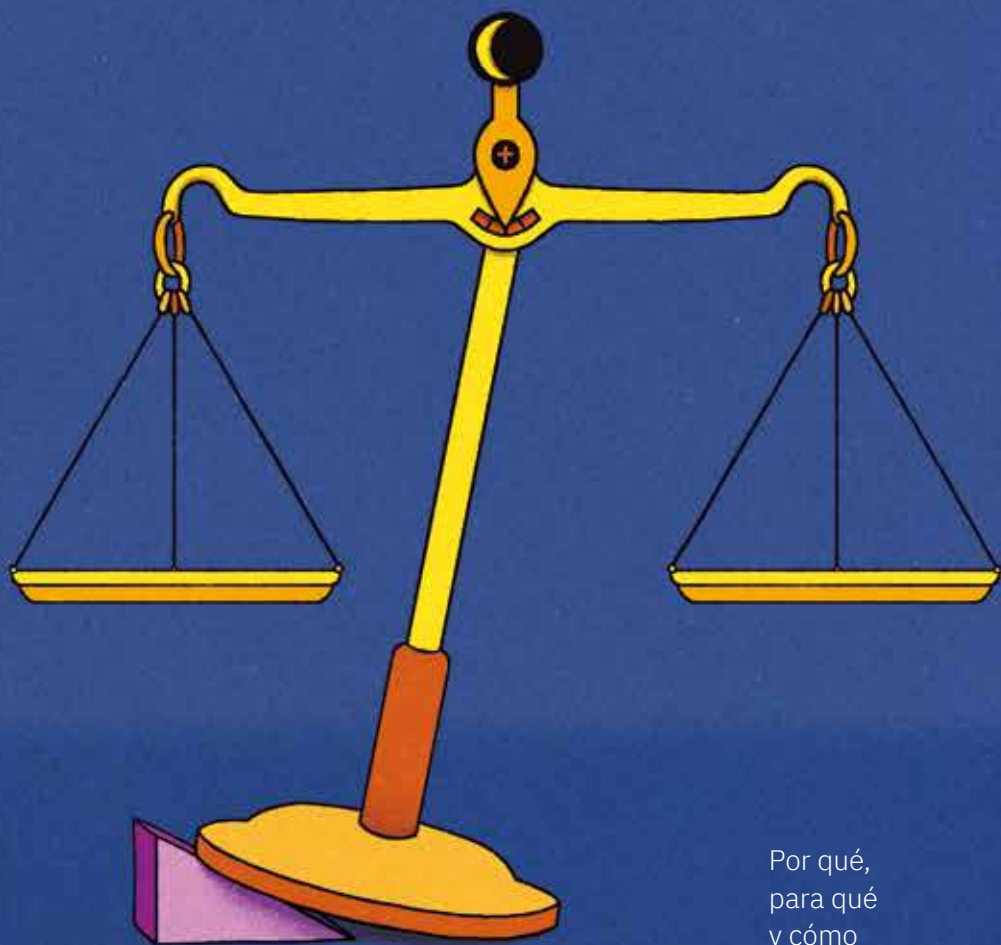


La aplicación práctica de la perspectiva de género en la justicia penal española

ELENA MARTÍNEZ GARCÍA



Por qué,
para qué
y cómo



PREMIO
CELIA AMORÓS
DE ENSAYO FEMINISTA

ACCÉSIT
2024



PREMIO
CELIA AMORÓS
DE ENSAYO FEMINISTA

ACCÉSIT
2024

La aplicación práctica de la perspectiva de género en la justicia penal española

Por qué, para qué y cómo

ELENA MARTÍNEZ GARCÍA



MINISTERIO
DE IGUALDAD

 Instituto de
las Mujeres

**La aplicación práctica de la perspectiva de género en la justicia penal española.
Por qué, para qué y cómo**

Por: Elena Martínez García

Edita: Instituto de las Mujeres

2025

Este trabajo ha sido realizado en el marco del Programa PROMETEO de la Generalitat Valenciana CIPROM 2023 (64) JUSTSOS.

NIPO: 050-25-027-5

e-NIPO: 050-25-028-0

Depósito legal: M-19145-2025

Catálogo de Publicaciones
de la Administración General del Estado
<https://cpage.mpr.gob.es>

Imagen de cubierta: Candela Sierra, 2025

*A todas las mujeres que abrieron camino antes,
porque les debo el disfrute de mis derechos.*

*A Silvia Barona, Julia Sevilla y Ángela Escribano,
que me guiaron con su ejemplo activista.*

A mis hijas, que son el futuro.

1. ¿Es tiempo de repensar el contrato social que nos une?	9
2. La perspectiva de género como parte del cambio de paradigma	21
2.1. Base normativa para introducir la perspectiva de género	24
2.2. Perspectiva de género y las obligaciones positivas y negativas inherentes a los derechos humanos	30
3. El porqué de la perspectiva de género en la justicia	33
3.1. El porqué del uso de la perspectiva de género	36
3.2. ¿Dónde estamos? Retrato de la justicia en la sociedad de Bauman	37
3.3. El género como clave para el cambio de paradigma orgánico y material en la justicia	41
3.4. Los datos hablan: deconstruir para construir en igualdad	45
3.4.1. <i>Definir de dónde partimos en nuestra historia jurídica para entender la necesidad del cambio</i>	47
3.4.2. <i>En la actualidad los números ya no bastan</i>	49
3.4.2.1. <i>La situación en la Judicatura</i>	49
3.4.2.2. <i>La situación en la Fiscalía</i>	54
3.4.2.3. <i>La situación en la Abogacía</i>	55
3.4.2.4. <i>La situación en las ADR</i>	57
4. Los paraqués del uso de la perspectiva de género	59
4.1. La deconstrucción propuesta por la <i>Feminist Jurisprudence</i> y la necesidad de formación de la judicatura para entender el giro con perspectiva de género	62
4.1.1. <i>¿Qué es y no es perspectiva de género?</i>	66
4.1.1.1. <i>¿Qué es la perspectiva de género?</i>	67
4.1.1.2. <i>¿Qué no constituye la perspectiva de género?</i>	69
4.1.2. <i>Consecuencias de no aplicar la perspectiva de género</i>	71
4.1.2.1. <i>Violencia institucional y perspectiva de género</i>	72
4.1.2.2. <i>¿Qué representa un estereotipo de género en la función jurisdiccional?</i>	74
5. El cómo: la aplicación de la perspectiva de género en cada fase del proceso penal	83
5.1. El derecho a la tutela judicial efectiva con perspectiva de género	86

5.2. ¿Cómo se aplica la perspectiva de género dentro del proceso penal?	92
5.2.1. <i>Cuestiones previas al proceso</i>	93
5.2.2. <i>Investigar con perspectiva de género: la toma de declaración de la víctima, la determinación de los hechos y aportación de las fuentes de prueba</i>	95
5.2.3. <i>Elementos objetivos de la actividad probatoria</i>	110
5.2.4. <i>En la valoración de la prueba</i>	114
5.2.5. <i>La práctica de la prueba en enjuiciamiento con perspectiva de la víctima de violencia de género</i>	117
5.2.6. <i>Determinación del derecho aplicable</i>	117
5.2.7. <i>Argumentación con perspectiva de género</i>	119
5.2.8. <i>Reparación del daño</i>	121
5.2.9. <i>La ejecución penal con perspectiva de género</i>	126
6. La consecuencia: la diligencia debida en materia de violencia de género	133
6.1. La igualdad como nuevo límite de la libertad	136
6.2. El Estado como agente de cambios sistémicos y como responsable directo por posibles daños fruto de la violencia machista	138
6.3. Diligencia debida en el Convenio de Estambul	140
6.4. Contenidos concretos del deber de diligencia debida del Estado en materia de violencia contra las mujeres	142
6.4.1. <i>Violencia de género y desigualdad sistémica</i>	143
6.4.2. <i>Normas con perspectiva de género</i>	145
6.4.3. <i>Prevención, sensibilización frente a todas las formas de violencia contra la mujer</i>	146
6.4.4. <i>Protección social</i>	147
6.4.5. <i>Protección y acción judicial</i>	148
6.4.6. <i>Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo</i>	152
Referencias bibliográficas	163
Documentos consultados	173
Abreviaturas	177

CAPÍTULO 1

¿Es tiempo de repensar
el contrato social
que nos une?

Vivimos en un mundo desigual, donde la libertad sigue ganando terreno al espacio de la igualdad de derechos y de oportunidades. Esta tendencia puede hacer brotar la desconfianza de la ciudadanía en las instituciones. Sin confianza no se puede construir nada y tienen difícil encaje las ideas de justicia y paz social. El binomio confianza-justicia va de la mano, lo que significa que invertir en un lado de la balanza afecta positivamente al otro elemento de esta dualidad. Tras ambos conceptos siempre está lo público, el estado del bienestar, que es el modelo de Estado por el que hemos apostado en democracia¹. No todo vale en el Estado social y democrático de derecho. Las reglas de juego normativizadas deben de asegurar *deberes de abstención* tanto de los representantes de los poderes públicos como de los sujetos privados, pero también existen para el Estado *deberes* consistentes en un *hacer* para garantizar los derechos humanos y de manera muy visible los derechos sociales.

1 El concepto de estado de bienestar fue creado por una mujer, Beatrice Webb, aunque el mérito parece que siempre se reconoció en su marido, Sidney Webb. Ambos realizaron un famoso estudio denominado *Minority Report* sobre la influencia de la pobreza en la vida de las personas y el rol del Estado administrador. Vid. una explicación sencilla en <https://blogs.lse.ac.uk/lsehistory/2018/02/23/beatrice-webb-william-beveridge-poverty-and-the-minority-report-on-the-poor-law/>

Sobre este tema versa el presente ensayo con un enfoque de género. Entender esto en profundidad requiere asimilar la inevitabilidad en este momento del uso de la perspectiva de género en cualquier ámbito de la vida y también de la función pública y de la función jurisdiccional. Para comprender esta idea, se hace necesario analizar el *porqué* de la aplicación de la perspectiva de género en determinados casos, su *para qué* y su *cómo*. Creemos que esta estructura es más didáctica para llegar no solo a las personas, sino también a los operadores jurídicos, donde todavía hay cierta falta de entendimiento de la obligatoriedad en el uso de esta perspectiva.

