión del Consejo 2016/0062(NLE) en cuanto al órgano de coordinación y el órgano de supervisión y control GREVIO pone al descubierto los problemas competenciales debido a la existencia de competencias compartidas y exclusivas de la Unión Europea y de los estados miembros.

La propuesta de Decisión del Consejo 2016/0062(NLE) prevé en relación con estas dos cuestiones que: por lo que respecta a los asuntos que recaen bajo la competencia de la Unión, y sin perjuicio de las competencias respectivas de los Estados miembros, la Comisión desempeñará la función de órgano de coordinación conforme al artículo 10 del Convenio y cumplirá las obligaciones de información del Capítulo IX del Convenio (artículo 3).

Y por lo que respecta a los asuntos que recaen bajo la competencia de la Unión, la Comisión representará a la Unión en las reuniones de los organismos creados por el Convenio, en particular el Comité de las Partes mencionado en el artículo 67 del Convenio. Concretamente, la Comisión seleccionará, propondrá y participará en la designación de expertos para el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO), en nombre de la Unión (artículo 4.1).

Teniendo en cuenta que el Convenio abarca también competencias no atribuidas a la Unión, la Comisión y los Estados miembros cooperarán estrechamente, especialmente en materia de supervisión, información, modalidades de voto y funcionamiento del órgano de coordinación mencionado en el artículo 10 del Convenio. Determinarán por anticipado las disposiciones apropiadas con estos fines y con miras a la representación de sus posiciones respectivas en las reuniones de los órganos creados por el Convenio. Esas disposiciones se recogerán en un Código de conducta que, si es posible, se aprobará antes del depósito del instrumento de confirmación formal en nombre de la Unión (artículo 4.2).

Así por tanto, en la propuesta de decisión de celebración del Convenio, la Comisión propuso constituirse como órgano de coordinación previsto en el artículo 10 del Convenio y que represente a la Unión en las reuniones de los órganos creados por el convenio, si bien con limitación a áreas en las que la Unión tiene competencias.

Además, dado que los Estados miembros son competentes en ciertos aspectos del Convenio, asimismo propone que se establezca un mecanismo de cooperación en el ejercicio de las competencias atribuidas a los distintos órganos creados por el Convenio, en particular el órgano de coordinación. Este mecanismo además de acuerdo a la previsión de la propuesta, debe establecerse por medio de un Código de Conducta que debe ser objeto de acuerdo antes de la celebración formal del convenio por parte de la Unión.

Para el cumplimiento de estas previsiones el análisis de las competencias de la Unión europea sobre las materias que son objeto de disposiciones del Convenio se muestra como fundamental y es el punto más controvertido, como puede constatarse para la elaboración de un Código de Conducta que fije un marco de coordinación interna entre la Comisión, el Consejo y los Estados miembros y la ratificación posterior del Convenio por parte de la Unión.

## 5. Intentos de desbloqueo y medidas inmediatas

Teniendo en cuenta estas premisas y especialmente el bloqueo que por parte de los Estados miembros se estaba generando para la ratificación del Convenio por la Unión, tanto por razones sociopolíticas, como por las razones jurídicas expuestas sobre la distribución de competencias y la participación en los órganos de coordinación y de control según lo expuesto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2017, sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la celebración, por la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica hizo una serie de recomendaciones —un total de 18— al Consejo, a la Comisión y a los Estados miembros para impulsar el proceso de ratificación del Convenio. Su tenor literal es el siguiente:

- a) instar a los Estados miembros a que aceleren las negociaciones sobre las ratificaciones y la aplicación del Convenio de Estambul; condenar categóricamente los intentos de retirar medidas ya adoptadas en aplicación del Convenio de Estambul para la lucha contra la violencia contra las mujeres;
- b) pedir a la Comisión que entable sin demora ni aplazamientos un diálogo constructivo con el Consejo y los Estados miembros, en cooperación con el Consejo de Europa, a fin de abordar a las reservas, objeciones e inquietudes de los Estados miembros y, en especial, aclarar las interpretaciones engañosas del Convenio de Estambul por lo que respecta a las definiciones de género y de violencia contra las mujeres por razones de género que figuran en el artículo 3, letras c) y d), de conformidad con las observaciones generales del Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa;
- c) mantener al Parlamento plenamente informado sobre los aspectos relevantes de las negociaciones en todas sus fases, a fin de que pueda ejercer debidamente los derechos que le han sido conferidos en virtud de los Tratados, en particular del artículo 218 del TFUE;
- d) garantizar, pese a la firma del instrumento de adhesión de la Unión al Convenio de Estambul, una adhesión amplia y sin restricción alguna de la Unión a dicho Convenio;
- e) asegurar que los Estados miembros aplican correctamente el Convenio de Estambul y que asignan recursos humanos y financieros suficientes a la prevención y la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, incluida la violencia doméstica, la capacitación de las mujeres y las niñas, y la protección de las víctimas, al objeto de que puedan recibir una compensación, en especial quienes viven en zonas donde los servicios de protección son limitados o inexistentes;

- f) invitar a la Comisión a que elabore una estrategia global de la Unión en materia de lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, que incluya un plan exhaustivo para la lucha contra toda forma de desigualdad por razón de género y concentre los esfuerzos realizados a escala de la Unión para eliminar la violencia contra las mujeres;
- g) designar un coordinador de la Unión que represente a la Unión ante el Comité de las Partes del Consejo de Europa tan pronto como la Unión haya ratificado el Convenio de Estambul; dicho coordinador será responsable de la coordinación, aplicación, seguimiento y evaluación de las estrategias y medidas de prevención y lucha contra toda forma de violencia contra las mujeres y las niñas;
- h) velar por que el Parlamento participe plenamente en el proceso de supervisión de la aplicación del Convenio de Estambul tras la adhesión de la Unión a este instrumento; acordar a la mayor brevedad un código de conducta para la cooperación entre la Unión y sus Estados miembros en cuanto a la aplicación del Convenio, en el que deben participar asimismo organizaciones de la sociedad civil, en especial las organizaciones de defensa de los derechos de la mujer;
- i) instar a la Comisión y a los Estados miembros a que elaboren directrices prácticas y estrategias para la aplicación del Convenio de Estambul, con vistas a facilitar su correcta puesta en marcha y ejecución en aquellos Estados miembros que ya lo han ratificado, así como responder a las inquietudes de los que aún no lo han hecho y animarles a hacerlo;
- j) garantizar que todos los profesionales que tratan con las víctimas de todos los tipos de violencia comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio reciben una formación adecuada, y que disponen de protocolos y directrices al objeto de evitar toda discriminación o una nueva victimización en el marco de los procedimientos judiciales, médicos y policiales;
- k) asegurar que se adoptan medidas preventivas que respondan a las necesidades específicas de las personas vulnerables, por ejemplo las mujeres con discapacidad, las refugiadas, las víctimas menores de edad, las mujeres embarazadas, las mujeres LGBTI y las personas con necesidades de apoyo adicionales, en especial, servicios de ayuda accesibles especializados junto con servicios de salud adecuados y alojamientos seguros para las mujeres que hayan sido víctimas de violencia de género y sus hijos;
- l) tener en cuenta los casos graves de violencia contra las mujeres y la violencia de género, incluida la violencia doméstica, en la definición de los derechos de custodia y visita; tomar en consideración asimismo los derechos y las necesidades de los niños, que se convierten en testigos de la violencia, a la hora de prestar servicios de protección y ayuda a las víctimas;
- m) promover activamente un cambio de actitud y de comportamiento y luchar contra el sexismo y los estereotipos de género también mediante el fomento de un lenguaje no sexista, con una acción concertada que aborde el papel central que desempeñan los medios de comunicación y la publicidad en este ámbito, y anime a todas las personas, incluidos hombres y niños, a colaborar activamente en la prevención de todas las formas de violencia; pedir a los Estados miembros que adopten y apliquen políticas activas en materia de inclusión social, diálogo intercultural, formación en el ámbito de la sexualidad y las relaciones, educación en derechos humanos y lucha contra la discriminación, así como formación en materia de igualdad de género para los profesionales de los cuerpos y fuerzas de se-

- guridad y del poder judicial; recomendar a los Estados miembros que eliminen de sus sistemas educativos todos los obstáculos a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, y que impulsen plenamente este objetivo;
- n) alentar a los Estados miembros a que adopten medidas destinadas a construir una sociedad libre de violencia en todos los sentidos, y utilizar de este modo el Convenio de Estambul;
  - o) velar por que, en el marco de las medidas preventivas contra la violencia reconocida como relacionada con el género, se ponga de manifiesto que, en realidad, la gran mayoría de los agresores son hombres; animar a los Estados miembros a que desplieguen tácticas de reducción de la violencia basadas en hechos, a fin de atajar este problema;
  - p) adoptar las medidas necesarias de conformidad con los artículos 60 y 61 del Convenio, que se refieren a la migración y el asilo, y tomar en consideración que las mujeres migrantes, dispongan o no de los documentos pertinentes, y las solicitantes de asilo tienen derecho, tanto en la esfera pública como en la privada, a vivir a salvo de la violencia, y que son especialmente vulnerables a la violencia de género, al tiempo que recuerda que la violencia de género, incluida la mutilación genital femenina, debe reconocerse como una forma de persecución y que, por tanto, permite a las víctimas solicitar la protección que ofrece la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; velar por que los Estados miembros apliquen un enfoque con perspectiva de género en todos los procedimientos de asilo y acogida y respeten el principio de no devolución;
  - q) promover la presupuestación con perspectiva de género en los ámbitos políticos pertinentes como instrumento para prevenir y combatir la violencia de género, y garantizar recursos y financiación para que las víctimas y supervivientes de la violencia puedan acceder a la justicia;
  - r) mejorar la recogida de datos pertinentes desglosados y comparables sobre casos de todas las formas de violencia contempladas en el Convenio de Estambul, en cooperación con el EIGE, incluidos datos desglosados por edad y sexo del agresor y en función de la relación entre el agresor y la víctima, e impulsar el desarrollo de una metodología común para comparar bases y análisis de datos que permita una mejor comprensión de problema y un aumento de la concienciación acerca de las medidas de los Estados miembros encaminadas a prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia de género, y evaluar y mejorar dichas medidas.

A la vista de esta batería de recomendaciones, el Parlamento apuesta por la ratificación del Convenio por parte de los Estados miembros sin reservas. Para ello les insta a acelerar las negociaciones internas a la vez que condena categóricamente los intentos de retirar las medidas ya adoptadas en aplicación del Convenio.

De hecho, es un temor real en determinados países. Resulta paradójico que siendo Turquía el primer país en ratificarlo, la presión de grupos islamistas puede hacer que se retire del Convenio. Turquía estuvo entre el grupo de catorce Estados pioneros, entre ellos también España, que en mayo de 2011 lo firmaron.

Ocho años después, el presidente turco, el islamista Recep Tayyip Erdogan, afirmó que «sacará por decreto al país del acuerdo si la gente lo desea». La presión de Grupos

conservadores islamistas al partido Justicia y Desarrollo (AKP) de Erdogan para esta retirada, alegan que algunos artículos del Convenio impactan negativamente sobre «la estructura familiar» y van en contra de los «valores nacionales». En concreto, los islamistas turcos cercanos al AKP alegan que el texto promueve la homosexualidad, por utilizar el término «orientación sexual», y ataca los valores familiares, por describir las relaciones de «personas que viven juntas» sin especificar si están casadas. Sin embargo, según la asociación Pararemos los asesinatos de mujeres, que hace un seguimiento mensual de la violencia machista en Turquía, al menos 204 mujeres han muerto en Turquía en lo que va de 2020.

Un argumento similar fue usado en 2018 por el Gobierno populista de Bulgaria para no ratificar el tratado y es esgrimido en 2020 por Polonia para explicar su posible salida del convenio. El viceministro de Justicia polaco, Marcin Romanowski, dijo en 2020 que la ratificación de este tratado había sido un acto apresurado con el que el que Polonia le había abierto las puertas a un «caballo de Troya» de la izquierda. Romanowski dijo que la convención «en muchos aspectos es no solo contraria al sistema de valores del sistema legal polaco sino también contraria a derechos fundamentales, como el derecho de los padres a criar a sus hijos de acuerdo con sus creencias religiosas». El viceministro también subrayó que Polonia «no está sola» y que muchos países de la región, como Hungría, Eslovaquia, Bulgaria y la República Checa, tienen dudas similares sobre el Convenio de Estambul y no la han ratificado.

La Resolución de 12 de septiembre de 2017 para atajar tales despropósitos trata de tender puentes de diálogo y colaboración liderados por la Comisión, para que el Consejo y los Estados miembros en cooperación con el Consejo de Europa, puedan abordar estas reservas y especialmente en lo que afecta a esas interpretaciones engañosas y partidistas del Convenio de Estambul. Lo que pretende el Parlamento es garantizar una adhesión «amplia y sin restricciones», que asegure una adecuada aplicación en los Estados, sin fisuras, y dotada de recursos de todo tipo planificados con perspectiva de género, para afrontar la lucha contra la violencia sobre las mujeres tanto en su vertiente punitiva, como en la preventiva. Cobra especial importancia para el Parlamento este segundo aspecto del que afirma que «los Estados miembros deben reconocer que, una vez que se ha recurrido a la violencia, la sociedad no ha cumplido su primera y principal obligación, es decir, la protección y que, a partir de ese momento, la única alternativa posible consiste en medidas reactivas, como una compensación a las víctimas y el enjuiciamiento de los agresores». Y frente a los detractores de la violencia de género y muy especialmente como freno al discurso de la ultraderecha que niega la propia existencia de la violencia machista insta a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión a que velen porque se ponga en evidencia que la violencia sí tiene género y que la gran mayoría de los agresores, como lo evidencian las estadísticas, son hombres. En el Estudio Mundial sobre el Homicidio del año 2019 elaborado por la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito se concluye que un total de 87.000 mujeres fueron asesinadas intencionalmente en 2017. Más de la mitad (58%) —50.000— fueron asesinadas por parejas íntimas u otros miembros de la familia, lo que significa que 137 mujeres en todo el mundo son asesinadas por un miembro de su propia familia todos los días. Si bien a nivel mundial el 79% de las víctimas de homicidio son hombres, en el contexto familiar y de relaciones de pareja las mujeres están en un riesgo considera-

blemente mayor que los hombres. Aunado a lo anterior, cerca de 95% de los homicidas a nivel global son hombres, un porcentaje más o menos constante de país a país y entre regiones, independientemente de la tipología de homicidio o el arma empleada. Se aprecia que, mientras una gran proporción de mujeres víctimas pierden la vida a manos de quienes se esperaba que las protegieran, a la mayoría de los hombres los asesinan personas que quizá ni siquiera conocen<sup>11</sup>.

Presta especial atención a la recogida y procesamiento de datos que debe hacerse de manera homogénea y bajo unos mismos parámetros de análisis, en cooperación con el EIGE, con desglose de datos por edad y sexo del agresor, lo cual llama poderosamente la atención porque las estadísticas conocidas se centran en las características de las víctimas cuando en realidad este enfoque debe completarse con los perfiles de los agresores como acertadamente propone el Parlamento. Especialmente importante es el desglose de sexos en las estadísticas en materia de violencia sexual de las que contrariamente a los que podría llegar a pensarse, no existe tal distinción lo cual supone un impedimento a la hora de atajarla y estudiarla.

Llama la atención que el Parlamento también propone como medidas eficaces para combatir la violencia de género, las que combatan las desigualdades económicas (brecha salarial, feminización profesional, tasas de paro femenino, precariedad laboral, etc.) y promuevan la independencia económica de las mujeres. Medidas que cobran más sentido en estos momentos en que la pandemia está afectando especialmente a las mujeres. Prevé como paso digamos, intermedio, lo que viene a llamar «cláusula pasarela», esto es, una decisión unánime que defina la violencia contra las mujeres y las niñas (así como otras formas de violencia de género) como uno de los ámbitos delictivos previstos en el artículo 83, apartado 1, del TFUE. Insta a la Comisión a que revise la vigente Decisión marco de la Unión relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal, a fin de incluir en ella el sexismo, los delitos motivados por prejuicios y la incitación al odio por motivos de orientación sexual, identidad de género y características sexuales.

Pide a los Estados miembros que apliquen plenamente la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección, el Reglamento (UE) n.º 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, y la Directiva 2012/29/UE sobre protección de las víctimas, así como la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos, y la Directiva 2011/93/UE relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores.

Pide a la Comisión, una vez más, que establezca un observatorio europeo de la violencia de género (en la línea del actual Instituto Europeo de la Igualdad de Género).

Y finalmente insta de nuevo a la Presidencia (en ese momento la estonia) a que acelere la ratificación del Convenio de Estambul por parte de la Unión Europea.

---

<sup>11</sup> El estudio se puede consultar en: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>

No obstante esta Resolución del Parlamento, se mantenían —y mantienen— por un lado las reticencias de algunos países, y las preocupaciones jurídicas expuestas y las derivadas de la necesidad de dividir la ratificación del Convenio en dos Decisiones —cooperación judicial penal y asilo y no devolución— y la base jurídica elegida por el Consejo para hacerlo. En relación con esta incertidumbre jurídica, finalmente el Parlamento Europeo, de acuerdo con el artículo 218, apartado 11 del TFUE, por Resolución de 4 de abril de 2019, solicitó el dictamen del Tribunal de Justicia sobre la compatibilidad con los Tratados de las propuestas relativas a la adhesión de la Unión Europea al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica y sobre el procedimiento para dicha adhesión. Dicho dictamen aún no se ha elaborado, quedando pendiente por tanto el mismo para la eliminación de esas dudas e incertidumbres jurídicas planteadas.

Entretanto se despejan, el único camino posible es por un lado seguir incentivando que los Estados miembros ratifiquen a nivel interno el Convenio y por otro lado, despejar el camino en la Unión europea para una futura ratificación del Convenio dirigiendo recomendaciones y recordatorios a los Estados miembros. Los intentos desesperados de las Instituciones europeas, especialmente del Parlamento, por lograr la ratificación del Convenio de Estambul, han encontrado su culminación en Resolución del Parlamento Europeo, de 28 de noviembre de 2019, sobre la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul y otras medidas de lucha contra la violencia de género.

Es consciente el Parlamento de la ofensiva contra sus políticas de igualdad y contra su deseo de ratificación en bloque del Convenio. Ofensiva que de manera visible y organizada se está llevando a cabo a escala mundial en esta década, contra la igualdad de género y los derechos de las mujeres, en particular en cuanto a su salud sexual y reproductiva y los derechos afines. A pesar de la misma, la contraofensiva que construye el Parlamento se basa en la contundente condena tanto de la violencia contra las mujeres, como de las tentativas de algunos Estados de retirar medidas ya adoptadas en aplicación del Convenio, así como de los ataques y campañas contra el Convenio por su malinterpretación intencionada y la presentación sesgada de sus contenidos a la población. En la citada Resolución, el Parlamento vuelve a reiterar, alineándose de nuevo con las formas de violencia descritas por el Convenio de Estambul, su condena de todas las formas de violencia de género y deplora que las mujeres y las niñas sigan expuestas a violencia psicológica, física, sexual y económica, como violencia doméstica, acoso sexual, ciberviolencia, ciberacoso, violación, matrimonio precoz y forzoso, mutilación genital femenina, crímenes cometidos en nombre de un supuesto «honor», aborto forzoso, esterilización forzosa, explotación sexual y trata de seres humanos y otras formas de violencia que constituyen graves violaciones de sus derechos humanos y su dignidad; expresa su profunda inquietud ante el fenómeno del feminicidio en Europa, que constituye la forma más extrema de violencia contra las mujeres.

Reitera que la Unión debe adoptar todas las medidas necesarias, en cooperación con sus Estados miembros, para promover y proteger el derecho de todas las mujeres y las niñas a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado y lamenta que a los ocho años de su adopción, el Convenio de Estambul aún no ha sido ratificado por todos los Estados miembros ni por la Unión. Parece no obstante, debido a

las reticencias expuestas por los estados, un clamor dirigido más a la comunidad internacional, que a los propios Estados miembros, para mantener ese buscado prestigio y liderazgo en la lucha contra la violencia de género que pretende consolidar con la ratificación del Convenio de Estambul. A tal efecto dirige un mensaje claro al Consejo al que pide que ratifique de manera urgente el Convenio de Estambul y que además lo haga sobre la base de una amplia adhesión sin restricciones, y que promueva su ratificación por todos los Estados miembros. Pide al Consejo y a la Comisión que velen por la plena integración del Convenio en el marco legislativo y político de la Unión. Y recuerda que la adhesión de la Unión al Convenio de Estambul no exime a los Estados miembros de la ratificación nacional del Convenio. En relación con los Estados miembros que no lo han hecho aún, les insta a que aceleren las negociaciones sobre la ratificación y la aplicación del Convenio de Estambul, y pide en particular a Bulgaria, la República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Eslovaquia y el Reino Unido (que no obstante el 31 de enero de 2020, unos meses después de la Resolución abandonarían la Unión), que han firmado el Convenio pero no lo han ratificado, que lo hagan sin dilación.

Vuelve a incidir dos años más tarde en la necesidad de mejorar la disponibilidad y comparabilidad de los datos de calidad desglosados sobre la violencia de género mediante la cooperación con Eurostat, el EIGE y el FRA y pide de nuevo a la Comisión que establezca un Observatorio europeo para el control de la violencia de género.

Solicita a la Comisión que añada la lucha contra la violencia de género con carácter prioritario a la próxima estrategia en materia de igualdad entre mujeres y hombres incluyendo en ella políticas y medidas legislativas y no legislativas adecuadas. Estrategia que la Comisión se encargó de elaborar y de comunicar el 5 de marzo de 2020 al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones y lleva por título el sugerente «Una Unión de la igualdad: Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025».

## 6. Perspectiva de futuro del Convenio de Estambul en la Unión Europea. El derecho derivado como alternativa

Para finalizar debemos valorar cuáles son las perspectivas de futuro del Convenio de Estambul en la Unión europea. Dicha valoración pasa por preguntarnos si la fórmula de la ratificación del Convenio en bloque por la Unión sigue siendo la más idónea, o si por el contrario pueden existir alternativas que permitan adoptar y adaptar el derecho originario y el derivado de la Unión a los contenidos del Convenio.

A pesar del compromiso de la presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, de hacer más para combatir la violencia de género, apoyar mejor a las víctimas, hacer prioritaria para la Comisión la adhesión al Convenio de Estambul y aprovechar las posibilidades que ofrece el Tratado para incorporar la violencia contra las mujeres al catálogo de delitos de la Unión, lo cierto es que la adhesión de la Unión al Convenio se presenta como un camino de muy largo recorrido en el que las divergencias políticas (especialmente acrecentadas por la presión creciente de la ultraderecha), sociales y jurídicas entre los Estados miem-

bros se muestran como grandes obstáculos a salvar tanto a nivel interno en cada Estado miembro como en el propio seno de las instituciones comunitarias. Los intereses particulares de los Estados miembros que algunos usan de freno a la ratificación del Convenio, chocan con las obligaciones asumidas en la defensa de los derechos humanos por todos ellos como estados miembros de la Unión y con las obligaciones al respecto de la propia Unión.

Llama especialmente la atención cómo para las negociaciones de corte eminentemente económico todos los gobiernos han sido capaces de pactar sobre prácticamente cualquier materia, incluso prorrogando los plazos para hacerlo, y sin embargo, después de nueve años desde la firma del Convenio aún se mantiene el conflicto sobre su ratificación bajo lo que, aspirando a ser controversias complejas, se presentan más como manifestaciones del grado de aceptación de los Estados miembros de los derechos de sus ciudadanas.

El Parlamento europeo, consciente de esta difícil solución, ha optado en primer lugar por expresar la denominada «cláusula pasarela» del artículo 83, apartado 1 del TFUE para incorporar la violencia contra las mujeres y las niñas y otras formas de violencia de género en el catálogo de delitos de la Unión y a tal efecto pide al Consejo y a la Comisión que la active. La aplicación de esta cláusula permitirá que el Parlamento Europeo y el Consejo puedan establecer mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatir las según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son de acuerdo con el actual artículo 83.1 del TFUE los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Atendiendo a la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. De esta manera la violencia contra las mujeres y niñas podrá incluirse en ese catálogo salvando la incomprensible omisión del TFUE, y permitiendo a los contenidos del Convenio de Estambul entrar como derecho originario.

Recientemente, la UE ha puesto en marcha el nuevo «régimen de alcance general relativo a las medidas restrictivas contra las violaciones y los abusos graves de los derechos humanos». Bajo este enunciado se regulan las medidas dirigidas a consolidar y respaldar la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y los principios del Derecho internacional. Se trata de uno de los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 21 del TUE.

Este régimen ofrece a la UE mayor flexibilidad para perseguir a los responsables de violaciones y abusos graves de los derechos humanos en todo el mundo, independientemente de dónde se produzcan o en quién recaiga la responsabilidad. El régimen mundial de sanciones de la UE en materia de derechos humanos comprende la inmovilización de bienes y la prohibición de viajar.

Dos son los nuevos instrumentos normativos con los que se aspira a reforzar la capacidad de la Unión de fomentar el respeto de los derechos humanos.

El primero es la Decisión (PESC) 2020/1999 del Consejo, de 7 de diciembre de 2020, relativa a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos. En virtud de la misma se imponen a los Estados miembros las siguientes obligaciones:

- Impedir la entrada en sus territorios o el tránsito por ellos a determinadas personas físicas. Los sujetos pasivos son las siguientes personas físicas: las responsables de violaciones y abusos graves de los derechos humanos; las que proporcionen apoyo financiero, técnico o material, o que participen de alguna otra forma en tales actos, en particular planificando, dirigiendo, ordenando, preparando o facilitándolos o prestando asistencia en relación con ellos; y las que estén asociadas a las anteriores.
- Inmovilizar todos los fondos y recursos económicos cuya propiedad, control, o tenencia correspondan a las mencionadas personas físicas, así como los de las personas jurídicas, entidades u organismos que prestan su colaboración en los términos ya expresados.

Según la Decisión, son violaciones y abusos graves de los derechos humanos el genocidio y los crímenes contra la humanidad. También la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; la esclavitud; las ejecuciones y homicidios extrajudiciales, sumarios o arbitrarios; la desaparición forzada de personas; los arrestos o detenciones arbitrarios, así como otras violaciones o abusos de los derechos humanos, incluidos, los siguientes, siempre que dichas violaciones o abusos sean generalizados, sistemáticos o revistan otro tipo de gravedad respecto de los objetivos de la política exterior y de seguridad común establecidos en el artículo 21 del TUE: la trata de seres humanos y abusos de derechos humanos por traficantes de migrantes; la violencia sexual y de género; las violaciones o abusos de la libertad de reunión pacífica y de asociación; las violaciones o abusos de la libertad de opinión y de expresión; y las violaciones o abusos de la libertad de religión o creencias.

La segunda norma aprobada es el Reglamento (UE) 2020/1998 del Consejo, relativo a medidas restrictivas contra violaciones y abusos graves de los derechos humanos, de 7 de diciembre de 2020.

En este Reglamento se establecen reglas operativas para hacer efectiva la obligación de embargar todos los fondos y recursos económicos cuya propiedad, control o tenencia corresponda a las personas físicas o jurídicas, entidades u organismos responsables o colaboradoras de graves violaciones de los derechos humanos. Entre ellas, las excepciones por las que se permite a las autoridades competentes de los Estados miembros autorizar la liberación de determinados fondos o recursos económicos inmovilizados en los supuestos previstos en la norma, el tratamiento de los datos personales, la información que los Estados miembros deben intercambiar y las sanciones que éstos deben imponer para las eventuales infracciones del embargo.

La segunda baza legislativa del Parlamento para franquear el bloqueo del Convenio y en consecuencia, las reticencias en la lucha contra la violencia de género, se orienta en la línea de la capacidad legislativa de la Comisión. En la Resolución de 2019 insta a esta a que presente un acto legislativo sobre la prevención y la eliminación de todas las formas de violencia de género, en particular la violencia contra las mujeres y las niñas, comprometiéndose el Parlamento a explorar todas las medidas posibles, también sobre la ciberviolencia, ejerciendo su derecho de iniciativa legislativa consagrado en el artículo 225 del TFUE. Por tanto, abre como alternativa a la ratificación del Convenio la creación de derecho derivado que junto a la modificación del TFUE permita un marco jurídico vinculante paralelo al Convenio de Estambul. Respecto de ambas soluciones, que se presentan como interrelacionadas, queda aún por ver si se llevan a cabo, quedando en todo caso, abiertos todos los escenarios posibles.

Se adivina, el derecho derivado la alternativa legítima para el avance en la lucha contra la violencia de género en la Unión, aunque no obstante a la vista del panorama expuesto, no resulta fácil saber cuál será el futuro que pueda tener el Convenio de Estambul dentro de la Unión Europea que se debate entre el desiderátum y la realidad en este ámbito y deja abierta todas las opciones posibles.

## Capítulo VII

---

# ¿Sentencias con perspectiva de género? Así no, gracias

*Miren Ortubay Fuentes*

Profesora de Derecho Penal UPV/EHU

Leyendo la actual literatura jurídica, parece increíble el debate que hubo en 2004 sobre el —entonces novedoso— término introducido en el título de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral frente a la Violencia de género (LIVG). La expresión, antes tan criticada, hoy es utilizada por todo el mundo: tanto por posiciones ultra-conservadoras, para criticar la «ideología de género» o para negar que exista la violencia así denominada, como por los tribunales para establecer la perspectiva de género como un principio de interpretación de la ley en general y del Derecho penal (DP) en particular. Obviamente, no en todos esos contextos se alude a un mismo significado del concepto género, y eso es un problema, porque cada vez se oscurece más su sentido y se devalúa su potencial como instrumento de análisis.

La preocupación que me lleva a publicar estas reflexiones nace de la constatación de que la aplicación de la llamada «perspectiva de género» en el sistema penal se plasma habitualmente en un incremento punitivo. Sin embargo, no parece que se esté dando simultáneamente una profundización en el conocimiento sobre las causas, las manifestaciones y las consecuencias de la persistente desigualdad entre mujeres y hombres.

En la misma línea, percibo que, en el ámbito específico de la tutela penal contra la violencia machista, bajo el objetivo de una «mayor protección» —siempre identificada con penas más rigurosas— se están reforzando estereotipos sexistas respecto a las mujeres: vulnerables, sometidas, incapaces de defenderse o de saber lo que les conviene...

Para tratar de entender lo que está pasando, conviene averiguar cómo se utilizan los citados conceptos —«género» y «perspectiva de género»— en los textos jurídicos penales. Con tal objetivo, haré un breve repaso de su empleo en algunas leyes y resoluciones

judiciales, deteniéndome un poco más en la agravante de discriminación por motivos de género (artículo 22.4 del Código Penal), para obtener algunas conclusiones. He de advertir que no se trata de un enfoque jurídico penal al uso, puesto que no me interesa tanto el análisis técnico como la reflexión metajurídica.

## 1. De qué hablamos cuando hablamos de «género»

No pretendo profundizar en este concepto de naturaleza sociológica, que proviene de la teoría feminista. Sólo quiero poner de relieve que, con frecuencia, las instancias del poder —jurídico, académico, etc.— se apropian de conceptos elaborados desde una perspectiva crítica con el sistema social y, en buena medida, los vacían de contenido.

### 1.1. Breve aproximación al concepto (feminista) de género

El concepto de género alude a la construcción sociocultural de lo femenino y lo masculino. La distinción analítica entre sexo y género, ya reconocida en el ámbito médico, se incorporó a las ciencias sociales (Sociología, Historia, Arte, etc.) en los primeros 70', revelándose sumamente fértil. Y lo ha sido, porque el pensamiento feminista dotó a la categoría de género de un enfoque crítico, que incluye como elemento esencial un análisis de las relaciones de poder<sup>1</sup>.

En efecto, no basta con explicar que el género es una construcción social, hay que poner de relieve que el sexo, como realidad anatómica, no hubiese tenido en la historia ninguna significación política o cultural si no se hubiese traducido en desventaja social para las mujeres. En palabras de Rosa COBO, «ser mujer no significa sólo tener un sexo femenino, también significa una serie de prescripciones normativas y de asignación de espacios sociales asimétricamente distribuidos»<sup>2</sup>.

Para comprender adecuadamente el concepto de género es preciso subrayar que esta categoría se basa en un referente social: el de las mujeres como colectivo. Puesto que suponen la mitad de la humanidad, las mujeres no son un grupo minoritario, pero conforman «un colectivo con problemas crónicos de exclusión, de explotación económica y subordinación social»<sup>3</sup>. Resulta esencial hacer visibles estas estructuras sociales en las que los individuos se inscriben, porque la jerarquización existente entre los grupos de pertenencia permiten comprender las

---

<sup>1</sup> Puleo, Alicia, *Filosofía, género y pensamiento crítico*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2000. En esta breve aproximación, no puedo hacer mención de todas las polémicas actuales sobre el cuestionamiento del «sexo» como realidad biológica; ni sobre otras como las diferencias de poder entre las propias mujeres o la conocida como interseccionalidad (discriminaciones múltiples), etc.