Nuestro punto de partida es que, en el momento actual, nos encontramos ante un cambio de paradigma global, y ello también afectará a la función jurisdiccional. Con ello me refiero a que el pulso entre la libertad y la justicia que ordena nuestra sociedad está virando. Estos dos conceptos no son inamovibles, sino que se encuentran sujetos a cambios sociológicos e históricos, al igual que ocurre con los elementos que de ellos derivan como, por ejemplo, la percepción que se tenga del valor de los derechos humanos y los límites que, para lograr su respeto, se deben poner al mercado. Pongamos como ejemplo la pandemia sufrida durante la COVID-19. Allí hemos podido observar el funcionamiento de este aludido binomio y de su aplicación en muchos ámbitos de la vida, tales como la libertad, la salud individual, la salud pública, la igualdad, la interdependencia entre las personas (y sus derechos) y la ecodependencia con el medio ambiente. De este modo, hemos visto que, *sin ciertas dosis mínimas y comunes de igualdad, se complica el ejercicio de la libertad individual*. Mi salud pasaba por respetar la salud de los demás, mi libertad quedaba sujeta a la garantía de la salud pública y colectiva. Desde ahora los *otros* van a ser parte de «mí» y del «mío», de mi libertad y de mi idea de justicia. Entroncamos, desde entonces, con la noción jurídica de la *solidaridad* y las restricciones que conlleva poder lograrla para conseguir

alcanzar la igualdad². Como afirma Innerarity, «nos gustaría tenerlo todo sin renunciar a nada»³, pero esta fórmula no tiene futuro. Y esto que afirmo voy a intentar justificarlo en relación con la transformación del paradigma de la justicia, pero desde la perspectiva de la igualdad de género y de las mujeres en el contexto del siglo XXI.

Son muchas las novedades que nos hacen pensar en un momento de transformación, muchos elementos fácticos y jurídicos que evidencian la tensión entre la justicia y la libertad. Todos ellos guardan relación estrecha con la perspectiva de género, porque la aplicación de este parámetro de género considero que traería soluciones transformadoras hacia la igualdad real y efectiva en toda la sociedad. Este cambio de paradigma, por supuesto, traerá conflictos que acabarán llegando a la mesa de los órganos judiciales⁴:

1. Naciones Unidas nos recuerda que nos encontramos ante un cambio de ciclo que nos anuncia el *fin del humanismo y de la modernidad*, así como de los valores de los que fue portadora esa época, donde surgieron los derechos humanos y el concepto de estado del bienestar⁵. Valga como ejemplo, el derecho de las mujeres a la igualdad⁶.

2 Frisch Wolfgang, «Derecho penal y solidaridad», *Indret* (octubre 2016).

3 Innerarity, Daniel, *Libertad democrática*, Galaxia Gutenberg (2023).

4 Para mayor ilustración *vid.* Martínez García, Elena, *Juzgar en el Siglo XXI*, Tirant lo Blanch (2024).

5 «La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos», presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de Derechos Humanos el 24 de febrero 2020.

6 «No se puede hablar de universalidad de los derechos humanos mientras la mitad de la población mundial esté sujeta a los niveles de violencia, misoginia, exclusión, desigualdades arraigadas, desempoderamiento económico y múltiples formas de discriminación que muchas mujeres y niñas sufren cada día. [...] En ningún país del mundo se ha alcanzado aún la plena igualdad de género. A nivel mundial estamos observando un retroceso en la realización de los derechos humanos de las mujeres, con unos niveles alarmantes de feminicidio». «La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos», presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de Derechos Humanos el 24 de febrero 2020, p. 7.

La posmodernidad y la liquidez de la que tanto habla Bauman en sus obras traen consigo una idea de libertad maquillada, donde puede parecer que la mujer ejerce libremente⁷ la prostitución o que engendra hijos para otras personas, pero surge la duda de esta premisa si no analizamos, con carácter previo, el contexto actual real de estas mujeres, especialmente, el derecho a la dignidad, a una vida libre de violencias, a la igualdad de oportunidades, a la eliminación de la pobreza. *Existe, por tanto, un conflicto real o tensión entre los derechos fundamentales a la libertad e igualdad de la mujer en una sociedad todavía patriarcal.*

2. Asistimos a lo que parece ser el inicio del *declive del androantropocentrismo*⁸, unido a un auge del *transhumanismo*⁹, algo que resulta íntimamente unido al concepto de *la identidad*¹⁰, como elemento sociológico en construcción que, de alguna forma, va a pasar a desfigurar categorías hasta ahora comúnmente aceptadas. Nuevamente,

-
- 7 Véase a lo largo de toda su obra la explicación hilvanada de las tensiones existentes en nuestra sociedad sobre las ideas de libertad e igualdad de Valcárcel, Amelia, *La civilización feminista*, La Esfera de los libros, 2023 y De Miguel, Ana, *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra, 2018, p. 233. En la sociedad patriarcal neoliberal las normas de control son diferentes, como bien explica Byun Chul Han, *La sociedad del cansancio*, Ed. Herder (2012) y Bauman, Zigmunt, *Vida líquida*, Paidós (2006) por la razón de que se usa la cultura del consumo, deseo, entretenimiento y autoexplotación para producir alegremente sin hacer preguntas al sistema ni cuestionarlo. Es lo que Puleo, Alicia, llama «patriarcado del consentimiento», *Claves del ecologismo social*, Ed. Acción-Ecologistas en Acción (2009).
 - 8 Hasta ahora el «Hombre» y el «hombre» constituían el centro de la cosmovisión, y los «otros» eran elementos de apoyo para su desarrollo, nos referimos a los animales, mujeres, colectivos diversos y bienes bioculturales.
 - 9 Autores como Rosi Braidotti y Antonio Diéguez explican este fenómeno muy sencillamente. En relación con la Justicia, Barona Vilar, Silvia, escribió: «Algoritmos, inteligencia artificial y Justicia posthumanista: ¿el comienzo de una gran amistad?», en la obra colectiva *Inteligencia artificial y modernización del proceso judicial*, Thomson-Reuters-Aranzadi, en prensa, 2023.
 - 10 Ejemplo de lo que decimos también es la conocida como ley trans, que generó un intenso debate en la sede del feminismo, ámbitos profesionales y legales. Fue aprobada como Ley 4/2023, 28 de febrero de 2023 para la Igualdad Real y Efectiva de las Personas Trans y para la Garantía de las Personas LGTBI.

la igualdad y la libertad entran en un pulso, con la evidente brecha económica que permitirá acceder o no a la tecnología para mejorar las vidas e identidades de las personas.

3. Indudablemente, la irrupción de la *revolución tecnológica y la inteligencia artificial* (IA) van a traer nuevos derechos y la revisión de contenidos de otros derechos tradicionales¹¹. La tecnología y la IA son meros instrumentos y no fines en sí mismos, y deben someterse a los principios de la ética y del garantismo jurídico¹², y deben de estar al servicio de los derechos y la democracia¹³. No es extraño, por tanto, que se proponga la idea de crear un parlamento de algoritmos de IA¹⁴. La IA se nutre de datos pasados para generar decisiones presentes, y sobre este presente se construye luego el futuro. Si los datos pasados están nutridos de sesgos de género y desigualdad, las consecuencias de la aplicación de esta inteligencia para solucionar el hoy no serán neutras ni, por tanto, lo serán las bases para la construcción

11 Barona Vilar, S., «Mutación de la justicia en el Siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía», en la obra colectiva *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, editado por Silvia Barona Vilar, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 31-62; *idem*, «La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de Justicia eficiente y sostenible», en obra colectiva *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, dirigida por Ignacio Colomer Hernández, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 75-116.

12 «Nos debemos a nosotros y las futuras generaciones un debate franco sobre las dificultades y oportunidades que plantean la promoción y la defensa de los derechos humanos, la dignidad humana y la acción humana en la era digital [...] que garantice el acceso universal a Internet, el desarrollo de la capacidad digital y el establecimiento de mecanismos para fomentar la confianza y seguridad digitales», en «La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos», presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de Derechos Humanos el 24 de febrero 2020, p. 14.

13 La IA no es más que un instrumento de *inteligencia humana aumentada*: si los humanos tienen la cabeza vacía de valores éticos e igualitarios, la máquina no podrá ser lo que nosotros no somos. Alphonse Bertillon afirma: «Uno mira lo que ve, y ve lo que tiene en la cabeza». Sobre las cuestiones y valores éticos en IA, *vid.* Cortina Orts, Adela, «La ética de la inteligencia artificial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 96 (2019), pp. 24 y ss.

14 Innerarity, Daniel, *La libertad democrática*, *op. cit.*, pp. 185 y ss.

del mañana. Somos lo que fuimos, seremos lo que hagamos en el momento actual y la IA se construye sobre datos que vienen del pasado androantropocéntrico.

4. *La glocalización de los conflictos y la inexistencia de una jurisdicción supranacional para resolverlos dificulta gravemente la tutela judicial efectiva.* El poder económico no conoce límites y, de alguna forma, se configura como poder supraestatal. La guerra, el hambre, las pandemias, los movimientos migratorios derivados de la pobreza climática son ejemplos de problemas que afectan notablemente al género, a las mujeres, como sujetos vulnerabilizados por el sistema económico y jurídico global. Son problemas de índole global y transnacional, pero que traen conflictos a las mesas de sus señorías, a las Administraciones públicas locales, etc. No es extraño que haya un movimiento de juristas que reivindiquen una justicia supranacional que proteja el ámbito de lo ecosocial global¹⁵ y, personalmente, me atrevería a decir que esa jurisdicción supranacional necesariamente debe tener la perspectiva de género, porque la protección de la naturaleza no acaba con la desigualdad, pero la igualdad de derechos de las mujeres (y demás colectivos vulnerabilizados) sí tiene un potencial transformador y, por tanto, transforma el modelo económico y el planeta, dado que el precio de la mano de obra, de la conciliación y los cuidados de la vida, aumentará el coste de producción y aminorará el consumo superfluo que, en definitiva, afecta a la naturaleza y al planeta.
5. *Los recursos naturales de nuestro planeta son bienes limitados.* Es insostenible el modelo extractivo y productivo que mantiene nuestra vida, tal y como la hemos diseñado. Debemos tomar conciencia

15 Latour, Bruno, *Facing Gaia. Cara a Cara con el Planeta*, Siglo XXI Editores (2017); Ferrajoli, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra*, Trotta, 2022, y Rodottà, Stefano, *El derecho a tener derechos*, Trotta, 2014.

de que somos interdependientes y ecodependientes. Urge una transición hacia un modelo económico que integre como valor también la *calidad de vida* de las personas, de las mujeres, de los colectivos vulnerables y de los animales en este planeta, es decir, un modelo *biocéntrico*, que ponga la vida de las personas y del planeta en el centro. La economía del cuidado da nueva forma a las categorías jurídicas de igualdad y democracia, porque incluye el género como categoría de análisis jurídico, que reescribe todos los conceptos. Hasta ahora habían sido válidos desde una perspectiva androantropocéntrica¹⁶. Las mujeres constituyen alrededor del 52 % de la sociedad, por tanto, intervenir en la corrección de sus desigualdades históricas cambia inmediatamente el valor de los parámetros establecidos como comunes y válidos hasta ahora.

Sin embargo, el modelo económico actual, ajeno a todo esto, se nutre de la extenuación del capital humano (y ese 52 % citado) y del extractivismo de la naturaleza¹⁷. Es necesario poner límites a la

16 Desde la perspectiva del Derecho Constitucional es muy importante: VV. AA., *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes, 2014. Determinante los trabajos de Marrades, Ana, *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, Tirant lo Blanch (2023), pp. 1-316.

17 En este sentido encontramos: (1) el Convenio sobre el Acceso a la Información, la Participación del Público en la Toma de Decisiones y el Acceso a la Justicia en Materia de Medio Ambiente, de 25 de junio de 1998, ratificado por España en 2005, (2) la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible junio 2012, donde se firmaron los Principios de la Declaración de Río sobre el Medio ambiente y su Desarrollo, Tratado de París, firmado el 12 de diciembre de 2015 y entró en vigor el 4 de noviembre de 2016, (3) la Resolución de Naciones Unidas 48/13 del Consejo de Derechos Humanos, de 8 de octubre de 2021 sobre «El derecho humano a un medio ambiente limpio, saludable y sostenible» (A/76/53/Add.1), que fue la antesala de (4) la Resolución de Naciones Unidas de 28 de julio de 2022, que reconoce como derecho humano el derecho a disfrutar un medio ambiente sano y a una naturaleza que asegure la vida saludable y sostenible para las generaciones futuras (A/RES/76/300). Todo ello en el marco de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas aprobada en 2015. De estos documentos se deriva comúnmente una obligación para los Estados que implica frenar ya nuestra forma de consumo y de producción, nuestro comportamiento vital y, por tanto, exige de los Estados una transformación de sus políticas, de su economía, de su cultura y educación de hábitos en la ciudadanía y tejido empresarial. De otra forma, habrá responsabilidad para el Estado

libertad del mercado, tal y como la entendemos hoy en día, por ser insostenible. Debe de reconocerse la existencia de bienes de naturaleza *demanial*, de pertenencia al Estado –o mejor dicho– a la humanidad¹⁸, y estos deben de actuar como límite para los poderes públicos y para la ciudadanía, al igual que ocurre con los derechos fundamentales. Normas que evidencien los límites de la tierra en este modelo actual de vida de las personas que lo habitan y del poder transformador de la economía de los cuidados en casi todas las perspectivas de nuestra existencia humana¹⁹.

Proteger el clima frente al mercado, sin admitir las transformaciones necesarias en materia de género, es negar el corazón del problema,

por los daños de naturaleza sistémica, es decir, por los daños individuales producidos por no generar la Administración esos cambios sistémicos o estructurales a través de las normas que protegen esa zona, principalmente, pero no exclusivamente. Recientemente aprobado el Reglamento de la UE 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 para lograr la neutralidad climática y la directiva de diligencia debida, empresas y sostenibilidad de 2024/1760, del 13 de junio.

Sobre los derechos de la naturaleza, véase el estudio, muy interesante, «Puede la Naturaleza lograrlo? Estudio sobre los derechos de la naturaleza en el contexto europeo», realizado por el Parlamento Europeo. Consultado (24/02/2023). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU(2021)689328) Vid. Elena de Luis, *El derecho al medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2020. Desde la perspectiva de la seguridad humana, vid. Coronel, Alberto/Sino, Elisa/Peña, Eloy, «Defensa planetaria integral. Un nuevo concepto de seguridad para el Antropoceno», *Cuadernos de Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.48 (2023).

- 18 VV. AA. (Coor. Rockström, Johan/Lade, Steve), «Safe and just Earth system boundaries», *Nature*, 14 abril 2023. Disponible en: www.nature.com
- 19 Sobre la transición ecológica y la intervención activa del Estado vid. *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Gobierno de España*, aprobado por Real Decreto-ley 36/2020, cuyo objetivo principal es impulsar la transformación de las cadenas de valor estratégicas del sector de los cuidados y la economía social, de forma multisectorial y transversal. La línea de transición ecológica la realizan a través de los derechos a la salud, los cuidados, territorio, energía, igualdad de oportunidades y de género, desarrollo del tejido empresarial y asociativo y también la ciencia. Vid. también Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2022, sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo - Informe anual 2020 (2021/2039(INI)) y el documento presentado por la OECD que une los elementos género y medio ambiente como forma de abordar la transición a un nuevo modelo de vida sostenibles, *Gender and the Environment: Building Evidence and Policies to achieve SDGs*, 2021

porque este sistema se ha construido sobre la base de la opresión de muchas personas, entre ellas, el 52 % de esta sociedad: las mujeres. Insistimos en la idea neurálgica para lograr el cambio, relativa a que las políticas de conciliación inexistentes han contribuido a este modelo económico que ahora hace aguas y queremos cambiar. La cuarta ola feminista ha representado la vinculación de una gran parte de la ciudadanía a estos nuevos cambios o transiciones hacia otro paradigma²⁰. La sociedad civil va a ser el corazón del cambio²¹.

6. Los cambios que se avecinan requerirán, con toda seguridad, un nuevo contrato social, que coloque la vida en el centro del debate jurídico, social, cultural, económico, etc., que vincule en sus compromisos a las personas, a las instituciones, al Estado y al tejido asociativo y empresarial. Corresponde a la ley definir quién debe regular esta manera de reconstruir la sociedad y el orden jurídico, so pena de acabar con el principio de separación de poderes y la garantía de imparcialidad objetiva y subjetiva²². Y en este *reconstruir los límites de la democracia*, la perspectiva de género junto con la perspectiva medioambiental tienen el poder y eficacia de cambiar el rumbo de este barco. Esta nueva forma de entender los derechos y bienes fundamentales son no solo límites a la democracia, sino la sustancia de la misma²³.

20 «La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos», presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de Derechos Humanos el 24 de febrero 2020, con motivo del 75 Aniversario de la ONU (p. 12).

21 Courtis, Christian, sobre el papel de la legitimación de la sociedad civil en defensa de los intereses colectivos y difusos, «El derecho al recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos», *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, núm.5 (2006) pp. 33-65.

22 Ferrajoli, Luigi, *Poderes salvajes*, p. 37.

23 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Trotta, 2014. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, 2011. *Para una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta, 2022.

CAPÍTULO 2

La perspectiva de género como parte del cambio de paradigma

Entender *por qué* existe la desigualdad de género y la violencia machista es clave para poder dar sentido a las obligaciones derivadas de la propia Constitución, así como de las normas europeas e internacionales que vinculan a las Administraciones públicas para que actúen y remuevan los obstáculos que impiden la igualdad, óbices que siguen perpetuando y legitimando las diferentes formas de violencia que sufren las mujeres en nuestra sociedad.

Con la perspectiva de género se intenta *deconstruir* la mirada unidireccional que hilvana nuestra ciudadanía, regulada por normas creadas por hombres y para hombres y donde la mirada de la mujer no existía, tampoco en la Justicia, ni en el ejercicio de la función jurisdiccional en cualquier área del Derecho²⁴. Sin embargo, como digo, las cosas están cambiando. Ahora, si se les pide a las mujeres víctimas que denuncien, la Administración debe de estar ahí para protegerlas y no revictimizarlas; pero el límite a cualquier acción positiva será el respeto de las garantías del proceso penal, por lo que no podemos asegurar a las primeras a costa

24 Esto que decimos ocurría también para las personas menores, con una discapacidad, mayores, diversas..., realidades ajenas a la visión de poder que, hasta la entrada en vigor de las Constituciones, primaba a la hora de crear el Derecho o aplicarlo.

de sacrificar dichas garantías. Al fin y a la postre, ambas constituyen obligaciones positivas para los Estados dentro del marco del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho al proceso con todas las garantías; ambos derechos fundamentales. Siendo esto así, la perspectiva de género incluirá una panoplia de decisiones interpretativas acorde a estas realidades, dentro de la Administración de Justicia y de los procesos. En este sentido, resulta un elemento neurálgico la formación de los operadores jurídicos del proceso, la agilidad y la eficiencia de la Justicia. Es un equilibrio delicado el que tenemos por delante en el desarrollo de la presente transformación de la sociedad y sus instituciones y, por supuesto, *no todo pasa por afectar al proceso penal, sino al contrario: a mayor transformación en valores y sin estereotipos del personal de Justicia, menos incidencia sobre el proceso*. Aquí, la perspectiva de género adopta un poder transformador en la sociedad, sobre la que repercuten las sentencias.

2.1. Base normativa para introducir la perspectiva de género

¿Cuál es la base normativa para poder afectar esta forma clásica de realizar la Justicia y los procesos? ¿Existe este anclaje jurídico? Nos vamos a restringir a citar los instrumentos internacionales, europeos y nacionales que recogen la perspectiva de género, y que acreditan que no estamos ante una opción para la judicatura, sino una *obligación* a la hora de abordar los procesos por violencias machistas, una obligación de naturaleza reforzada porque, de otra forma, no se desvela ni erradica la desigualdad.

1. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la resolución 34/180). Los arts. 1 y 2 c) d) e) f), así como el art. 5,

reconocen la obligación de los poderes públicos de remover todas las causas de discriminación de la mujer en cualquiera de sus ámbitos, también el procesal. También véase las Recomendaciones Generales núm. 33 *Sobre el derecho de Acceso de las Mujeres a la Justicia* y la Recomendación de este mismo organismo núm. 19, que desarrolla los artículos citados²⁵.

2. En el ámbito iberoamericano, el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos exige que los Estados velen porque la prohibición de discriminación sea real, y en ello profundiza el protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador). Por su lado, resulta neurálgica la importancia de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia sobre la Mujer (conocida como «Belem do Pará», de 9 de junio de 1994), que reconoce expresamente que «la violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres». Al ratificar la Convención CEDAW o la Convención Belém do Para, los Estados se comprometieron a adoptar medidas de todo tipo encaminadas a dispensar a la mujer un trato igual y, en particular, a adoptar medidas judiciales que eviten la revictimización por el sistema judicial.