<sup>2</sup> Cobo, Rosa, «El género en las ciencias sociales», *Cuadernos de Trabajo social*, vol. 18, 2005, p. 253. Aunque la bibliografía sobre el tema es muy abundante, voy a seguir las reflexiones de esta autora, que hace un breve y claro resumen.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 250.

biografías individuales. En este sentido, el género tiene una gran capacidad explicativa de la profunda desigualdad social entre mujeres y hombres. Constituye un potente instrumento conceptual, que ha permitido al feminismo un análisis crítico de la realidad social que otras teorías no habían sido capaces de realizar. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con la identificación conceptual de la violencia de género o del acoso sexual<sup>4</sup>.

A pesar de la fructífera mirada intelectual y política —o quizás, precisamente por eso— que el concepto de género posibilita, en los últimos tiempos se ha extendido un uso más neutro de ese término, que se utiliza como sinónimo de «mujeres»<sup>5</sup>. Se sustrae así el «género» de su raíz feminista, vaciando el concepto de su contenido crítico más profundo. También se devalúa su significado cuando se hace meramente descriptivo de las diferencias existentes entre el modelo de ser hombre y ser mujer en el actual momento histórico y cultural. En este sentido, puede resultar representativa la definición de «género» del *Glosario* elaborado por la Comisión Europea en 1998, con el título *100 palabras para la igualdad*<sup>6</sup>:

«Concepto que hace referencia a las diferencias sociales (por oposición a las biológicas) entre hombres y mujeres que han sido aprendidas, cambian con el tiempo y presentan grandes variaciones tanto entre diversas culturas como dentro de una misma cultura».

Esta definición transmite la idea positiva de que la vida de hombres y mujeres puede modificarse, puesto que no está determinada por la naturaleza. Sin embargo, al eliminar la mención de la jerarquización de roles, del injusto desequilibrio de poder que subyace tras esas diferencias, el concepto pierde su capacidad analítica. Y lo mismo ocurre en la definición que el mismo *Glosario* ofrece de la perspectiva de género: «Tomar en consideración y prestar atención a las diferencias entre mujeres y hombres en cualquier actividad o ámbito dados de una política».

En esta acepción, las diferencias de género no se explican como consecuencia de unas relaciones de poder que estratifican la sociedad, colocando a las mujeres, como colectivo, en situación de desventaja. Frente a esa neutralidad valorativa, conviene poner de relieve que no se trata de percibir las diferencias sino de cuestionar cómo se construye la desigualdad social.

Para terminar esta breve aproximación, me interesa recalcar que el concepto de perspectiva de género o enfoque de género surgió en la IV Conferencia Mundial de la Mujer como una herramienta de avance hacia la justicia social<sup>7</sup>. Lo que se denominó como

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 255.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 256.

<sup>6</sup> En el Preámbulo de este *Glosario de términos relativos a la igualdad entre mujeres y hombres* se hace constar que «Es la primera tentativa de reunir todos los términos utilizados comúnmente en el campo de la política de la igualdad de oportunidades, contribuyendo así a crear un lenguaje común en Europa».

<sup>7</sup> En la *Declaración y Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial de la Mujer* (Beijing, 1995) se establece que la «perspectiva de género supone considerar sistemáticamente las diferentes condiciones, situaciones y necesidades en las que viven mujeres y hombres, en todas las políticas y en los momentos de la intervención: diagnóstico, planificación, ejecución y evaluación».

*Gender mainstreaming approach*, hacía referencia a la transversalidad del enfoque, en virtud del cual todas las políticas y actuaciones públicas, fuese cual fuese su área concreta de incidencia, debían orientarse a la promoción de la igualdad efectiva. No bastaba con los instrumentos de «acción positiva», era necesario hacer visible que en todos los ámbitos, en todos los colectivos, en todas las situaciones, hay un grupo (que abarca a la mitad de la población) que se encuentra en peores condiciones. Para cambiar esta realidad, hay que tener en cuenta el «impacto de género», esto es, las diferentes consecuencias y efectos que una política, una normativa o una actuación aparentemente neutra puede tener para el colectivo que se encuentra en desventaja.

En síntesis, tanto la idea de género como la de perspectiva de género son herramientas de análisis de las relaciones sociales y ambas se conciben como instrumentos para avanzar hacia una sociedad más justa e igualitaria para todas las personas. No son medios para explicar lo que ocurre en las relaciones individuales de hombres y mujeres (como a menudo hace la jurisprudencia), aunque sí puede servir para contextualizarlas o para dotar de un sentido político a ciertas actuaciones individuales. Digo sentido político, no penal.

## 1.2. El concepto de género en la ley

En lo que al DP se refiere, el «género» se incorpora con la LIVG, aunque de modo indirecto. Luego, en la reforma de 2015, el término se añade como un posible motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 CP. Veamos los dos hitos:

### 1.2.a. El (no) concepto de violencia de género en la LIVG

Con la entrada en vigor de la LO 1/2004 también comenzó la polémica sobre el concepto de violencia de género que aportaba. Tanto para asumir como para cuestionar la delimitación de los nuevos delitos de «violencia contra la mujer», se parte de la base de que la citada norma crea un nuevo y particular concepto. Considero, sin embargo, que la LIVG no contiene una definición propia de violencia de género, como trataré de argumentar.

En realidad, la ley no puede elaborar un concepto *ex novo*, porque trata de intervenir ante un fenómeno que ya está definido a nivel internacional, como de hecho se reconoce en la Exposición de Motivos (EM) de la norma. Se expone allí que la ley pretende responder a previos compromisos internacionales y en todo momento se alude —dándola por conocida y compartida— a la definición de la ONU, según la cual consiste en la «violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo»<sup>8</sup>. Es cierto que, en vez de «violencia contra la mujer», la ley la denomina «violencia de género», pero es una mera actualización del lenguaje (*vid. infra*, ap. 1.2.2). La LIVG no cuestiona aquel concepto, ni lo matiza; únicamente —como veremos— restringe su intervención a un segmento de dicha violencia.

---

<sup>8</sup> Me refiero a la «Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer», aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1993 (*vid. infra* n. 21). Se menciona en el primer párrafo de la EM de la LIVG.

Parte de la confusión se origina porque, sin explicitarlo, la ley maneja simultáneamente y de modo poco claro dos significados para el mismo significante. Por un lado, utiliza muchas veces la definición amplia, consensuada internacionalmente, que abarca toda la violencia contra las mujeres motivada por su condición. Ello es evidente cuando habla por ejemplo de sensibilización, educación, modificación de estereotipos, publicidad sexista, etc. Resulta palmario que, en ese ámbito, la violencia que se quiere prevenir no es sólo la que surge en el seno de la pareja sino en toda la sociedad, a causa de la histórica desigualdad entre hombres y mujeres<sup>9</sup>. Sin embargo, en otros casos, la ley da un contenido diferente a la expresión violencia de género; en particular, cuando habla de las víctimas a las que la ley otorga derechos o que son destinatarias de las medidas de protección. En esas ocasiones suele decir «la violencia objeto de esta Ley», o referirse a mujeres «que sufran formas de violencia de las que combate esta Ley» (EM.III, p. 8), dando a entender que no se abordan todas las manifestaciones de violencia sexista<sup>10</sup>.

Centrándonos ahora en este sentido restrictivo del término, que es el utilizado en el artículo 1 de la ley, conviene aclarar que este precepto no da una definición de violencia de género sino que señala el «ámbito de la ley». Es decir, delimita, dentro de una problemática social existente, su área de intervención; intervención que consiste —como el título de la ley avanza y el apartado segundo del artículo 1 explicita— en establecer «medidas de protección integral» frente a una manifestación concreta de la violencia de género, aquella que ejercen contra las mujeres los hombres que mantienen o han mantenido con ellas una relación afectiva. Así, la ley selecciona entre las mujeres que sufren violencia sexista a aquellas a las que quiere, o puede, dar protección; y este subconjunto se restringe a las que han sido agredidas por su pareja o ex-pareja.

Visto desde otra perspectiva, la finalidad básica de la ley, junto a la de sensibilización (artículo 2.a) LIVG) es la de establecer derechos para las mujeres que han sufrido violencia sexista, pero no para todas: solo las que la han padecido en el seno de la relación de pareja. Lo que delimita, por tanto, el citado artículo 1.1 de la ley es el ámbito subjetivo de la titularidad de los derechos que ella misma reconoce y que —insisto— no son todas las víctimas de violencia sexista.

Esta restricción en el reconocimiento de derechos implica una decisión política, que se puede compartir o no, pero que conlleva una determinada distribución de recursos. No se trata de un planteamiento teórico —qué es violencia de género— sino puramente pragmático: qué manifestaciones de esa violencia causan más problemas sociales o qué colectivo de víctimas tiene más necesidades o, quizás, es más urgente —¿o rentable políticamente?—

<sup>9</sup> El art. 3.1 LIVG, por ejemplo, dice que la sensibilización busca introducir «en el escenario social las nuevas escalas de valores basadas en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y de la igualdad entre hombres y mujeres, así como en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia, todo ello desde la perspectiva de las relaciones de género».

<sup>10</sup> Así, por ejemplo, en el artículo 15, de sensibilización y formación en el ámbito sanitario, hay un matiz entre el núm. 1 que habla de promover «actuaciones de los profesionales sanitarios para la detección precoz de la violencia de género», mientras que en el núm. 2 se concreta en «mejorar e impulsar el diagnóstico precoz, la asistencia y la rehabilitación de la mujer en las situaciones de violencia de género a que se refiere esta Ley».

proteger<sup>11</sup>. En este sentido, resulta evidente que las consecuencias de la violencia que tiene lugar en el marco de una relación afectiva estable alcanzan no sólo a la mujer contra la que se dirige, sino a todo el grupo familiar (si lo hubiera: hijos e hijas y otras personas convivientes), generando problemas añadidos (económicos, de alojamiento, educativos, etc.), que no suelen darse cuando la violencia sexista es ejercida fuera de la relación de pareja (agresión sexual de un desconocido; en el ámbito laboral o docente, etc.).

Por otra parte, este tipo de violencia es la más frecuente y, a diferencia de otras manifestaciones de violencia sexista que ocurren en el ámbito público, el maltrato en el seno de la pareja ha resultado invisible durante mucho tiempo, por lo que ha gozado de un importante grado de impunidad. Hasta hace pocas décadas, la violencia intrafamiliar se consideraba una cuestión privada<sup>12</sup>, y si la ley se modifica de un día para otro, no ocurre lo mismo con la mentalidad social ni con los estereotipos.

No es momento para profundizar en el tema, pero parece evidente que el maltrato en el seno de la pareja presenta una complejidad que no se da en otras manifestaciones de la violencia de género. Por este motivo, en ese campo resultaba más urgente una labor de pedagogía social y, si se quiere, de cambio de estrategia en el modelo de protección. Con ese fin, la ley acota el concepto de «mujeres víctimas de violencia de género», para a continuación reconocer derechos a esas víctimas.

Y si, como creo, la LO 1/2004 no introduce un concepto de violencia de género en el ordenamiento español, mucho menos lo hace en el ámbito penal. Es obvio que el término no se ha incorporado en la redacción de los tipos penales modificados por la norma, pero tampoco lo usa la EM cuando explica la reforma del CP. En ningún momento dice que se crea un delito de violencia de género<sup>13</sup>; sólo aclara que se incluye un tipo «específico que incrementa la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia» (EM. III, p. 9)<sup>14</sup>.

Por otra parte, hay que poner de relieve que la reforma de 2004 no afecta a todos los delitos en los que se manifiesta la violencia sexista, sino sólo a los más «leves». Además de otras razones<sup>15</sup>, se trata de cerrar el nuevo modelo de intervención: Así como en

---

<sup>11</sup> He tratado este tema en Ortubay, Miren, «La violencia sexista en la pareja: revisando algunos tópicos», *Grand Place*, n.º 12, 2019, p. 113 y ss.

<sup>12</sup> Lo que resulta absolutamente lógico si se tiene en cuenta que hasta 1975 la ley imponía a la mujer la obligación de obedecer al marido, quien tenía la facultad de «corregir» a la esposa díscola.

<sup>13</sup> Aunque en la jurisprudencia se habla de «delitos de género» e incluso, de un «subsistema penal de género» (STS 217/19).

<sup>14</sup> Y lo mismo, unos párrafos después en la EM, respecto a «las medidas jurídicas asumidas para garantizar un tratamiento adecuado y eficaz de la situación jurídica, familiar y social de las víctimas de violencia sobre la mujer en las relaciones intrafamiliares».

<sup>15</sup> En realidad, la LIVG al modificar el CP, lejos de optar por un concepto de violencia de género que abarque todas sus manifestaciones, mantiene el esquema previo de violencia doméstica, limitándose a diferenciar (de un modo no acertado, en mi opinión) los casos de maltrato machista dentro de la

los delitos graves cometidos en el seno de la pareja no hay duda de que las afectadas son «víctimas de violencia de género», podría cuestionarse si en el «maltrato de obra» sin lesión también surge el derecho a la protección articulada por la LIVG. Con la nueva redacción de los tipos «sexuados» se confirma que las medidas se aplican sea cual sea el grado de violencia y la intensidad del daño causado; y alcanzan incluso a las relaciones sin convivencia. Se pretende intervenir de modo precoz, ante los primeros síntomas de la violencia. Por eso es necesario reformular los tipos penales que se encuentran en la base de la pirámide: aquellas manifestaciones de maltrato más invisibles, pero infinitamente más frecuentes que los ataques graves a la vida, a la libertad o a la integridad. Respecto a éstos no hacía falta cambiar la ley. La respuesta penal es clara y contundente y, en esos tipos, la «marca de género» no es necesaria<sup>16</sup>, porque las fuertes penas establecidas por el CP abarcan todo el desvalor de la conducta y del resultado, incluido el contexto de la relación machista.

En síntesis, parece evidente que la LO 1/2004 no «crea» un nuevo concepto de violencia de género, sino que delimita, entre las mujeres que la sufren, aquellas a las que quiere o puede ofrecer protección y derechos.

A estas alturas de la exposición cabe preguntarse el porqué de mi insistencia en este tema. Muy sencillo: Veremos que, en la exégesis de la agravante de «discriminación por motivos de género», la jurisprudencia se basa en la descripción típica de los delitos género-específicos (artículo 153.1 CP y semejantes) para explicar qué es la violencia de género. Es decir, se toma la parte por el todo; se considera que el elemento típico que funciona en estos como cualificación de la conducta (la de ser la víctima pareja o ex pareja del autor), también puede fundamentar el incremento de la pena en otros delitos de violencia machista (*vid. infra* ap. 2.2).

Me interesa particularmente señalar que toda la doctrina emanada del Tribunal Constitucional (TC), a raíz de los numerosos recursos de amparo y cuestiones de constitucionalidad que se interpusieron frente a los cambios introducidos por la LIVG en el CP, responde únicamente a esas cuestiones. Las sentencias del TC establecen que el (ligérrimo) incremento penológico que los citados tipos imponen a las agresiones del hombre contra su pareja no supone ninguna vulneración de derechos fundamentales. Así, por ejemplo, explican que la diferencia es razonable y no arbitraria porque existe un contexto de discriminación histórica que dota de distinto significado a la conducta agresiva de hombres y mujeres. La argumentación del TC puede resultar o no convincente<sup>17</sup>, pero

---

pareja, como un subtipo de violencia familiar. Se muestran críticas con la regulación actual Lorenzo, Patricia: «¿Hacen falta figuras género-específicas para proteger mejor a las mujeres?», *EPC*, vol. XXXV, pp. 783-830, y MAQUEDA, M. Luisa, «1989-2009: veinte años de «desencuentros» entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», en De Hoyos, Montserrat (dir.), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género*, Lex Nova, Madrid, 2009, pp. 39-41.

<sup>16</sup> Con la expresión «marca de género» —usada por Elena Larrauri—, me refiero a los delitos sexo-específicos, o DP «sexuado», es decir, a aquellos tipos que diferencian en función del género del sujeto pasivo: arts. 153.1, 171.4, 172.2 y 148.4 CP.

<sup>17</sup> Por todos, Larrauri, Elena, «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *In-Dret*, n.º 1, 2009, p. 12 y ss. Y Lascrain, Juan Antonio. «¿Son discriminatorios los tipos penales de vio-

es evidente que se refiere sólo a los delitos de maltrato ocasional y no puede ser transferida sin más a la aplicación de la agravante de género en los crímenes más graves (*vid. infra* ap. 2.2).

### 1.2.b. *El género en la reforma de 2015 y en el Convenio de Estambul*

Del anterior apartado se concluye que, a pesar de su denominación, la LIVG no introdujo el término «género» —más que de modo muy marginal<sup>18</sup>— en el CP, aunque sí fue el origen de un esquivo concepto de violencia de género, que ha sido adoptado con bastante naturalidad tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Hay que esperar una década, hasta la reforma de 2015, para que el citado término se incorpore a la ley penal; y lo hace como un «nuevo» motivo de odio en la agravante del artículo 22.4 CP.

El Preámbulo de la LO 1/2015 de reforma del CP no se esfuerza en explicar las razones por las que se introduce la nueva agravante. Ofrece simplemente dos afirmaciones, carentes de argumentación, que se reiterarán hasta la saciedad en las sentencias posteriores. En primer lugar y como explicación del conjunto de novedades, el epígrafe XXII del preámbulo dice: «En materia de violencia de género y doméstica, se llevan a cabo algunas modificaciones para reforzar la protección especial que actualmente dispensa el Código Penal para las víctimas de este tipo de delito».

En general, ese supuesto «refuerzo de la protección» implica un incremento del rigor punitivo<sup>19</sup>, cuya primera medida consiste en la incorporación del género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22 CP. Y como toda justificación para esa novedad se afirma que el género, entendido de conformidad con el Convenio de Estambul<sup>20</sup> (CE), «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo» (2.º pfo., ap. XXII de la EM).

El «razonamiento» acaba ahí. No se hace mención alguna a cuáles pueden ser esas diferencias con la discriminación por sexo, que, como luego veremos, no son fáciles de establecer. En cualquier caso, puesto que se cita el CE como fundamento de la reforma, conviene analizarlo someramente.

---

lencia de género? Comentario a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 99, 2013, pp. 329-370.

<sup>18</sup> En la reforma de 2004 se menciona textualmente la violencia de género en el art. 83 CP (condiciones de la suspensión de la pena), que se mantiene en 2010 y, curiosamente, desaparece en 2015. Sobre éste y otros cambios, *vid. por todos*, Maqueda Abreu, M. Luisa, «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 5-42.

<sup>19</sup> Además de la agravante, otras medidas también son punitivas: se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada; se tipifican como delitos de quebrantamiento conductas dirigidas a restar eficacia a los dispositivos telemáticos de control, etc.

<sup>20</sup> Se conoce como Convenio de Estambul el Convenio n.º 210 del Consejo de Europa sobre *Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*, aprobado en Estambul por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 7 de abril de 2011, y ratificado por España en 2014.

El citado Convenio tiene el mérito indudable de obligar, por primera vez, a los Estados firmantes a incorporar el llamado enfoque de género en sus políticas y medidas frente a la violencia contra las mujeres. Por otra parte, con un claro afán de unificar el lenguaje en esta materia, el CE ofrece en su inicio, una serie de definiciones (artículo 3). Así, en el apartado c) de dicho precepto, establece que, a los efectos del Convenio, por «género» se entenderán «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres».

En el contexto, dicho término no se incluye como un concepto independiente, sino para completar la definición de «violencia contra la mujer», que abarca «todos los actos de violencia basados en el género» (artículo 3.a). En realidad, esta primera definición del convenio es muy semejante a la establecida por la ONU<sup>21</sup>, aunque ésta la describe como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino». Es decir, si el texto de 2011 utiliza «género» en lugar de «pertenencia al sexo femenino», es porque ambas expresiones tienen, en buena medida, el mismo significado, aunque el tiempo transcurrido y el desarrollo teórico experimentado entre una y otra declaración aconsejan explicar con más detalle el actual significado sociológico de «ser mujer».

Pero la definición de género no sólo completa la anterior, sino que sirve de base para otro concepto más amplio, cómo es el de «violencia contra la mujer por razones de género» (artículo 3.d) CE), por la que «se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada»<sup>22</sup>. Entre otras cosas, este segundo inciso vuelve a recalcar la idea de que la violencia sexista es un fenómeno plural y complejo, que ocurre tanto en el ámbito público como en el privado<sup>23</sup>.

En síntesis, la pretensión del CE no consiste en definir el género, como si de un manual de sociología se tratase, sino en aclarar el origen cultural y estructural de la violencia contra las mujeres, una de las formas más graves de discriminación contra éstas que

---

<sup>21</sup> Según la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1993, se entiende por tal «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada».

<sup>22</sup> Esta descripción resulta reiterativa en su primera parte, ya que repite la definición de la ONU, repitiendo, con otras palabras, que una agresión «por razones de género» es lo mismo que «por ser mujer». En la segunda parte, amplía la noción de «razones de género» con un concepto puramente objetivo y estadístico, que recuerda al concepto de «discriminación indirecta». No puedo abordar aquí el tema. Lo mencioné en Ortubay, Miren, «La violencia sexista...», *op. cit.*, pp. 111-112.

<sup>23</sup> En el CE, la idea de que algunos tipos de violencia afectan a las mujeres «de manera desproporcionada» se refiere sobre todo a la violencia doméstica (artículo 3.b), pero no exclusivamente. Abarca también otras manifestaciones de violencia en el espacio público, como las agresiones sexuales por parte de desconocidos. Incorpora esta noción el Anteproyecto de LO de Garantía integral de la libertad sexual (octubre 2020).

se produce en nuestra sociedad<sup>24</sup>. Todos estos matices no son captados por el preámbulo de la LO 1/2015 ni tampoco por la jurisprudencia penal.

Por otra parte, aunque el *mainstreaming approach* está latente en todo el texto, el CE nombra sólo dos veces esa perspectiva —o enfoque— de género: en el artículo 6, al hablar de «Políticas sensibles al género», y en el artículo 49.2, al regular las obligaciones generales en materia de «Investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección». En ambos casos lo menciona como una orientación de las políticas y normativas generales; como un instrumento de análisis que sirve para evaluar y poner de manifiesto las diferentes consecuencias que sobre mujeres y hombres pueden tener las decisiones institucionales, las medidas y respuestas que se articulen. Es decir, la perspectiva de género no sirve para explicar los casos individuales ni, mucho menos, para juzgar las conductas desde el punto de vista penal.

Sin embargo, eso es lo que parece hacer la jurisprudencia cuando identifica la perspectiva de género con una supuesta orientación tuitiva —¿o paternalista?— que se traduce, básicamente, en un incremento de las penas. Así se percibe tanto en las sentencias que tratan sobre casos concretos de violencia sexista [*infra* ap. 1.3] como, sobre todo, al aplicar la nueva agravante de género [*infra* ap. 2].

### 1.3. El «género» y la «perspectiva de género» en la jurisprudencia penal

#### 1.3.a. Sentencias con perspectiva de género

La Administración de Justicia, como el resto de los poderes públicos, viene obligada por el mandato contenido en el artículo 9.2 de la Constitución de promover la igualdad real y efectiva de todas las personas, así como de remover los obstáculos que la impidan. En realidad, la perspectiva de género no es sino una concreción de este mandato en lo que a la igualdad de mujeres y hombres se refiere, por lo que cabe afirmar que estaba presente desde hace muchos en la aplicación judicial de las leyes, en todas las jurisdicciones. Sin embargo, resulta novedoso que dicho enfoque se mencione expresamente en el orden penal. Las sentencias pioneras fueron las STS 247/2018 y la 282/2018, ambas del mismo ponente, quien en un comentario doctrinal explicaba:

«En estas dos sentencias se introduce por la sala de lo Penal del TS el concepto de la “perspectiva de género” en los hechos cometidos en determinados casos en donde existe un aprovechamiento específico, según resulta de la prueba practicada, del hecho

---

<sup>24</sup> Baste recordar el Preámbulo del CE, que reconoce, en dos párrafos sucesivos: «que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación». Y «que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres».

de ser la mujer la víctima y la indefensión que sufre en el desarrollo de la comisión del hecho delictivo»<sup>25</sup>.

Creo que ha de valorarse positivamente el esfuerzo de intentar comprender las dinámicas que presenta la violencia machista en las relaciones de pareja, así como los negativos efectos que ésta produce en el equilibrio psíquico y emocional de las mujeres que la sufren. Sin embargo, como se ve en el texto transcrito, la principal novedad que —para su autor— aporta la perspectiva de género radica en la apreciación de la alevosía en ambos casos, para lo que insiste en la indefensión provocada a las víctimas, además de en otras circunstancias menos objetivas<sup>26</sup>. Considero que no hay nada nuevo en la valoración de que concurre alevosía en ataques sorpresivos y realizados con armas, frente a los que apenas hay posibilidad de reacción. Lo que resultaría auténticamente innovador sería hacer una revisión sobre la influencia que los sesgos cognitivos han tenido en muchos casos anteriores en los que esta agravante no se ha aplicado, ya sea porque se ha partido de la base de que hombres y mujeres reaccionan igual ante un ataque físico o, simplemente, porque la forma en la que ellas cuentan lo sucedido no encaja en la idea del juzgador de lo que es un relato coherente<sup>27</sup>.

En este sentido, resultan más interesantes las reflexiones que estas sentencias hacen sobre la «credibilidad» de la víctima, poniendo de relieve que aquélla no se ve mermada por circunstancias como el retraso en denunciar los episodios de maltrato. La demora en la reacción «no es sinónimo de falsedad en una declaración», sino que es mera consecuencia de las especiales características de los hechos que acaecen en una situación de violencia habitual<sup>28</sup>.

Coincido plenamente con esta conclusión. No estoy tan de acuerdo con las razones por las que, según el ponente, las mujeres optan por silenciar la situación que soportan y que radicarían única y exclusivamente en el «miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten». Considero que hay otras muchas y poderosas razones que les hacen dudar de la conveniencia de interponer una denuncia<sup>29</sup>. No sólo es miedo, como reiteran muchas sentencias<sup>30</sup>.

<sup>25</sup> Magro Servet, Vicente, «Análisis de la Doctrina Jurisprudencial reciente en violencia de género», *Diario La Ley*, n.º 9278, 2018.

<sup>26</sup> No es posible hacer aquí un análisis del lenguaje empleado, pero en él abundan las valoraciones morales (habla de la especial crueldad del autor, del especial significado de matar «a la madre de su hijo») y en ciertas visiones estereotipadas sobre las mujeres, que refuerzan la distribución sexista de los roles. Por ejemplo, además de insistir en el «estado de pánico y terror» en el que viven, pone constantemente de relieve su papel de madres. También me parecen un tanto equívocas las manifestaciones respecto al papel privilegiado de la víctima-testigo en «estos» delitos.

<sup>27</sup> Un caso muy polémico en el que no se apreció alevosía fue el tratado en la STS 1151/2009.

<sup>28</sup> Magro Servet, Vicente, «Análisis de la Doctrina...», *op. cit.*

<sup>29</sup> No puedo detenerme en este tema. Me remito al magistral análisis de Larrauri, Elena, «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003; pp. 271-307. He tratado esta cuestión en Ortubay, Miren, «Diez años de la 'Ley integral contra la violencia de género': Luces y sombras», en AAVV, *Sistema penal y violencia de género. Monográfico*, Pub. Consejo Nacional de la Judicatura, El Salvador, 2015, pp. 127-168.

<sup>30</sup> El TS vuelve a insistir en ese tópico en la reciente STS 389/2020, en la que niega la posibilidad de acogerse a la dispensa de declarar (artículo 416 LECrim.) a las víctimas de violencia machista que pre-

Por otra parte, las mencionadas resoluciones señalan otra característica propia de la violencia de dominación. Se refieren al hecho de que el maltrato suele prolongarse en el tiempo y, desde esa comprensión, afirman que la circunstancia de haber sido victimizada previamente por el agresor no implica que la declaración de la mujer esté motivada por el resentimiento, de modo que tampoco ello le resta credibilidad<sup>31</sup>. La idea parece obvia, pero hay que recordar que esa «animadversión» hacia el (presunto) maltratador ha sido considerada en muchas resoluciones judiciales como un motivo para quitar fuerza al testimonio de la víctima. Este es el problema de fondo: los estereotipos sexistas sobre la mujer (débil y temerosa, pero también mentirosa, incongruente, manipuladora, vengativa...) que, desde tiempos inmemoriales, hacen que sus declaraciones tengan menos valor que las del varón (responsable de la familia, protector, parco en palabras e, incluso, bruto, pero noble...). Estas afirmaciones pueden parecer exageradas, pero creo que este tipo de sesgos cognitivos han tenido —y tienen— un peso muy relevante en el inconsciente colectivo<sup>32</sup>.

En síntesis, creo que aplicar la perspectiva de género es descubrir los sesgos sexistas que pesan sobre quienes juzgan —al igual que sobre el resto de la población— y tratar de combatirlos. Está muy bien darse cuenta de que demorar la interposición de la denuncia no resta credibilidad a la mujer; asumir que la existencia de agresiones previas no implica intenciones espurias cuando se denuncian nuevos hechos, o comprender que hay indefensión cuando alguien ataca por la espalda o por sorpresa, aunque sea el marido que ya previamente ha mostrado su agresividad... Bienvenidas sean esas lecturas contextualizadas de los hechos, pero la perspectiva de género significa no sólo darse cuenta de que la violencia machista produce esas situaciones, sino, sobre todo, aceptar que durante mucho tiempo, el peso de los estereotipos sexistas ha impedido verlas.

### 1.3.b. *Cuando las sentencias explican la «perspectiva de género» (STS 217/19)*

Además de las citadas sentencias, de las que se consideró que incorporaban explícitamente la perspectiva de género, merece un comentario aparte la STS 217/19. No es este el lugar adecuado para extenderme en ello<sup>33</sup>, por lo que sólo aludiré a algunos aspectos.

---

viamente hayan ejercido la acusación particular, aunque luego hayan dejado de hacerlo. La sentencia insiste en que el objetivo es proteger a las mujeres, porque la única razón por la que se niegan a declarar es el miedo al agresor.

<sup>31</sup> Se refuerza esta idea en la STS 184/2019 del mismo ponente.

<sup>32</sup> Vid. Muñoz, Arturo, «El peso de los estereotipos de género en las decisiones judiciales», *Revisión de las políticas y prácticas ante la violencia de género. Cuadernos Penales José María Lidón*, n.º 16, 2020 (en prensa). También Cusack, Simone, «Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases». *Documento presentado ante el Alto Comisionado para los derechos humanos*, 9 de junio de 2014.

<sup>33</sup> Creo que la extensión que últimamente tienen las sentencias —gracias a las facilidades de «corta-pega» que dan los programas de tratamientos de texto— perjudican el derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de derecho a unas resoluciones razonadas y razonables y, sobre todo, comprensibles para la ciudadanía. La STS 217/19 es un ejemplo de mala redacción, reiterativa, redundante y a menudo incomprensible.

Los hechos en los que se centra la condena de instancia pueden resumirse así: una mujer en estado de ebriedad acude a un local de copas que regenta su pareja. En un momento dado, ella se cae al suelo y él pretende levantarle; como ella trata de impedirlo, él le da dos fuertes bofetadas<sup>34</sup>. El Juzgado de lo penal aprecia la existencia de un maltrato de obra (artículo 153.1 CP), pero la Audiencia Provincial (AP) considera probado que él le dio los dos tortazos con el «el propósito de reanimarla», por lo que le absuelve. El TS admite la impugnación por interés casacional para valorar si hay «una inferencia de la intención del recurrente por encima de la intermediación del juez penal», lo que en efecto, se aprecia, por lo que se dicta nueva sentencia en la que se mantiene la condena inicial.

En un largo y reiterativo fundamento jurídico 3.º, la resolución se convierte en una especie de artículo doctrinal sobre la violencia de género y la perspectiva de género, con nueve apartados<sup>35</sup>, entre los que destaca el último: «9.— El enfoque de la perspectiva de género con la que deben enfocarse *estos supuestos* donde concurre una agresión sin causar lesión en el contexto de la relación de pareja o ex pareja» (el subrayado es añadido).

En el texto se utiliza un sentido de la perspectiva de género bastante alejado del que he expuesto *supra* (apartado 1.1). Es más, se ofrecen varias definiciones —en mi opinión incomprensibles— de dicho concepto<sup>36</sup>, en las que cabe observar cierta confusión de planos: Por una parte, parece concebirse como un instrumento de lucha contra la desigualdad («herramienta (...) para desterrar comportamientos de dominación»). Por otra parte, se afirma que es un mecanismo de análisis para explicar la desigualdad. Como he dicho antes, más que «explicar», la perspectiva de género parte de la base de la posición subordinada que nuestra sociedad sufren las mujeres como colectivo, para tener en cuenta esa realidad, de forma transversal, en todas las políticas, las regulaciones, etc. Esto es, se trata

---

<sup>34</sup> Le condenan sólo por las bofetadas, pero hay bastantes más actos «coactivos» en el relato de hechos probados: Previamente él le había llamado reiteradamente por teléfono. Cuando ella acude al local, él «le agarra» para besarle; le agarra para que no se marche; le impide que llame por teléfono... Después él avisa a los hijos de ella, pero les impide llevarla al hospital.

<sup>35</sup> No es posible transcribirlos aquí. Baste decir que dedica dos puntos (3 y 5) a cuestiones procesales sobre valoración de la prueba; otros dos (1 y 2) a explicar el tipo del artículo 153.1; otro (4) al «rechazo del legislador a la agresión como causa de justificación ante determinadas conductas de la víctima», cuestión que se reitera en otros apartados (6 y 9); y en tres puntos se citan acuerdos y recomendaciones de organismos internacionales (6,7 y 8), para concluir con un extenso apartado 9.

<sup>36</sup> Entre las varias existentes, cito dos: 1) «Así, la perspectiva de género como línea argumental de rechazo de la violencia como causa de justificación es, también, la herramienta que debe utilizarse para desterrar comportamientos de dominación donde operan estas justificaciones de la violencia para someter a la víctima a un estado de permanente subyugación que se ejerce por la vía instrumental de la argumentación del empleo de la violencia como vía para sostener el mantenimiento de la desigualdad». 2) «Estas situaciones de agresiones de hombres sobre mujeres, y más aún en el contexto de la relación de pareja deben afrontarse con la necesaria perspectiva de género, que, al decir de la doctrina especializada en la materia, y en su enfoque desde el derecho, es una herramienta o mecanismo de análisis, que busca explicar el fenómeno de la desigualdad y de la inequidad entre hombres y mujeres. Consiste en el enfoque de las cosas, situaciones o problemas, tomando en consideración la diversidad en los modos en que se presentan las relaciones de género en la sociedad, pero entendiendo a la vez la identidad de género, tanto de hombres como mujeres. (ambas en el fundamento jurídico 3.9).

de un principio orientador y de análisis de la acción institucional y no de un instrumento jurídico de interpretación. Y así parece utilizarlo el TS cuando reduce su alcance y lo hace aplicable sólo a «estos supuestos», en referencia a las manifestaciones de violencia dentro de la pareja. Se establece así una especie de razonamiento circular donde viene a decirse que la perspectiva de género consiste en apreciar que las agresiones de un hombre a una mujer en una relación de pareja son violencia de género, como —por otra parte— la ley reconoce.

Otra fuente de confusión radica en que el ponente de la sentencia mezcla el concepto jurídico-penal de causa de justificación con las creencias culturales que tradicionalmente han avalado e, incluso, promovido algunas manifestaciones de violencia contra las mujeres, creencias que hoy resultan absolutamente inadmisibles. En este sentido, el citado CE afirma contundentemente que resulta inaceptable cualquier justificación de las conductas delictivas, incluidas las cometidas por supuestas razones de «honor» (artículo 42.1 CE).

Está claro que ninguna tradición o costumbre puede legitimar hoy en día que una persona ejerza violencia contra otra. Sin embargo, de ese plano genérico o abstracto, se produce un salto lógico, para negar que, en el caso concreto, dar dos bofetadas para tratar de reanimar a la mujer, pueda considerarse una conducta amparada en una causa de justificación, como hace la sentencia de la AP.

Es evidente que en el caso no sucede. En las circunstancias concurrentes, la conducta lesiva no puede entenderse justificada<sup>37</sup>. Pero ello no significa que nunca, en ningún caso, un golpe que un hombre dé a su mujer pareja pueda tener como único objetivo evitar un mal mayor (que ésta se atragante, por ejemplo) o, incluso, aunque más difícil de imaginar, que se trate de una legítima defensa.

En resumen, aunque es muy improbable que un comportamiento violento entre dos personas pueda, en el caso concreto, tener una causa de justificación, ello no es imposible desde el punto de vista jurídico-penal; tampoco cuando ocurra en una pareja. Lo que resulta de todo punto inadmisibles e incompatible con los principios básicos de la legalidad democrática es una legitimación cultural de cualquier violencia ejercida contra las mujeres. Esto es lo que afirma el CE; y se utiliza de modo inadecuado ese importante precepto cuando se aplica como una especie de excepción a las causas de exclusión de la antijuridicidad que establece el CP.

Lo hago constar, porque me interesa denunciar esta especie de apropiación que algunas sentencias hacen de conceptos elaborados por la teoría feminista, para vaciarlos de contenido o, cuando menos, para reducir notablemente su potencial transformador. En mi opinión, esto es lo que ocurre con la interpretación y aplicación de la «agravante de género», a la que dedicaré la segunda parte de estas reflexiones.

---

<sup>37</sup> En efecto, aun en el caso de que se hubiese demostrado que el sujeto actuaba con la única intención de reanimar a la mujer —como afirma la AP sin base en los hechos probados—, se trataría de una respuesta desproporcionada, no amparada en un supuesto estado de necesidad.

## 2. La agravante de «discriminación por motivos de género»

Como se ha dicho, el Preámbulo de la LO 1/2015 de reforma del CP fundamenta la incorporación de la agravante de discriminación por motivos de género (artículo 22.4 CP) en una supuesta exigencia del Convenio de Estambul (CE). Es verdad que el citado convenio establece la definición de género como especificación del concepto de la violencia que trata de combatir, pero de ningún modo cabe deducir de ahí que con tal definición se introduzca una causa de discriminación diferente de la basada en el sexo<sup>38</sup>. Y mucho menos cabe aseverar —como reiteradamente hace la jurisprudencia— que dicho acuerdo internacional imponga la obligación de crear una circunstancia agravante de «género».

Conviene recordar que el CE habla de protección y prevención, siendo la vía penal sólo uno de los instrumentos para conseguir tales fines, y no el principal. Asimismo, si bien es cierto que el convenio exige tipificar todas las manifestaciones de violencia contra las mujeres y doméstica que describe y sancionarlas con penas proporcionales (artículo 45), también parece evidente que todas esas conductas se encuentran ya tipificadas en nuestra ley penal. Por su parte, en el artículo 46 CE, se establecen posibles agravantes. En realidad, todas ellas están ya recogidas en el CP, bien como circunstancias genéricas o específicas. Pero lo más relevante es que, entre esas posibles causas de agravación, no aparece el género por ninguna parte.

A pesar de ello, la nueva agravante de discriminación por razones de género ha sido bien acogida por la doctrina penal<sup>39</sup>. Se ha empezado a utilizar con mucha frecuencia en las Audiencias Provinciales al enjuiciar las manifestaciones graves de violencia machista, y la confirmación de esta tendencia por el TS ha coincidido en el tiempo con la aparición de las señaladas «sentencias con perspectiva de género». Voy a tratar de hacer un análisis desde este punto de vista. Entiendo que no es pertinente realizar aquí un estudio ni de la circunstancia tipificada en el artículo 22.4 CP, ni siquiera de la modificación operada por la LO 1/2015. Y tampoco es necesario<sup>40</sup>. Me interesa más reflexionar sobre el modo en que las resoluciones judiciales tratan de atender al mandato constitucional de promover la igualdad efectiva de mujeres y hombres, con la duda siempre presente —lo reconozco— que el DP pueda ser un instrumento eficaz en esa tarea.

Antes de entrar en el análisis de la jurisprudencia, he de aclarar que en el debate sobre el fundamento de la agravante del artículo 22.4.<sup>a</sup> CP, me posiciono entre quienes sub-

<sup>38</sup> Como dice el segundo párrafo del apartado XXII del Preámbulo de la LO1/2015.

<sup>39</sup> Se había demandado la creación de esta agravante, aunque como alternativa a los tipos «sexuados». En este sentido, por todos, *vid.* Acale, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 63.

<sup>40</sup> Sobre la «agravante de odio», entre otros, Landa, Jon M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Granada, 2001; Dopico, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación a los criterios de legitimación de pena», *ADPCP*, vol. 57, 2004, pp. 143-176. Sobre la «agravante de género», además de otras que se citarán, ver la magnífica síntesis de Asua, Adela, «La razón de género en el marco de la agravante «de odio» del art. 22.4 CP. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivo», en Pérez Manzano, Mercedes *et alter* (coord.), *Estudios en Homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Dykinson, Madrid, 2020, pp. 365-376.

rayan su naturaleza objetiva. A pesar de la mención expresa que la ley hace de la motivación, considero que en ningún caso el incremento punitivo puede basarse en la actitud o los sentimientos del autor, por reprobables que sean. La agravación sólo puede responder a un mayor desvalor objetivo del hecho, consistente en que, además de la lesión al bien jurídico propio del delito, la conducta es capaz, por la forma de comisión, de desplegar un efecto de humillación o de hostigamiento sobre la totalidad del grupo discriminado<sup>41</sup>. Se trata del modelo denominado de «selección discriminatoria», ya que la razón por la que se elige a la víctima radica en que ésta comparte las características que identifican al colectivo discriminado<sup>42</sup>.

## 2.1. ¿Era necesaria la mención de los motivos de género?

Si la redacción inicial —de 1995— de la agravante que nos ocupa ya se consideró poco clara y reiterativa<sup>43</sup>, el problema se ha agudizado con las sucesivas adiciones de posibles causas de discriminación. En concreto, con la incorporación del «género» se hace inevitable la pregunta sobre su necesidad o, dicho de otro modo, sobre cuáles son las diferencias con la discriminación por razón de sexo.

En la EM de la LO 1/2015 no se explica dónde pueden radicar esas diferencias, por lo que doctrina y jurisprudencia se han esforzado en detectarlas. Hay propuestas imaginativas entre los autores. Así, por ejemplo, en uno de los primeros comentarios, BORJA JIMENEZ explicaba que podían diferenciarse los motivos de sexo y género por «la víctima objeto de tutela», puesto que en el primer caso, el sujeto de la discriminación podía ser un hombre frente a una mujer, mientras que las razones de género agravarían sólo las conductas machistas, dirigidas a expresar la inferioridad de las mujeres<sup>44</sup>. Por su parte, DÍAZ LÓPEZ considera que discriminación por sexo se refiere a la misoginia en sentido estricto, en tanto que la motivación de género remite a patrones culturales de imposi-

<sup>41</sup> *Vid.*, por todos, Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 371 y ss, con más detalle de las referencias bibliográficas sobre este planteamiento.

<sup>42</sup> Landa, Jon M., «Recensión a J.A. Díaz. El odio discriminatorio como agravante penal», *InDret*, n.º 3, 2014, p. 3 y ss.

<sup>43</sup> Así, Laurenzo, Patricia, «La discriminación por razón de sexo en la legislación penal», en *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998, p. 245. Ya entonces la autora argumentaba que la agravante de «sexo» era una «medida de tutela específica de la mujer» (p. 249).

<sup>44</sup> Transcribo la cita completa, porque fue reproducida en la sentencia TSJ Comunidad Valenciana 72/2018, de 29 de junio (confirmada en la STS 99/19) y se alude en varias otras: «una primera interpretación podría diferenciar los supuestos de discriminación por razones de sexo y de género llevando a cabo una distinción en la víctima objeto de la tutela. En el primer caso, podría ser considerado sujeto pasivo de una discriminación por razón de sexo un hombre frente a una mujer o grupo de mujeres (por ejemplo, agresión de un varón, por ser varón, por parte de un colectivo de feministas radicales). La agravación por razones de género cubriría exclusivamente los casos de conductas machistas, esto es, las llevadas a cabo por varones frente a mujeres con la intención, consciente o subconsciente, de expresar su dominio y su trato hacia ellas como seres humanos inferiores». Borja, Emiliano, «La circunstancia agravante de discriminación», en González Cussac, José Luis (dir.), *Comentarios a la Reforma penal de 2015*, 2.ª edición, Tirant lo Blanch, 2015, p. 122.

ción machista<sup>45</sup>. Afirma que se aplicará esta agravante si el odio del autor va dirigido a su víctima por razones de género, es decir, si se basa en esos modelos culturales que conforman la identidad diferenciada de mujeres y hombres; en consecuencia, el sujeto agredido puede pertenecer tanto al colectivo femenino como masculino, al igual que sucede con el autor del delito. El fundamento no radica en la pertenencia a un colectivo tradicionalmente discriminado sino en la vulneración del «principio de igualdad entre todos sea cual sea nuestro sexo y nuestro género»<sup>46</sup>.

Frente a estos intentos de distinción, estimo que la postura más convincente es la que niega la diferencia de fundamento entre las razones de sexo y de género y defiende, asimismo, que sólo las mujeres como colectivo históricamente discriminado pueden ser víctimas en ambos delitos de odio. Esta interpretación, coherente con el concepto de género que mantengo, ha sido magistralmente expuesta por MAQUEDA<sup>47</sup> y es apoyada, con matices, por la mejor doctrina<sup>48</sup>.

Sin embargo, esta lectura crítica con la necesidad de ampliar los supuestos del 22.4 CP, no ha sido asumida por la jurisprudencia, que parece partir de la base de que, si el le-

---

<sup>45</sup> Díaz López, Juan Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4 CP*, Madrid, 2013, p. 298 y ss. Explica que las razones de sexo también pueden referirse al odio al sexo masculino.

<sup>46</sup> En Díaz, Juan Alberto, «La reforma de la agravante genérica de discriminación», 15 sept. 2015, *J.A.DÍAZ-Litigación penal* (web), el autor explica su interpretación del género como motivo de odio: «Por ejemplo, si un hombre es bailarín de ballet, lo cual quizás choque para el autor del delito con el tradicional rol patriarcal que le atribuye su género masculino, y ese autor (un hombre o una mujer) le mata por ese motivo (...), se aplicará la agravante, (...). También se aplicará si otro sujeto mata a su víctima porque representaba el estereotipo del sujeto que pregona su virilidad (...). El autor podría haber estado actuando en ambos ejemplos por un odio discriminatorio hacia un estereotipo caracterizado por el género, y no por el sexo masculino, de su víctima.» Continúa poniendo ejemplos referidos a motivos de discriminación por género de las mujeres, para concluir que, además de por razones de sexo, se aplicará el art. 22.4.<sup>a</sup> CP «cuando el motivo para el delito, más allá del sexo, vaya referido a que su víctima era ‘un hombre o una mujer que hacía determinadas cosas que no se compadecen con su supuesto género’». Aunque DÍAZ está defendiendo aquí su postura sobre el fundamento general de la agravante de odio —aspecto en el que no voy a entrar—, cito sus explicaciones porque constituyen una buena muestra del uso «no político», neutro, del concepto de género: hombres y mujeres asumen distintos roles sociales, pero no hay una jerarquización entre ellos (*vid. supra*, ap. 1.1). Por otra parte, el autor afirma que los motivos de género pueden surgir tanto del odio a quien incumple los mandatos de género (hombre que baila ballet), como a quien los obedece plenamente (hombre muy viril; trabajadora doméstica sumisa...). Todo es confuso y bastante alejado de la realidad criminológica.

<sup>47</sup> Maqueda, M. Luisa, «El hábito de legislar...», *op. cit.* Apunta esta autora que una posibilidad de dar al género un contenido diferente del sexo como motivo discriminatorio podría cifrarse en acoger en dicho término las razones de odio basadas en las actitudes y roles que no respetan los mandatos de género ni el binarismo. Comparto esta posible interpretación, pero la propia autora reconoce que no va a ser fácilmente acogida por la jurisprudencia (p. 8).

<sup>48</sup> Larrauri, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 127 y ss. Rueda, M. Ángeles, «Cometer el delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», *RECPC*, 21-04, 2019, p. 25 y ss; Seoane, M. Jesús y Olaizola, Inés, «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género 22.4.<sup>a</sup>CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIX, 2019, p. 476. Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 369.

gislador utiliza los dos términos, no puede tratarse de una mera reiteración. Como ya se ha dicho, la práctica totalidad de las sentencias del TS que analizan la agravante, reproducen el párrafo de la EM de la LO 1/2015, en el que afirma que el género, según la definición del CE, «puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo». Aunque en alguna resolución se reconoce expresamente que, tras esa afirmación, el legislador «deja inconclusa la definición del supuesto típico» de la agravante (STS 99/19 FJ 3.3.1), en muchas otras, al tratar de distinguir los motivos de sexo y género, se limitan a decir —un tanto enigmáticamente— que, «aun cuando en ocasiones pudieran ser coincidentes las bases de ambas agravaciones, será posible distinguir la base de una y otra», pero no aclaran cómo (STS 420/18, FJ 1.2).

En las primeras sentencias, se hace algún esfuerzo por señalar las diferencias. Además de la consabida distinción conceptual (el sexo alude a la biología y el género a los roles sociales), se afirma que la discriminación basada en el sexo no exige intención de dominación y «el sujeto pasivo del delito puede ser un hombre». Asimismo, esta agravante «puede ser apreciada fuera del ámbito de las relaciones de pareja»<sup>49</sup>. Este último elemento diferenciador va desapareciendo desde el momento en que la jurisprudencia establece que tampoco la agravante de género requiere el marco de una relación afectiva.

En síntesis, parece que la agravación por «sexo» es más amplia y podría recoger lo que no cabe en los motivos de «género»<sup>50</sup>, pero todo adolece de una gran ambigüedad. En cualquier caso, afirmada —aunque, insisto, no explicada— la diferencia entre ambos motivos de odio, las últimas sentencias la asumen, pero no se detienen en la cuestión.

Desde mi punto de vista, y como he adelantado, tal diferencia no existe. El género es un concepto antropológico que se construye sobre el binarismo sexual y, en este contexto jurídico-penal, «sexo» y «género» resultan sinónimos. Pero lo más relevante es que no son términos neutros desde el punto de vista axiológico, puesto que ambos se refieren a las desigualdades —injustas— que en nuestra sociedad conlleva la pertenencia al colectivo femenino o masculino. Cuando se intenta articular esas distinciones artificiosas entre ambos conceptos, se descontextualiza la violencia sexista; se pierde su significado estructural y se desvirtúa, entendiendo sus manifestaciones como problemas individuales de hombres (o mujeres) que odian a personas del otro sexo (o género).

Dado que ambas menciones del artículo 22.4 CP se refieren a la discriminación que sufren las mujeres en nuestra sociedad, no hay diferencia entre ellas. O mejor, la hay, pero es sólo fáctica: antes no se aplicaba la discriminación por sexo<sup>51</sup> y a partir de la reforma de 2015, la agravante de motivos de género se aplica de forma casi sistemática. Algo falla.

---

<sup>49</sup> STS 420/18, FJ 1.2. Estos argumentos se repiten en otras muchas sentencias, aunque a partir de la STS 565/18 —que elimina el requisito de ser pareja—, la agravante de «sexo» se delimita negativamente: «no exige intención, actitud o situación de dominación».

<sup>50</sup> En sentido similar, Marín de Espinosa, Elena B, «La agravante genérica de discriminación por razones de género (art. 22.4 CP)», *RECPC*, n.º 20-27, 2018; p. 14 y ss.

<sup>51</sup> Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 369, en referencia al caso del Imán de Fuengirola.

## 2.2. El fundamento de la agravante: ¿odio a las mujeres o desprecio hacia una mujer concreta?

En efecto, llama la atención la eclosión de esta agravante. Sin ánimo de exhaustividad, desde la primera de 2018, he recogido 16 sentencias del TS en las que se aplica, lo que supone casi la totalidad de los casos de asesinatos u homicidios de una mujer a manos de su pareja o ex pareja que han llegado a ese Tribunal<sup>52</sup>.

Respecto a la exégesis de esta circunstancia modificativa, se aprecia cierta evolución. En las primeras sentencias<sup>53</sup>, se entendía que aquella tenía el mismo significado que la «marca de género», esto es, se refería a agresiones en el seno de la pareja o ex-pareja y reflejaba un contexto de dominación del hombre sobre la mujer. Se interpretaba que la mención al género en el artículo 22.4 CP era el complemento de la reforma efectuada por la LIVG en los tipos de maltrato, de modo que ahora el incremento punitivo podía aplicarse también a los delitos graves.

Sin embargo, ya en la STS 565/18, se aclara que el fundamento de la agravante radica «en la mayor reprochabilidad que supone que el autor cometa los hechos contra una mujer por el hecho de serlo», por lo que no cabe su exclusión cuando «no exista una previa relación sentimental». También fuera de la pareja puede ocurrir que el agresor sienta que la víctima, «únicamente por ser mujer», constituye para él «una pertenencia o una posesión *en ese momento*» (subrayado añadido) (FJ 8). Puesto que concurre la agravante «en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación» (FJ 7), se amplía notablemente su ámbito de aplicación: abarcaría así todas las manifestaciones de violencia de género, según la definición de los textos internacionales<sup>54</sup>. Sólo quedarían fuera del efecto de la agravante los delitos sexo-específicos, puesto que su aplicación en estos tipos vulneraría la prohibición del *non bis in idem*.

Considero que la pretensión de trasvasar el sentido del artículo 3 CE al ámbito jurídico-penal mediante la utilización de esta agravante no es acertada<sup>55</sup>. Pero, en todo caso,

<sup>52</sup> También se aplica la agravante en casos de otros delitos graves. Ver Anexo 1, con el listado de las resoluciones analizadas.

<sup>53</sup> De Audiencias Provinciales, así como las SSTS 420/18 y 584/18. Vid. *Análisis Aplicación de la agravante por razón de género en sentencias dictadas entre 2016 y mayo 2018*, del Grupo de expertos/as en violencia de género y doméstica del CGPJ, 2018.

<sup>54</sup> Como se ha visto (*supra*, ap. 1.2.2) tanto la declaración de la ONU como el CE incluyen toda la violencia sexista, ejercida en el ámbito público y privado: agresiones sexuales de desconocidos, acoso laboral, trata de mujeres, MGF, etc. En este sentido, la STS 444/20 es novedosa, porque versa sobre una agresión sexual cometida fuera de la pareja y parece abrir una tendencia aun más expansiva de la agravante.

<sup>55</sup> Como he expuesto (*supra* 1.2.2), todos los actos que el CE define como violencia de género ya estaban tipificados en el CP. El citado convenio no exige que todas estas figuras penales experimenten —además— una agravación de sus penas. Se está confundiendo una descripción criminológica —cuyo objetivo es ofrecer un diagnóstico para propiciar una respuesta eficaz a la violencia machista— con un mandato de incremento punitivo. No existe tal mandato. Por el contrario, la vía penal es sólo una de las formas de abordar ese problema cultural y estructural.

¿cómo se logra? Las sentencias repiten con insistencia que se trata de atajar la violencia ejercida contra la mujer por el hecho de serlo. Y ¿qué significa eso?

En realidad, no se explica. Se reproducen las definiciones del propio CE, así como argumentaciones del TC en las que se califica de ese modo los actos que suponen «manifestación de una grave y arraigada desigualdad»<sup>56</sup>. Se afirma que la causa última de esta violencia se encuentra «en la discriminación estructural que sufren las mujeres» (STS 452/19), pero una de las explicaciones que más se reitera es la siguiente:

«Es evidente que el fundamento de las agravaciones recogidas en este apartado 4.º (artículo 22 CP) reside en el mayor reproche penal que supone que el autor cometa los hechos motivado por sentirse superior a uno de los colectivos que en el mismo se citan y como medio para demostrar además a la víctima que la considera inferior. Se lleva a cabo una situación de subyugación del sujeto activo sobre el pasivo, pero sin concretarse de forma exclusiva el ámbito de aplicación de la agravante sólo a las relaciones de pareja o ex pareja, sino en cualquier ataque a la mujer con efectos de dominación, por el hecho de ser mujer<sup>57</sup>».

Parece que, aquí, violencia «por el hecho de ser mujer» es sinónimo de «con efectos de dominación». No es fácil imaginar un delito en el que no haya dominación, al menos momentánea, del sujeto activo sobre el sujeto pasivo... Pero, en todo caso, cuando el silogismo de la sentencia se desarrolla y se trata de demostrar en qué ha consistido en el caso concreto esa superioridad sobre el colectivo de las mujeres, el examen se centra en la relación individual con «esa mujer». Se dice, por ejemplo que se aprecia «el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de *esa concreta mujer* como un ser incapaz de tomar decisiones»<sup>58</sup> (destacado añadido).

En respuesta a la pregunta formulada, considero que las agresiones enjuiciadas no se generan contra la víctima «por ser mujer»; surgen por ser «la mujer» del autor, sobre la que cree tener derechos. En realidad, las argumentaciones del TS no versan sobre el fundamento de la agravante de odio. No se acredita que el motivo principal del ataque nace del desprecio hacia un grupo humano al que la víctima pertenece («odio a las mujeres»); lo que se demuestra es un «desprecio hacia una mujer concreta», precisamente por la relación previa existente. Todo ello desvirtúa el sentido antidiscriminatorio de la agravante y desborda su ámbito de aplicación.

En otro orden de cosas, la mayoría de las expresiones citadas en las sentencias para describir la base fáctica de la agravante aluden a motivos, intenciones, ánimo, ideas del

<sup>56</sup> Expresión tomada del FJ 9.c) de la STC 59/2008, que aparece citada en prácticamente todas las sentencias analizadas.

<sup>57</sup> Tomo la cita de la STS 257/20 porque es la última en la que aparece una especie de fundamentación-tipo de varios párrafos que se repite en muchas sentencias.

<sup>58</sup> STS 420/18 (FJ 1.4) y se repite en otras. En el mismo sentido hay muchas. Por ejemplo, la STS 257/20, FJ 6.4, dice: «la conducta típica se realiza a la mujer que es su pareja y por el hecho de serlo, de controlarla y someterla, de aislarla, de tenerla para él solo»; ¿por el hecho de ser mujer o de ser pareja? No se sabe.

autor sobre la mujer y actitudes hacia ella, cuando no al carácter de aquél. Se llega incluso a denominarla «agravante de desprecio de género»<sup>59</sup>. De hecho, al comparar esta agravante con la de parentesco (*vid. infra*, ap. 2.3.2), se afirma con contundencia que su contenido es subjetivo.

Además de que el fundamento de una agravación no puede radicar en las motivaciones del autor del delito y mucho menos en su forma de ser, considero que su constante alegación entra en contradicción con otra de las afirmaciones reiteradas en muchas resoluciones judiciales. Me refiero a la idea de que la agravante de género no requiere un elemento subjetivo específico.

También en este aspecto ha habido evolución. Frente a las primeras sentencias en las que se requería un ánimo específico, a partir de la STS 99/19 se afirma con rotundidad que no es así<sup>60</sup>. Comparto totalmente esta idea, cuya razón de ser ha explicado con brillantez MAQUEDA<sup>61</sup>. Sin embargo, no estoy de acuerdo con el razonamiento que hace el TS.

En efecto, el cambio en la interpretación de esta agravante se produce a raíz de la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del TS 677/2018, donde, en relación con los delitos género-específicos, se afirma que éstos no requieren ningún elemento subjetivo diferente del dolo. Esta acertada conclusión se basa en la doctrina del TC sobre dichos tipos «sexuados». Ahora bien, al aplicarla en la exégesis de la agravante se incurre —a mi entender— en una sutil pero importante incoherencia, como trataré de argumentar.

En sus resoluciones<sup>62</sup>, el TC respondía a los numerosos recursos presentados contra la modificación penal realizada por la LIVG. Para explicar la ausencia de vulneración de los principios constitucionales invocados en los recursos, alude al contexto de discriminación histórica y profunda desigualdad en la que tienen lugar los actos de maltrato contra las mujeres tipificados en esos delitos con marca de género. Es precisamente ese contexto de dominación el que dota de un especial significado —mayor lesividad y peligrosidad— a las agresiones producidas por el hombre contra la mujer, que no se da en

---

<sup>59</sup> STS 707/18, que afirma, sin demostrarlo que ésta es distinta de la agravante de «desprecio de sexo» del CP franquista. Por otra parte, la cita de las alusiones a la subjetividad sería interminable. Basten algunas expresiones muy repetidas: «carácter controlador y posesivo» y «haciéndole ver que le pertenece» (STS 452/19); «intención de humillación y ultraje» (STS 420/18); «motivado por sentirse superior» y «ánimo discriminatorio» (en casi todas); tiene «necesidad de sumisión y obediencia» (STS 257/20); la considera «un ser inferior» (STS 12/20); «móvil de desprecio» (STS 452/19); «ánimo de mostrar superioridad y demostrarle que es inferior» (en muchas), «mentalidad machista» (STS 565/18).

<sup>60</sup> En el FJ 3.2 aclara: «El agresor puede no ser consciente de que tiene una conducta patriarcal y machista». Y no es la única sentencia que habla de ese machismo inconsciente...

<sup>61</sup> Maqueda, M. Luisa, «¿Necesitan un móvil discriminatorio las agravantes de sexo-género del art. 22.4 CP?», en Silva Sánchez, Jesús María et. al. (coord.), *Estudios de derecho penal: homenaje al prof. S. Mir Puig*, B de F, Buenos Aires, 2017, p. 173 y ss. La autora explica cómo, además de la inseguridad jurídica y las dificultades probatorias que genera la exigencia de un ánimo específico, ese requisito abre la puerta a resoluciones arbitrarias basadas en los prejuicios ideológicos de quienes juzgan.

<sup>62</sup> Me refiero a las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010.

las que suceden en sentido inverso. Y esto es así, pero sólo en los ataques de menor entidad (maltrato ocasional). En los ataques más graves, ese plus de desvalor se disuelve en la importancia del daño provocado, que, a su vez, está ya captado por la pena del delito básico.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, hay que poner de relieve que la marca de género no es una agravante en sentido estricto. Es un instrumento para distinguir —a efectos de la protección que les otorga la LIVG— la violencia contra la mujer pareja del resto de la violencia intrafamiliar (*vid. supra*, ap. 1.2.1). Probablemente, la ligerísima diferencia en la extensión de la pena de prisión —y sólo de la pena de prisión— no hubiese sido necesaria para efectuar tal delimitación y, a mi entender, tampoco fue acertada. En todo caso, lo que no es admisible es que a partir de esa discutible decisión del legislador, confirmada por el TC en lo que respecta a la interpretación de los tipos de maltrato ocasional —y sólo de estos—, se construyan los cimientos de una agravante que, en principio, no está referida a la violencia de pareja.

En conclusión, creo que las argumentaciones del TS no se encaminan hacia la inclusión de los casos enjuiciados entre los delitos de odio, que es lo que la ubicación de la discriminación por razones de género en el artículo 22.4 CP exigiría. Por el contrario, se ha producido la «construcción jurisprudencial de una nueva agravante», que poco tiene que ver aquella cuya literalidad le sirve de base<sup>63</sup>.

### 2.3. Reflexiones críticas

#### 2.3.a. Sobre la aplicación sistemática de la agravante

He manifestado mi desacuerdo con la exégesis del TS sobre la «agravante de género», así como con la identificación de la perspectiva de género con esa interpretación expansiva del Derecho penal. Sistematizaré mis críticas desde estos dos puntos de vista:

a) La apreciación de una agravante implica la existencia de unas circunstancias en la ejecución del delito que aumentan la gravedad del hecho por elementos no incluidos en la descripción típica. El plus de antijuridicidad que fundamenta la agravante del artículo 22.4 CP radica en que la conducta típica dirigida contra una persona no afecta sólo a ésta, sino que conlleva un mensaje intimidatorio para el resto de los miembros del grupo a la que aquélla —por algún rasgo de su identidad— pertenece. La agravante parte del reconocimiento de colectivos discriminados o que se encuentran en situación de desventaja social, situación que el autor del delito aprovecha y refuerza. Pero no es esto lo que habitualmente acaece en el seno de la pareja.

Estos casos carecen de ese efecto propagandístico, de amenaza, que afecta a la seguridad de todo el colectivo. Por una parte, porque quien agrede a la mujer con la que ha

---

<sup>63</sup> La expresión, muy atinada, es de Simón, Pere, «La construcción jurisprudencial de la agravante de género: notas a la STS de 14 de septiembre de 2020», *Diario La Ley*, n.º 9728, 2020.

mantenido una relación suele buscar el ocultamiento de este hecho. Se ampara en su invisibilidad<sup>64</sup>.

Por otra parte, una de las características que definen a los delitos de odio radica en cierta indiferencia o fungibilidad de las personas concretas que son objeto del ataque. Las víctimas se eligen principalmente por su pertenencia a un determinado colectivo, por lo que, de algún modo, son intercambiables. Pues bien, en el caso de la violencia en la pareja, ocurre todo lo contrario: no se le agrede por ser mujer<sup>65</sup>, sino por ser «la» mujer con la que se ha tenido una relación afectiva y, precisamente, porque el agresor cree tener sobre «esta concreta mujer» algún derecho.

No hace falta insistir en lo abominables e injustas que son tales creencias sexistas, ni las graves consecuencias que tienen para las mujeres los actos violentos que tales ideas generan. La cuestión radica en si la aplicación generalizada de una agravante en esos casos constituye una herramienta eficaz para combatir la violencia machista, un problema estructural en nuestra sociedad y con hondas raíces culturales. Desde mi punto de vista, forzar los límites del Derecho penal no sirve para fortalecer la posición de las mujeres sino todo lo contrario.

Es evidente que cuando alguien se cree con derecho a humillar, golpear, amenazar, torturar o matar a una persona está ejerciendo un «acto de dominación» absolutamente injusto, pero el desvalor de ese acto ya está contemplado en la pena del delito cometido, en particular, cuando se trata de delitos graves. Hay que asumir que el auténtico desprecio y menoscabo de la dignidad de la víctima radica en el ataque mismo. Disponer de la vida de otra persona supone privarle de su humanidad y convertirla en un mero objeto; ese es el mayor desprecio... Y la gravedad de ese hecho es absoluta, sea cual sea la motivación que mueve al autor.