25 También los dictámenes del Comité CEDAW deben entenderse como vinculantes para los países adheridos al protocolo facultativo de la CEDAW, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas de 6 de octubre 1999. Especialmente importante para el Estado español fue el informe de 16 de julio de 2014 sobre el *Caso Ángela González Carreño*. Sobre la vinculación de estos instrumentos ha tenido oportunidad de pronunciarse el Tribunal Constitucional español (STC 48/2024, de 8 de abril, ponente Inmaculada Montalbán Huertas ECLI: ES: TC: 2024: 48).

Vid. también en segundo lugar, en la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing en 1995 los Estados participantes asumieron el compromiso de garantizar que todas las políticas y programas reflejen una perspectiva de género, con el fin de lograr transformar un modelo de sociedad, a través del cambio de las «legislaciones, políticas, programas y proyectos estatales» y las consecuentes «reformas jurídicas».

3. El Convenio de Estambul (art. 49 en relación con el art. 3) es un acuerdo internacional que reconoce ampliamente a lo largo de su texto la presente obligación para los Estados firmantes. Este convenio abre nuevas expectativas respecto al derecho de acceso de las víctimas de violencia de género y, por tanto, en relación con lo que le es exigible al Estado y por lo que debe ser responsable en caso de no contribuir a proteger a la mujer frente a la violencia sexista en su Estado²⁶.
4. Por supuesto, la Declaración Internacional de Derechos Humanos reconoce el principio de igualdad y no discriminación en su dimensión formal y material, y lo desarrolla *a posteriori* en la Observación General núm. 20 del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En dicha Observación General se reconoce que estas acciones positivas no constituyen una excepción a la prohibición de no discriminación, sino que precisamente dota de significado a dicha prohibición, es decir, su no aplicación incumple las obligaciones citadas. Así lo ha recordado la jurisprudencia de la Corte Interamericana²⁷.
5. La igualdad como valor de la Unión Europea (UE) aparece ubicada en el artículo 2 de los Tratados de la UE. También el artículo 6 del Tratado de la UE estableció que los derechos garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Por su lado, el Tratado de Lisboa establece en su artículo 8: «En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su

26 Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica, Estambul, 11.V.2011, firmado por España el 1 de agosto de 2014 y la Directiva 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (DOUE, 24 de mayo 2024).

27 *Vid.* el estudio dirigido por Courtis, Christian, *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos económicos, Sociales, Culturales y ambientales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del Estado de México (2021), pp. 552-554.

igualdad»²⁸. En el ámbito de la UE, entre otros, contamos con la aprobación de la *Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024*, para luchar contra la violencia doméstica y de género deja fuera de duda la importancia a nivel europeo de la inclusión de la perspectiva de la mujer en la Administración de Justicia y en el proceso penal²⁹.

La Carta Social Europea (versión revisada de 1966) y las Resoluciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁰ especifican claramente el contenido de los derechos humanos y desarrollan sus garantías, también de género, con una clara vocación de aplicación transversal y vinculante para los Estados firmantes, al tratarse de derecho internacional (ex art. 10.2 Constitución española)³¹. En este *iter*, por supuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, así como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido decisiva para fraguar cambios, especialmente, de naturaleza sistémica y exigibles al Estado con el fin de remover las causas que impiden la igualdad en el disfrute de estos derechos de carácter nacional y de naturaleza europea. Sobre este aspecto volveremos más tarde.

28 Recientemente, es muy sintomático de este nuevo rumbo de compromisos de los Estados, la creación del *Informe sobre la integración de la perspectiva de género en el Parlamento europeo* (2020), donde se reconoce y proporcionan «herramientas clave para la consideración sistemática de las diferencias entre las condiciones, las situaciones y las necesidades de todas las políticas y acciones, así como el balance de igualdad de género y la promoción de la igualdad de derechos y la representación equilibrada desde el punto de vista del género en los diferentes niveles administrativos, políticos, sociales y económicos y en la toma de decisiones» P9_TA(2022)0072. Integración de la perspectiva de género en el Parlamento Europeo - Informe anual, 2020.

29 Monográfico sobre el tema, *vid. en el Diario La Ley-Unión Europea* núm.126, de junio de 2024.

30 Disponible en: <https://ecosoc.un.org/es>

31 Añadir en esta misma línea, la *Estrategia europea por la Igualdad de género y la Estrategia para la igualdad de las personas LGTBIQ* forman parte de una serie de estrategias de la Comisión Europea para impulsar una perspectiva de género más diversa e inclusiva en las políticas públicas europeas.

Todos estos instrumentos nacionales e internacionales, de una u otra forma, reconocen también la idea de diligencia debida de los Estados o, lo que es lo mismo, qué garantías negativas (de abstención) y positivas (de acción) deben cumplir los mismos para entender que quedan garantizados los estándares de calidad exigibles en el marco de la UE³².

En el caso del Estado español, la perspectiva de género, como parte del cambio de paradigma, se deduce del art. 14 CE y el 4 de la Ley de Igualdad y la Ley Orgánica de Violencia de Género (LOVG). También la jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en su STS 217/2019, de 25 de abril³³, y reconoce expresamente que esta «permite actuar sobre las personas, sobre los hechos y sobre la norma jurídica, aplicando una visión crítica de la realidad»³⁴.

32 Entre otras, *vid.* Martínez García, Elena (2024), «La diligencia debida de los Estados en materia medioambiental en el marco europeo de justicia global», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 63. La violencia vicaria también es violencia de género. Para ello, conviene recordar también que, junto con los anteriores instrumentos internacionales, encontramos la regulación específica de la Convención de los Derechos del Niño y Convención de las Personas con Discapacidad. Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008).

33 Las sentencias del Tribunal Supremo Sala Cuarta, 1046/2010 de 7 de diciembre, y otras que allí recoge (Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía 960/2012, 25 de marzo, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 119/2012, de 22 de febrero), afirman que debe de existir una interpretación de las normas con perspectiva de género, que «Ello exige al Poder Judicial razonar con una lógica distinta de la de épocas pasadas y que resulte útil para remover los obstáculos que dificulten la igualdad efectiva». Así afirma la Guía del CGPJ Y «lo ha recordado el Tribunal Supremo, en un caso que examinaba un supuesto de discriminación por razón de sexo, en sentencia de 21 de diciembre de 1989, de su Sala 1a, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial que *ha dispuesto la no aplicación de normas o criterios tradicionales que signifiquen vulneración de principios y valores consagrados en la Constitución y opuestos a la realidad social y jurídica del tiempo presente (artículo 3.1 del Código Civil)*». Esta perspectiva ha sido ratificada por la legislación española a través del Convenio de Estambul, que en su art. 4 y bajo la rúbrica de «Derechos fundamentales, igualdad y no discriminación», condena textualmente «todas las formas de discriminación contra las mujeres» de forma que el Estado «tomará, sin demora, las medidas legislativas y de otro tipo para prevenirla [...]». Para concluir: «Las medidas específicas necesarias para prevenir y proteger a las mujeres contra la violencia por razones de género no se considerarán discriminatorias en el presente Convenio».

34 Avilés Palacios, Lucía (Coor. Martínez García), «La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria», *Análisis de la Justicia con perspectiva de género*, p. 307. Ejemplo de ello sería, por ejemplo, la credibilidad de la víctima (STS 184/2019m de 2 de abril (RJ 7071/2019), considerar la víctima como posible testigo

También la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado en numerosas ocasiones a este respecto, a través de un nutrido grupo de cuestiones de inconstitucionalidad planteadas tras la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas Integrales de Protección contra la Violencia de Género (en su paradigmática STC 58/2008, 14 de mayo BOE 135, 4 de junio). El Alto Tribunal ha sabido entender el encaje del principio de igualdad en el Código Penal, dado que a la entrada en vigor de la LO 1/2004, explicó a la sociedad y a los operadores jurídicos que el legislador —mediante esta acción positiva en el Código Penal— tuteló dos bienes jurídicos distintos en el tipo de maltrato de obra y violencia habitual, a saber, no solo el bien jurídico, integridad física o moral (art. 15 CE), sino también la igualdad (art. 14 CE). Algo que no es la primera vez que se hacía en el Código Penal³⁵.

Para acabar, con este entramado legal debemos completar en España nuestra interpretación del mandato constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer (art. 14 y art. 10.2), así como la Ley 3/2007 de Igualdad, con el acervo normativo que ha traído consigo. El artículo 15 reconoce la necesidad de aplicar transversalmente el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. El artículo 4 reconoce expresamente la perspectiva de género como principio informador del ordenamiento jurídico «y, como tal, se integrará y observará la interpretación y aplicación de las normas jurídicas». Esto significa no solo una obligación para el legislador de crear normas con perspectiva de igualdad de género, sino

cualificado (STS 282/1018, de 13 de junio (RJ2182/2018) o sobre la acreditación o no del ánimo de dominar en la persona del maltratador (STS 677/2018, 20 de diciembre (RJ 4353/2018), entre otras muchas.

35 También ocurre, por ejemplo, al tutelar el derecho de los trabajadores frente al empresario que contrata sin papeles o explota laboralmente a el o la inmigrante, sin hacerle contrato de trabajo, sea nacional o extranjero (art. 311 bis del Código Penal). En estos dos casos recibe diferente penalidad según su nacionalidad española o extranjera, dado que la vulnerabilidad de un sujeto nacional y otro extranjero es enteramente diferente. Nadie se ha quejado sobre dicha posible inconstitucionalidad. Pero el género ha sido caballo de batalla por esta diferenciación.

también para los jueces y magistrados a la hora de resolver. Esta es una *obligación normativizada* y no constituye, por tanto, una opción para los órganos jurisdiccionales, una obligación destinada a pasar de la igualdad formal a la real.

Es muy importante resaltar, tal y como se ha entendido por la doctrina y por esta jurisprudencia, *que no se trata de legislar para las mujeres, sino de romper la estructura legal y social que hilvana una sociedad que las ha excluido siempre*³⁶. Todo un camino con determinación legal hacia la igualdad, aunque la realidad práctica no arroja estos datos. Como comprobamos, tenemos un marco legal exhaustivo de prevención y erradicación de la violencia machista³⁷

2.2. Perspectiva de género y las obligaciones positivas y negativas inherentes a los derechos humanos

Humanismo y modernidad trajeron consigo la creación del concepto de derecho humano. Estos nacen como resultado de las reivindicaciones ciudadanas frente al monarca absoluto. Traen consigo, por tanto, los denominados *derechos de libertad*, donde se imponía al Estado la obligación de abstención y de no injerencia en ese espacio de libertad de todos y cada

36 Bodelón González, Encarna «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna, *Género y Dominación*, Anthropos (2009).