Por ello, creo que hay cierto razonamiento circular cuando en las sentencias se deduce de la propia agresión «el ánimo de dominar» o «la intención de despreciar y de mostrar la superioridad», para afirmar a continuación que la agresión provoca el «efecto de dominación» que fundamenta la aplicación de la agravante. En realidad se está incrementando la pena por las creencias y actitudes del sujeto, por las expresiones que profiere y, en definitiva, por su mayor perversidad o abyección<sup>66</sup>.

Considero que este modo de fundamentar la agravación punitiva vulnera los límites de un DP garantista. Y sin restar ni un ápice de la trascendencia de los asesinatos y crímenes machistas, creo que el CP cuenta con otras herramientas más adecuadas para captar el plus de lesividad que aparezca en los casos concretos. Por una parte, hay circuns-

---

<sup>64</sup> Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 372.

<sup>65</sup> Cuando un varón heterosexual elige a una mujer (o viceversa) para mantener una relación afectiva no lo hace «por ser mujer», sino porque ve en ella características que la diferencian de otras mujeres.

<sup>66</sup> De «móvil especialmente abyecto» habla la SAP Badajoz de 5-2-2018 (previa a la STS 223/19). La STSJ de Valencia de 29-06-2018 (previa a la STS 99/19) dice que «la forma más aberrante de dominación es la dominación sexual sobre la que había sido su pareja».

tancias modificativas, como la de ensañamiento, por ejemplo, cuya aplicación permitiría aumentar la pena cuando se demuestre que en la ejecución se ha incrementado gratuitamente el sufrimiento de la víctima, sufrimiento que puede venir dado no sólo por la reiteración de los golpes físicos sino también por el padecimiento psicológico<sup>67</sup>.

Por otra parte, y como luego volveré a mencionar, el daño que se pretende sancionar con la aplicación de la agravante de género es, a menudo, constitutivo de otras infracciones penales. En muchas sentencias se mencionan hechos anteriores a la ejecución del hecho como prueba de la «intención de dominación» y de la «actitud de posesión y cosificación y menosprecio de su dignidad» (STS 12/2020); se alega, por ejemplo, que le controlaba el teléfono; le insultaba, ridiculizaba y amenazaba constantemente; le impedía relacionarse con sus allegados; le obligaba a mantener relaciones sexuales... y un largo y terrible etc. En realidad, se están describiendo auténticos delitos de violencia habitual mucho más que circunstancias concurrentes con la ejecución de la conducta típica. En varias de las sentencias analizadas se castiga, además del delito principal, por el citado delito contra la integridad moral (artículo 173.2 CP), lo que a mi entender es correcto —aunque plantea evidentes problemas de *bis in idem* con la agravante del artículo 22.4 CP—, pero en otras resoluciones se opta por aplicar la agravante, a pesar de que la prueba del «carácter controlador y posesivo» se basaba en hechos anteriores al hecho delictivo (SSTS 472/2020, 136/2020, 351/2019, etc.).

**b)** Pero además de la expansión del DP que la jurisprudencia analizada implica, debo poner de relieve la tergiversación que se está haciendo de términos como «género» o «perspectiva de género», que, de un sentido de reivindicación y avance hacia la igualdad real, están convirtiéndose en sinónimo de represión de actos machistas individuales, al tiempo que se refuerzan los más rancios estereotipos de género.

Frente al tópico de que más pena significa mayor protección para las mujeres, lo cierto es que el DP encuentra enormes limitaciones para intervenir eficazmente frente a las manifestaciones de violencia machista. Se trata de conductas que hunden sus raíces en la autoridad que —no lo olvidemos— hasta hace pocas décadas la sociedad y las leyes reconocían al marido sobre la mujer. Aunque la mentalidad social ha cambiado, y son indudables los avances hacia la igualdad, las diferencias por razones de género —siempre desfavorables para las mujeres— persisten en todos los ámbitos (laboral, educativo, distribución de las tareas de cuidado, acceso a los bienes sociales, económicos, culturales y de ocio, etc.). Este desequilibrio impregna nuestras relaciones y nuestras vidas y no se combate agravando la pena de quien, socializado en esa ideología, se cree superior a las

---

<sup>67</sup> En este sentido, también se podría reflexionar sobre la agravante de abuso de superioridad, que puede dar cabida a situaciones especialmente relevantes de control y dominación, con la consiguiente destrucción de la autoestima de la mujer, siempre que ello no constituya un delito de violencia habitual, como se expone a continuación en el texto. En la sentencia revisada en la STS 257/20, se había aplicado la agravante de abuso de superioridad («por la superior fuerza física del acusado e incluso psíquica»), además de la agravación específica del 148.4 CP, y de la genérica del 22.4 CP en el delito de detención ilegal. El TS elimina la agravante de abuso de superioridad de este delito, porque entiende que «la fuerza física» es inherente a la detención ilegal, pero mantiene la del 22.4 CP.

mujeres por el hecho de ser varón. Tan machista es el hombre que maltrata a su mujer como el que la luce, cubierta de joyas, como un trofeo, como un signo de su éxito social y económico. Y frente a lo que dicen las sentencias, no se trata de una mentalidad ya superada, sino de plena vigencia en nuestra sociedad. Por supuesto que no pueden equipararse las distintas manifestaciones de sexismo —por eso se castiga a quien ejerce violencia—, pero aumentar el castigo porque trasluce una mentalidad que es común a toda la población no parece la mejor forma de combatirla.

Por otra parte, la violencia en el seno de la pareja, sobre todo cuando se prolonga en el tiempo, no se puede valorar como una suma de hechos aislados con relevancia penal. Más bien, constituye un modo de relacionarse, una forma de vida en pareja. La llamada violencia de control y dominación<sup>68</sup> que, como una tortura permanente, va minando la autoestima y la capacidad de reacción de la mujer que la sufre no puede ser abordada con el castigo de actos individualizados, aunque se les aplique una agravante. Sólo la idea de violencia habitual, como un delito contra la integridad moral que consiste en la creación de un ambiente de terror y total subordinación de una persona a otra, puede acercarse a la significación penal de esa conducta. Sin embargo, curiosamente, la sanción que se establece para ese tipo es bastante reducida en comparación con agresiones puntuales<sup>69</sup>. Las investigaciones empíricas demuestran que, en la actualidad, apenas se castigan esas formas de tormento, principalmente psicológico, aunque también sexual e, incluso, físico<sup>70</sup>. Quizás una mejor manera de comprender lo que esa violencia significa para las mujeres consistiría en la tipificación de una figura específica de delito «permanente» contra la integridad moral de las mujeres en el seno de la pareja. Habría que pensarlo, pero conformarse con aplicar una agravante cuando el mal —a menudo irreversible— ya se ha producido no significa aplicar la perspectiva de género.

Lo que la jurisprudencia actual denomina de ese modo no sirve, en mi opinión, para profundizar en el análisis de la situación de desigualdad que el matrimonio —o relaciones análogas— provoca en las mujeres (*vid. infra*, ap. 2.3.2). Por el contrario, la aplicación cada vez más extendida de la agravante de género en los delitos de violencia contra ellas contribuye a reforzar estereotipos sexistas, que encierran a las mujeres en la figura de seres vulnerables, incapaces de defenderse ni de saber lo que les conviene<sup>71</sup>. Cabe afirmar, en síntesis, que no existe en el CP —ni debe crearse por la jurisprudencia— una agrava-

<sup>68</sup> *Vid.* Larrauri, Elena, *Criminología Crítica y... op. cit.*, p. 44 y ss.

<sup>69</sup> El artículo 173.2 CP, que, curiosamente, no diferencia la violencia sexista del resto de la violencia familiar, establece una pena de prisión de 6 meses a 3 años, frente a la pena de 6 meses a 1 año de prisión del art. 153.1 por cada delito de maltrato de obra ocasional.

<sup>70</sup> *Vid.* Ortubay, Miren, «Diez años...», *op. cit.*, p. 24.

<sup>71</sup> Resultaría muy interesante analizar el lenguaje de las sentencias para desvelar cómo se mantienen e, incluso, se refuerzan estereotipos sobre las mujeres. Uno de los más preocupantes es el de la «buena víctima» o «víctima digna de tutela»; *vid.* el informe de Barcons, María et al., *Las violencias sexuales en el Estado español*, Barcelona, 2018, p. 135 y ss. Un ilustrativo análisis de estereotipos negativos —las «malas mujeres»— en Macaya, Laura, *Esposas nefastas y otras aberraciones. El dispositivo jurídico como red de construcción de la feminidad*, Diletants, Barcelona, 2014.

ción porque la víctima sea mujer, ni por acaecer la agresión en el marco de la pareja. La agravante de género sólo muy raramente podrá aplicarse en estos casos, porque falta el fundamento que justifica el incremento punitivo en los delitos de odio (a un colectivo). La circunstancia tipificada en el artículo 22.4 CP encontrará su ámbito de utilidad en los supuestos en los que la víctima sea elegida por su mera pertenencia al colectivo femenino, no por su identidad concreta y su relación previa con el autor. Por poner un ejemplo, creo que cabría recurrir a la agravante de género en casos como los feminicidios de Juárez.<sup>72</sup> Incluso puede tener sentido su aplicación en supuestos como el conocido por «la manada», o el de Pozo Blanco, de los mismos autores, en los que las chicas agredidas son elegidas por encontrarse solas y afectadas por el alcohol, es decir, que podría haberle tocado a cualquiera... Y lo mismo ocurre en el caso de la STS 444/20 (agresión sexual a una mujer que ejerce la prostitución), porque en la actitud del autor del delito se percibe cierto mensaje de amenaza dirigido al resto de mujeres que se encuentran en esa situación. Ahora bien, en estos casos de agresión sexual resulta difícil identificar el mayor desvalor que fundamentaría la agravación de la pena, diferenciándolo del desprecio a la dignidad humana ínsito en todo ataque a la libertad sexual producido con violencia, pero ese es otro tema<sup>73</sup>.

Por razones similares a las que —según mi criterio— la agravante analizada será difícilmente aplicable a la violencia en el seno de la pareja, entiendo que resulta incompatible con la agravante de parentesco, como expondré a continuación.

### 2.3.b. Incompatibilidad de la agravante de género con la de parentesco

Si ya es cuestionable la aplicación sistemática de la agravante de género en las sentencias por asesinatos de mujeres a manos de sus parejas, más criticable resulta, en mi opinión, la apreciación de aquella junto con la agravante de parentesco (artículo 23 CP). No obstante, la jurisprudencia del TS afirma, de modo unánime, la compatibilidad de ambas circunstancias que, de hecho, se aplican conjuntamente en 11 de las 16 resoluciones que he analizado (*vid. infra*, Anexo I). Además de la frecuencia, llama la atención el escaso esfuerzo argumentativo para fundamentar dicha compatibilidad, hasta el punto de que la mera diferencia de denominación resulta suficiente para dar por demostrado el distinto desvalor contemplado en ambas circunstancias modificativas.

<sup>72</sup> Pérez Manzano, Mercedes, «La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos de odio discriminatorio», *Derecho PUCP*, n.º 81, 2018, pp. 163-196, sostiene que «hay una diferencia esencial entre la muerte de la pareja o expareja mujer a manos del hombre y la muerte de otras mujeres por odio a las mujeres, por misoginia» (p. 183). Por su parte, Maqueda, M. Luisa, «¿Necesitan un móvil...», *op. cit.*, p. 10, menciona algunos ejemplos de mujeres elegidas al azar, en las que cabría aplicarse la agravante.

<sup>73</sup> Es evidente que las agresiones sexuales afectan de una manera desproporcionada a las mujeres, por lo que constituyen claramente un tipo de violencia de género (artículo 3.d) CE). Ello no implica, sin embargo, que se precise aplicar la agravante de género para sancionarlas debidamente. A menudo, todo el desvalor de esos ataques está ya contemplado en los elementos típicos. En este sentido, *vid.* Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 375.

El razonamiento jurídico que se repite en las sentencias parte de la base de que la agravante de parentesco es puramente formal —«objetiva»—, lo que exime de cualquier necesidad de analizar cuál es el plus de antijuridicidad que implica esa situación fáctica, inevitable, por otra parte, para el sujeto activo.

Por su parte, la doctrina que ha analizado esta jurisprudencia parece aceptarlo, sin mayor cuestionamiento, aunque en algunos comentarios de la reforma de 2015, anteriores a la aplicación jurisprudencial de la «nueva» agravante de género, se afirma que ésta viene a sustituir a la de parentesco<sup>74</sup>.

La llamada «objetivación» del parentesco resulta especialmente rechazable si se tiene en cuenta que la circunstancia «mixta», precisamente por su posibilidad de tener los contrapuestos efectos de agravar o atenuar la pena<sup>75</sup>, obliga a analizar con mayor profundidad «la naturaleza, los motivos y los efectos del delito». Es cierto que una consolidada exégesis ha establecido que la vinculación familiar tiene efecto agravatorio en los delitos contra las personas, mientras que reduce la sanción en los delitos patrimoniales. Pero esa norma general no palia la necesidad de razonar en cada caso concreto cómo la naturaleza y los motivos del hecho agravan la responsabilidad del autor. En ésta —quizás con más fuerza que en el resto de las circunstancias agravantes— es preciso delimitar el fundamento material del incremento punitivo.

La aceptación unánime de esa comprensión meramente formal de la agravante de parentesco contrasta con el cuestionamiento que dicha circunstancia sufrió hace unas décadas, tanto por parte de la jurisprudencia como de la doctrina<sup>76</sup>. Seguramente, el cambio se ha visto propiciado por la toma de conciencia social sobre la relevancia de la violencia de género como problema estructural. Resulta positivo el creciente rechazo frente a esa insoportable manifestación del sexismo, pero es triste que el principal y casi único modo de mostrarlo sea exacerbando las penas y rebajando las garantías del principio de culpabilidad por el hecho.

---

<sup>74</sup> La STSJ de Valencia de 29-06-2018 (previa a la STS 99/19) considera que la agravante de género sólo es aplicable al «resto de crímenes machistas» no cubiertos por el art. 23 CP, que el caso no concurre. Por su parte, Acale, María, «Análisis del CP en materia de violencia de género contra las mujeres desde una perspectiva transversal», *REDUR*, n.º 7, 2009, pp. 37-73, además de reivindicar la incorporación de la agravante de género, proponía aplicar la de discriminación por sexo, que consideraba incompatible con la de parentesco (pp. 47-48). También lo considera incompatible Díaz, Juan Alberto, «La reforma de la agravante...», *op. cit.*, p. 10.

<sup>75</sup> Artículo 23 CP: «Es circunstancia que puede atenuar o agravar la responsabilidad, según la naturaleza, los motivos y los efectos del delito, ser o haber sido el agraviado cónyuge o persona que esté o haya estado ligada de forma estable por análoga relación de afectividad, o ser ascendiente (...)».

<sup>76</sup> Más recientemente, la STS 2904/2016, referida a un delito entre hermanos, afirma que debe evitarse «un planteamiento automático, de suerte que la vigencia de la agravante será —debe ser— la consecuencia de la relevancia que la misma ha tenido en relación al delito cometido». En relación con la pareja, Asua, Adela, «La razón de género...», *op. cit.*, p. 367, cita un Acuerdo no jurisdiccional del TS de 18-02-1994. Ya en 1986, Quintero, Gonzalo (*Derecho penal. Parte General*, 2.ª ed., 1992) denunciaba que el parentesco era una cuestión profundamente teñida de ideología; que se acercaba a lo «sagrado-tribal» y que protegía la función de la familia tradicional, para acabar concluyendo que «salvo rara excepción, el parentesco ha de ser o atenuatorio o irrelevante» (p. 620).

La pregunta a formular sería cuál es la razón última por la que agredir a un miembro de la familia es más grave que hacerlo a un extraño. Y creo que no son suficientes las respuestas formales como afirmar que la mayor antijuridicidad surge de la «vulneración de los deberes morales que derivan del vínculo familiar», porque eso no deja de ser una petición de principio.

Frente al formalismo imperante, son precisas algunas consideraciones:

a) Parto de la base de que el contenido material de cualquier agravación ha de cifrarse en un mayor desvalor del hecho atribuible al autor, y no en la mayor culpabilidad, motivaciones o características personales del sujeto activo. Desde esa perspectiva, la razón de ser del artículo 23 CP puede radicar en que el hogar familiar constituye, casi por definición, el lugar seguro donde todas las personas relajan su atención a los posibles riesgos externos y deponen su actitud defensiva, lo que facilita la realización del ataque. Dicho de otro modo, todo el mundo es especialmente vulnerable frente a aquellos con quienes convive, a quienes ha dado su confianza y conocen sus costumbres y forma de vida. Precisamente porque, en circunstancias normales, nadie espera que la agresión provenga desde dentro del círculo familiar, se produce una notable indefensión que incrementa las posibilidades de lograr el objetivo del agresor. Así, el fundamento de esta agravante se aproximaría al de la alevosía o al abuso de confianza<sup>77</sup>.

Sin embargo, este planteamiento general no puede darse por supuesto y, en ocasiones, tendrá que decaer cuando, por distintas razones, ha desaparecido esa confianza, se ha quebrado la convivencia, y la hostilidad e, incluso, el odio ha sustituido a la afectividad. En otros casos la ruptura de la convivencia no resta eficacia al conocimiento o informaciones que el agresor pueda tener sobre el sujeto pasivo (horarios, costumbres, lugares que frecuenta o donde puede refugiarse, etc.), que pueden servirle para facilitar o asegurar su acción, aumentando de ese modo su peligrosidad.

Este motivo —los conocimientos adquiridos sobre la víctima durante el tiempo en que hubo una relación afectiva— explica la inclusión en el artículo 23 CP de «la ex pareja». Disiento, por tanto, de la interpretación jurisprudencial según la cual eso significa que resulta indiferente si los lazos de afectividad persisten o han desaparecido. La objetivación absoluta que deriva de esa lectura me parece totalmente contraria al principio de culpabilidad por el hecho.

Los razonamientos expuestos son aplicables a cualquier relación familiar existente entre sujeto activo y pasivo del delito, pero resultan especialmente significativas en los casos de agresiones sexistas, del hombre contra su mujer pareja o ex pareja. Como explica LARRAURI, el matrimonio es una «actividad de riesgo» para las mujeres: la convivencia

---

<sup>77</sup> De hecho, las STS hablan de «alevosía doméstica», que en buena medida coincide con este planteamiento, por lo que es más sorprendente que también esa agravante sea compatible con la de parentesco; *vid.* Magro, Vicente, «Análisis de la Doctrina...», *op. cit.*, ap. VIII. Por otra parte, esa «alevosía doméstica» sería también aplicable a otros grupos de convivencia, como un piso compartido.

les somete a una situación de mayor vulnerabilidad frente a quien, según el imaginario colectivo todavía vigente, debe protegerla<sup>78</sup>.

b) En este sentido, conviene poner de manifiesto que el artículo 23 CP refleja una concepción tradicional de la familia jerárquica, con una definición comunitaria de los derechos y del patrimonio<sup>79</sup>, así como de las responsabilidades y funciones atribuidas a cada uno de sus miembros. Por eso resulta muy cuestionable cimentar la agravación en la infracción de deberes morales que surgen del parentesco. Hacerlo supone reforzar la injusta distribución de roles propia de la familia patriarcal.

Aunque lo expuesto sería suficiente para restringir la aplicación del parentesco como circunstancia agravante, sobre todo en lo que a la relación de pareja se refiere, hay dos cuestiones más determinantes: Por un lado, lo mismo que el propio vínculo legal del matrimonio —o situaciones asimiladas— no es para siempre, sino que puede romperse por la voluntad de los cónyuges, no resulta imaginable que las obligaciones morales que se formalizan con ese vínculo sean perpetuas. Como se ha dicho, no parece ser ese el significado de la expresión «persona que esté o haya estado ligada de forma estable».

Por otro lado, hay otra razón de fondo que cuestiona la idea de que, aplicando ésta agravante en los casos de violencia de género, se protege más a las mujeres. En efecto, conviene recordar que esos «deberes morales», esas reglas que tradicionalmente han distribuido los roles, las responsabilidades y el poder dentro de la familia, son las mismas que, durante siglos, han impuesto el papel subordinado de las mujeres, a quienes se les obligaba a satisfacer las necesidades físicas y afectivas del resto de los miembros, posponiendo las suyas propias. La familia tradicional, cuya estructura patriarcal pervive en el inconsciente colectivo, es el «caballo de Troya de la desigualdad»<sup>80</sup>, por el que, de un modo oculto, se sigue reforzando en nuestro sistema social la discriminación que sufren las mujeres. Por eso, ellas son las principales interesadas en que se modifique —y actualice— el significado que actualmente se otorga a la agravante de parentesco. No interesa esa supuesta mayor protección a costa de dar por buenos los mandatos que, durante siglos, han impuesto a las mujeres sumisión ante el «cabeza de familia».

En síntesis, hay que admitir que es la propia estructura familiar —con su consecuente distribución jerarquizada de roles— la que genera tanto una situación de mayor

---

<sup>78</sup> Larrauri, Elena, «Igualdad y violencia...», *op. cit.*, p. 12 y ss, cita a Moller Okin, quien analiza el matrimonio como una fuente adicional de vulnerabilidad.

<sup>79</sup> Lo que resulta especialmente evidente en la rebaja de la responsabilidad que se concede en los delitos patrimoniales cometidos dentro de la familia, auténtica «titular» de los bienes. Esta concepción de los derechos de titularidad familiar y no individual ha perjudicado a lo largo de la historia —y sigue haciéndolo hoy en día— a las mujeres. En este sentido, *vid.* por todos, De Villota, Paloma y Ferrari, Ignacio, *La individualización de los derechos fiscales y sociales en España. Un modelo alternativo*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

<sup>80</sup> *Vid.* Rubio, Ana, «Inaplicabilidad e ineficacia del Derecho en la violencia contra las mujeres», en AAVV, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto andaluz de la Mujer, Sevilla, 2003, p. 40 y ss.

vulnerabilidad para la mujer, como una posición de poder para el hombre, de la que es posible abusar. Podrá discutirse si ese desequilibrio de fuerzas constituye base suficiente o no para aplicar una agravante, siempre —insisto— que se acredite en el caso concreto el mayor desvalor del ataque. Lo que, a mi entender, resulta inadmisibile es que la misma situación de desigualdad —por injusta que sea— pueda dar lugar a la aplicación simultánea de dos agravantes, aunque tengan distinta denominación.

En realidad, esta incompatibilidad por identidad de fundamento ya se aprecia en relación con los delitos con marca de género. De nuevo sobre una interpretación puramente formalista de los tipos «sexuados», se afirma que, puesto que estos exigen que «la ofendida sea o haya sido esposa» (o análoga relación de afectividad), deviene inaplicable la agravante de parentesco. Parece evidente que tener en cuenta dos veces la relación de pareja supondría una clara vulneración del principio de *non bis in ídem*. Ahora bien, si ello es cierto —y creo que lo es—, exactamente lo mismo ocurre cuando en las agresiones graves de un hombre a la mujer con la que mantiene (o ha mantenido) una relación afectiva se agrava por ser pareja (artículo 23 CP) y, además, porque en esa pareja existe una desigualdad, que es «manifestación objetiva de discriminación», lo que da lugar a la agravante del artículo 22.4 CP. Como ya se ha visto, esta «situación objetiva de discriminación» es lo que, según el TC, justifica la creación de delitos género-específicos. Dicho de otro modo, lo que resulta obvio para los tipos con marca de género, lo es también —y con más razón<sup>81</sup>— en los casos en los que la agravante genérica del 22.4 CP se aplica a agresiones graves en el seno de la pareja o ex pareja.

En resumen, mi propuesta tendría un doble contenido: Entiendo, por una parte, que debería prescindirse de esa interpretación «objetiva» y puramente formalista de la agravante de parentesco. Convendría exigir un fundamento material de la agravación, más relacionado con el abuso o prevalimiento de la situación de confianza, o con el conocimiento íntimo de las personas que proporciona la convivencia, que puede darse —o no— entre parientes, pero también en otros tipos de relaciones de amistad o de proximidad.

Por otra parte, cuando se trate de individualizar la pena correspondiente a un delito cometido sobre quien sea o haya sido mujer pareja, en el que se aprecie ese abuso de la posición de poder que nuestra cultura otorga al varón en la familia (agravante de parentesco), será muy difícil encontrar otro motivo diferente para agravar la pena por trato discriminatorio a la mujer, o por «relación machista» (agravante de género). Es decir, la «grave y arraigada desigualdad social» (STS 452/19) que en nuestra sociedad existe entre mujeres y hombres, cuando en el caso concreto dé lugar a un plus de gravedad —no absorbido por el tipo básico— en una agresión de un varón a su mujer pareja, podrá tenerse en cuenta bien como parentesco (artículo 23 CP), bien como discriminación por género (artículo 22.4 CP), pero no mediante la aplicación simultánea de ambas agravantes.

---

<sup>81</sup> Porque la marca género no es realmente una agravante. La leve diferencia en el límite inferior de la pena de prisión —y no en la de TBC— solo sirve para diferenciar el maltrato sexista del resto de la violencia familiar (*vid. supra*, 1.2.1).

### 3. A modo de conclusiones

El concepto de género ha sido elaborado por la teoría feminista como una categoría de análisis para poner de manifiesto que, en nuestra sociedad, la distribución de roles entre mujeres y hombres no sólo es desigual sino que es profundamente injusta, porque coloca a aquellas en una clara posición de desventaja. En consecuencia, las mujeres, como grupo social, encuentran mayores obstáculos para el ejercicio de sus derechos y tienen un menor acceso a los bienes sociales. A pesar de los indudables avances, ese desequilibrio de poder que perjudica a las mujeres sigue alcanzando su máxima expresión en el ámbito privado, en las relaciones familiares. Y no es casualidad que sea en ese ámbito y, en especial, en las relaciones de pareja, donde con más frecuencia surja la violencia sexista.

Evidentemente, la intervención penal frente a esa violencia de género resulta imprescindible, pero ello no impide reconocer las importantes limitaciones que el instrumento punitivo muestra en esta tarea. Frente a lo que constituye un problema estructural, que afecta a los derechos fundamentales de la mitad de la población, el DP sólo puede ofrecer una respuesta individualizada a quien comete un acto definido como delito. Ese castigo proporcional al daño causado es una reacción necesaria, pero no es la solución al problema de base. Es más, la sanción penal contribuirá —en algunos casos— a reforzar la protección de la mujer que ha sido agredida, pero hay que asumir que el castigo por sí sólo no le garantiza a ella una vida libre de violencia.

El sistema penal debe aceptar sus carencias y no continuar alimentando la falacia de que castigar al agresor es lo mismo que proteger a la víctima y, mucho menos, que más pena significa más protección. Aunque esta afirmación se repita constantemente (en los preámbulos de las leyes, en las sentencias, en los comentarios doctrinales, en los discursos políticos, etc.), no es cierta. Y tampoco lo es que apreciar agravantes —cuantas más, mejor— en los delitos de violencia sexista signifique aplicar la perspectiva de género.

Ese pretendido enfoque de género no sólo no fortalece la posición social de las mujeres sino que, con frecuencia, contribuye a reforzar mitos y estereotipos sexistas que alimentan su discriminación.

La mejor —y casi única— contribución que la justicia penal puede hacer a la mejora de la situación de las mujeres que enfrentan violencia machista consiste en no victimizarlas; en no causarles nuevos sufrimientos cuando demandan la protección judicial.

Son varias las direcciones en las que avanzar para aproximarnos a ese objetivo. Por una parte, y como se ha reiterado, hay que sacar a la luz los sesgos cognitivos que —como a todos los seres humanos— afectan a los operadores jurídicos. El origen patriarcal de nuestra cultura y de nuestra organización social sigue manifestándose en el inconsciente colectivo, donde perviven estereotipos claramente sexistas (las mujeres son volubles, contradictorias, exageradas —y un poco mentirosas—, asustadizas, incapaces

de defenderse, abnegadas, sumisas, incapaces de un análisis racional de sus intereses y opciones, etc. Por su parte, los hombres son activos, mantenedores de la familia, competitivos, con capacidad para organizar y dirigir al grupo, incapaces de controlar sus impulsos... ). Hacer visibles estos prejuicios —comunes, en mayor o menor grado, a toda la población— y tratar de neutralizarlos sería un importante paso hacia una justicia con perspectiva de género. Para ello, resulta imprescindible una formación especializada en esta materia. No en su regulación jurídico penal, sino el significado real de la violencia contra las mujeres (causas, manifestaciones, efectos en la salud y en la vida de las mujeres, necesidades de éstas, recursos de atención y recuperación, etc.), así como en las consecuencias de todo tipo que la pervivencia de una cultura sexista en nuestra sociedad tiene para las mujeres.

Otras posibles vías de mejora se centran en el inicio del proceso penal. La información clara, precisa y completa sobre lo que significa el instrumento penal, proporcionada antes de la interposición de la denuncia —y al margen de que la decisión de interponerla esté tomada o no—, resulta un requisito esencial para no crear en las mujeres expectativas que el sistema no puede cumplir. Un apoyo eficaz (psicológico, jurídico, económico, etc.), proporcionado antes, durante y después de la sentencia e, incluso, independiente de la decisión de la mujer de denunciar o no, constituye la mejor receta para evitar la victimización secundaria. A ello cabría añadir mejoras en las dependencias y dinámicas policiales y judiciales; en los servicios de acompañamiento, de traducción e interpretación, de comunicación de las actuaciones judiciales y un largo etcétera.

En definitiva, la buena noticia es que hay muchas posibilidades de mejora en la respuesta penal a la violencia sexista y, por tanto, un amplio margen para aplicar el enfoque de igualdad de género en ese campo. La mala noticia es que, por el momento, la jurisprudencia tiende a identificar ese enfoque con una tendencia al incremento punitivo, que aspira a resolver los problemas sociales mediante el recurso —casi exclusivo— al castigo. Y ese es un mal camino.

**Anexo I**

Sentencias citadas del Tribunal Supremo, sobre la agravante de género (artículo 22.4 CP). Se mencionan también otras agravantes que concurren con aquélla. (Base de datos del CENDOJ).

	Núm. STS y fecha	Ponente	Otras agravantes	Comentario
1	420/18, de 25 sept. Roj: STS 3164/2018	M. Colmenero	Abuso de superioridad	
2	565/18, de 19 nov. Roj: STS 3757/2018	J.A. Sánchez Melgar	Parentesco	También violencia habitual.
3	584/18, de 23 nov. Roj: STS 3970/2018	E. De Porres	Abuso de superioridad	No aplica el art. 22.4 por falta de prueba
4	707/18 de 15 en. 19 Roj: STS 67/2019	A. Palomo	Parentesco Ensañamiento	Atenuante de Reparación del daño
5	99/19, de 26 feb. Roj: STS 591/2019	L. Varela		Dos delitos del art. 153.1 CP, uno en concurso medial con la violación
6	223/19, 29 abr. Roj: STS 1415/2019	F. Monterde	Parentesco Ensañamiento	Atenuante de Confesión. Quitán art. 22.4 por defecto procesal
7	351/19, de 9 jul. Roj: STS 2466/2019	F. Monterde	Parentesco Aprovechamiento lugar	
8	413/19, de 21 mar. Roj: ATS 4189/2019	J.A. Sánchez Melgar		Aten. de Trastorno mental y de Reparación del daño
9	452/19, 8 oct. Roj: STS 3035/2019	V. Magro	Parentesco	No se aplica art. 22.4 por defecto formal
10	663/19, de 14 ene. Roj: STS 90/2020	J.A. Sánchez Melgar	Parentesco	Se aplica art. 22.4 en delitos de allanamiento, lesiones, amenazas y quebrantamiento.
11	12/20, de 23 ene. Roj: STS 267/2020	M. Colmenero	Parentesco	Se aplica art. 22.4 en amenazas
12	136/20, de 8 may. Roj: STS 934/2020	V. Magro	Parentesco	
13	257/20 de 28 may. Roj: STS 1664/2020	J. R. Berdugo	Parentesco Abuso de superioridad	Se aplica art. 22.4 en detención ilegal. Varios delitos de lesiones y uno de violencia habitual
14	266/20, de 6 feb. Roj: ATS 2267/2020	M. Marchena	Parentesco	Se aplica art. 22.4 en agresión sexual. Hay varios delitos de lesiones y uno de violencia habitual
15	444/20, de 14 sept. Roj: STS 2904/2020	A. Ferrer		No hay pareja. Se aplica art. 22.4 en agresión sexual, pero no en delito de lesiones.
16	472/20, de 24 sept. Roj: STS 3108/2020	M. Marchena	Parentesco	

## Capítulo VIII

---

# Ni impunidad ni punitivismo. Sinrazones de la actual interpretación de la agravante por razón de género del artículo 22.4 del Código Penal

*Adela Asua Batarrita*

Catedrática emérita de Derecho Penal UPV/EHU

**Resumen:** La prevención de la violencia de género requiere un tratamiento de amplio espectro que implique a toda la sociedad, más allá del cometido concreto de la justicia penal. Superado el estadio de casi impunidad de las manifestaciones menos graves de violencia de género, la experiencia de los treinta últimos años nos muestra que las previsiones punitivas no son insuficientes, sino que las insuficiencias residen en los programas de detección y diagnóstico de situaciones de riesgo, en las medidas de refuerzo de la asistencia social y jurídica a las víctimas para protegerlas y para favorecer su autonomía y su empoderamiento, objetivo que se subraya en el Convenio de Estambul. Por ello sorprende que en nuestro país se reiteren propuestas de incremento punitivo, de aplicación de agravantes y de interpretación judicial en el sentido de ampliar el campo de aplicación de éstas, como ocurre con la actual interpretación del art. 22.4 CP, precepto que acoge la denominada agravante de odio discriminatorio, tradicionalmente referida a colectivos victimizados por estereotipos que apuntan a la exclusión social.

La perspectiva de género opera como herramienta de análisis social e histórico de las estructuras sociales y de las concepciones culturales que construyeron la idea de las desiguales capacidades conforme al binomio de adscripción hombre/mujer en que las personas quedaron divididas en el orden social. Análisis esclarecedor de la dimensión del problema y por ello decisivo para las estrategias y políticas de prevención de la discriminación y de las violencias contra las mujeres. Las representaciones mentales arraiga-

das sobre la desigualdad actúan como caldo de cultivo, pero como fenómeno sociológico en sí mismas no son, ni deben considerarse, objeto de la intervención penal, sino de la reprobación social. Por más que el discurso jurídico penal se enriquezca al explicar la vulneración de los bienes jurídicos afectados desde nuevas claves de sentido. Y en lugar de referencias a los celos, al crimen pasional, al pudor femenino o al desorden libidinoso, encontremos afortunadamente referencias al significado de la igual dignidad, la pretensión de dominación, a la integridad moral de la víctima cosificada, al derecho a la autodeterminación individual. Entender mejor las causas, explicar mejor el daño del delito no debe confundirnos a la hora de fijar la responsabilidad del agente individual que causa el daño siguiendo pautas culturales que todavía mantiene su impregnación en la sociedad.

## 1. Introducción: prevención de la violencia de género de forma coherente con el diagnóstico de sus raíces estructurales

Tolerancia cero contra la violencia de género, no a la impunidad, son lemas que han ido extendiéndose de forma creciente a lo largo de campañas y programas, planes de acción y modificaciones del código penal desde hace tres décadas. La incorporación de nuestro país a la Unión Europea en 1994 dinamizó las políticas de igualdad y de no discriminación de las mujeres, así como las medidas contra la violencia de género, en consonancia con las Declaraciones de Naciones Unidas, y las obligaciones que ya habían sido adquiridas con la ratificación de los Convenios internacionales en esta materia desde que en 1984 quedó incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el Convenio para la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer<sup>1</sup>. Fruto de aquel lento caminar, ahora parece lejano aquel tiempo en el que era difícil denunciar, probar, designar con nombre propio lo que se calificaban como problemas privados de la pareja o asuntos de familia.

La atención mediática a los asesinatos de mujeres por sus parejas comienzan a denominarse crímenes machistas, abandonando los antiguos titulares que daban cuenta de crímenes pasionales. Parecían cosas de determinados ambientes de exceso o locura. Se va asentando el interés y la conciencia de la dimensión del problema, la trascendencia pública y política y la necesidad de una estrategia que permita detectar los casos de maltrato habitual, que van a pasar a considerarse en el código penal un delito contra la integridad moral. El punto de inflexión más relevante se produce con la decisiva LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Desde ese momento queda incorporada expresamente al léxico jurídico penal la terminología de género y las explicaciones y definiciones de los Convenios internacionales sobre las raíces de la discriminación y de la violencia contra las mujeres<sup>2</sup>. A la vez se presentaba un programa de

---

<sup>1</sup> Naciones Unidas, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, ratificado por España en diciembre de 1983 y publicado en el BOE de 21 de marzo de 1984.

<sup>2</sup> *Vid.* con completas referencias, Maqueda Abreu, M. Luisa, «La violencia de género: Entre el concepto jurídico y la realidad social», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 08-02, 2006.

abordaje integral, no solo mediante instrumentos de protección, de tutela, de acompañamiento, sino de medidas de sensibilización, educación, y formación sobre las características del fenómeno de la violencia de género.

No obstante en cuanto a las medidas de protección específicas respecto a vivienda, situaciones laborales, y posibles prestaciones de distinto tipo, se decide limitar el ámbito de su aplicación a un determinado segmento de la violencia de género, el que tiene lugar en el marco de las relaciones de pareja que constituye una parte especialmente significativa y especialmente preocupante por su extensión y por su tradicional opacidad. La ambición general de la ley, se contrarresta con esta decisión pragmática de concentración de los recursos a este ámbito, pero sin que se pueda deducir de ello que se desconocía la amplitud y variedad de la fenomenología de la violencia de género, como puede deducirse de la Exposición de Motivos de la Ley. Y asimismo en el capítulo de medidas de carácter penal y procesal, en el de la adscripción de los casos a los nuevos Juzgados de Violencia contra la Mujer, las previsiones se delimitan a la violencia en el ámbito de la pareja. De esta demarcación se han derivado algunas confusiones posteriores por quienes creían ver en la LO 1/2004 la fuente de las definiciones de violencia de género y no solo un instrumento normativo delimitado en sus objetivos.

Tras quince años de vigencia de la Ley integral, la intensa y extensa experiencia de su aplicación y los estudios de seguimiento conducen a reconocer sus aciertos y también las limitaciones, pero el balance es sin duda positivo y a la vez estremecedor en sus cifras<sup>3</sup>. De las numerosas reflexiones publicadas me interesa resaltar algunas señaladas en los estudios más serios y documentados sobre la necesidad de reforzar los aspectos extrapenales de la política de prevención<sup>4</sup>.

El hecho de que un alto porcentaje de casos las mujeres no denuncien sitúa de nuevo el problema en la falta de confianza de la víctima en el sistema penal, por las dudas sobre la clase de protección que puede brindarle, y porque las particularidades de cada caso, en un ámbito como es el familiar o el de la pareja, resultan poco compatibles con la estructura del proceso penal y su focalización en la condena y en el castigo<sup>5</sup>. Obtener la información sobre los recursos efectivos con los que puede contar ante situaciones de grave riesgo, sin tener que acudir a la denuncia penal, parece ser decisivo. Por ello, se insiste en que las medidas pendientes de refuerzo, de inversión en recursos humanos y económicos

---

<sup>3</sup> Cfr. Pérez Manzano, Mercedes, «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 34, 2016, p. 26 ss.

<sup>4</sup> Lorenzo Copello, Patricia, «La violencia de Género en la Ley Integral: Valoración político-criminal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, n.º 7, 2005, p. 8 ss; Maqueda Abreu, M. Luisa, «1989-2009: Veinte años de 'desencuentros' entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», *REDUR*, n.º 7, 2009, pp. 25-35. Villacampa Estiarte, Carolina, *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

<sup>5</sup> Por todos, Cfr. Larrauri Pijoan, Elena «¿Por qué retiran las mujeres maltratadas la denuncia?», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 12, 2003, p. 271 ss.; y misma autora, «¿Castigar al agresor o proteger a la víctima? Una crítica feminista a la Sentencia del Tribunal Supremo 389/2020 de 10 de Julio», *InDret*, n.º 4, 2020, p. XIV ss. reciente comentario sobre las restricciones al derecho de la víctima a no declarar contra su pareja.

son aquellas que favorezcan el «empoderamiento» de las víctimas que neutralicen o disminuyan las condiciones de vulnerabilidad. La complejidad de las relaciones familiares y de pareja con todas sus consecuencias en el desenvolvimiento cotidiano de la vida, la propia y la de los hijos en su caso, obligan a considerar que, aunque proclamemos que la violencia de género es un problema público y político, la forma de intervención no puede seguir tajantemente las mismas pautas que orientan la investigación de las conductas delictivas «ordinarias», en las que no concurre esta dimensión que implica al ámbito de la esfera vital. Es ciertamente una tarea delicada impedir que la familia y la pareja se conviertan en un enclave de impunidad, lo cual requiere un abordaje inteligente y respetuoso con los derechos de las víctimas. Y sin duda, igualmente respetuoso con las garantías constitucionales que amparan a toda persona imputada por cualquier delito.

Podemos decir que a estas alturas del siglo XXI, se está consiguiendo desterrar la impunidad y la minusvaloración de la gravedad de las formas de maltrato, de forma especial en el ámbito de la pareja. Puede decirse que ya no hay impunidad porque la ley penal, la organización procesal y los medios de apoyo a la víctima están operativos, aunque sean sin duda muy perfeccionables. La lucha contra la impunidad como lema suena bien, suena a decisión firme de luchar contra esa «lacra» dirán algunos, contra esa «pandemia» dicen otros —como si fuera algo que ha llegado hace poco y desaparecerá en un tiempo corto—, pero la erradicación de estas prácticas pasa por la transformación de la sociedad en materia de reconocimiento de derechos y de oportunidades sin exclusiones o desventajas por razón de género. Es evidente que el cambio se está produciendo en alta medida en nuestras coordenadas geográficas europeas, aunque como es sabido, algunos países son más reticentes e incluso advierten en ocasiones de su eventual retirada de la lista de los países firmantes del Convenio de Estambul. También es evidente por otro lado que, como los avances en la igualdad no prosperan al mismo ritmo, incluso dentro de cada país, sino condicionados por las interferencias de otras desigualdades —la llamada interseccionalidad de factores de discriminación social<sup>6</sup>—, queda todavía mucho camino por recorrer. Un camino en el que no se puede avanzar sin la cooperación de las víctimas.

Y aquí es donde entra en juego el dilema y el reto entre el interés de perseguir los delitos y el deber de respetar los derechos de la víctima, que es el reto de atender y proteger a la víctima con los medios adecuados a sus circunstancias, de poner a su disposición recursos u opciones específicas —acciones de discriminación positiva en su favor—, que le doten de recursos para desarrollar su autonomía y ejercer sus derechos. Medidas de discriminación positiva que compensen o ayuden a neutralizar las desventajas de partida, la desigualdad real insertada en la discriminación culturalmente fabricada sobre las construcciones de la desigualdad de género. Prestaciones que el instrumento punitivo no puede ofrecer porque su cometido es solemnizar el reproche de la conducta mediante el castigo que debe sufrir el ofensor, lo que puede compensar el daño moral pero no remover las dificultades reales que la víctima padecía o padece antes o después de la agresión delictiva.

---

<sup>6</sup> Cfr. Barrère Unzeta, Maggi y Morondo Taramundi, Dolores, «Subordinación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45, 2011, p. 15 y ss.

El énfasis en las medidas extra-penales es un objetivo necesario y coherente con la naturaleza de los problemas de la violencia de género, conforme a lo que a estas alturas se acepta como conocimiento de su génesis y de los factores que la propician. Por un lado, el sustrato profundo de una estructura de desigualdad asentada durante siglos en la organización social política y económica, en la que la mujer queda culturalmente constituida como subordinada y destinada a las labores propias de su sexo, conforme a sus hipotética inferior capacidad. Construidas las propias identidades de hombres y mujeres conforme a esa distribución desigual y dicotómica, el rol de dominio del varón se corresponde con las expectativas de subordinación y la legitimidad del control de las mujeres. La profundidad del calado de estas concepciones no se descompone sin más por imperativo legal, aunque la ley derogue todas aquellas que avalaban el antiguo orden de inequidades.

Sin la comprensión de este trasfondo y sin la puesta en marcha de medidas que combatan aquel antiguo orden no pueden esperarse los resultados pretendidos. Por ello resulta imprescindible esa combinación, en su justo y difícil equilibrio, de la intervención penal y de las intervenciones preventivas de amplio alcance. Esta es la filosofía y el diagnóstico que ha venido inspirando los Convenios internacionales y programas antes aludidos, y esta es la filosofía que renueva de forma más reciente el Convenio aprobado en el marco regional del Consejo de Europa, conocido como Convenio de Estambul<sup>7</sup>, que entró en vigor en España en 2014. Y esta perspectiva debe estar presente en los discursos que justifican la intervención penal y en las explicaciones de la lesividad de las conductas punibles. La frecuencia con la que hoy se apela al Convenio de Estambul para justificar una intervención penal reforzada merece que recordemos hasta qué punto las previsiones del Convenio no se caracterizan por el predominio de las medidas punitivas.

## 2. El Convenio de Estambul

El Convenio de Estambul, dedicado a la «prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica», contiene en su Preámbulo el mismo diagnóstico que anteriores Resoluciones Internacionales, a las que remite, venían avanzando desde hace algunas décadas:

«Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra la mujer está basada en el género, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres».

Raíces estructurales de las prácticas de dominación porque éstas se asientan en los estereotipos sobre la inferioridad y la natural subordinación de las mujeres —roles de género— por un lado, y por otro, porque se reconoce que el propio uso de la violencia es funcional para el mantenimiento de esa subordinación. Una concatenación innegable

---

<sup>7</sup> *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Ratificado por España en 18 de marzo de 2014.*

como explicación general, pero que en el plano del examen individualizado de cada caso no puede darse por certera cuando se trata de imputar culpas individuales.

El desmoronamiento de las estructuras de discriminación depende sobre todo de los cambios sociales sobre el significado de la igualdad, y de los cambios normativos y estructurales que consagraban las desigualdades. Las particulares conductas individuales, por más que se inserten en aquellos patrones de la desigualdad, por lo general no tienen la capacidad de neutralizar aquel desmantelamiento, si la sociedad se lo ha tomado en serio. La diversidad en cuanto a gravedad y en cuanto modalidades, de las manifestaciones de la violencia de género, obligan a advertir sobre la improcedencia de las generalizaciones. Y concretamente la improcedencia de utilizar silogismos generales en la individualización de responsabilidades ante la justicia penal.

El Convenio declara como meta o aspiración básica la creación de «una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica». Para ello, señala entre sus principales objetivos, el cometido de «Contribuir a eliminar toda forma de discriminación contra la mujer y promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo el empoderamiento de las mujeres» (art. 1 d). A tal fin, impone a los estados firmantes una serie de obligaciones consistentes en la articulación de medidas de prevención, de promoción, de sensibilización, de apoyo y seguimiento, además de las concretas previsiones de penalización de un listado de conductas graves. Una perspectiva efectivamente de amplio espectro o multicompreensiva, en consonancia con el diagnóstico de las causas que lo propician. Una perspectiva integral, de ahí su acierto. Similar en las líneas básicas, la ley española de Protección Integral, LO 1/2004, que asentó el cambio de rumbo en el entendimiento de las claves de la violencia de género en nuestro país y que ha permitido que la entrada en vigor del Convenio de Estambul no haya generado controversias ni críticas, porque la mayor parte de sus previsiones y, sobre todo su metodología y enfoque, coinciden con las medidas previstas en la llamada Ley Integral. Con una diferencia no menor, por la limitación señalada de la LO 1/2004 a la violencia en relaciones de pareja, y básicamente en el ámbito familiar<sup>8</sup>. El Convenio de Estambul modifica el panorama a estos efectos y requiere la extensión de las políticas de prevención y de tutela a todas las modalidades delictivas de violencia de género<sup>9</sup>.

Tengamos en cuenta que ya desde la Convención de 1979 para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer se asumió la obligación de «coadyuvar

---

<sup>8</sup> Como señalé en otro momento, la LO 1/2004 facilitó que la jurisprudencia incorporara la perspectiva de género y las referencias a los «climas de dominación» en el maltrato en pareja o en el ámbito doméstico, pero paradójicamente no incorporó esa perspectiva en relación a las agresiones sexuales en ese mismo ámbito: Cfr. Asua Batarrita, Adela, «La violencia sexual y maltrato habitual en la pareja. Líneas de evolución del discurso jurisprudencial», en AAVV, *Discriminación y género. Las formas de violencia*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2011, pp. 76 y ss.

[www.academia.edu/25929765/Discriminación\\_y\\_género.\\_Las\\_formas\\_de\\_la\\_violencia](http://www.academia.edu/25929765/Discriminación_y_género._Las_formas_de_la_violencia)

<sup>9</sup> En este sentido, el reciente Informe de la Comisión GREVIO (Grupo de Expertos) del Convenio de Estambul, respecto a España: Evaluation Report Spain, *on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*, october 2020 ([www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/grevio-publishes-its-first-baseline-report-on-spain](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/-/grevio-publishes-its-first-baseline-report-on-spain)).

a la modificación de los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres para eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres» (art. 5 de la Convención). Y que el propio preámbulo de aquella norma ya destacaba que «para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia».

En consonancia con el diagnóstico anterior y con los objetivos enunciados, el Convenio subraya que las «Políticas integradas de prevención», que los estados vienen obligados a desarrollar, deben ser globales y coordinadas, efectivas, dotadas de correspondientes recursos financieros, y con apertura a la participación de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil; políticas de sensibilización, educación, de formación de profesionales para la aplicación de los principios del Convenio, programas de implicación del sector de tecnologías de información. Otro de los vectores se centra en la obligación de implementación de medidas de protección y apoyo a las víctimas, tanto generales como especializados, explicitando un aspecto que merece subrayarse porque es decisivo para asegurar una protección real y a la vez respetar la libertad de la mujer para adoptar sus propias decisiones en sus concretas circunstancias.

Concretamente en el art. 18.4 establece que: «La prestación de servicios no debe depender de la voluntad de las víctimas de emprender acciones legales ni de testimoniar contra cualquier autor de delito». Una aclaración fundamental para dotar de protección a las víctimas, para facilitar su acceso a la información y las prestaciones pertinentes, sin los condicionamientos y consecuencias de las puesta en marcha de un proceso penal, respetando por lo tanto sus decisiones al respecto.

Prevención, protección, persecución, y coordinación, conforman los cuatro pilares fundamentales del Convenio de Estambul, como se repite en su política de comunicación desplegada en su web ([www.coe.int/en/web/istanbul-convention](http://www.coe.int/en/web/istanbul-convention)).

## 2.1. La definición de la violencia de género desde criterios estadísticos

No pretendo aquí hacer un comentario general al Convenio, sino destacar únicamente algunos aspectos en lo referido a conceptos que tienen relevancia en la interpretación jurídico penal y en los criterios político criminales que propugna, comenzando con los criterios o indicadores utilizados para poder identificar los delitos que pueden calificarse como manifestaciones de violencia de género.

En la lista de definiciones, el art. 3 apartado d) establece que «por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada»<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> En el mismo artículo 3, letra a) se ofrece la definición general, que subraya la lesión de derechos fundamentales de la mujer: «Por «violencia contra la mujer» se deberá entender una violación de los

La primera referencia «porque es una mujer» aparecía en definiciones de Documentos de Naciones Unidas, pero puede considerarse ambigua y necesitada de interpretación para que no se quede en una afirmación intuitiva o de la experiencia común porque resulta demasiado polisémica y poco operativa<sup>11</sup>. El segundo indicador —«que afecte a las mujeres de manera desproporcionada»— de carácter objetivo y estadístico resulta más certero. Aporta un dato empírico que detecta la presencia de la violencia de género en su realidad cuantitativa: cuando las víctimas de determinados delitos son abrumadoramente mujeres es claro que el hecho de «ser mujer» tiene que ver con ello. Y precisamente en estos supuestos el patrón repetido revela una conducta que expresa control y pretensión de sometimiento en la relación interpersonal hombre-mujer. No es que esta pretensión de sometimiento no pueda aparecer también respecto a hombres o niños, como víctimas de agresión o imposición, pero el hecho de que sean conductas que de forma abrumadora, o muy mayoritaria recaen sobre mujeres, se convierte en indicador de que la imposición se asocia a expectativas o actitudes que se atribuyen culturalmente a las mujeres.

En definitiva, son expresiones que se sitúan en el universo simbólico de las relaciones interpersonales conforme a códigos de interpretación de lo que se entiende por roles de género. Por ello, el reproche penal puede resaltar este aspecto para dar cuenta del significado concreto de tales prácticas. No es una mera restricción de libertad, es una restricción de libertad que expresa las expectativas de sumisión por ser mujer. La explicación neutra —afectación a la libertad de decisión, a la libertad de movimientos...—, fórmula general de referencia al bien jurídico afectado en un delito de coacción, amenazas, o detención ilegal, no ofrece de forma completa las claves de significado de las formas de imposición o de agresión prototípicas contra las mujeres.

La caracterización de una conducta como delito de violencia de género tiene consecuencias por un lado para el agresor en cuanto a medidas de intervención específicas —penas accesorias, prohibiciones de acercamiento, o medidas acordadas con pronósticos de peligro—, y por otro lado para las víctimas en cuanto el acceso a servicios especializados de asesoramiento y ayuda, antes del proceso, durante y después. Por ello es impor-

---

derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada». Una definición prácticamente calcada de la que recogía en su artículo 1 la Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993, (Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas núm. 48/104, del 20 de diciembre de 1993, A/RES/48/104). Y por ello también coincidente con el propio artículo 1 de la LO 1/2004 española, la ley integral contra la violencia de género.

<sup>11</sup> La definición proviene de Diana Russell en los años 90 en su propuesta de caracterizar el feminicidio respecto al asesinato común y en el intento de llamar la atención sobre el carácter letal de la violencia contra mujeres y niñas en muchos lugares del mundo; *Cfr.* Russell, Diana E.H., «Femicide: the Murder of Wives», *Rape in Marriage*, Indiana University Press, Bloomington, 1990, p. 286. Sobre las precisiones posteriores que la propia Russell fue añadiendo, y otras referencias, *Vid.* Pérez Manzano, Mercedes, «La caracterización del feminicidio de la pareja o ex pareja y los delitos de odio discriminatorio» *Derecho PUPC*, n.º 81, 2018, p. 170 y 177. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.006>

tante detectar estas situaciones que pueden indicar necesidad concreta de tutela especial o medidas de apoyo determinadas. Medidas efectivas de protección a la víctima que la mera imposición de la pena al agresor no puede ofrecer. Por eso, suponer que con un incremento de la pena se consigue una mejor protección de la víctima es una mera formulación hipotética que no se corresponde con la realidad de las necesidades más perentorias de las víctimas en esta clase de delitos.

Que además las notas propias de la violencia de género signifiquen que estamos ante conductas más graves que cuando se realizan en otro contexto, es algo que requiere mayores reflexiones. La preocupación de los juristas por el ajuste de niveles exactos de gravedad de las conductas resulta en muchas ocasiones distorsionador. Los rasgos propios de la violencia de género sitúan la desvalorización en el menosprecio de la igual dignidad y la implícita o explícita pretensión de subordinación. Rasgos que individualmente considerados pueden darse en ataques de cualquier persona contra otra —golpear para humillar, someter, castigar— pero que desde el hecho de su presencia sistemática conforme a un patrón reiterado respecto a las mujeres, remite a ese contexto cultural de las asignaciones de inferioridad por razón de género. Lo cual no debe conducir a afirmar que comportan siempre un *plus* de gravedad y que además necesariamente debe reflejarse en una agravación por razón de género. Dentro del amplio campo de modalidades de violencia de género es imprescindible diferenciar los supuestos y asimismo tener en cuenta cómo operan las reglas de la individualización de las penas y el espacio de juego que ofrece para concretar la decisión sobre la pena ajustada al caso<sup>12</sup>.

## 2.2. Sobre sanciones y agravaciones: sin rastro de una hipotética «agravante de género»

El Convenio de Estambul no se refiere en ningún momento a la conveniencia de una «agravante» por razón de género. Sí se preocupa de subrayar la necesidad de tipificar una lista de conductas que en algunos de los 47 países miembros del Consejo de Europa no estaban suficientemente perfiladas como delito, o presentaban carencias en cuanto a la efectiva investigación y sanción de las mismas. Es decir, se trata en primer lugar evitar la impunidad, la tolerancia respecto al maltrato, y la ineficiencia en la investigación de las denuncias. Entre estas conductas se destaca la obligación de penalizar como delito la violencia psicológica grave mediante amenaza o coacciones, el acoso y el acoso sexual, los matrimonios forzados, la mutilación genital femenina, el aborto y la esterilización forzosas; además de los actos de violencia física, y los delitos sexuales entendidos como conductas realizadas sin el consentimiento de la persona que padece la imposición<sup>13</sup>. Una lista de previsiones que no suponen novedad en el elenco de delitos que recoge en la actualidad el código penal español.

<sup>12</sup> Pérez Manzano, Mercedes, «Algunas claves del tratamiento penal de la violencia de género: acción y reacción», *RJUAM*, n.º 34, 2016, p. 49, sobre la suficiencia de los márgenes de la determinación de la pena para atender los matices de la gravedad del hecho, sin acudir necesariamente a una agravante.

<sup>13</sup> *Vid.* artículos 33 a 40 del Convenio. Las descripciones no son un ejemplo de acierto técnico, que cada país debe adecuar a las exigencias del principio de legalidad (artículo 3 del CDEDH).

En segundo lugar, la no impunidad requiere no solo la tipificación expresa del listado de conductas señalado, sino la adecuada previsión de sanciones y la efectiva investigación y la punición adecuada. Como establece el art. 45, titulado «Sanciones y Medidas»:

«1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que los delitos previstos en el presente Convenio sean castigados con sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según su gravedad. Estas incluirán, en su caso, las penas privativas de libertad que pueden dar lugar a la extradición.

2. Las Partes podrán adoptar otras medidas en relación con los autores de los delitos, tales como:

- El seguimiento o la vigilancia de la persona condenada;
- La pérdida de sus derechos dimanantes de la patria potestad si el interés superior del menor, que puede incluir la seguridad de la víctima, no se puede garantizar de ninguna otra forma»

Se reiteran así los tres criterios clásicos del derecho europeo en materia de sanciones: éstas deben ser «efectivas, proporcionadas y disuasorias». Las pautas para sentar la proporcionalidad y el carácter disuasoria de las penas quedan a la decisión de los estados conforme a los marcos punitivos propios de cada estado. No puede decirse que el Convenio obliga a imponer penas graves, duras, o determinadas en su naturaleza, sino que se correspondan con aquellos criterios de proporción y de efectividad disuasoria que sí son criterios imperativos. En cuanto a las medidas no privativas de libertad que se orientan a la prevención de repetición de la conducta o a la tutela de la víctima o de los hijos, las previsiones del código penal recogidas en el art. 57 del CP superan en amplitud a las indicadas en el Convenio, además de imponerse de forma imperativa en los supuestos de violencia en el ámbito de la pareja y violencia doméstica (art. 57.2)<sup>14</sup>.

En cuanto al ajuste de la pena adecuada las circunstancias que indican una mayor gravedad de los hechos, el Convenio es explícito y casuístico en la especificación de la lista de «circunstancias agravantes» que las leyes de los estados deben contemplar para que «puedan ser consideradas» en la determinación de la pena. Dice textualmente el art. 46, titulado «Circunstancias agravantes»:

«Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que las circunstancias que se expresan a continuación, siempre que no sean de por sí elementos constitutivos del delito, de conformidad con las disposiciones aplicables de su derecho interno, puedan ser tomadas en consideración como circunstancias agravantes en el momento de la determinación de las penas correspondientes a los delitos previstos en el presente Convenio:

<sup>14</sup> Cfr. Ortubay Fuentes, Miren, «Pena accesoria de privación del derecho de acudir o residir en determinados lugares, de aproximarse la víctima o de comunicarse con ella: Artículo 57 CP», en Dopico Gomez-Aller, Jacobo y Álvarez García, Javier (dirs.), *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 237 ss.

- a) Que el delito se haya cometido contra un cónyuge o pareja de hecho actual o antiguo, de conformidad con el derecho interno, por un miembro de la familia, una persona que conviva con la víctima o una persona que haya abusado de su autoridad;
- b) Que el delito, o los delitos emparentados, se haya cometido de forma reiterada;
- c) Que el delito se haya cometido contra una persona que se encuentre en situación de vulnerabilidad por la concurrencia de particulares circunstancias;
- d) Que el delito se haya cometido contra o en presencia de un menor;
- e) Que el delito se haya cometido por dos o más personas actuando conjuntamente;
- f) Que el delito haya sido precedido o se haya acompañado de una violencia de extrema gravedad;
- g) Que el delito se haya cometido utilizando o amenazando con un arma;
- h) Que el delito haya provocado graves daños físicos o psicológicos a la víctima;
- i) Que el autor haya sido condenado anteriormente por hechos de similar naturaleza».

Agravantes previstas de forma específica para su aplicación a los delitos de violencia de género según los define el Convenio. Ni rastro de una supuesta agravación por discriminación de género, ni rastro de una obligación de establecer una agravante genérica.

El Convenio selecciona circunstancias que, como es conocido, no es infrecuente que concurren en los delitos de género y que determinen una connotación de mayor riesgo de mayor desprecio o de mayor daño, y que se corresponden con las previsiones del código penal en cuanto que ya se encuentran contempladas como agravantes en el catálogo del art. 24 CP, o se establece como agravaciones específicas en ciertos tipos delictivos. Además de la circunstancia de parentesco contemplada en el art. 23 CP. Téngase en cuenta que el Convenio establece los criterios pero no impone una fórmula concreta, sino la que sea precedente conforme a los distintos ordenamientos jurídicos, para que esas circunstancias puedan ponderarse a los efectos de agravar la pena, sin que tampoco se obligue a agravar en todo caso<sup>15</sup>.

Y el tenor del art. 46 del Convenio recuerda el principio general de *ne bis in idem* o de prohibición de doble recriminación o doble valoración de los mismos elementos. Las referidas circunstancias agravantes no podrán ser tomadas en consideración si se refieren a elementos ya inherentes a la figura delictiva de base; concretamente se refiere a los «elementos constitutivos» del delito lo que, a mi juicio, debe entenderse en el sentido de elementos constitutivos tanto expresos como implícitos. A ello me referiré de nuevo más adelante, en el análisis jurídico de la doble incriminación que puede producirse si se aprecia una «agravante de género» en delitos prototípicos de violencia de género.

Lo que resulta sorprendente es que la jurisprudencia española y parte de la doctrina continúe afirmando que el Convenio de Estambul impone a los estados la obligación de

---

<sup>15</sup> Vid. punto 235 de la Memoria Explicativa del Convenio, en el cometario al artículo 46. donde se pone de relieve que se ha pretendido la flexibilidad para que cada país se adapte conforme a sus propios criterios de determinación de la pena: *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Istanbul, 11.V.2011.

crear una agravante de género conforme a lo previsto en ese art. 46, y que la referencia explícita al «género» que se incorpora en la reforma de 2015 a la agravante del art. 22.4 CP responda al cumplimiento de aquella obligación<sup>16</sup>. Una afirmación que le conduce a interpretar que esa agravante general de «género» ha pasado a contemplarse en el art. 22.4 CP, pese a que este precepto acoge —desde el año 1995— la agravación que define a la discriminación odiosa contra grupos por razón de sus rasgos identitarios, la propia de los llamados «delitos de odio».

La confusión está servida. Hemos pasado de la crítica a aquella fórmula de la LO 1/2004 que estableció un ligera agravación a concretos casos de «microviolencias»<sup>17</sup> contra la mujer en la pareja específicamente señalados en determinados tipos penales, al aplauso a una agravación general de «machismo» y a la asunción de una discutible interpretación del alcance del precepto del art.22.4.

Las descripciones típicas con sujeto neutro (es decir el neutro atribuido al uso del masculino) parten de la idea abstracta de que cualquier persona puede ser autor o víctima del delito, aunque se trate de delitos que estadísticamente de forma mayoritaria inciden sobre las mujeres. Por ejemplo, la mutilación genital como delito de lesiones graves, del art. 149 CP: no hay duda de que la previsión específica introducida pretende reprobar la ablación genital femenina, una violencia de evidentes connotaciones de género, pero que queda formulada en «neutro»: «El que causara a otro...». ¿Será necesario que se adicione la agravante de género para confirmar la naturaleza de esa conducta, y diferenciarla de los hipotéticos casos en que se practicara sobre un niño? ¿O no sería redundante? Otro ejemplo: la trata de personas para obligarles al ejercicio de la prostitución. Mayoritariamente las víctimas son mujeres, aunque no exclusivamente. ¿Será necesario estimar la agravante de género cuando la víctima es una mujer para poder afirmar que es violencia de género? Más adelante me referiré a supuestos similares, al comentar la reciente jurisprudencia al respecto.

Conforme al Convenio de Estambul no hay duda de que se trata de supuestos de violencia contra la mujer, sin necesidad de indagar sobre una hipotética mayor gravedad por el hecho de responder a los patrones de discriminación de género. Importa la calificación para los registros de casos, para los estudios de la situación, pero no para finalidades de incremento de pena. Resulta por ello chocante el empeño de algunos sectores de opinión y de grupos políticos que consideran necesario reforzar la aplicación de un agravante de género, o incluso propugnan que debería apreciarse «automáticamente» en algunos delitos. Así se proponía en el Pacto de Estado de 2017 en materia de violencia de género<sup>18</sup> donde paradójicamente, junto a propuestas razonables de carácter trans-

<sup>16</sup> Vid. por ejemplo SSTS 677/2018 de 20 de diciembre, 99/2019 de 26 de febrero, 440/2020 de 14 de septiembre, entre otras muchas de la jurisprudencia de Juzgados de lo penal y Audiencias Provinciales.