37 Para el presente estudio contamos con tres textos fundamentales, como son, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de México en el caso «Campo Algodonero», fruto del cual se publicó en el año 2013 el conocido *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, así como la *Guía del Observatorio del CGPJ español para la Toma de Declaración de las víctimas de violencia de género* (2022), *Manual de investigación de Violencia física y psíquica por razones de género*, Fiscalía de Chile (2019) y *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, de la Fiscalía General del Estado Español (2020).

uno de los ciudadanos y ciudadanas. Pero como la libertad no lo es todo, fueron apareciendo reivindicaciones de derechos humanos que exigían del Estado acciones precisas. Por ello aparecen, entonces, los denominados *derechos de igualdad*, entendidos como límites a la propia libertad que, llevada hasta sus últimas consecuencias, genera desigualdad individual y en la sociedad. Surgen las *obligaciones de hacer* del Estado. Es precisamente aquí donde surgió el concepto de Estado de derecho. Hoy damos un paso más en este avance y nos ubicamos en los derechos de solidaridad, es decir, ante bienes escasos y demaniales, el Estado debe de actuar para limitar nuevamente la libertad en pro de la igualdad colectiva. Las obligaciones de hacer para el Estado pasan por establecer normas de conducta que limitan la libertad de mercado y, en consecuencia, las reglas de producción y consumo, repercutiendo directamente en los derechos de la ciudadanía³⁸.

Estas obligaciones se corresponden con el propio sentido o naturaleza pública de los derechos humanos y derechos fundamentales, que nacen frente a los poderes públicos para ser realmente efectivos. Se trata (a) de *obligaciones de abstención* de actos por los que estos poderes públicos y agentes estatales podrían dañar, (b) *obligaciones de hacer* y cambiar la estructura sistémica que se intenta desmontar, con el fin de que los derechos individuales de las personas lleguen a ser una realidad, para lo que el Estado se dota de un tercer nivel de obligaciones, en esta ocasión, (c) las relativas a la *tutela judicial efectiva* de los derechos e intereses de la ciudadanía. Las primeras (a y b) son de tipo sistémico o estructural, destinadas a hacer cambios que permitan a la ciudadanía poder realizar sus derechos individuales³⁹. Es decir, por poner un ejemplo: en una

38 A lo largo de sus obras, vid. Latour Bruno, *Facing Gaia. Cara a Cara con el Planeta*. Siglo XXI Editores (2017); Ferrajoli, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra*, Trotta (2022), y Rodottà Stefano, *El derecho a tener derechos*, Trotta (2014).

39 Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Trotta (2014).

sociedad sin leyes antidiscriminatorias, que incluyan prohibiciones específicas para las Administraciones públicas, nunca podría llegarse al nivel de aplicación de la perspectiva de género en el caso concreto. Sin las primeras obligaciones y transformaciones no se pueden realizar los derechos individuales. Por esta razón, los partidos políticos negacionistas tienen claro su objetivo al pretender abolir dichas obligaciones sistémicas, porque saben bien que así no se erradica la conducta en cuestión, ya que se trata como un todo lo que es una parte del conflicto, al dejar fuera a los poderes públicos, no quedan así interpelados en sus obligaciones como Estado.

En este momento, con la nueva Directiva 2024/1385 de lucha contra la violencia doméstica y de género (*vid. supra*), quedan mucho más evidentes las garantías negativas (de abstención) y positivas (de acción), que deben cumplir los Estados para entender que cumplen los estándares de calidad exigibles en el marco de la UE⁴⁰. Es decir, lo que antes ya era vinculante para la Unión al haberse adherido al Convenio de Estambul, ahora es obligatorio para todos los Estados a través de la propia Directiva. A partir de ahora ya no es posible para los Estados tradicionalmente más negacionistas negar a sus conciudadanas los derechos derivados de la Directiva para prevenir, erradicar y reparar la violencia machista en cualquiera de sus formas. Dichas garantías se desarrollarán en la última parte de este trabajo.

40 Sobre dichos estándares *vid.* Magro Servet, Vicente, «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, núm.10514, 28 de mayo de 2024. En otro ámbito, *vid.* Martínez García, Elena, «La diligencia debida de los Estados en materia medioambiental en el marco europeo de justicia global», *Revista de Derecho Europeo*, núm. 63 (2024).

CAPÍTULO 3

El porqué de la perspectiva de género en la justicia

Procedemos ahora a adentrarnos en el concepto y sentido de esta herramienta de análisis de categorías, cuya aplicación da una relectura diferente a todo. Ejemplos no faltan de investigaciones con perspectiva de género en medicina, historia, economía y cualquier área de derecho. El enfoque de género simplemente supone introducir como criterio de interpretación la realidad de las mujeres. Se pone foco o enfoque donde no lo había. Se trata de contextualizar datos que se han creado o han sido interpretados históricamente como neutros, pero que no lo son porque obviaron la realidad y subjetividades sobre la que se construyeron (ajenos a las mujeres, a las personas con capacidades diferentes que requieren la integración de apoyos, las personas de diversidad afectivo-sexual y de género, la realidad de las personas mayores, el medio ambiente considerado como sujeto de derechos...) ⁴¹. Al fin y a la postre, es una herramienta que desmonta el discurso único de la perspectiva del poder que hace la norma, diseña la vida o los datos cuestionados. Por tanto, junto a la perspectiva de género,

41 Ejemplos pueden ser muy variados. Investigaciones clínicas de medicamentos en enfermedades solo probados en hombres, normas sobre eficiencia bancaria que no toman en consideración las capacidades digitales de las personas mayores, ciudades diseñadas con barreras para las personas que tiene alguna discapacidad, daños al Mar Menor como sujeto titular de derechos...

pueden encontrarse otras perspectivas que desmonten el poder androantropocéntrico que ha creado nuestra sociedad.

3.1. El porqué del uso de la perspectiva de género

La aplicación práctica de la perspectiva de la igualdad requiere revisar el paradigma orgánico y material de la justicia y de la función jurisdiccional. Hoy los datos de la aplicación de la perspectiva de género sirven para desentrañar la existencia de relaciones sutiles de poder en nuestra sociedad (poderes públicos, Administraciones públicas, ámbito empresarial, relaciones personales) que, de no removerlas, se ahonda en más desigualdad sobre las personas sometidas a ellas, e incluso en violencia institucional. En este sentido, esta herramienta es útil para hacer estas correcciones, es decir, *deconstruir* la perspectiva aparentemente neutra de una norma y, asimismo, del día a día de las sentencias, y volver a *construirla* de forma contextualizada en el marco de la igualdad y derechos fundamentales y humanos que se encuentran violentados. De no hacerlo el Estado, podrá incurrir en responsabilidad por no remover los obstáculos que impidan la igualdad ex art. 9.2 y 14 CE, en caso de haberse producido daños directamente derivados de la acción y omisión en la diligencia debida. Esta perspectiva de justicia también es aplicable en la toma de decisiones judiciales y, por tanto, del art. 24.1 CE.

Se trata de desmontar normas no neutras que recogen realidades sesgadas, de alguna forma, ajenas a la realización del principio de igualdad y a la remoción de los obstáculos que la impiden (art. 14 y 9.2 CE). La perspectiva de género otorga esta transparencia en relación con las normas que atienden los conflictos que sufren las mujeres por razones sistémicas discriminatorias y violentas hacia sus personas y derechos.

3.2. ¿Dónde estamos? Retrato de la justicia en la sociedad de Bauman

El barómetro del CIS pone en evidencia que la ciudadanía española, así como las personas profesionales de la justicia, consideran que esta funciona mal, que su «organización y aplicación no responde a las exigencias de una sociedad avanzada»⁴², que hay una palpable escasez de medios. Afortunadamente, una abrumadora mayoría de la población encuestada sigue confiando en la justicia como garantía última de la ciudadanía y de las libertades, y considera que es necesaria una reforma inmediata y un pacto de Estado para su modernización. Sin embargo, si acudimos a los datos sobre la violencia de género, comprobamos que en España cada año una media de 60 mujeres son asesinadas por sus parejas o exparejas y 600.000 son maltratadas; una situación grave por su significado y por el resultado, hasta el punto de que los homicidios por violencia de género representan el 20 % de todos los homicidios cometidos en España. Sorprendentemente, esta violencia solo es considerada como un problema grave por el 1-2 % de la población. Es decir, el interés de la ciudadanía por la violencia contra la mujer es muy inferior al interés por la justicia, como si de planos desconectados se tratara⁴³. Este dato contrasta con el importante esfuerzo

42 «El primer barómetro de opinión realizado por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) sobre el Servicio Público de Justicia fue en 1984. En ese momento el 21% de los españoles opinaba que la Justicia funcionaba mal o muy mal. La última vez que se hizo esa pregunta fue en el barómetro del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS de julio de 2019) y el porcentaje de los que tenían esa opinión ascendía al 48%. En esta misma encuesta, el 61% considera que los medios con los que cuenta la Justicia son insuficientes y las tres primeras carencias señaladas son: falta de jueces, falta de medios informáticos y falta de personal auxiliar». Disponible en: <https://www.justicia2030.es/punto-de-partida#la-justicia-hoy>. En el barómetro del CIS 2024 comprobamos que cada vez disminuye más la valorización de la desigualdad y la violencia contra la mujer para el entramado social.

43 Disponible en: http://www.cis.es/cis/opencm/ES/1_encuestas/estudios/ver.jsp?estudio=14106

económico realizado para dotar de medios y estrategias adecuadas, establecido en el Pacto de Estado contra la Violencia Machista.

Nos encontramos ante atisbos de vida líquida que han trascendido también a la justicia neomoderna; una justicia, en definitiva, muy *androantropocéntrica* en su forma de proceder, que se mueve por impulsos que presentan una suerte de simbolismo mágico. Se parece más a la cosmética o maquillaje que a una verdadera transformación en aras de favorecer los derechos de la ciudadanía⁴⁴.

En nuestra sociedad «el problema de las mujeres en las sociedades patriarcales es un problema de poder y no de “diferencia” y la lucha por la igualdad es una lucha por el poder, además de ser una lucha por los derechos»⁴⁵. Por eso hace falta un cambio de paradigma o cambio sistémico, todo un aparato para invertir privilegios, hasta ahora gozados por los hombres, en pro de la igualdad de la mujer y la solidaridad con los colectivos desfavorecidos hasta ahora fuera del objeto de prioridades en nuestra sociedad o en la propia justicia⁴⁶. En este camino, el miedo ha sido una buena herramienta de trabajo del capital y del mercado para asegurar el mantenimiento del sistema tal y como lo heredamos. En los términos de Beck, la «sociedad del riesgo» y la economía que lo alimenta imponen miedos que llegan a condicionar al poder ejecutivo, legislativo

44 Como en la película *El gatopardo*, también en materia de igualdad se adoptan decisiones vacuas, sin dotación económica, que perpetúan esa mítica frase: «Cambiarlo todo para que nada cambie».

45 Mestre Mestre, Ruth, «Mujeres, Derechos y Ciudadanías», en Mestre Mestre, Ruth (Coord.), *Mujeres, derechos y ciudadanía*, Tirant lo Blanch 2008, p. 23.

46 Recordemos derechos de solidaridad de esta nueva era, citados en la primera parte de este trabajo. Y aquí, precisamente, la desigualdad del tipo que fuere ha encontrado eco en todos los rincones de la sociedad globalizada en la que vivimos, en las denuncias comunes a lo largo y ancho del planeta, y ello ha impuesto una conciencia democrática planetaria por el cambio. Y aquí la justicia va dando los pasos más importantes por la igualdad real entre el hombre y la mujer, introduciendo la perspectiva de género en la función jurisdiccional y evidenciando cambios de este tipo en su fisonomía. Lo mismo está ocurriendo respecto de la perspectiva del interés del menor, de las personas mayores, personas diversas, etc.

y judicial⁴⁷. Como veremos, la *Lex Mercatoria* que nos rige se ubica tras muchos de estos temores⁴⁸.

En el ámbito de la justicia encontramos, como exponente de lo que decimos, el «derecho penal simbólico». De alguna forma, se utiliza el derecho penal para revalorizar ciertos bienes jurídicos protegidos. Algo de esto que decimos se ha evidenciado con la propia Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (BOE, núm. 313, de 29 de diciembre de 2004, que entró en vigor el 28 de enero de 2005). En concreto, esta norma supuso un gran avance en la lucha por los derechos de la mujer⁴⁹. Con ella ciertamente se trató de endurecer la respuesta penal y adaptar la procesal ante hechos que la sociedad no podía tolerar. Se trata de un punto de inflexión absolutamente necesario en la forma de abordar este problema por y desde la justicia, sin que por ello también me atreva a afirmar sin ambages que la solución que la justicia puede dar será siempre parcial. Sin unos buenos servicios sociales, presupuestos con perspectiva de género y la decisión firme de generar cambios en educación, un informe real de género de todas las leyes, formación de la Administración pública, transformación de la percepción de la mujer en nuestra sociedad y en el poder, etc. no puede haber transformación real de este tipo de conducta delictiva, porque lo que necesitamos es un cambio de cultura real y

47 Beck, Ulrich, *Risk society: Towards a New Modernism*, London, Ed. Sage, 1992.

48 «Bussiness and Human rights-Acess to Remedy», octubre 2020 (accesible a través de la web de la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales).

49 Es larga la lista de bibliografía que la ley ha incorporado al panorama dogmático español. Podemos citar, entre otras, Martínez García, Elena, *La tutela judicial de la violencia de género*, Madrid, Iustel, 2008; Martínez García, Elena/Gisbert Grifo, Susana, *Género y violencia. Análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; De Hoyos Sancho, Montserrat, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009; Arangüena Fanego, Coral; De hoyos Sancho, Montserrat, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, en Cabrera Mercado (coord.); Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (2011).

sistémico en la sociedad desde la igualdad material, no solo formal⁵⁰. Por eso concluiremos a lo largo de este trabajo que los partidos negacionistas que ocupan ayuntamientos, incumplen las obligaciones derivadas de los marcos internacionales de los que España forma parte, así como de la propia LOVG, desde el momento que se intenta desarticular esta parte sistémica, y pretenden entender esta violencia como algo intersubjetivo y descontextualizado. Esto exige pensar en dos instrumentos clave para el cambio del modelo cultural y legal, hacia una transformación por la igualdad real de la mujer en nuestra sociedad. Ambos son pilares que deben de introducir la perspectiva de género:

- A) El primero es indudablemente ajeno al proceso y a la justicia, en el sentido de que la educación –tal y como marca la LOVG– va a ser la única forma real de cambiar hábitos y culturas estereotipadas: lo que aprende y hace nuestra juventud determina su convivencia futura. La judicatura recibe el resultado de una convivencia conflictiva. El rol del poder judicial no solo consiste en resolver dicha conflictividad, sino también debe de obligar al poder ejecutivo a que haga los deberes reales que le impone la propia LOVG y que podemos afirmar sin ambages que no ha acabado de hacer bien en las aulas. Se trata, en definitiva, de llegar a la ciudadanía, de donde salen luego los órganos jurisdiccionales, las personas empresarias, las integrantes de la Administración pública etc. Aquí entrarían, igualmente, los medios de comunicación y su labor informativa y, de forma indirecta, educativa.
- B) El segundo hilo conductor del cambio pasa por interpretar en clave transformadora (feminista y evidenciando la perspectiva de poder

50 Martínez García, Elena, «¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal», *Diario La Ley* núm. 9055 (2017) y Gómez Golomer, Juan Luis (y otros), *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch, 2007.

que a menudo rige nuestro mundo y nuestros conflictos) también en los procesos judiciales y, muy especialmente, en el proceso penal. Como veremos, esta perspectiva de poder evidencia que el derecho no es neutro y que a menudo requiere de la observación del contexto en que se producen los acontecimientos sometidos a la tutela jurisdiccional, para comprobar que (a) la aplicación lineal del derecho (sin integrar la orientación de los derechos humanos que inspiran nuestras normas y sus lagunas) victimiza más a las mujeres víctima, (b) que esta perspectiva de poder no solo se da en las relaciones hombre-mujer sino también ante otros grupos vulnerables y ante la vida que existe en el planeta. En este trabajo me ocupo exclusivamente de la perspectiva de género, en el sentido actualmente establecido por la LOVG, es decir, de la que se aplica a la violencia machista en el proceso penal.

3.3. El género como clave para el cambio de paradigma orgánico y material en la justicia

En la actualidad sabemos que la igualdad de hombres y mujeres reconocida en los textos internacionales y en las constituciones no se ha traducido en una *igualdad real*, sino simplemente *formal* ante la ley. Es decir, hay una evidente desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el mundo laboral, en los hábitos culturales, en el mundo de la economía, de la política, en la relación de pareja, en la distribución de cargas domésticas y de la vida... La sociedad ha cambiado, por supuesto, pero no a nivel global y de forma real. Como personas investigadoras universitarias, privilegiadas del primer mundo, y en un país que lucha por erradicar la violencia sexista, nos es exigible observar nuestra disciplina con ojos tendentes a contribuir

a la igualdad real⁵¹. Obviamente, las cosas están cambiando y los números son cada vez más evidentes y nos indican que, por fin, hoy comienza a haber mujeres en todas las ramas del conocimiento. Un dato numérico que abriga esperanzas de una tímida, pero ya imparable transformación, no solo orgánica, sino también interna, de la forma de hacer las cosas, también en la justicia⁵².

La rotura del techo de cristal (*glass ceiling barrier*)⁵³, la desaparición del suelo pegajoso (*sticky floor*), que dificulta el acceso a los primeros niveles de carrera o profesión⁵⁴, o las políticas de discriminación positiva

51 «Cuando la mujer pretende ejercer como ciudadana, con iguales derechos que los varones, no son las circunstancias objetivas las que se lo impiden, sino los prejuicios de que es objeto desde siempre y la asunción de los roles derivados de su condición de esposa y madre», Sevilla Merino, Julia, «El tiempo: elemento de cambio para la mujer», Revista *Asparkia*, p. 99. También la diferencia de salario choca frontalmente con el artículo 35 CE, pese a que los datos avalan una diferencia del mismo en un 30% a favor del hombre. A ello añadimos que la mujer trabajadora debe cumplir una doble jornada laboral con el trabajo doméstico y del cuidado de la familia, algo que afortunadamente va cambiando, pero que durante la pandemia pudo verse que estamos lejos de conseguir la igualdad. Baste ver los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial sobre este tema. Hacen falta acciones positivas en favor de los hombres para que ocupen este espacio del cuidado (p. 107). *Vid.* también el Principio 8 de *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* (A/HRC/40/57). Sobre estos derechos humanos debe de enfocarse la docencia universitaria.

52 Barona Vilar, Silvia, «La feminización de la justicia de cuerpo (formal), de mente (razonamiento, diálogo) y de comportamiento», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch, 2018.

53 Es interesante la lectura de quienes han sabido describir sociológicamente este concepto (se dice que apareció por vez primera en 1986 en el *Wall Street Journal*), entendido como barrera invisible que emerge cuando las mujeres se acercan a la parte superior de una jerarquía corporativa, vetando el alcance al mismo, al bloquearles el acceso a cargos ejecutivos o de gerencia de negocios. En la actualidad se ha convertido en un paradigma que refleja bien el obstáculo de crecimiento de las mujeres en determinados sectores. Si bien originariamente se utilizaba este concepto en relación con las mujeres y su carrera laboral, y su inexequibilidad de acceso a determinados puestos de trabajo, esta metáfora se ha ido extendiendo igualmente a sectores especialmente vulnerables, como las minorías raciales, por razón de la nacionalidad, religiosas, por discriminación sexual, etc.

54 Se refieren a ambos conceptos en el ámbito de la ciencia y la tecnología, Torres González, Obdulia/ Pau, Bernardette, «“Techo de cristal” y “suelo pegajoso”. La situación de la mujer en los sistemas alemán y español de ciencia y tecnología», en *Sistema de Información científica*,

son los instrumentos que ha puesto el legislador al servicio de los poderes públicos para *promover una mayor igualdad de hecho o garantizar a los miembros de los grupos con desventaja una verdadera igualdad de oportunidades*⁵⁵, compensando las diferencias y *con vocación de desaparición*, tan pronto se corrijan las estadísticas, que ponen de manifiesto la presencia de la desigualdad en la sociedad. En este caso, podemos adelantar sin ambages que el acceso a la carrera judicial tiene fisonomía de mujer, como se comprobará más adelante. Sin embargo, no es así en la carrera de ascenso en la justicia⁵⁶.