<sup>17</sup> Sobre estas denominaciones, Maqueda Abreu, M. Luisa, «1989-2009: Veinte años de ‘desencuentros’ entre la Ley penal y la realidad de la violencia en la pareja», *REDUR*, n.º 7, 2009, p. 30.

<sup>18</sup> Secretaría de Estado de Igualdad-Delegación del Gobierno para la violencia de género (2019): «Documento refundido de medidas del Pacto de Estado en materia de Violencia de Género. Congreso+Senado». [https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento\\_Refundido\\_PEVG\\_2.pdf](https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PEVG_2.pdf)

versal, de formación, de refuerzo de los servicios de víctimas..., destacan algunas iniciativas de maximización punitiva, como refuerzo expresivo de la gravedad de la conducta mediante aplicación «obligatoria» de agravantes, y a la vez mediante la supresión de atenuantes como la de reparación y de confesión<sup>19</sup>.

La tendencia a reforzar el énfasis punitivo mediante la estimación de agravantes genéricas parece no suscitar mayores críticas, por el momento, en los operadores jurídicos. Como si hubiera una resignación a aceptar cualquier tipo de medida de aparente refuerzo, aunque resulte discutible incluso su eficacia preventiva. Pero resulta inevitable que se produzcan explicaciones insatisfactorias cuando se fuerza trasladar a categorías jurídicas expresiones y calificaciones elaboradas desde otros parámetros explicativos. Así, lo que sirve para esclarecer el carácter estructural de la discriminación por razón de género propia del sistema patriarcal, y para entender en buena medida el fenómeno general de la violencia contra las mujeres, requiere otro tipo de elaboración cuando se trata de aquilatar la responsabilidad penal individual y los concretos perfiles del daño a la víctima concreta<sup>20</sup>. Los factores que inciden en los comportamientos individuales son complejos, no unívocos, al igual que los patrones culturales de socialización en la desigualdad de género no solo crean sufrimiento a las mujeres; ni resulta correcto oponer agresores y víctimas como dos grupos enfrentados —hombres contra mujeres— simplificando la relevancia de los condicionamientos de la propia cultura patriarcal en las relaciones interpersonales. Los estudios etnográficos en este campo muestran la necesidad de un continuo replanteamiento de los factores que inciden en la pervivencia de las violencias de género en la sociedad post-industrial contemporánea, consumista, digital y telemática, con otros conceptos del tiempo y del espacio y otras expectativas en las relaciones interpersonales de pareja, que se alejan de los esquemas de la cultura patriarcal<sup>21</sup>. Y por ello se subraya la improcedencia de acoger explicaciones simplificadas que no tengan en cuenta las confluencias de múltiples factores que actúan como desencadenantes principales además de los conectados a la discriminación de género<sup>22</sup>.

Cuestiones que nos van a requerir más reflexión y más perspectiva crítica en el uso de los instrumentos jurídico-penales. Por ello voy a limitarme ahora a comentar algunos aspectos que considero preocupantes en referencia a la agravante en cuestión. Por un lado aquellos que hacen discutible la hipótesis de que el art. 22.4 CP haya dado acogida a una agravación general por razón de género; y por otro lado, los argumentos que ofrece la jurisprudencia para fundamentar el *plus* de gravedad.

---

<sup>19</sup> Así en el citado Documento en la propuesta n.º 108 se pide: «Generalizar la aplicación de la circunstancia agravante del art.— 22.4 del Código Penal para los casos de mutilación genital femenina»; y en la misma tónica la propuesta N. 110: «Recomendar la aplicación de dicha agravante en los delitos de agresión sexual y de abuso sexual [...]».

<sup>20</sup> Cfr. *In extenso* Abadía Cubillos, Marcela, *Feminismos y sistema penal. Retos contemporáneos para una legitimación del sistema penal*, Uniandes, Bogotá, 2018.

<sup>21</sup> Zurita Márquez, Evelina, «Investigación etnográfica sobre el maltrato a mujeres en la pareja: un análisis desde la antropología social», *IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*, 2012, p. 2169 ss. <https://idus.us.es/>.

<sup>22</sup> También Larrauri Pijoan, Elena, *Criminología crítica y violencia de género*, Trotta, Madrid, 2007, p. 39 ss.

### 3. La motivación «por razón de género» en el art. 22.4 CP a partir de la LO 1/2015: ¿una aclaración sobre los colectivos discriminados o una nueva agravante?

La reforma del código penal operada por la LO 1/2015 será recordada por haber introducido la pena de prisión permanente en pleno siglo XXI, y por muchas otras reformas de calado que han modificado numerosos preceptos del texto anterior. Algunas novedades suscitaron sonoros debates, fuera y dentro del Parlamento, mientras que muchas otras apenas trascendieron a la opinión pública. En el tema que nos ocupa, no hubo debate alguno ni explicación parlamentaria reflejada en actas sobre la oportunidad de crear una agravante por razón de género. No obstante el término «género» se incorpora a la lista de motivos discriminatorios que conforman la antigua agravante contemplada en art. 24.4 CP desde 1995. Por ello, a primera vista todo indica que el «motivo de género» añadido al art. 24 completa las referencias anteriores al sexo o a la orientación sexual como causas discriminatorias que afectan a determinados colectivos que históricamente han padecido exclusión y hostigamiento. Pero algunos sectores han entendido, a mi juicio forzando la interpretación sistemática, que con el nuevo término se ha creado una agravante de carácter autónomo, de distinto cariz al del resto de supuestos del art. 22.4, que se separa de los rasgos de éstos porque su campo de aplicación sería el de los delitos cometidos por «razones de género».

Las diferentes consecuencias de uno u otro entendimiento son importantes en cuanto a los requisitos exigibles para apreciar la agravación y por ello en cuanto a la amplitud de su campo de aplicación. Lo cual indica la importancia de indagar las razones que puedan apoyar las respectivas interpretaciones y de intentar la mayor coherencia hermenéutica.

Si el texto de un precepto admite dos lecturas que conducen a resultados muy distintos, el principio de legalidad y la seguridad jurídica quedan conmocionados y a expensas del intérprete. El principio de legalidad, requiere claridad en la ley pero también que la interpretación de la ley presente la consistencia y la coherencia pertinente conforme al sentido del precepto. La máxima hermenéutica *odiosa sunt restringenda*, advierte contra la tentación de una interpretación «creativa» extensiva del contenido típico o del ámbito agravatorio. Para comprobar el sentido del precepto en la mente *legislatoris* acudamos en primer lugar a sus explicaciones, Y en segundo lugar a una interpretación sistemática atendiendo a su ubicación, al sentido del precepto en que se inserta el término, y a la relación con otros preceptos que contienen ese mismo término cuyo preciso alcance se cuestiona.

#### 3.1. Las razones explícitas de la modificación

El tenor actual de la agravante contemplada en el art. 22.4 tras la reforma introducida por la LO 1/2015 de reforma del Código penal, es el siguiente:

«Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, creencias o religión de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, **razones de género**, la enfermedad que padezca o su discapacidad».

La inserción de las «razones de género» aparece como una precisión más en la lista de referencias a rasgos o características identitarias asociadas a estereotipos o prejuicios sociales que alimentan conductas discriminatorias. Y en este caso, a estereotipos propios del sistema binario de clasificación de las personas como hombre o mujer, y la correlativa construcción cultural de los roles de género masculino y femenino. La reforma incorpora esta adición de las «razones de género» al conjunto de preceptos que forman parte de los que se designa como «tutela penal antidiscriminatoria»: a los tipos penales que contemplan los delitos de «discurso del odio» en el art. 510 CP—en cada unos de sus apartados antiguos y en los nuevos supuestos ampliatorios que la propia reforma introdujo, por lo que aparece la referencia en cinco supuestos, acompañando, con la misma fórmula que contiene la agravante, a las demás causales de discriminación odiosa. Asimismo se incorpora «por razón de género» a los tradicionales figuras antidiscriminatorias que castigan la denegación de prestaciones públicas o privadas, previstas en los arts. 511 y 512 CP.

La Exposición de Motivos de la LO 1/2015 en su punto XXII ofrece una justificación escueta y críptica de esa nueva referencia al término «género» únicamente al referirse a la agravante:

«La razón por la que se incorpora el género como motivo de discriminación en la agravante 4.<sup>a</sup> del artículo 22, es que el género, entendido de conformidad con el Convenio n. 210 del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, aprobado en Estambul, como «los papeles, comportamientos o actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres», puede constituir un fundamento de acciones discriminatorias diferente del que abarca la referencia al sexo».

Resulta chocante que quienes redactaron aquella Exposición de Motivos no hubieran advertido que el concepto de género que ofrece el Convenio de Estambul ni es nuevo ni es desconocido para el ordenamiento jurídico español, ni para la jurisprudencia, desde las resoluciones del TC hasta la larga relación de sentencias en materia de empleo, por citar un campo específico de uso de este concepto. Y por supuesto las referencias a la normativa internacional, a las numerosas Resoluciones del Consejo de Europa y de la Unión Europea, a las propias referencias que ya encontramos en la LO 1/2004, ley integral contra la violencia de género<sup>23</sup>. Y sorprende que el ya asentado entendimiento del binomio sexo/género salga a relucir para indicar que tal vez la discriminación por género pueda entenderse como algo distinto que la discriminación por sexo. Tampoco queda muy claro cuáles pueden ser las acciones discriminatorias penadas en el código que requieren tal matización, si bien solo hay dos grupos de supuestos tipificados penalmente que contemplan discriminaciones en sentido estricto: la denegación de prestaciones o servicios, públicos o privados tipificada en los arts. 511 y 512 y la discriminación grave en el empleo, sector público o privado, que reúna los requisitos de punición previstos en el art. 314.

<sup>23</sup> Aunque la LO 1/2004 no incorpora el término género a los preceptos sustantivos del código penal, la LO 15/2003 en la tipificación de los delitos de lesa humanidad en el art. 607 bis) introdujo el término «género» conforme a su uso en el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, del que proviene la obligación de tipificar aquellas conductas (cfr. al respecto del art. 7 del Estatuto de Roma).

Los delitos del «discurso del odio» provocación al odio, a la violencia o a la discriminación tipificados en el paradigmático y extenso art. 510 CP, son exponentes de la política criminal antidiscriminatoria dirigida a prevenir y contener brotes de xenofobia o de grave hostilidad, y climas de escalada agresiva que remiten más allá de la discriminación en situaciones concretas, a la exclusión de grupos o colectivos. En esta lógica se sitúa la agravante del art. 22.4 que precisamente se utiliza para connotar los «delitos de odio», para captar el *plus* de gravedad de la conducta delictiva por su modo de comisión y su contexto: el delito se convierte en mensaje de amenaza para quienes ostentan los rasgos del grupo al que se puede adscribir a la víctima concreta, o al menos de humillación y de negativa de reconocimiento del *status* de igual dignidad. Con el consiguiente efecto de amedrentamiento y repliegue respecto a los miembros del colectivo victimizado. También cabría detectar este efecto en algunos delitos de violencia contra las mujeres, parece querer decir la Exposición de Motivos. Y es posible respecto algunos supuestos muy concretos donde se trata de amedrentar a un colectivo de mujeres, o de hombres, por determinados rasgos de pertenencia, probablemente a otro colectivo discriminado.

La modificación del art. 22.4 no constaba en el Proyecto de Ley presentado al Congreso, y no fue objeto de debate, aunque UPyD había presentado una Enmienda con la propuesta de adición de una nueva agravante, que sería la número 9 del art. 22 CP, con el siguiente texto: «Ejecutar el hecho por motivos machistas, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres».

No era la primera vez que formulaba esta propuesta, unida a las propuestas de derogación de las agravaciones específicas que la LO 1/2004 incorporó como subtipos agravados para el maltrato contra la mujer en la pareja. Parte de los comentaristas de aquella reforma rechazaban precisamente esa técnica de incluir en el tipo penal una agravación género-específica, y propugnaban en su lugar, la introducción una agravante general «de machismo» o de «género» que se añadiría al listado de agravantes del art. 22 CP. Con la modificación del art. 22.4 que ahora comentamos, si entendiéramos que se trata de aquella agravante propugnada por UPyD, nos encontraríamos con la acumulación de los dos modelos, el género-específico que se mantiene, y la nueva agravación general.

Pero la enmienda no prosperó, como tampoco habían prosperado en ocasiones anteriores ésta misma enmienda ni otras análogas de otros grupos parlamentarios<sup>24</sup>. No obstante, en el último momento el Grupo Popular añade una enmienda que adiciona los motivos de género al art. 22.4 en los mismos términos que han quedado plasmados en la ley, y con la misma justificación escueta que quedó reproducida en la Exposición de Motivos. Lo que resulta muy sorprendente es la ausencia total de debate en las Cámaras legislativas, y lo mismo en los comentaristas de las propuestas de reforma de aquel momento. Creo que si se hubiera advertido de que se trataba de una operación de esas características se hubieran desencadenado apreciaciones críticas.

---

<sup>24</sup> Una documentada relación de las enmiendas en esta línea, referidas a las reformas del código penal de 2004, 2010, y 2015 en Orejón Sánchez de las Heras, Néstor, *La circunstancia agravante genérica de discriminación por razones de género*, Iustel, Madrid, 2019, p. 49 ss.

En el ámbito doctrinal no había dudas sobre el significado indistinto del uso de «sexo» o género» a efectos de detectar supuestos de discriminación de relevancia penal<sup>25</sup> aun cuando algunos hayan elucubrado al respecto sobre la misoginia como hostilidad al sexo femenino en sentido biológico y no como género<sup>26</sup>. Tampoco en la jurisprudencia se habían planteado dudas sobre el alcance del término sexo en los pocos casos en que se aplicó la agravante del art. 22.4 antes de su reforma en 2015. La famosa condena del año 2004 al Imán de Fuengirola por un delito de «discurso de odio» tipificado en el art. 510CP —por considerar que su prédica y consejos sobre cómo tratar a la esposa incitaban al odio contra las mujeres—, no generó observaciones sobre la hipotética confusión entre sexo y género<sup>27</sup>. No había dudas de que binomio sexo/género es inescindible a estos efectos.

La prohibición de discriminación por razón de «sexo» que establece el art 14 de la CE no ha impedido su entendimiento indistinto como sexo/género, como concepto que subraya los roles culturalmente asignados según el sexo<sup>28</sup> y para acoger la discriminación por la identidad u orientación sexual o por otras situaciones «heterodoxas», en su creciente diversidad de calificaciones en nuestros días<sup>29</sup>.

### 3.2. El fundamento de la agravante del artículo 22.4 en el marco de los denominados delitos de odio

La agravante del art 22.4 forma parte del conjunto normativo integrado por los preceptos antes señalados, que se incorporan al código penal en el año 1995 en aplicación

<sup>25</sup> Laurenzo Copello, Patricia, «¿Hacen falta figuras género— específicas para proteger mejor a las mujeres?», *Estudios penales y criminológicos XXXV*, 2015, p. 823; Maqueda Abreu, M. Luisa. «El hábito de legislar sin ton ni son. Una lectura feminista de la reforma penal de 2015», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 118, 2016, pp. 5-42; p. 7ss.; Rueda Martín, M. Ángeles, «Cometer el delito por discriminación referente al sexo de la víctima y/o por razones de género como circunstancia agravante genérica», *RECPC*, n.º 21, 2019, p. 25 ss.; Marín de Espinosa Ceballos, Elena, «La agravante genérica de discriminación por razones de género (artículo 22.4 CP)», *RECP*, n.º 20, 2018; p. 14 s.; Seoane Marín, María J. y Olaizola Nogales, Inés, «Análisis de la circunstancia agravante de discriminación por razones de género 22. 4.ª CP», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 39, 2019, p. 476.

<sup>26</sup> Únicamente Díaz López J. Alberto, *El odio discriminatorio como agravante penal. Sentido y alcance del art. 22.4.ª CP*, Civitas, Madrid, 2013 p. 300 s. entra en disquisiciones al respecto en relación con el significado de la misoginia. Desde la psicología y la antropología, científicamente documentada, Ferrer Perez, Victoria/Bosch Fiol, Esperanza. «Violencia de género y misoginia. Reflexiones psicosociales sobre un posible factor explicativo», *Papeles del Psicólogo*, n.º 75, 2000, p. 13-99. Sobre la misoginia romántica de la Ilustración que refundó el prejuicio de natural inferioridad de la mujer, Valcárcel, Amelia, *La memoria colectiva y los retos del feminismo*, en Naciones Unidas, CEPAL/ ECLAC, *Serie Mujer y Desarrollo*, Santiago de Chile, marzo 2001, p. 14 ss ( <http://www.eclac.org/publicaciones/5877-la-memoria-colectiva-retos-feminismo>).

<sup>27</sup> Cfr. Landa Gorostiza Jon M., *Los delitos de odio*, tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 95 ss.

<sup>28</sup> Como subraya Maqueda Abreu, M. Luisa. «El hábito de legislar...», *op. cit.*, pp. 5 ss, p. 10 s.

<sup>29</sup> Como reconoce Rueda Martín, M. Ángeles., «Cometer el delito...» *op. cit.*, p. 3; también anteriormente Acale Sánchez, María, *La discriminación hacia la mujer por razón de género en el Código penal*, Reus, Madrid, 2006, p. 411 ss.

del Convenio internacional sobre la eliminación de todas formas de discriminación racial de 21 de diciembre de 1965<sup>30</sup>. En ese conjunto el denominado «discurso del odio» (art. 510 CP) es la pieza central, que se caracteriza por el adelanto de la intervención penal a un momento anterior al estadio de los actos preparatorios, a un estadio de «provocación» por las palabras. Tal adelanto de la responsabilidad únicamente puede fundamentarse en la especial relevancia de ciertos contextos de riesgo grave para los miembros de un grupo identificados por rasgos determinados que han sido objeto de estigmatización y repudio históricamente, o lo son de forma patente en la actualidad. El castigo de la «provocación al odio o a la discriminación», y demás conductas injuriosas o humillantes que integran el actual art. 510, solo puede explicarse en esa clave. Y en esa clave interpretativa debe situarse el fundamento de una agravación que actúa reflejando el *plus* de conmoción de bienes jurídicos que produce un delito determinado cuando se comete «por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, creencias o religión de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad». Si bien lo decisivo no puede sustentarse en los «motivos» que quedan en el fuero interno, sino en la exteriorización idónea para poner en marcha o incrementar situaciones de riesgo claramente detectables.

La rapidez con la que se ha asentado la terminología anglosajona de los «delitos de odio» con su poder evocador de emociones parece emborronar la importancia de mantener fuera del derecho penal la indagación de los pensamientos y actitudes internas, por «odiosos» que sean, atrayendo al derecho penal lo que debe ser la necesaria confrontación dialéctica en el marco del debate social y político. El odio, la ira, la venganza son motivaciones comunes del actuar humano. Que el aliento del odio puede favorecer el paso al acto es evidente, pero mientras no se exteriorice en conductas delictivas, no traspasa la antesala de lo penalmente relevante. Ahora bien, para que además de la responsabilidad que corresponda por el delito en cuestión se haga necesario un incremento punitivo se requiere un argumento más sólido que el de la conexión causal del odio con la decisión de delinquir.

El hecho de que la agravante se formule refiriéndose a los «motivos» —«cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, u otra clase de discriminación [...]»— ha favorecido que buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia manifieste que se trata de una circunstancia de carácter subjetivo sustentada en la reprobación del móvil abyecto<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> La Exposición de Motivos de la LO 4/1995 que incorporó esta normativa apela a «La proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decidida para luchar contra ella. Ello resulta tanto más urgente cuando se presencia la reaparición en la guerra que asola la antigua Yugoslavia de prácticas genocidas que los pueblos europeos creían desahucadas para siempre». *In extenso* sobre la evolución de la normativa internacional y su reflejo en las leyes penales, Landa Gorostiza, Jon M., *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*, Comares, Granada, 2001.

<sup>31</sup> *Cfr.* referencias sobre las posiciones de doctrina y la jurisprudencia, por todos, en Díaz Maroto Villarejo, Julio. «La agravante por discriminación», Díaz Maroto Villarejo, Julio (dir.), *Estudios sobre la reforma del Código Penal*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 51ss.; Orejón Sánchez de las Heras, Nestor, *op. cit.*,

Pese a que en la práctica la exigencia de que el odio se proyecte sobre grupos vulnerables opera como un elemento de contención de una aplicación expansiva<sup>32</sup>. Fijar el acento en la motivación como eje central conduce a gran inseguridad jurídica, en primer lugar, por las evidentes dificultades de prueba y por la disparidad de criterios en sede judicial a la hora de interpretar su concurrencia<sup>33</sup>. Como señalaba Lorenzo Copello los motivos únicamente adquieren relevancia en su conexión con la idoneidad de la conducta para desplegar el efecto de repudio humillante contra un colectivo vulnerable, en negación de su derecho a no ser discriminado<sup>34</sup>. Landa Gorostiza subrayaba como elemento definidor el efecto amenazante, idóneo para inducir un repliegue o una estrategia de autoprotección de los miembros del grupo, de forma similar al efecto que se predica de los discursos de provocación al odio. Si bien cuando nos referimos a la agravante del art. 22.4 ese mensaje amenazante no deriva de lo que se dice, sino de lo que se hace —delito concreto de agresión física, daños, coacciones o amenazas...— y de cómo se hace, pues el mensaje va implícito en el delito al que se le adiciona la agravación. Como señala la siguiente definición de la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE):

«Delito de odio es cualquier infracción penal (contra las personas o propiedades), donde la víctima, el local o el objetivo se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a algún grupo social (cuyos miembros tienen una característica común real o percibida, como su “raza”, origen nacional o étnico, lenguaje, color de piel, religión, sexo, edad, discapacidad intelectual o física, orientación sexual o identidad de género, etc.)»<sup>35</sup>.

Dopico Gómez-Aller subraya que la agravante tiene un fundamento de carácter supraindividual o colectivo, y por ello se selecciona a la víctima por lo que representa en

---

p. 184 ss. Rebollo Vargas, Rafael, «Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio», en Landa Gorostiza, Jon M. y Garro Carrera, Enara. (dirs.), *Delitos de odio. Derecho comparado y regulación española, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018, pp. 195 y ss.

<sup>32</sup> Así en la STS 458/2019 de 19 octubre FJ 5, (caso Alsasua) se rechaza la agravante de cometer el delito por motivos ideológicos en unas agresiones a policías fuera de servicio, porque «es difícil argumentar una consideración de la Guardia Civil como colectivo vulnerable sin desnaturalizar la finalidad del precepto». Sobre la jurisprudencia del TEDH al respecto: Andérez Belategui, Mikel. «La protección institucional a través del discurso del odio: problemática general con especial referencia al caso «Savva Terentyev c. Rusia», en Alonso Rimo, Antonio y Colomer Bea, David, *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Aranzadi, Pamplona, 2019, p. 511 y ss.

<sup>33</sup> Rebollo Vargas, Rafael, «Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio», en Landa Gorostiza, Jon M. y Garro Carrera, Enara (dirs.), *Delitos de odio. Derecho comparado y regulación española, Tirant lo Blanch*, Valencia, 2018 pp. 195-220; en p. 215 ss.

<sup>34</sup> Lorenzo Copello, Patricia, «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º XIX, 1996, pp. 219 ss.; p. 181: la afectación a la dignidad haría incompatible la agravante con los delitos contra la integridad moral, y apunta que también se produciría inherencia con los delitos contra el honor (p. 284).

<sup>35</sup> Los delitos de odio violan el ideal de igualdad entre los miembros de la sociedad. Cfr. también el *Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia*, documento de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, A/HRC/22/17/Add.4, 11 de enero 2013, en particular los 6 criterios que sirven para delimitar la frontera entre un discurso de odio y el ejercicio de la libertad de expresión.

razón de su etnia, creencias, orientación sexual; puede ser elegida al azar y ser intercambiable, porque a través de ella se dirige la advertencia amenazadora para los miembros del grupo. Una conducta amenazante, por un lado, crea o actualiza la situación crítica de riesgo para el colectivo vulnerable, y por otra perpetúa o bien contribuye a perpetuar esa amenaza<sup>36</sup>. Frente al modelo del «ánimo» como elemento definitorio, la perspectiva objetiva se sitúa en el llamado «modelo de selección discriminatoria»<sup>37</sup>.

### 3.3. El limitado campo de apreciación del motivo de género desde el fundamento de los delitos de odio.

Si se asume este fundamento objetivo de los supuestos contemplados en el art. 22.4, la agravación por razón de género podrá apreciarse en pocos supuestos, que podrían ser aquellos que presentan varios elementos de discriminación grupal, —etnia, creencias, sexo o género...—<sup>38</sup>, supuestos denominados de interseccionalidad discriminatoria<sup>39</sup>. Solo en éstos puede confirmarse la concurrencia de una pretensión de amenaza o de manifestación hostil hacia un grupo por razón de sus rasgos identitarios, y será en estos casos donde se constata que la víctima es elegida como representativa de esos rasgos sobre los que se proyecta la hostilidad y la negativa al reconocimiento de su igual dignidad como persona. Víctimas intercambiables en cuanto que presenten las características consideradas «odiosas», como se destaca en la fenomenología de los delitos de odio.

Rasgos que no caracterizan los delitos de violencia en la pareja, o de violencia contra las mujeres en general, salvo excepciones. La comisión del delito en estos por regla general se comete de forma que puedan mantenerse ocultos, lejos de cualquier pretensión de amedrentar a otras mujeres. Así es cuando se trata de agresión en las parejas o ex parejas, pero también en el acoso laboral, o incluso en agresión sexual a una desconocida. Aunque de hecho se produzca un efecto de inseguridad y amedrentamiento respecto a eventuales futuras víctimas, no presentan la característica que define el delito de odio a colectivos que ejemplifican los actos xenófobos o supuestos análogos<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Dopico Gomez Aller, Jacobo, «Delitos cometidos por motivos discriminatorios. Una aproximación desde los criterios de legitimación para la sanción penal», AAVV, *El funcionalismo en derecho Penal, LH al Prof. Günther Jakobs*, T. II, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2003, pp. 499-526; p. 521 ss.

<sup>37</sup> *Legislación sobre los Delitos de odio (Guía Práctica)*. Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR), traducción y edición del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid 2017.

<sup>38</sup> Así el caso del ataque inopinado a una joven ecuatoriana en el metro de Barcelona con insultos y amenazas racistas que quedó grabado en las cámaras de video-vigilancia del vagón del tren; La condena del Juzgado de lo Penal n.º 16 de Barcelona de marzo de 2009 fue de 8 meses de prisión por una falta de lesiones y por un delito contra la integridad moral, aunque se explicita que fue un ataque racista y que se seleccionó a la joven «por su condición de inferioridad al ser inmigrante, mujer, menor de edad, y al hallarse desprotegida, prácticamente sola en un vagón».

<sup>39</sup> Sobre el concepto de interseccionalidad, Barrère Unzueta, M. Ángeles y Morondo Taramundi, Dolores, *op. cit.*, p. 15 ss.

<sup>40</sup> Sin ignorar la realidad de los femicidios, de características muy dramáticas en algunos países *Cfr.* Lorenzo Copello, Patricia, «Apuntes sobre el feminicidio», *RDPC*, n.º 8, 2012, pp. 119 ss. *Vid también* Pérez Manzano, Mercedes, «La caracterización del feminicidio de la pareja o expareja y los delitos

Las mujeres, como mitad de la población humana, no constituyen un colectivo, su presencia es transversal en cualquier grupo étnico, religioso, nacional, por pertenencia natural, aunque pueda predicarse en general su «subordiscriminación» estructural<sup>41</sup>, en términos históricos respecto a las prerrogativas masculinas dentro de cada grupo. Pero el esquema conceptual del «delito de odio» y los elementos que configuran la estructura objetiva de la agravación presenta un patrón comunicativo determinado, que sólo en supuestos muy particulares de violencia de género, puede llegar a concurrir<sup>42</sup> la utilización sexual forzada de mujeres, la trata de personas para su explotación y muchos otros capítulos de cosificación humana, pese al desprecio a la dignidad y la vulneración de derechos fundamentales, y pese a su intrínseca gravedad, responden a otra fenomenología diferenciada, Y por ello requieren de la articulación de medidas de prevención y de política criminal ajustada a sus específicas características que son distintas a las de los delitos de odio. Aunque puedan darse algunos puntos de contacto.

Hasta hace poco ni la Fiscalía ni las acusaciones particulares habían tomado en consideración que la violencia contra las mujeres podría atraer esta circunstancia<sup>43</sup> que se identificaba con la política anti-xenófoba de ataque a minorías vulnerables<sup>44</sup>.

#### 4. ¿Una nueva agravante general por razones de género?

La incorporación en 2015 de las «razones de género» al art. 22. 4 parece haber operado como un revulsivo para la jurisprudencia al asociar las referencias a la «motivación» y a la «discriminación» que contiene la agravante, a la argumentación que se venía desarrollando para explicar los tipos género-específicos de maltrato<sup>45</sup> incorporados diez

---

de odio discriminatorio», *Derecho PUPC*, n.º 81, 2018, pp. 163ss.; p. 179. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.006>

<sup>41</sup> Barrère Unzueta, M. Ángeles, *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, Lima, 2014.

<sup>42</sup> Desde algunos sectores del ámbito anglosajón se debate la inclusión de la violencia de género en los registros de delitos de odio, cfr. Gordon Benito, Iñigo. «“Gendered Hate”. Un etiquetado en discordia». Etxebarría, Katixa; Ordeñana, Ixusko y Otazua, Goizeder (dirs.), *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 647 ss.

<sup>43</sup> Así lo reconoce la Fiscal Peramato, al explicar que la razón por lo que no se acudía a la agravante del art. 22.4 antes de la reforma de 2015 «no fue porque descartáramos la posibilidad de aplicación partiendo de la diferenciación sexo/género. Más bien creo que su no aplicación se debió a que ni siquiera nos planteamos esa posibilidad, a la que ahora, necesariamente nos enfrentamos», citada por Maqueda Abreu, M. Luisa, «El hábito de legislar...», *op. cit.* p. 14.

<sup>44</sup> Como ataques por la orientación sexual, Cfr. Pérez Manzano, Mercedes, «Algunas claves...» *op. cit.*, p. 21.

<sup>45</sup> La ligera agravación introducida para los casos de maltrato en el ámbito de pareja cuando la mujer fuera la agredida, se concreta en los delitos menos graves previstos en los arts. 153.1, 171.4, 172.2, CP, cifrándose la agravación en un pequeña diferencia en el límite mínimo de la pena (6 meses como mínimo en lugar de 3 meses de prisión), aunque en lugar de prisión puede imponerse la pena de trabajos comunitarios; también se contempla un subtipo agravado por la mismas razones, de apreciación facultativa, para el delito de lesiones graves en el art. 148.4 CP.

años antes por la LO 1/2004. Argumentación que ha venido nutriéndose de las explicaciones contenidas en los Fundamentos Jurídicos de aquella STC 59/2008 que confirmó la constitucionalidad de los preceptos referidos<sup>46</sup>, pero que ha sido utilizada con frecuencia como si el TC hubiera dictado una sentencia interpretativa de los tipos penales en cuestión, lo que no era el caso<sup>47</sup>. Dejando ahora fuera de consideración los términos de aquel intenso debate<sup>48</sup>, lo que interesa destacar es que la controversia facilitó el acercamiento progresivo de la doctrina y de la jurisprudencia a conceptos y razonamientos que conjugan la perspectiva de género con los principios básicos de la igual dignidad, los derechos fundamentales a la igualdad, a la no discriminación por sexo, a conceptos como la discriminación estructural, a explicaciones sobre las relaciones de dominio y de subordinación. Aceptada en definitiva las coordenadas de la perspectiva de género para explicar el fundamento de las agravaciones en el ámbito de la pareja, Fiscalía y Magistratura se encontraban dispuestas a aceptar la entrada de una agravante general, una técnica que muchos consideraban preferible a la de los tipos de maltrato tan criticados en su momento. Y por ello se ha asumido sin objeciones que la agravación por «razones de género» del art. 22.4 se sitúa en el mismo campo de significado que el de los tipos específicos referidos.

No obstante algunas dudas parece que empiezan a aflorar, no solo las que yo he expuesto aquí<sup>49</sup>. Hace poco leíamos un breve, a la vez que certero, comentario a una reciente sentencia, cuestionando la «creación jurisprudencial» de la agravante de género<sup>50</sup>. Por otro lado, el desarrollo del fundamento material de la agravante, tal como viene perfilándose en la jurisprudencia augura la continuidad del debate, y de forma particular por los problemas asociados al principio de inherencia y el entendimiento de la compatibilidad de la agravante con determinados delitos cuya naturaleza no es ajena al desvalor que se atribuye a aquella.

<sup>46</sup> Como es sabido se presentaron más de 100 Cuestiones de Constitucionalidad por Juzgados de lo Penal, alegando vulneración de la presunción de inocencia, del principio de culpabilidad por el hecho, del principio de igualdad. Al respecto, un buen resumen en: Alonso Álamo, Mercedes, «Protección penal de la igualdad y Derecho penal de género», *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 95, 2008, p 19 ss. También con amplias referencias, García Arán, Mercedes, «Injusto individual e injusto social en la violencia machista a propósito de la STC 59/2008 sobre el maltrato masculino a la mujer pareja», *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pp. 651 ss.; y Larrauri Pijoan, Elena, «Igualdad y violencia de género. Comentario a la STC 59/2008», *InDret*, n.º 1, 2009.

<sup>47</sup> Aunque así lo entendían los Magistrados que suscribieron los Votos Particulares a aquella STC 59/2008 ( y a las posteriores que resolvieron en el mismo sentido las Cuestiones de Inconstitucionalidad del mismo tenor). *Cfr.* al respecto Sánchez Yllera Ignacio, «Maltrato y dominación (Paradojas judiciales sobre una cultura incívica)», *La Ley*, n.º 5141, 2013.

<sup>48</sup> Ilustrativo sobre los aspectos más importantes de la crítica doctrinal — inabarcable en este espacio— el debate que se reproduce en Huerta Tocildo, Susana y Pérez Manzano, Mercedes (dirs.), *Cuestiones actuales de la Protección de la Vida y la Integridad Moral*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 133-180.

<sup>49</sup> Y que reiteran lo que he manifestado en Asua Batarrita, Adela, «Discriminación por razón de género en el marco de la agravante «de odio» del art. 22.4. Por una interpretación restrictiva frente al deslizamiento punitivista», en *Estudios en Homenaje a la profesora Susana Huerta Tocildo*, Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 365 ss.

<sup>50</sup> Simón Castellano, Pere, «La construcción jurisprudencial de la agravante de género: notas a la STS de 14 de septiembre de 2020», *Diario La Ley*, n.º 9728, 2020.

#### 4.1. Fundamento y requisitos de la agravación según la jurisprudencia

Después de las oscilaciones jurisprudenciales sobre el fundamento de la agravación específica de género introducida por la LO 1/2004 en determinados subtipos cualificados (maltrato, coacción, amenaza, lesiones), y sobre la necesidad de comprobar en cada caso la presencia de esa fundamentación, la STS 677/2018 de 20 diciembre zanjó definitivamente las diferencias de criterio no solo sobre el carácter subjetivo u objetivo del fundamento agravatorio, sino también sobre la necesidad de probar en el caso concreto la presencia del correspondiente fundamento<sup>51</sup>.

Conforme a la perspectiva «subjetivista» mantenida en la STS 1177/2009, de 24 de noviembre, citada reiteradamente en las resoluciones posteriores<sup>52</sup>, la aplicación del subtipo agravado requería constatar que el imputado por maltrato habría actuado con probada «voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales». La intención, el ánimo de dominación como base del *plus* de la reprobación.

Desde el criterio perspectiva «objetivista», lo decisivo era la constatación de un contexto de dominación, de manera que no era suficiente el contexto objetivo determinado por la ley en el subtipo agravado —conducta de maltrato, pareja, víctima mujer— sino que debía comprobarse en el caso enjuiciado la realidad de ese presunto contexto dominador.

La STS 677/2018 de 20 de diciembre puso fin a las controversias: no procede indagar ni en la voluntad de dominación, ni en el contexto objetivo de dominación, basta comprobar los elementos típicos correspondientes, los que la ley selecciona como indicadores de la mayor gravedad conforme para realzar la relevancia particular de determinados «micromachismos» en el ámbito de la pareja.

Con la asunción de que el art. 22.4 tras la modificación de 2015 ha incorporado una agravante general «por razón de género» se va a reproducir la disyuntiva anterior respecto a su naturaleza, lo que cobra mayor importancia porque ahora ya no hay delimita-

---

<sup>51</sup> Para una relación de las distintas posturas de la doctrina y jurisprudencia, remito a las publicaciones más recientes que ofrecen una cumplida referencia al respecto y argumentación fundada sobre su propia posición. Por todos, Orejón Gómez de las Heras, Néstor, *op. cit.*; Seoane Marín, María J. y Olaizola Nogales, Inés, *op. cit.*; Marín de Espinosa Ceballos, Elena, *op. cit.*; San Millán Fernández, Bárbara, «Estudio dogmático y jurisprudencial sobre la agravante de discriminación por razón de género», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 39, 2019, p. 303 ss.; Rueda Martín, M. Ángeles, «Cometer el delito...» *op. cit.*

<sup>52</sup> Según el Informe del CGPJ del año 2016, sobre las medidas de la ley integral contra la violencia de género, el 60% de las resoluciones en esta materia mantenían la exigencia del especial elemento subjetivo. Cfr. con más detalles Díez Ripollés, José Luis; Cerezo Domínguez, Ana Isabel y Benítez Jiménez, María José, *La política criminal sobre la mujer pareja (2004-2014). Su efectividad, eficacia y eficiencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 222 ss.

ción en torno a la relación de pareja actual o anterior. Y en este marco sí que deben comprobarse procesalmente los elementos en que fundar el *plus* de gravedad de la conducta. De nuevo vamos a encontrarnos con los problemas de las motivaciones y con la disparidad de interpretaciones, así como con la dificultad de explicar de forma convincente ese *plus*. Como botón de muestra voy a referirme sintéticamente a algunas resoluciones recientes.

En la primera vez que llega al TS un caso en el que tiene que pronunciarse sobre la nueva agravación general por razones de género del art. 22 CP, se trataba de una acusación por homicidio intentado mediante acuchillamiento, que finalmente resultó en condena por delito de lesiones con grave deformidad (STS 420/2018 de 25 de septiembre) En las divergencias entre los tribunales inferiores había aflorado el contraste de posiciones en la apreciación de la prueba de la «intención», entendida como sustento de la agravante. El TSJ de Castilla y León la había rechazado —no así la Sala de la Audiencia que juzgó en primera instancia— porque consideró no acreditado que:

«El actuar delictivo tuviera por móvil el desprecio o la discriminación de la víctima por el solo hecho de ser mujer o por el deseo de dominación machista que le atribuye la Sala de instancia en el marco de esa relación de control y de celos que se dicen existentes; y no coincidimos con ella en que la sola personalidad del acusado que se desprende de la pericial practicada pueda derivarse esa intención de humillación y de ultraje que serían necesarios para apreciar la discutida agravante».

En contraposición, el TS, acudiendo al relato fáctico, en el que constaba que «el acusado le quitó el móvil a la víctima al creer que pudiera estar comunicando con otro hombre; y que en el curso de la agresión manifestó si no eres mía no eres de nadie», deduce que efectivamente «el intento de dominación del acusado sobre la víctima y su consideración de esa concreta mujer como un ser incapaz de tomar decisiones sobre los aspectos más personales e íntimos de su vida que pudieran merecer alguna clase de respeto» . Y aunque subraya que «la acreditación de una determinada personalidad en el acusado no puede justificar, por sí misma, en ningún caso la aplicación de la agravante, pues debe rechazarse cualquier aproximación a un derecho penal de autor, que conduciría a sancionar al sujeto por cómo es y no por lo que ha hecho» insiste en que «esa personalidad, que se describe en la sentencia, es solo un elemento más, pues la dominación y el desprecio sobre la mujer, concretamente sobre la que recae la agresión, elementos necesarios para apreciar la agravante, resultan de las características de la conducta ejecutada (FJ. 1).

Dos meses después, el TS va a declarar el carácter objetivo de la agravante, en la línea argumental de la STS 677/2018 citada. Así, concretamente la STS 99/2019 de 26 de febrero, declara con claridad que la agravante del art. 22.4 no requiere la presencia de un particular elemento subjetivo sino la constatación del contexto objetivo de dominación. En consecuencia, confirma la agravación que había apreciado en este caso el TSJ de Valencia, al estimar el recurso de apelación del Fiscal en tal sentido; en primera instancia se había denegado la agravación por la Audiencia Provincial. El caso se refería a una condena por delito de agresión sexual a una antigua ex-pareja, y por otro de lesiones graves, ambos cometidos en un escenario extremo de violencia e insultos de alto calibre vejatorio. La defensa del acusado había tomado buena nota de que los tribunales venían exi-

giendo la prueba del móvil específico del delito, y por ello había centrado su estrategia en negar el «elemento subjetivo de dominación», aduciendo que la única intención del acusado fue la de «satisfacción de la libido»<sup>53</sup>. Y efectivamente la Audiencia Provincial había denegado la agravante porque «la estimación de la agravante queda supeditada a la prueba de que el autor, no sólo quiso atentarse contra la libertad sexual de D.<sup>a</sup> Juana, sino también que cometió el delito de agresión sexual por razones de género, o en otras palabras que la acción criminal fue el reflejo de un ánimo gravemente discriminatorio hacia aquélla por el hecho de ser su esposa o compañera sentimental»; y en la valoración de los hechos, no consideró acreditado que el agresor actuara «además de con dolo de satisfacer sus deseos libidinosos, por un motivo discriminatorio hacia su pareja». ¿Que entendía la Audiencia por discriminación?

El TSJ apreció la agravante de género sobre el delito de agresión sexual sin modificar la valoración de los hechos acogiendo a que «una vez apreciado que concurre un delito del artículo 153 ello implica que las lesiones ocasionadas constituyen una manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder entre el acusado y la víctima»... procede considerar que tal manifestación de discriminación concurrió en el delito de agresión sexual. Una interpretación que el TS confirma.

No hay duda de que esa imposición y relación de dominio y de humillación concurre en la agresión sexual en este caso, y por definición en todos los casos de agresión de esta clase. Lo que a mí me suscita serias dudas es la procedencia de estimar la agravante de género en delitos que son en sí mismos manifestación genuina de violencia de género, y que por ello contienen de forma implícita el desvalor propio de la agravante. Una compatibilidad que el TS no ve problemática, como contemplamos recientemente en la STS 444/2020, de 10 de septiembre, en la que el recurrente denuncia infracción de la prohibición *bis in idem* precisamente apelando a que la agravante debía entenderse subsumida en el delito contra la libertad sexual que ya contempla la violencia física o psíquica como actuación de superioridad contra la mujer. El tribunal no lo entiende así porque, dice:

«El género no es una de las razones tomadas en consideración por el legislador a la hora de tipificar el delito de violación. Los artículos 178 y 179 se proyectan como bien jurídico objeto de protección sobre la libertad sexual, la de las mujeres y la de los hombres, y no incluyen en su redacción típica ningún presupuesto de discriminación, ni por género, ni por ninguna otra razón».

Ciertamente desde que en 1989 se incluyó al hombre como sujeto pasivo de la descripción típica del delito de violación se rompió la tradición que tipificaba este delito como una manifestación que hoy denominaríamos «género-específico», en el que solo

---

<sup>53</sup> Ese clásico elemento subjetivo construido por la jurisprudencia, —y que todavía resuena hoy en algunas sentencias: como «ánimo libidinoso ilícito», «ánimo lascivo»— revelaba la impronta moralizante que reprueba la lascivia y el desorden sexual más que el enorme sufrimiento que produce a la víctima. De alguna forma hoy la reiterada referencia a la intención de «mostrar la superioridad», también parece acentuar el reproche en la falta de contención de ese sentimiento íntimo de superioridad que en la humillación y el padecimiento que causa a la víctima. *Cfr.* Asua Batarrita, Adela, «La violencia sexual y maltrato habitual...», *op. cit.*, p. 76 ss.

podrían ser víctimas las mujeres; la tutela de la honestidad —como se titulaba entonces el bien que el delito dañaba— tenía su correlato preciso solo en el cuerpo femenino. Más allá de esta figura central las demás conductas «lascivas» eran calificadas como delito de «abusos deshonestos», contra mujeres u hombres indistintamente. La sustitución de la «honestidad» por la «libertad sexual» modificó las explicaciones sobre el bien jurídico lesionado, y la víctima de la agresión puede ser cualquier persona. Pero en el imaginario colectivo las construcciones mentales no se desmoronan de un día para otro y la idea patriarcal de la honestidad de la mujer va unida a la concepción de que la mujer es por esencia un cuerpo a disposición del hombre, aunque se trate de adscribirle al uso legítimo del esposo o dueño<sup>54</sup>. Y ese esquema de la subordinación natural, acuñada desde antiguo mantiene todavía su presencia en las manifestaciones de violencia contra las mujeres.

La sentencia referida indica que el aditamento de la gravedad que expresa la discriminación por razones de género:

«Se concreta en una base fáctica que permita deducir que el comportamiento de quien agrede cuenta con el *plus* de antijuridicidad que conlleva el que sea manifestación de la grave y arraigada desigualdad que perpetúa los roles asignados tradicionalmente a los hombres y la mujeres, conformados sobre el dominio y la superioridad de aquellos y la supeditación de éstas. No requiere la agravante de un elemento subjetivo específico entendido como ánimo dirigido a subordinar, humillar o dominar a la mujer».

Una descripción certera de lo que es la violencia de género, que precisamente se adecúa perfectamente a los elementos propios de lo que es una agresión sexual. Por ello precisamente creo que difícilmente se puede compartir la aseveración de que:

«No todo delito contra la libertad sexual perpetrado por un varón sobre una mujer será tributario de la agravación, pues además de ese ámbito relacional es necesario que las circunstancias que rodean los hechos, revelen que se trata de un acto de dominio machista. Circunstancias que podrán ser de toda índole, en cuanto rebasen los elementos de tipicidad de la modalidad aplicada, sea la básica o alguna de las agravadas, en todo caso huyendo de supuestos de doble incriminación».

Creo que tenemos pendiente la tarea de clarificar las diferencias entre lo que constituye una discriminación inserta en el sistema de organización social, y lo que es una discriminación concreta en las relaciones interpersonales. Es una cuestión que requiere que maduremos la reflexión para no convertir el argumento en un automatismo, y la afirmación o negación de la discriminación en algo imprevisible. Por el momento, sería clarificador que mantengamos la distinción del concepto de discriminación estructural, o de «injusto social» como lo denomina García Arán, y el de discriminación en una relación interpersonal. La realidad de la discriminación sistémica no queda afectada —en ese plano estructural— por

<sup>54</sup> Asua Batarrita, Adela, «Las Agresiones sexuales en el nuevo código penal: regulación jurídica e imágenes culturales», en *El nuevo código penal desde una perspectiva de género*, Emakunde, Vitoria-Gasteiz, 1998, pp. 45 ss.

las acciones individuales de carácter delictivo que nos ocupan<sup>55</sup>. Son muchas otras prácticas de todo tipo, socio-económicas, institucionales y culturales las que inciden en el mantenimiento o en la superación del sustrato histórico del que se nutre la «dominación», «el sentimiento de superioridad «o las concepciones sobre la «inferioridad de las mujeres».

#### 4.2. Agravación de género y problemas de inherencia implícita: necesidad de una interpretación restrictiva

Estamos necesitados de continuar con la reflexión sobre cómo definir y clarificar la dimensión lesiva de las conductas básicas a las que se pretende adherir una agravación, y asimismo ajustar el fundamento de la agravación en cuestión a fin de evitar solapamientos prohibidos. El principio de inherencia, recogido como fórmula general en el art. 67 CP, ostenta relevancia constitucional cuando se trata de circunstancias agravantes del delito, como derivado del derecho a las garantías de la legalidad penal y entre ellas, de la prohibición de *bis in ídem*. Y en todo caso la decisión de aplicar mayor dosis de pena solo puede ser legítima si se corresponde con una gravedad adicional significativa sobre el desvalor en conjunto de la conducta principal. Los ejemplos clásicos de las reglas de consunción pueden servir para ilustrar el principio de la insignificancia, en el sentido de que el desvalor menos grave de una circunstancia queda absorbido por el desvalor considerablemente mayor del delito principal. Teniendo en cuenta que, si se trata de un delito grave, asesinato, por ejemplo, el efecto penológico de una agravante puede traducirse en cinco años adicionales de prisión, una duración que rebasar con creces el reflejo penal de un trato vejatorio de clima de dominación que no puede superar los 3 años (art. 173.2)<sup>56</sup>.

No hay duda de la incompatibilidad de la agravante del art. 22.4 con los tipos género específicos de víctima mujer en relaciones de pareja (art. 153.1, 171.4, 172.2, y la cualificación facultativa del art. 148.4); el propio hecho de la selección del círculo de víctimas señala a los roles de género como factor subyacente a la coerción —maltrato de obra, coacción, amenaza o lesiones— explicaría el trato agravado en esta constelación de casos. En cuanto al delito de maltrato habitual en el ámbito doméstico del art. 173.2 y a los preceptos que prevén una cualificación por violencia doméstica la agravación de «género» resulta incompatible porque el fundamento en ambos casos se explica en la humillación, la pretensión de subordinación y atemorización. Con la paradoja que la agravante general despliega un efecto menos riguroso que la de la cualificación por «violencia familiar»<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> García Arán, Mercedes. *op. cit.*, p. 668. Lorenzo Copello, Patricia, «Violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo» en Lorenzo, Patricia; Maqueda, M. Luisa y Rubio, Ana María (coords.), *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 329ss.; p. 352; Pérez Manzano, Mercedes, «Algunas claves...» *op. cit.*, p. 41.

<sup>56</sup> En STS 136/2020 de 8 de mayo se impone una pena de 23 años por asesinato con agravante de género «por desprecio absoluto a su condición de mujer, con la intención de mantener una situación de dominación sobre ella colocando a ésta en un papel de inferioridad y subordinación por no cumplir con sus deseos».

<sup>57</sup> A solucionar con las reglas del concurso de leyes. Consideran compatible la agravante, entre otros, Seoane Marín, María José y Olaizola Nogales, Inés, *op. cit.*, p. 455ss., p. 488, también con los delitos contra la libertad sexual.

La misma incompatibilidad debería predicarse respecto a los demás tipos cualificados por violencia doméstica.

Por otro lado, recordemos que el Convenio de Estambul designa como «delitos de violencia contra la mujer por razón de género» los que afectan a las mujeres de manera desproporcionada (art 3 d). Un criterio que responde a la constatación de que a pesar de las descripciones «neutrales» —indiferentes al género— de la conducta típica, determinados delitos constituyen manifestaciones prototípicas de violencia contra las mujeres lo que revela la persistencia de la cultura de la supremacía/ subordinación en el imaginario de los roles de género<sup>58</sup>. Entre estos, los delitos contra la libertad sexual constituyen asimismo un exponente paradigmático de violencia de género, afectan de forma desproporcionada a las mujeres, y remiten a los roles de subordinación sexual. Lo que puede predicarse de las distintas tipologías y graduaciones, desde la agresión —violación al acoso sexual, y por supuesto en los delitos de determinación forzada a la prostitución, o por prevalimiento ante situación de vulnerabilidad. El desvalor que se atribuye a la agravante de género— la dominación, imposición - es inherente en estos casos. No lo entienden así los tribunales que, como he señalado, vienen apreciando la compatibilidad de la agravante del art. 22.4 con los delitos sexuales<sup>59</sup>. La reciente STS 444/2020 antes mencionada es un claro exponente.

Dada esta posición, puede predecirse la atracción forense y mediática que ejercerá el reclamo de la agravante de género en delitos graves. Y las resistencias a que se modifique la interpretación extensiva que ha llevado a esta ampliación, pese a que comenzarán a producirse situaciones paradójicas en función de que la víctima sea mujer u hombre, niña o niño. El intento especial de dominación y de humillación o subyugación de la víctima concreta ¿presenta menor gravedad si es varón? Y si se deniega la concurrencia de la agravante pese a que la víctima sea una mujer, ¿podrá concluirse que no era violencia de género? ¿No podrán en tal caso las víctimas acceder a las prestaciones o servicios establecidos para las afectadas por violencia de género? Probar la concurrencia de la agravante puede convertirse en tan importante como probar los elementos típicos del delito, para evitar una minusvaloración de la gravedad del caso.

O bien la agravante acabará aplicándose a cerca del 80% de los casos —si este es el porcentaje de las mujeres como víctima de los delitos sexuales— y se rechazará la agravación cuando la víctima sea hombre o niño, con lo que se habrá logrado una elevación general de la pena, que no podremos atribuir a las cámaras legislativas. Consecuencias e

<sup>58</sup> García Arán, Mercedes, *op. cit.*, p. 668; Pérez Manzano, Mercedes, «Algunas claves...» *op. cit.*, p. 666.

<sup>59</sup> También desde la doctrina, por ejemplo, Vidales Rodríguez, Catalina, «La generalización del género: reflexiones en torno a la agravante de discriminación por razón de género», *Revista General de Derecho Penal*, n.º 32, 2019, p. 13, considera que ahora que se menciona el «género» sí resulta compatible la agravante, mientras que no cabría esa apreciación cuando el art. 22.4 se refería solo al «sexo». Una aclaración que muestra los malabarismos a los que conduce la pretensión de deslindar sexo y género en materia de discriminación y de imposición de conductas sexuales. Orejón Gómez de las Heras, Néstor, *op. cit.* p. 36 informa sobre la inherencia de la antigua agravante de desprecio de sexo en los delitos de violación, el estupro y demás con sujeto pasivo necesariamente ha de ser mujer» (STS 999/1980, de 3 de octubre).

incertidumbres que indican la necesidad de replantear no solo cómo entendemos la inherencia, sino cómo entendemos el fundamento de la propia agravación, e incluso cómo explicamos el objeto de tutela en los delitos sexuales. Referirnos a la libertad sexual como bien jurídico sin asociarla a su imbricación con la dignidad moral en los delitos de imposición sexual, resulta insuficiente para captar el entendimiento de la lesividad de estas conductas, sean las víctimas mujeres u hombres.

Este conjunto de cuestiones ponen de relieve que la connotación de una conducta como violencia de género resulta más relevante para que operen las medidas específicas de asesoramiento, protección o asistencia que para establecer escalas comparativas de gravedad por razón de género, como he querido subrayar al principio de este escrito.

En cuanto a los delitos de mutilación genital ya incorporado al CP en 2003, y el de matrimonio forzado incorporado en la reforma de 2015 en cumplimiento del Convenio de Estambul, resulta obvio que remiten a prácticas culturales contra las mujeres que lleguen a nosotros por los flujos migratorios propios de la interdependencia creciente de nuestras sociedades<sup>60</sup>. En sí mismas constituyen expresión genuina de concepciones de género de intensa constricción para la mujer, en negación flagrante de su autonomía y dignidad igual, por lo que no admitirán la adición de la agravación genérica. Los delitos de aborto forzado y de esterilización forzada entrarían en el mismo orden de razonamientos respecto a la inherencia.

El campo de posible aplicación de una agravante de género quedaría reducido a los delitos comunes de homicidio, detención ilegal, lesiones menos graves, amenazas graves, —sin pretender ser exhaustiva— pero quisiera resaltar dos aspectos. Por un lado, debe valorarse si concurre de forma significativa el *plus* que se atribuya a la agravante. Si ésta queda cifrada en la «humillación, la subyugación, la pretensión de dominio y de muestra de superioridad», debe tener una entidad suficiente para que no pueda considerarse absorbida por el desvalor del delito base. La agravación no es un mero expediente de connotación para el registro de un delito como violencia de género. Hay muchas otras formas de acertar con la calificación, como atendiendo los criterios contenidos en el art. 3 del Convenio de Estambul.

## 5. Reflexión final

La complejidad del trasfondo de la violencia de género, la discriminación estructural intergrupala que todavía coloca a las mujeres en desventaja social, como mínimo, es un enorme asunto del que la violencia de género es «trasunto» como señalaba la STC 58/2009. Frente a ello el derecho penal debe estar presente como un instrumento necesariamente limitado, pero imprescindible en los casos graves. No se le puede pedir lo que su propia naturaleza no tiene capacidad de ofrecer; a lo sumo puede coadyuvar, pero sa-

---

<sup>60</sup> Lorenzo Copello, Patricia, «La diversidad cultural bajo el prisma de la política criminal» *Studi sulla questione criminale*, XIV, n.º 3, 2019, p. 15, critica la tipificación específica de tales conductas por innecesarias y por sus efectos estigmatizadores contraproducentes.

bemos de la torpeza de sus formas ante situaciones dramáticas. Es imprescindible para intervenir frente a la impunidad y para ofrecer tutela a las víctimas, que implica no zarrandearlas con más victimización si se quiere ganar su confianza y su colaboración<sup>61</sup>. Hacerlo con todas las garantías, y explicar de forma convincente las decisiones incorporando el lenguaje de los derechos humanos de las mujeres a la explicación de la lesividad que las agresiones contra ellas importan. Esta es la mejor aportación de la perspectiva de género, descubrir los sesgos cognitivos que condicionan nuestra mirada al analizar y juzgar las conductas delictivas en este ámbito. A partir de ahí, la tarea es, como ya establecía la LO 1/2004, de abordaje integral. Es la perspectiva que subraya el Convenio de Estambul reiterando el objetivo de empoderamiento de las mujeres que debe inspirar programas de los gobiernos.

Y en particular la dificultad de delimitar la responsabilidad individual por la conducta lesiva en la comprensión de su lesividad, pero sin aditamentos de culpas supra-individuales que recaen en lo social por el mantenimiento de estructuras y concepciones de desigualdad que todavía impregnan en buena medida las representaciones sociales y las relaciones interpersonales. El cambio del lenguaje o de los acentos de los parámetros valorativos al tratar de acoger otra forma de explicarnos nos conduce a titubeos, pero no debe llevar a reasignar culpas como si las manifestaciones de machismo, graves o menos graves, fueran las que construyeron aquellas concepciones y no mero producto de las mismas. En definitiva, que la prevención de la violencia de género no requiere más energía punitiva en la penalización individual, sino más energía para no sustentar la permanencia de estructuras mentales y sociales que abonan la desigualdad en su múltiples formas.

---

<sup>61</sup> Blay Gil, Esther, «Voy o no voy: el recurso a la policía en el caso de la violencia de género. Perspectivas de las víctimas», *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 33, 2013, p. 369 ss.

## Capítulo IX

---

# Algunas reflexiones sobre el dictamen del Comité de la CEDAW en el caso «Ángela González Carreño»<sup>1</sup>

*Iker Zirion Landaluze*

Profesor de Derecho Internacional Público (UPV/EHU)

### 1. Introducción

Me tomo esta invitación a participar en este espacio como una responsabilidad para intentar aportar algunas ideas para la necesaria transformación del Derecho. Dicha transformación exige un cuestionamiento previo sobre el Derecho: ¿Quién lo crea y para conseguir qué fines? ¿Qué intereses defiende? ¿Qué bienes jurídicos protege? ¿Qué valores, prejuicios y estereotipos hay detrás de su creación, aplicación e interpretación? En cuanto vector de poder, el Derecho puede ser usado por quienes ostentan el poder como un instrumento más para mantener su situación de privilegio y, con ello, las desigualdades existentes; o, por el contrario, puede ser un medio de cambio hacia la justicia social y la igualdad real de mujeres y hombres.

Y, para favorecer ese cambio, la perspectiva de género implica, como punto de partida, tener presente quién y cómo ejerce el poder<sup>2</sup>. En ese sentido, el cambio hacia la igualdad de mujeres y hombres en el Derecho exige un análisis crítico, profundo, activo y constante so-

---

<sup>1</sup> Este texto recoge el contenido de una ponencia realizada en el panel «Los retos de la Administración Pública» del V Encuentro Poder Judicial-Universidad que, con el tema «Mujeres y derecho: justicia en clave de género», fue organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (UPV/EHU) en Bilbao, los días 8 y 9 de octubre de 2019. Aunque he introducido algunas modificaciones y referencias bibliográficas para esta publicación, he intentado respetar el estilo directo y la interacción con la audiencia de la presentación original.

<sup>2</sup> Salazar Benítez, Octavio, «Ciudadanía asimétrica en el sistema constitucional español: la masculinidad como problema político, la paridad como objetivo democrático», en Martínez Guirao, Javier

bre su proceso de producción (cómo y quién realiza las normas), su contenido material (qué recogen y qué no recogen las normas y por qué), su enseñanza en las universidades (cómo es transmitido a los futuros operadores jurídicos y por qué) y su interpretación en los órganos jurisdiccionales (cómo se aplica en cada caso concreto y por qué).

Porque cada caso concreto cuenta. Cada caso habla de personas y sus vidas, de sus esperanzas e ilusiones, de su sufrimiento y dolor. En mi intervención me gustaría contar una historia de lucha y determinación de una mujer contra el sistema de justicia español. Es una historia larga, de más de 15 años, y que lleva aparejada mucho sufrimiento. Creo que esta historia refleja muy bien algunos de los retos que debe enfrentar (y superar) la Administración Pública española en relación con la violencia contra las mujeres.

Mi intervención tiene 3 partes bien diferenciadas. En la primera, y en la medida en que voy a hablar sobre la aplicación en España de las obligaciones internacionales sobre violencia contra las mujeres y, más concretamente de aquellas derivadas de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979, presentaré las obligaciones que se derivan para España de este tratado internacional y de su desarrollo posterior, el Protocolo Facultativo, de 1999. Se trata de una presentación breve, pero —creo— necesaria para comprender el contexto del caso que posteriormente voy a analizar.

En la segunda parte, me centraré en el contenido de un Dictamen concreto del Comité de la CEDAW del año 2014, que señala la responsabilidad de España en el incumplimiento de las obligaciones de esta Convención en un caso que, en su momento —hace ya años, en 2003—, generó cierta alarma social<sup>3</sup> por la gravedad de los hechos y tuvo un importante eco mediático. Se trata del caso de Ángela González Carreño. Específicamente analizaré las implicaciones jurídicas de dicho Dictamen y cómo ha sido integrado en el ordenamiento nacional español.

Finalmente, en la tercera parte de mi intervención presentaré algunas de las reflexiones y aportaciones que, en mi opinión, ofrece la lectura de este Dictamen para una aplicación en España tanto del derecho nacional como del internacional sobre violencia contra las mujeres más acorde con la transformación necesaria para lograr la igualdad real de hombres y mujeres.

## 2. La CEDAW y su protocolo facultativo

«Derecho Internacional Público» es una de las asignaturas que imparto en la Facultad de Derecho, y una de las ideas fuerza que intento transmitir desde el comiendo al

---

Eloy, Anastasia Téllez Infantes y Joan Sanfélix Albelda (eds.), *Deconstruyendo la masculinidad. Cultura, género e identidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 32.

<sup>3</sup> Escobar Hernández, Concepción, «Sobre la problemática determinación de los efectos jurídicos internos de los “dictámenes” adoptados por Comités de derechos humanos. Algunas reflexiones a la luz de la STS 1263/2018, de 17 de julio», *Revista española de Derecho Internacional*, Vol. 7, n.º 1, 2019, p. 241.

alumnado es que el ordenamiento internacional —autónomo, pero al mismo tiempo relacionado con los ordenamientos internos nacionales— se construye sobre la base del consentimiento de los Estados. Ellos son los sujetos principales de este sistema ya que son, al mismo tiempo, origen y destino de las normas internacionales. Esto es, son ellos quienes crean el Derecho internacional, y lo hacen para regular su propio comportamiento dentro de la comunidad internacional.

Este es el gráfico con el que explico esta cuestión en clase. Y les digo en broma que, si alguien está pensando en hacerse un tatuaje, esta puede ser una buena opción. Afortunadamente, creo que nadie me ha hecho nunca caso.



La importancia del consentimiento en el Derecho Internacional Público radica en que los Estados, como regla general, y en la medida en que son todos ellos igualmente soberanos, sólo están obligados por las normas internacionales si han consentido previamente en aceptarlas. Eso sí —y siempre intento recalcar mucho esta parte—, una vez han otorgado su consentimiento, están supeditados a las obligaciones internacionales que han aceptado, esto es, deben cumplirlas de buena fe; esto, irremediablemente, en adelante, afecta a su soberanía, que se ha visto transformada por las obligaciones internacionales derivadas de ese consentimiento otorgado.

Entre las múltiples obligaciones internacionales que España ha consentido en obligarse están las derivadas de la Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (a la que me referiré en adelante con sus siglas en inglés, CEDAW). Se trata de uno de los múltiples mecanismos de protección de los derechos humanos que existen en la actualidad en el ámbito internacional, más concretamente, uno de los denominados «órganos de los tratados», en este caso, dirigido específicamente a la protección de los derechos de las mujeres.

La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres fue adoptada en 1979, pero no entró en vigor hasta el 3 de septiembre de 1981, una vez se produjeron las 20 ratificaciones de Estados necesarias para ello, de acuerdo con el artículo 27 de la Convención.

Se denominan de este modo («órganos de los tratados») porque, en virtud de esos tratados internacionales de protección de los derechos humanos se crean comités de expertos independientes que velan para que los Estados parte cumplan las disposiciones de dichos tratados. En el caso de la CEDAW, su órgano de tratado es el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres (en adelante, el Comité)<sup>4</sup>, y está encargado, principalmente, de examinar los progresos de los Estados parte en aplicación de la Convención.