Desde esa visión del derecho procesal —como derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva— queremos hacer referencia a la relación existente entre derecho a la igualdad y los derechos de acceso a la justicia de las mujeres. El derecho es poder y el diseño de las instituciones jurídicas procesales ha sido creado por y para conflictos privados y públicos en los que el hombre durante mucho tiempo era su único protagonista. Por tanto, las experiencias y particularidades de las mujeres (como actoras del proceso, sean víctimas o juezas, letradas, fiscales, abogadas), a pesar de la aparente neutralidad de las normas, tradicionalmente no aparecerán recogidas por él. Desde la ley —y a través de su aplicación— se ha legitimado la desigualdad sexual con las normas que han negado derechos de la ciudadanía (como el derecho al sufragio), ha regulado el derecho del hombre sobre la mujer, su capacidad y libertad y su patrimonio una vez contraído el matrimonio

Red de revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, UAEM redlyc.org, <http://www.redalyc.org/html/924/92422639002/>, consultado el día 16 de enero de 2018.

55 Uretaga, Eguzki «Las políticas de discriminación positiva», en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 146, Madrid, octubre-diciembre 2009, p. 183.

56 *Vid.* el voto particular del magistrado Luis Jimena Quesada sobre la carrera judicial en España y la ausencia de perspectiva de género como formas de violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Protocolo núm. 12. (STEDH CASE OF ALONSO SAURA v. SPAIN, 8 de junio de 2023).

(hasta 1975 vísperas de la entrada en vigor de la Constitución), o ha legitimado el diferente tratamiento penal que recibía el adulterio, según lo cometiera el hombre y la mujer, o la inexistencia de reproche penal en casos de violación conyugal. Sí trataremos de plantear que desde la construcción de la historia sin las mujeres, también la justicia se fue construyendo sin ellas.

Las y los miembros del poder judicial no son sujetos ajenos a la sociedad en la que vivimos, con sus fortalezas y debilidades, y la formación jurídica inicial de los mismos está imbuida de dichos estereotipos propios de nuestra sociedad, de esa misma visión patriarcal y androcéntrica de los hechos y normas jurídicas y de la propia estructura del poder judicial, en su forma de ascenso en la carrera. En este mismo sentido, en las siguientes líneas procederé a abordar la composición orgánica de la justicia y su —muy a menudo— forma estereotipada de resolver el fondo de las cuestiones, con un plan de formación integral desde la carrera y durante el ejercicio de la profesión en proceso de consolidación, gracias a su II Plan de Igualdad del Poder Judicial. No hacerlo puede derivar en un incumplimiento de la obligación del Estado de eliminar todos los obstáculos que impidan la igualdad, también en la Administración de Justicia, lo que puede derivar en responsabilidad del Estado por acciones y omisión en estas obligaciones que explicaremos atendiendo a un caso concreto, como es la violencia de género⁵⁷.

57 Principio 8.3 del documento *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* (A/HRC/40/57), donde referencia que la existencia de obstáculos económicos y socioculturales estructurales puede afectar al acceso a la justicia, por ejemplo, en relación con la credibilidad de la víctima.

3.4. Los datos hablan: deconstruir para construir en igualdad

Si se pretende realizar una radiografía aproximada de la justicia desde la perspectiva de género, a partir de sus cifras, la primera tarea es analizar al conjunto de profesionales del área del derecho que desempeñan su trabajo en España. En este sentido, cabe señalar que España cuenta actualmente con algo más de 5.500 jueces y juezas, magistrados y magistradas, de las que alrededor de 3.100 son mujeres (un 54 %). El conjunto de órganos con potestad jurisdiccional desarrolla la función jurisdiccional en casi 4000 órganos judiciales. Esto supone que tenemos 11,4 jueces o juezas por cada 100.000 habitantes de España, algo considerablemente inferior a la media de 21 jueces por cada 100.000 habitantes que se tiene dentro del ámbito del Consejo de Europa según datos del CEPEJ (24,4 de Alemania o a los 16 de Portugal), a pesar de haber incrementado el número de plazas⁵⁸.

La mayoría de los jueces varones españoles se encuadra entre los 51 y 55 años, mientras que las juezas mujeres se encuentran entre los 31 y 50 años. Ello significa, en primer lugar, que hay un cierto envejecimiento de la plantilla judicial, pero también que la presencia de la mujer se ha realizado tardíamente, aunque ahora es verdad que las mujeres juezas entre 31 y 40 años, sorprendentemente, llegan a duplicar la plantilla de hombres a esa misma edad. Podríamos decir que se ha iniciado una clara feminización de la justicia. Sin embargo, este dato se enfrenta al hecho objetivo de que, de acuerdo con la sociedad en la que vivimos y espejo de ella, la subida en el escalafón de dichas mujeres sigue siendo restringida a día de hoy, y de alguna manera va menguando probablemente por las exigencias sociales de conciliación para las mujeres, lo que

58 En los últimos veinte años el número de jueces en España ha aumentado prácticamente un 50 %, al pasar de 3.748 a 5.593. Sin embargo, el número de asuntos resueltos en los tribunales ha descendido en un 5%. Disponible en: www.justicia2030.es

menoscaba su decisión de presentarse a los procesos de selección y, cuando lo hacen, puede verse afectado su currículum y méritos, y ello se traduce en un *techo de cristal* y un *suelo pegajoso* al que aludíamos con anterioridad, también en el poder judicial. Además, esto supone que el denominado «poder transformador de las sentencias» en sus instancias más elevadas sigue mayoritariamente en manos del juez (en masculino), afortunadamente cada vez más formado en materia de igualdad y consciente de la herencia cultural que tenemos, lo que hace que tengamos decisiones pioneras en la materia, según veremos, y que exista un número de mujeres cada vez mayor en la cúpula del poder judicial⁵⁹. El II Plan de Igualdad del Poder Judicial, como se verá, sienta las bases para los cambios necesarios⁶⁰.

Sin embargo, para entender la importancia de lo que decimos a los efectos de este estudio, se hace conveniente analizar este itinerario vivido/sufrido por la mujer en la justicia, desde su aparición como sujeto en las aulas de las facultades de derecho, hasta llegar al Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional. Esta normalización ha costado, pero ya es una realidad; lo que hace unos años parecía imposible, hoy entendemos que es lo normal⁶¹. Esta misma idea es la que debe inspirarnos para intuir y aceptar las transformaciones que en esta obra se proponen.

59 Disponible en: <https://www.justicia2030.es/-/plan-de-igualdad-y-conciliacion>

60 Martínez García, Elena/ Borges Blázquez, Raquel, «El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial español», *Revista Teoría y Derecho*, núm. 41 (2023).

61 Nada obsta a imaginar que en un futuro se tuvieran que adoptar medidas positivas en favor de los hombres para que se encuentren dentro de la Administración de Justicia.

3.4.1. Definir de dónde partimos en nuestra historia jurídica para entender la necesidad del cambio

Una mirada hacia la historia jurídica española revela que las mujeres no participaron de la construcción de la misma⁶². Desde que Concepción Arenal Ponte fuera la primera mujer en asistir a una facultad de Derecho, como oyente y vestida de hombre, entre 1841 y 1846, mucho ha habido que reivindicar. No será hasta la Real Orden de 8 de marzo de 1910 cuando se le permite el ejercicio de la profesión. Esto llevó a que si en el curso 1900-1901 el número de alumnas universitarias era de 9 (0,05 % del alumnado), en el curso 1955-1956 eran 10.052, lo que constituía un 17,6 % del alumnado⁶³.

Un dato es fundamental a nuestros efectos: será a partir de esa Real Orden de 1910 cuando se hará realidad la incorporación de la primera mujer a un colegio de abogados, María Asunción Chirivella Marín, del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, en 1922. Y fue en esos años cuando emergen dos figuras absolutamente importantes en esa lucha por la visibilidad profesional de la mujer y la conquista de derechos de la misma, Clara Campoamor y Victoria Kent, básicamente por el papel que desempeñaron en las Cortes Constituyentes de 1931, como diputadas defensoras del voto femenino. Se dice que Victoria Kent fue la primera mujer abogada que vistió toga en la Audiencia de Madrid, y fue conocida por ser la primera mujer directora general de Instituciones Penitenciarias.

62 Datos extraídos del estudio de Barona Vilar, Silvia «La feminización de la justicia de cuerpo (formal), de mente (razonamiento, diálogo) y de comportamiento», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch (2018).

63 Flecha García, Consuelo, «Por derecho propio. Universitarias y profesionales en España en torno a 1910», en *Tabanque, Revista pedagógica*, núm. 24 (2011), p. 169.

Si esta ausencia de las mujeres en la vida académica, profesional y pública era real y venía abrigada desde el cuerpo de la justicia, no menos real eran las numerosas normas jurídicas que se diseñaron en el siglo xix, pero que perduraron bien avanzado insólitamente el siglo xx. Basta recordar la incapacidad de la mujer reconocida en el Código Civil español de 1889 para contratar, o su imposibilidad de comparecencia en juicio, o las normas penales que castigaban con adulterio cuando este era cometido por la mujer y no cuando lo era por el varón (en este caso tan solo se castigaba el amancebamiento), o incluso cabe recordar que hasta más de la mitad del siglo xx (1961) la mujer era despedida al contraer matrimonio (continuando hasta 1975 la prohibición de contratar a una mujer casada sin el permiso de su esposo), y existían igualmente algunos reglamentos del régimen interior de las empresas que prohibían a las mujeres ejercer puestos de dirección. Es fácil imaginar que si las normas, las leyes, presentaban esta discriminación de las mujeres, también la cultura, la vida en general, el pensamiento y el comportamiento era dirigido por varones, y las mujeres no constituían una categoría jurídica susceptible de tener derechos, sino que eran consideradas objeto de satisfacción, de sometimiento, y cuando se le ofrecía un mejor trato, era presentada como un ser de necesaria protección por su debilidad.

En el ámbito de la justicia la situación en nuestro país fue todavía peor si cabe. No podía ser magistrada, jueza o fiscal hasta 1966; prohibición que se justificaba argumentando que el acceso a la carrera judicial de la mujer ponía en peligro ciertos atributos a los que no debía renunciar, como la ternura, la delicadeza y la sensibilidad. Y con ese pensamiento no hubo una mujer fiscal hasta 1973 (M. Belén del Valle Díaz). Hasta 1977 no ingresó la primera mujer en la escuela judicial, y tuvimos que esperar hasta mucho después para poder contar con una magistrada vocal del CGPJ (Cristina Alberdi en 1985), o una ministra de Justicia en 1996 (Margarita Mariscal de Gante) o hasta 2002 una magistrada en el Tribunal Supremo

(M. Milagros Calvo). Igualmente, ha costado mucho tiempo llegar al nombramiento de una magistrada-presidenta del Tribunal Superior de Justicia, así como en el propio Tribunal Supremo y en el CGPJ (2024). En 2015 fue nombrada la primera mujer fiscal general del Estado (Consuelo Madrigal), en el año 2012 se nombró la primera defensora del pueblo, en 2016 hemos asistido a la primera mujer que preside el Consejo General de la Abogacía Española⁶⁴, y en 2017 hemos visto la primera mujer decana del Colegio Nacional de Registradores de España (M.^a Emilia Adán).