El principio básico que subyace tras el contenido de la Convención no es únicamente la prohibición de todas las formas de discriminación contra las mujeres. Pretende dar un paso más allá y, para ello, identifica y analiza ámbitos concretos en los que existe discriminación continuada contra las mujeres (representación política, salud, empleo, familia, etc.) y establece objetivos y medidas específicas para la consecución del objetivo de la igualdad real —y no solo jurídica— entre mujeres y hombres. Por tanto, no es solo un tratado internacional que recoge los derechos de las mujeres, sino que se trata sobre todo de un programa de acción para que los Estados parte garanticen el respeto y disfrute de esos derechos. Tiene un carácter dinámico, de acompañamiento de los Estados en su proceso hacia la igualdad real.

Para demostrar sus avances en la protección de los derechos de las mujeres, los Estados parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la CEDAW y sobre los progresos realizados en su aplicación. Asimismo, esos informes pueden incluir los factores y las dificultades que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas por la Convención (artículo 18).

Ha sido relativamente frecuente que los Estados parte hayan incumplido la obligación de presentar sus informes o lo hayan hecho con retraso y/o de manera incompleta o inadecuada. En todo caso, si un Estado incumple su obligación de presentar informes, el Comité puede decidir analizar la situación del Estado sin dicho informe, basando su examen en informaciones recibidas de otras fuentes. En la medida en que el objetivo de este órgano es fomentar un creciente grado de aplicación de la Convención en los Estados parte, la relación entre el Comité y el Estado parte no es de enfrentamiento —aunque evidentemente se realicen críticas— sino que permanece en el terreno de lo políticamente correcto y del diálogo constructivo.

Asimismo, en 1999, se aprobó el Protocolo Facultativo de la CEDAW<sup>5</sup>. Se trata de un nuevo tratado —obviamente relacionado con la CEDAW— pero que amplía las obligaciones incluidas en el tratado previo, por lo que exige un nuevo consentimiento expreso de los Estados. Este Protocolo incluye principalmente dos nuevas posibilidades de protección para las mujeres y, por tanto, dos nuevas obligaciones para los Estados parte que consienten en obligarse. Por un lado, el Protocolo permite al Comité iniciar investigacio-

---

<sup>4</sup> Está integrado por 23 personas expertas elegidas para 4 años (con posibilidad de reelección) por sufragio secreto de una lista de personas propuestas por los Estados parte. En la práctica, y esto lo diferencia del resto de Comités de otros tratados de derechos humanos, la gran mayoría de sus miembros han sido mujeres.

<sup>5</sup> Aunque no entró en vigor hasta el 22 de diciembre del año 2000.

nes (denominadas «indagaciones») en un Estado cuando reciba información fidedigna sobre violaciones graves o sistemáticas de las disposiciones de la Convención. El procedimiento de investigación es confidencial y se lleva a cabo con el consentimiento y la colaboración del Estado parte (artículo 8 del Protocolo Facultativo).

Por otro lado, otra importante novedad del Protocolo es permitir que particulares o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte presenten denuncias (denominadas formalmente «comunicaciones») al Comité contra ese Estado por violación de sus derechos, tal y como estos están consignados en la Convención (artículo 2 del Protocolo). Es importante destacar que estas denuncias solo pueden ser presentadas cuando previamente se haya agotado la jurisdicción interna de dicho Estado y después de haber cumplido el resto de requisitos de admisibilidad (artículo 4 del Protocolo Facultativo). Esto es, en defensa de sus derechos, la persona debe haber acudido previamente a todos los órganos jurisdiccionales nacionales competentes sin haber obtenido satisfacción a su reclamación. Esta es la posibilidad que puso en marcha Ángela González Carreño y que dio lugar al Dictamen del Comité de la CEDAW que analizaré en breve.

En la medida en que introduce nuevas obligaciones para los Estados —más allá de las incluidas en la propia CEDAW—, estos deben aceptar el Protocolo Facultativo de la CEDAW como un documento autónomo a la Convención, aunque vinculado a ella. Es posible, por tanto, que un Estado se encuentre vinculado por la CEDAW, pero no, en cambio, por su Protocolo. De hecho, de los actuales 189 Estados parte de la CEDAW, sólo 114 han consentido en obligarse por su Protocolo Facultativo. Esto es muy importante porque el Comité no puede examinar las denuncias realizadas contra un Estado parte ni realizar indagaciones en ese Estado si este no ha manifestado expresamente su voluntad de quedar jurídicamente vinculado también por el Protocolo Facultativo.

España ratificó la CEDAW en 1984<sup>6</sup> y su Protocolo Facultativo en 2001<sup>7</sup>, por lo que puede recibir tanto comunicaciones de particulares ante el Comité de la CEDAW como solicitudes de indagación por parte de este mismo órgano.

### 3. El caso «Ángela González Carreño»

Tras esta breve presentación del marco jurídico internacional de referencia en el caso analizado, examino la comunicación que fue presentada por Ángela González Carreño ante el Comité de la CEDAW y el Dictamen de respuesta de este órgano. Para ello, por un lado, señalaré muy brevemente los antecedentes del caso; por otro lado, examinaré el contenido del Dictamen; y, finalmente, presentaré los problemas existentes para su integración en el ordenamiento jurídico español.

---

<sup>6</sup> En realidad, la ratificación se produjo el 13 de diciembre de 1983, pero no fue publicada en el BOE hasta el 21 de marzo de 1984.

<sup>7</sup> La ratificación de España fue publicada en el BOE de 9 de agosto de 2001.

### 3.1. Breve explicación de los antecedentes del caso

Ángela González Carreño y su marido iniciaron los trámites de separación en los Juzgados de Navacarnero (Madrid) en 1999, tras 3 años de matrimonio. Ambos tuvieron una hija en común, llamada Andrea y nacida en 1996. Durante su relación, el marido sometió a Ángela a violencia física y psicológica en repetidas ocasiones y esta interpuso múltiples denuncias. La sentencia que declaró la separación se demoró hasta 2001 y su ejecución todavía más, hasta 2003.

Durante ese periodo (1999-2003) tuvieron lugar diferentes episodios de violencia por parte del padre: incumplió el pago de la pensión de alimentos decidido en sede judicial; violó las condiciones del régimen de visitas (en algunos momentos, vigiladas e intervenidas por los servicios sociales y en otros sin vigilancia, a pesar de que tales vistas fueron calificadas por los servicios sociales como de «máxima alerta y riesgo»); amenazó en varias ocasiones a la madre en presencia de la niña; violó repetidamente las órdenes de alejamiento de su ex pareja; etcétera. Durante su relación de pareja, y también tras la separación, Ángela González Carreño interpuso 51 denuncias contra ese hombre. Todas estas manifestaciones de violencia obtuvieron por toda respuesta una única condena, en juicio de faltas, en el año 2000, que llevó aparejada una multa equivalente a lo que hoy serían 45 €<sup>8</sup>.

El 24 de abril de 2003, por la mañana, a la salida de una comparecencia judicial, su ex marido le dijo a Ángela: «te voy a quitar lo que más quieres». Esa misma tarde, en el transcurso de una visita no vigilada, asesinó a la hija de ambos, Andrea, y se suicidó.

A partir de ese momento, Ángela González Carreño ha recorrido un largo camino a través del sistema judicial español para reclamar la responsabilidad patrimonial del Estado por el anormal funcionamiento de su Administración de Justicia. En todas sus demandas ha alegado negligencia por parte de las diferentes autoridades administrativas y judiciales que habían intervenido en el caso durante esos años y, especialmente, en el establecimiento del régimen de visitas del padre y el carácter no vigilado de este régimen.

El camino comenzó con la presentación de la reclamación patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de su Administración de Justicia ante el Ministerio de Justicia en 2004, que fue rechazada. Ante la respuesta negativa, Ángela presentó un recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional en 2007. Nuevamente, el fallo negativo la llevó a presentar un recurso en casación ante el Tribunal Supremo en 2009. Y, finalmente, y tras la negativa de este tribunal, presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional en 2010, en el que alegó la violación de sus derechos constitucionales, más concretamente, a un recurso efectivo, a su integridad física y moral, a la seguridad, a no ser sometida a tortura ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y a su igualdad ante la ley<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Lousada Arochena, José Fernando, «El caso González Carreño contra España», *AequAlitas*, Vol. 37, 2015, p. 9.

<sup>9</sup> Gutiérrez Espada, Cesáreo, «La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, n.º 2, 2018, p. 837.

Todas estas reclamaciones fueron rechazadas una tras otra por la Administración de Justicia española, que fue concluyendo invariablemente en todas las instancias que el asesinato de la menor era imputable al padre y no fruto de un mal funcionamiento de la Administración de Justicia<sup>10</sup>.

Por ello, y una vez agotada la jurisdicción interna en España<sup>11</sup>, el 19 de septiembre de 2012, Ángela González Carreño (con el apoyo de la ONG internacional de defensa de los derechos de las mujeres *Women's Link WorldWide*) presentó una comunicación (n.º 47/12) ante el Comité de la CEDAW, sobre la base del artículo 2 de del Protocolo, en la que alegaba que tanto ella como su hija asesinada eran víctimas de una violación de los derechos enunciados en la Convención por parte de España.

### 3.2. Contenido del Dictamen de la CEDAW

La respuesta del Comité de la CEDAW vino en su Dictamen de 16 de julio de 2014. Se trata de un documento de 20 páginas que hace referencia con profundidad a múltiples cuestiones procesales y sustantivas. En esta intervención destacaré simplemente algunos de sus elementos principales.

La idea fundamental del Dictamen es que reconoce que, efectivamente, en este caso se ha producido un mal funcionamiento de la Administración de justicia española, lo que constituye además el incumplimiento por parte de España de varias obligaciones incluidas en la CEDAW (más concretamente, el artículo 2, apartados a, b ,c, d y e; el artículo 5 apartado a; y el artículo 16)<sup>12</sup>. Como establece el Dictamen, de ese incumplimiento se deriva la responsabilidad del Estado.

Para el Comité, esta responsabilidad deriva principalmente de no haber cumplido con su deber de diligencia en relación con los hechos que llevaron al asesinato de la hija de Ángela González Carreño. De este modo, el Comité considera probado que «el asesinato se enmarcó en un contexto de violencia doméstica que se prolongó durante varios años». Es más, de acuerdo con el propio contenido de la Convención, el Comité interpreta ese contexto de «violencia» de manera amplia, incluyendo en él, por ejemplo, la negativa del padre a pagar la pensión alimenticia de su hija o el hecho de que la madre tuviese que esperar 3 años hasta que tuvo lugar la audiencia sobre su solicitud de uso de la vivienda familiar para ella y su hija, sobre todo cuando había señalado reiteradamente su difícil situación económica<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> Escobar Hernández, Concepción, *op. cit.*, p. 242.

<sup>11</sup> Como ya hemos señalado más arriba, en virtud del artículo 4.1 del Protocolo Facultativo de la CEDAW, el agotamiento de «todos los recursos de la jurisdicción interna» es requisito imprescindible para que la comunicación presentada sea examinada por el Comité de la CEDAW.

<sup>12</sup> Las obligaciones que el Dictamen considera incumplidas coinciden casi plenamente con las identificadas por Ángela González Carreño en su escrito de comunicación al Comité.

<sup>13</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres, Dictamen sobre la Comunicación n.º 47/2012 presentada por Ángela González Carreño (representada por *Women's Link Worldwide*), adoptado el 16 de julio de 2014, apartado 9.2.

Asimismo, en relación con el régimen de visitas, el dictamen destaca que durante los años en los que este fue aplicado —y esta cuestión me parece especialmente reseñable—, el comportamiento de las autoridades judiciales, los servicios sociales e incluso psicológicos de la Administración «tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija», en lugar de «evaluar en todos sus aspectos los beneficios o perjuicios para la menor del régimen impuesto»<sup>14</sup>. De hecho, la decisión de pasar de un régimen de visitas vigilado a uno no vigilado se tomó en sede judicial sin escuchar ni a la madre ni a la hija, en un contexto en el que el padre seguía sin pagar la pensión alimenticia de la menor y «sin las necesarias salvaguardias», dado el «esquema de violencia que caracterizó las relaciones familiares durante años»<sup>15</sup>.

Esto es, el Comité considera que durante esos años la premisa de partida de las diferentes instancias de la Administración fue que era más importante preservar la relación padre-hija, aunque esta fuera de violencia, que garantizar la seguridad de la menor; esto es, pareciera que era mejor un mal padre presente que un padre ausente<sup>16</sup>. De hecho, las órdenes de alejamiento del padre sobre la madre no incluyeron a la menor a pesar de las reiteradas solicitudes de la madre en este sentido, y una orden de alejamiento del año 2000 fue posteriormente dejada sin efecto tras el recurso del padre, «para no perjudicar las relaciones entre padre e hija».

Como recoge el Dictamen, esto refleja un «patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva» y colocó a madre e hija «en situación de vulnerabilidad»<sup>17</sup>. Esto es, se interpretó la igualdad como el derecho de ambos progenitores a estar con la menor con independencia de las circunstancias del caso y, en particular, a pesar del pasado de violencia del padre con la madre y con la propia hija.

Sobre la base de todas estas argumentaciones, el Comité realizó diferentes recomendaciones a España. De ellas, destaco por su importancia las dos siguientes: en primer lugar, otorgar a Ángela González Carreño una reparación adecuada, y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de los derechos conculcados; y, en segundo lugar, realizar una investigación exhaustiva e imparcial para determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan podido generar falta de protección hacia la madre y la hija.

A la vista de estas recomendaciones del Comité, sólo faltaba que España reconociese efectos jurídicos al Dictamen del Comité de la CEDAW para que su contenido pudiera ser aplicado en España.

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*, apartado 9.3.

<sup>15</sup> *Ibidem*, apartado 9.5.

<sup>16</sup> Lousada Arochena, José Fernando, *op. cit.*, p. 9.

<sup>17</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres, *op. cit.*, apartado 9.4.

### 3.3. Dificultades para su aplicación en España

Ya he señalado antes que en mis clases de «Derecho Internacional Público» es una idea fundamental que, en el ámbito internacional, la regla general es que los Estados deben haber consentido previamente para estar obligados por el contenido de las normas internacionales. Y que, al mismo, tiempo, una vez otorgado su consentimiento, deben respetar dichas obligaciones por el principio de buena fe, principio estructural del Derecho Internacional Público.

Pues bien, cada curso, llega un momento, antes o después, en el que a la vista del comportamiento de los Estados en el ámbito internacional, el alumnado comienza a cuestionarse —y a cuestionarme— porqué los Estados incumplen tan a menudo sus obligaciones internacionales, a pesar de haber consentido previamente en obligarse por las normas internacionales que crean dichas obligaciones<sup>18</sup>. Esas dudas van creciendo y, a menudo, al final del cuatrimestre, se convierten en frustración y pesimismo con respecto a las fortalezas y potencialidades del Derecho Internacional Público. Entiendo esas sensaciones porque, aunque intento mostrarme optimista y constructivo, a veces también me invaden a mí.

En el caso concreto que nos ocupa, a pesar de haber obtenido un Dictamen favorable del Comité de la CEDAW, Ángela González Carreño no tenía ninguna garantía de que su contenido fuese a ser reconocido en España, porque lo cierto es que el Tribunal Supremo se ha negado de manera continuada a reconocer efectos jurídicos a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente a los dictámenes de los Comités creados en virtud de tratados, como es el caso del Comité de la CEDAW<sup>19</sup>.

Y esto ha sido así a pesar de que el artículo 10.2 de la Constitución española<sup>20</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el mismo destaquen la importancia de los tratados internacionales de derechos humanos a la hora tanto de interpretar y definir el contenido de los derechos reconocidos en la Carta Magna como de garantizar su efectividad en el ordenamiento jurídico español<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Y esto sucede —no por casualidad— en algunos ámbitos más que en otros. Así, por ejemplo, existe una evidente asimetría entre la regulación, protección y sanción ante el incumplimiento de las normas y reglas internacionales que rigen el comercio y las inversiones (*lex mercatoria*), por un lado, y las que regulan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, por otro. Para más información sobre este desequilibrio, véase Hernández, Juan y Pedro Ramiro, *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*, Madrid, Icaria, 2015.

<sup>19</sup> Escobar Hernández, Concepción, *op. cit.*, p. 244.

<sup>20</sup> Este apartado señala que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Entre ellos, obviamente, se encuentran la CEDAW y su Protocolo Facultativo.

<sup>21</sup> Escobar Hernández, Concepción, *op. cit.*, p. 244.

No sorprendió por tanto que la Audiencia Nacional negase las pretensiones de Ángela González Carreño de reconocer efectos jurídicos al Dictamen, paso previo obligado para integrar en el ordenamiento español el contenido de dicho Dictamen de carácter internacional. Los argumentos para esa negativa son demoledores. Este tribunal señaló, por un lado, que no existe procedimiento alguno en el ordenamiento español para dar cumplimiento a los dictámenes de la CEDAW; y por otro, —y esto, en mi opinión, es muy grave— que «contrariamente a lo afirmado por el Dictamen del Comité, no se ha producido ningún supuesto de mal funcionamiento de la Administración de justicia». Esto es, intenta desautorizar el contenido del Dictamen.

Afortunadamente, la situación dio un último e inesperado vuelco cuando, tras el recurso de la demandante ante el Tribunal Supremo, este, en su sentencia 1263/2018, le dio la razón, reconoció la existencia de un fallo de la Administración de justicia y decidió otorgar una indemnización a la demandante.

#### 4. Reflexiones y aprendizajes para el futuro

Acceder al sistema de justicia es caro; es, además, extraño, ajeno, a menudo indescifrable para muchas mujeres que han enfrentado violencia por el hecho ser mujeres. Asimismo, es frustrante; más aún, es doloroso, porque exige revivir la violencia enfrentada. En ese contexto tan hostil, la retirada es legítima, comprensible. Sinceramente, creo que no hay nada que reprochar cuando sucede. Pero, al mismo tiempo, el sistema de justicia cuenta precisamente con ello, juega con la carta del desánimo, del cansancio. Sabe que eso sucede con muchas mujeres. Y eso me parece simplemente vergonzoso.

La fuerza y determinación de Ángela González Carreño en este caso en particular han sido encomiables. Ha pasado 15 años luchando y sufriendo, recordando años anteriores que también fueron de dolor, superando trabas, intentándolo incansablemente, levantándose después de cada negativa de la Administración de justicia. Finalmente, le han dado la razón, pero podrían no habérsela dado. De hecho, la doctrina previa del Tribunal Supremo en situaciones análogas había sido negativa. Su lucha ha sido, en mi opinión, sobrehumana. Y, por eso mismo, no puede exigirse ese mismo esfuerzo a todas las mujeres que acuden al sistema de justicia para defender sus derechos como mujeres y/o madres.

Este largo proceso, que comenzó en el ámbito nacional, para luego ir al internacional y, finalmente, volver de nuevo al nacional, merece una profunda reflexión que nos lleve a cuestionar y transformar cómo actúa a día de hoy la Administración de justicia en estas situaciones, de manera que casos como este no se repitan en el futuro. Y, en mi opinión, esa necesaria reflexión debe centrarse, al menos, en los siguientes tres aspectos: primero, en la discrecionalidad en la aplicación interna de las obligaciones internacionales sobre violencia contra las mujeres; segundo, en la consideración del carácter sistémico de la violencia contra las mujeres; y tercero, en la asunción de que la responsabilidad de transformación del actual sistema de Administración de justicia hacia la igualdad es compartida. Analizo brevemente a continuación cada uno de estos aspectos.

#### 4.1. Sobre la discrecionalidad en la aplicación interna de las obligaciones internacionales sobre violencia contra las mujeres

El artículo 10.2 de la Constitución española es muy claro al respecto de las obligaciones internacionales aceptadas por el Estado en el ámbito de los derechos humanos: los derechos fundamentales y las libertades reconocidas en la Constitución deben interpretarse de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos. Por tanto, una vez que España ha ratificado la CEDAW y su Protocolo Facultativo, y con ello, ha aceptado las obligaciones en ellos contenidas, parece evidente que debe reconocer la autoridad del Comité de la CEDAW y el contenido de sus dictámenes.

Por ello, no es posible que los efectos jurídicos de los dictámenes de los Comités de los diferentes tratados de derechos humanos que España ha ratificado —en este caso, los dictámenes del Comité de la CEDAW— dependan para su integración y aplicación en España de la discrecionalidad de los más altos órganos jurisdiccionales, esto es, de lo deciden al respecto en un momento u otro el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional.

En este sentido, es deseable que se creen normas y procedimientos claros para que esos dictámenes puedan ser directamente aplicables en el ordenamiento jurídico español. Así se ha hecho en otros casos que plantearon anteriormente el mismo problema como, por ejemplo, con la incorporación en 2015 del artículo 5 bis a la Ley Orgánica del Poder Judicial para permitir la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en España por vía de revisión judicial.

#### 4.2. Consideración del carácter sistémico de la violencia contra las mujeres

Resulta evidente que el reconocimiento explícito de la igualdad a través de normas, bien nacionales, bien internacionales no garantiza que dicha igualdad se traslade automáticamente a las estructuras, comportamientos y prácticas de una determinada sociedad. Esto es, el reconocimiento de la igualdad jurídica (*de iure*) no garantiza directamente la igualdad real (*de facto*). En ese sentido, la integración y aplicación de la CEDAW en el ámbito nacional exige cambios legislativos, institucionales y socioculturales, y los Estados deben actuar también sobre los usos y prácticas sociales, culturales y tradicionales que perpetúan los estereotipos sobre el papel que corresponde a cada sexo, generando de este modo situaciones de discriminación en ámbitos diversos (artículo 5 de la Convención).

El Dictamen reconoce que España ha adoptado un modelo amplio contra la violencia doméstica (que incluye, entre otras cuestiones, legislación, concienciación, educación, capacitación de personal), pero que eso no es suficiente. En su opinión, para que las mujeres víctimas de violencia de género disfruten de la realización práctica de la igualdad y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, además de la voluntad política es necesario «el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado», y esto exige su «obligación de investigar la existencia de fallos, negligencias u omi-

siones por parte de los poderes públicos que pueden haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas»<sup>22</sup>.

#### 4.3. La responsabilidad de transformación es compartida

Como he señalado previamente, el derecho es un instrumento, y como tal puede ayudar a transformar las desigualdades y los desequilibrios de poder o puede hacer precisamente lo contrario, reproducirlos, ayudar a preservarlos. No podemos asumir ingenuamente que el Derecho es neutro, ni actuar ante él como si lo fuese. De hecho, tal y como ha sido concebido, desarrollado, interpretado y aplicado, el Derecho es patriarcal, clasista, racista, xenófobo y homófobo, en la medida en que a menudo se convierte en un instrumento que ayuda a perpetuar todos y cada uno de estos sistemas de opresión.

La desigualdad de mujeres y hombres presenta un reto enorme, sobre todo porque tiene carácter estructural. Vivimos en una sociedad patriarcal y todos y todas hemos sido educadas y vivimos en esa sociedad patriarcal. El Derecho en general —y el Derecho Internacional Público, en particular— son patriarcales. Si realmente queremos cambiar algo es mejor empezar por hacer un diagnóstico honesto, aunque duela. Transformar esta realidad no es pacífico. Exige cambios personales y sociales profundos, diarios, nos demanda cambiar valores, prioridades, formas de pensar y de hacer. Y los intentos de cambio generan muchas resistencias, personales y estructurales. La violencia de género no se va a solucionar sólo a través de una respuesta penal. Ni tampoco el carácter patriarcal de la justicia va a desaparecer simplemente porque haya más mujeres entre los operadores jurídicos o porque haya formaciones específicas sobre género. Esto es necesario, pero no es suficiente. Si el problema es estructural, la respuesta debe ser estructural.

En los últimos años, he escuchado a diferentes personas que trabajan en la Administración de justicia criticar la excesiva presión social y mediática que soportan actualmente en los juzgados las personas que tratan casos de violencia sexual y de género. En mi opinión, tienen razón en que la responsabilidad no es sólo de las instancias judiciales y de las personas que trabajan en ellas. Cada persona, desde su espacio, debe asumir la responsabilidad que le corresponde en transformar la realidad.

Estemos donde estemos en el ámbito del Derecho, como legisladores/legisladoras, como operadores/operadoras jurídicas, como profesorado o alumnado de la Facultad de Derecho, o como partes de procesos judiciales, animo a que asumamos nuestra responsabilidad. Porque los operadores jurídicos que criticamos porque aplican el Derecho sin cuestionar su carácter patriarcal estudiaron en alguna Facultad de Derecho (y eso es algo que a mí, como docente, me quita el sueño por las noches); porque el Derecho es creado por legisladores y poderes públicos sobre la base de ciertos intereses particulares (y no de otros) y eso es algo que como ciudadanía debe preocuparnos y animarnos a participar activamente en su fiscalización y petición de

---

<sup>22</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación contra las mujeres, *op. cit.*, apartado 9.9.

cuentas; y porque ese derecho que ha sido creado sobre la base de esos intereses y visiones particulares puede ser, posteriormente, interpretado y aplicado en los juzgados de distintas maneras, y puede también ser explicado y entendido en las aulas de las Facultades de Derecho de modos diversos. Esa es nuestra responsabilidad. A cada uno, a cada una, desde nuestro espacio, nos toca desvelar ese Derecho, cuestionarlo, repensarlo y participar en la construcción de otro más igualitario.

## Capítulo X

---

# Las mujeres víctimas de violencia de género ante la COVID-19

*M.<sup>a</sup> Auxiliadora Díaz Velázquez*

Magistrada. Miembro del Grupo de Expertos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial de España

Al comienzo de estas líneas, comienzan a decirnos que lo más duro de esta pandemia por la COVID-19, ya ha pasado, pero la realidad es que esta pandemia continúa su avance. A fecha de 25 de noviembre de 2020, un total de aproximadamente 1,4 millones de personas han fallecido a nivel mundial a consecuencia de la COVID-19. En España las cifras son muy altas hemos alcanzado la cifra de 1, 556, 730 personas diagnosticadas y 44.074 muertes hasta el día de hoy. Si estos datos lo trasladáramos al ámbito de la violencia de género en el mundo, nos encontraríamos con una pandemia invisible, silenciosa y mucho más peligrosa que este virus.

Según los estudios de la OMS y de Naciones Unidas, la violencia en el ámbito de la pareja afecta al 30,1% de las mujeres en todo el mundo, lo que significa que en algún momento la sufrirán unos 500-600 millones de mujeres, de las cuales, alrededor de 52.000 son asesinadas cada año en el contexto de las relaciones de pareja y familiares (ONU, 2018), con una tasa de mortalidad alrededor del 0'9% para las mujeres maltratadas. Estas cifras, son parciales, ya que no recogen al resto de víctimas de violencia contra la mujer, como las de la mutilación genital femenina, la trata de seres humanos, las de los ataques a la libertad sexual, al acoso sexual y acoso por razón de sexo. Si tuviéramos datos objetivos de estos rostros de la violencia, la cifra se incrementaría de manera exponencial.

En España, la violencia de género, sólo en el ámbito de la pareja, arroja una cifra media anual de 60 mujeres asesinadas por sus parejas o ex parejas y se estima que unas 600.000 mujeres sufren en silencio en sus casas esta pandemia denominada «violencia contra la mujer».

El 13 de marzo de 2020, se aprobó en España el Real Decreto 463/2020, de 13 de marzo, donde se declaró el estado de alarma. Esto supuso, el confinamiento de toda la población española. Ante este escenario, la realidad de las mujeres víctimas de la violencia de género, se ve agravada por el hecho de convivir veinticuatro horas con su agresor, lo que supone un incremento de riesgo para su salud física y emocional y para los niños y niñas expuestos a este tipo de violencia.

A esta situación, debemos añadir, el miedo que muchas mujeres sufren diariamente a manos de su agresor, que hace que en muchas ocasiones, les impida interponer la denuncia o solicitar medidas de protección, lo que se desprende claramente de las estadísticas del Ministerio de Igualdad, donde se observa, por ejemplo, que en 2019, de las 52 mujeres asesinadas, 41, no habían solicitado ningún tipo de ayuda institucional. Estos datos no son inusuales, ya que esta tendencia se mantiene desde que comenzamos en 2003 a contabilizar los casos de violencia contra la mujer en el ámbito de la pareja.

Por tanto, en estos momentos tan difíciles, debemos preguntarnos, de qué manera se puede proteger a estas víctimas y qué mecanismos serán los más apropiados para poder ayudarlas a salir del ciclo de la violencia.

Entre las medidas que se pueden adoptar por parte de las Administraciones Públicas durante esta pandemia, podemos recoger las siguientes:

1. El establecimiento de protocolos informativos por parte de las comunidades de vecinos para que no sean cómplices de la violencia que puede ejercerse muy cerca de ellos. Al estar todos confinados en nuestros domicilios, ya no podemos ampararnos, en que no oímos o no sabemos lo que pasa en la vivienda de al lado. No debemos ser cómplices con nuestro silencio. Debemos actuar.

Hace unos años, hubo una campaña nacional contra la violencia de género que decía: «TUS AMIGOS Y VECINOS SIENTEN MUCHO NO HABER HECHO NADA». Esta campaña fue muy impactante, ya que aparecía una corona de flores con este lema, al lado de una puerta de un domicilio, donde presuntamente había sido asesinada una mujer a manos de su pareja. No hace mucho, con el fin de involucrar a los vecinos, se han venido instaurando protocolos de actuación entre las distintas administraciones públicas encargadas de la protección de las víctimas de violencia de género y los Colegios profesionales de Administradores de Fincas. Las medidas concretas de actuación consisten en informar a los vecinos de las distintas formas de ejercer la violencia, con el fin de que éstos o las propias víctimas, cuando reconozcan las señales del maltrato, actúen a través de una simple llamada a su administrador de fincas, el cual, se pondrá inmediatamente en contacto con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La información se realizará a través de trípticos colocados en los espacios comunes, ascensores y zaguanes del inmueble, con un número de teléfono de asistencia directa para las víctimas de la violencia. Esta fórmula, garantiza el anonimato del vecino, el cual muchas veces por miedo a represalias no actúa.

2. Otra medida son las campañas de sensibilización y colaboración por parte de determinados sectores de nuestra sociedad. Un ejemplo, lo tenemos en la reciente campaña

organizada en las Islas Canarias (España) entre el Gobierno autonómico canario y los Colegios de Farmacéuticos de Las Palmas y Tenerife, llamada «Mascarilla19». En este caso, la mujer puede acudir a la farmacia más cercana a su domicilio y al pedir una «mascarilla19» se activa inmediatamente un protocolo de actuación, que supone que el encargado de la farmacia, la lleva a un espacio seguro, donde se recogen sus datos y se llama a la policía, la cual, se pondrá en contacto con la mujer o irá inmediatamente en su busca, a los efectos de interponer denuncia o sacarla de manera inmediata de esa situación de violencia, tanto a ella como a los niños y niñas expuestos a esa violencia.

3. También, se está fomentando la utilización de la línea telefónica gratuita (016) que no deja rastro en la factura. El lema de esta campaña es «*Estamos contigo. La violencia de género la paramos unidas*». A esta línea, pueden acceder tanto las víctimas como los testigos de esta violencia, a los efectos de comunicar una situación de maltrato que puedan sufrir. Desde ese instante, se pueden adoptar medidas de protección a favor de la misma, ya que si fuera necesario las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden acudir al domicilio y trasladar a la víctima a los centros de salud o a dependencias policiales para interponer la denuncia correspondiente.

Esta pandemia global, es muchas veces silenciosa, asintomática y pasa desapercibida a los ojos de nuestra sociedad, a diferencia de lo que ocurre con la COVID-19. Podríamos decir, que a pesar de tenerla tan cerca, no la reconocemos hasta que los síntomas son muy graves ( la muerte).

Por otra parte y tal y como recoge la OMS, las mujeres víctimas de la violencia de género, se encuentran más expuestas a sufrir más problemas de salud, tal y como recogen los estudios recientes de las Universidades de Warwick y Birmingham, plasmados en el *Journal of the American Heart Association*. En este estudio, se observa que la mortalidad de las mujeres víctimas de la violencia es un 40% más alta en las mujeres maltratadas respecto a las no maltratadas.

Mientras que la COVID-19 ha movilizado a todos los países del mundo, esta pandemia silenciosa, basada en la desigualdad, apenas mueve conciencias. De la misma manera que se dice que cuando termine la pandemia del coronavirus, la sociedad, no volverá a ser la misma, esperemos que esto sirva también para darnos cuenta de que esta pandemia silenciosa, llamada desigualdad, requiere también una respuesta global y contundente, que afecta a la mitad de la población mundial y además, es una cuestión de derechos humanos.

**UNIBERTSITATEKO ESKULIBURUAK**  
**MANUALES UNIVERSITARIOS**

**INFORMAZIOA ETA ESKARIAR • INFORMACIÓN Y PEDIDOS**

UPV/EHUko Argitalpen Zerbitzua • Servicio Editorial de la UPV/EHU  
argitaletxea@ehu.eus • editorial@ehu.eus  
1397 Posta Kutxatila - 48080 Bilbo • Apartado 1397 - 48080 Bilbao  
Tfn.: 94 601 2227 • [www.ehu.eus/argitalpenak](http://www.ehu.eus/argitalpenak)

eman ta zabal zazu



Universidad  
del País Vasco

Euskal Herriko  
Unibertsitatea