3.4.2. En la actualidad los números ya no bastan

Los datos numéricos nos permiten constatar algunos cambios. Ciertamente, si el análisis se realiza de forma comparativa con respecto a una o dos décadas atrás, se observa una realidad bien diversa y evolucionada. De hecho, podemos afirmar sin ambages que la mujer ha ganado terreno a los varones en el ejercicio de las funciones vinculadas a la justicia, en todas sus facetas, especialmente la de la función pública. Los porcentajes de opositoras son mucho mayores que los de los opositores.

3.4.2.1. La situación en la Judicatura

Desde el año 2013, la Judicatura española ha ido progresivamente incrementando el número de mujeres hasta superar en la actualidad el 50 %⁶⁵.

64 Información toda ella recogida en *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 57, octubre 2009; y *Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española*, núm. 90, febrero 2015; y *El Blog del Presidente*, 8 de marzo: «Sin mujeres no hay Justicia», Carlos Carnicer Díez. Disponible en: <http://www.abogacia.es/2015/03/07/8-de-marzo-sin-mujeres-no-hay-justicia/>.

65 Datos extraídos de Barona Vilar, Silvia, «ADR y jurisdicción, de vidas paralelas a su integración en el paradigma de justicia del siglo XXI (una reflexión acerca de sus retos y peligros con

La realidad es que 7 de cada 10 personas que opositan a judicatura o fiscalía son mujeres, siendo destacable que, desde el año 2016, ha habido un notable cambio hasta lograr que las mujeres accedan en aproximadamente un 74 %. El perfil de los/as últimos/as aspirantes a jueces/as en nuestro país es el de una mujer, de 28 años y sin familia en el sector legal; el 71 % de las aspirantes a jueza en la última convocatoria fueron mujeres⁶⁶. La lectura es clara: la feminización del ámbito profesional público nos muestra que siguen siendo ellas las que superan en mayor medida estos exámenes. Debido al incremento del periodo formativo (erasmus, másters, etc.), accedemos al mercado laboral más tarde que hace unos años, y el deseo de ser madre no siempre encaja con los valores de las grandes empresas privadas. El sector público permite una mayor conciliación, así como tranquilidad a la hora de planificar la vida personal. Con ello podemos afirmar que la judicatura se ha feminizado⁶⁷, sin embargo, continuamos refiriéndonos a los jueces en masculino, y el imaginario colectivo nos genera la imagen de un señor mayor y no una mujer joven⁶⁸.

Otra realidad a tener en cuenta es que su incorporación fue tardía y eso arroja como consecuencia que en el escalafón se requiera todavía un mayor lapso de tiempo para llegar a órganos tales como la Audiencia

ojos de mujer)», dir. Ordeñana, Ixusko, *Justicia con ojos de mujer*, Tirant lo Blanch, 2018. pp. 177, Barona Vilar, Silvia, «La deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch, 2018 y ss., Avilés, Lucía, «Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), *op. cit.*, 2018, *idem*, «La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento igualitario para la justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), *op. cit.*, 2018.

66 Disponible en: <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/16781-mujer-28-anos-y-sin-familia-en-el-sector-legal-asi-es-el-perfil-de-juez-de-la-nueva-promocion/>

67 Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/8-M--Mujeres-pioneras-en-el-Poder-Judicial>

68 Basta con una búsqueda rápida en Google imágenes, simplemente con las palabras «judicatura España» observamos que las primeras imágenes que nos devuelve el buscador son de hombres jueces, normalmente coincidiendo con la apertura del año judicial.

Nacional (44,4 %), juzgados centrales de lo contencioso-administrativo (27,3 %), los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas (37,4 %) e incluso en las audiencias provinciales (38,5 %). Ello todavía contrasta más si cabe con el hecho de que en el Tribunal Supremo solo hay un 18,8 % de magistradas⁶⁹. Es una realidad que tardanza o retraso en su incorporación ha traído como consecuencia estos datos, pues en la actualidad más del 80 % de los miembros de la Judicatura de alrededor de 60 años son varones. Es algo que con el tiempo y políticas internas llegará a corregirse, aunque sabemos que no solo el tiempo lo corregirá, sino la acción política del propio Consejo General del Poder Judicial⁷⁰. A tal fin, el II Plan pone en marcha unas normas que introducen

69 Datos obrantes en la propia página del Consejo General del Poder Judicial (consulta realizada en noviembre 2024).

70 Dice el II Plan de igualdad del CGPJ (20 enero 2020) «La carrera profesional está conformada por el conjunto de oportunidades y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad mérito y capacidad manifestándose fundamentalmente en el nombramiento de cargos discrecionales, selección para la realización de actividades formativas, en actividades internacionales, etc. Es necesario asegurar en la composición de las ternas la participación equilibrada en los términos indicados por la Ley de Igualdad entre Mujeres y Hombres (60-40 %). Para cumplir con los objetivos se realizan distintas actividades en este ámbito:

1. Elaboración de informe de impacto de género que incluya, al menos una relación numérica y porcentual, distribuida por sexo, en las distintas categorías de la carrera judicial y en los cargos discrecionales. Se especificará, dentro de los cargos discrecionales, cuántos/as de sus titulares han hecho uso de derechos de conciliación, desagregando a su vez entre mujeres y hombres.
2. Promover la remoción del déficit de presencia equilibrada de mujeres en los cargos de nombramiento discrecional realizados por el Consejo, en actividades docentes, de relaciones internacionales, etc.
3. Impulsar y desarrollar políticas que favorezcan la promoción de las mujeres con méritos y capacidad en los procesos de nombramiento de cargos gubernativos de la carrera judicial y magistradas del Tribunal Supremo.
4. Garantizar que no se toma en consideración, ni directamente ni indirectamente a través de una valoración objetivista del rendimiento, como circunstancia negativa para la promoción profesional, el haber hecho uso de derechos de conciliación, aunque implicasen una situación de excedencia.
5. Actualización permanente de los datos desagregados por género en la página web del poder judicial.

acciones positivas para incentivar la conciliación y que esta no sea una traba en la carrera profesional de las mujeres⁷¹.

El resultado estadístico también es curioso en materia de las suplencias y sustituciones. Parece que pertenecen al ámbito de la mujer, dado que el peso en ambos casos viene a superar el 70 % de mujeres frente a los 30 % de varones (el 75 % de mujeres cuando se trata de juezas sustitutas y gira en torno al 60 % cuando son magistradas suplentes). En definitiva, podríamos pensar que se trata de un trabajo más precario y transitorio que las plazas ocupadas en titularidad. Ello permite afirmar que en el campo de la sustitución de los titulares de la jurisdicción no se encuentra *suelo pegajoso*, aunque sigue manteniéndose el *techo de cristal*, o lo que es lo mismo, es más accesible a las mujeres el primer escalón

6. Realización de investigaciones o estudios con la finalidad de conocer las modificaciones del déficit de solicitudes y presencias de cargos de mayor responsabilidad en la carrera judicial a fin de proponer medidas reglamentarias y legales para alcanzar la paridad».

- 71 El plan de igualdad ha introducido las herramientas para poder asegurar el ascenso en la carrera en igualdad de condiciones para mujeres y hombres, también en materia de conciliación.
- «1. Promover la adopción de medidas de corresponsabilidad y de conciliación de la vida personal, familiar y laboral mediante acciones de información y sensibilización. La adecuación del trabajo a la persona se considera como principio fundamental para conciliar la vida profesional con la vida personal.
2. Introducir medidas para evitar disfunciones exorbitantes en la vida personal y familiar, en aquellos supuestos donde los requerimientos profesionales sean especialmente significativos en términos de compromiso temporal (actuaciones instructoras nocturnas o en días festivos, macrojuicios).
3. Promover la recogida de datos sobre los beneficiarios y beneficiarias de las medidas de conciliación, a través de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia.
4. Elaborar informes de impacto de género que incluyan, al menos una relación numérica y porcentual, distribuida por sexo de los magistrados y magistradas que se han acogido a las medidas de conciliación.
5. Elaborar informes a los recursos de alzada interpuestos por magistrados y magistradas contra las decisiones de las Salas de Gobierno de TSJ en materia de conciliación.
6. A la vista de los datos y de la experiencia obtenida a través de las medidas anteriores, la Comisión de Igualdad del CGPJ podrá realizar propuestas al Pleno para introducir o modificar en el Reglamento de la Carrera Judicial, mejoras en materia de conciliación y corresponsabilidad».

que el acceso a los órganos colegiados superiores como suplentes. En el plano de la UE, la Comisión Europea emite un informe semestral sobre los sistemas judiciales de los diferentes Estados miembros⁷². Allí España ocupa una posición mejorada al observar el número de mujeres en órganos jurisdiccionales.

En este sentido, podemos afirmar que las expectativas son buenas, aunque es verdad que en la subida del escalafón judicial hay puestos de designación discrecional. El Consejo General del Poder Judicial se ha adelantado y ya ha creado el II Plan de Igualdad para llevar a la práctica real la igualdad en los puestos de designación libre⁷³, ex art. 326.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (presidencias de audiencias provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional, y los presidentes de sala y magistrados del Tribunal Supremo). Sin embargo, todo hace presagiar la lentitud de la aplicación de la norma, porque en la sociedad en la que vivimos la mujer, jueza o no, sigue siendo la encargada de ejercer el papel de cuidadora, y la inexistencia de medidas de conciliación auguran, como digo, pocos cambios, de ahí el viraje de paradigma al que nos venimos refiriendo. Para aliviar esta carga sistémica, la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 3/2007 regula en su título V el principio de igualdad en el empleo público, con delimitación de criterios de actuación de las Administraciones públicas (capítulo I)⁷⁴.

72 EU Justice Scoreboard http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm

73 Aprobado el 30 enero de 2020.

74 El artículo 51 regula los criterios de actuación de las Administraciones públicas en el ámbito de sus respectivas competencias y en aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres, señalando que los poderes públicos deberán: 1. Remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación con el fin de ofrecer condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional. 2. Facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, sin menoscabo de la promoción profesional.

Sería deseable que en un futuro próximo el CGPJ elaborará un plan estratégico específicamente destinado a remover los obstáculos que impiden a la mujer promocionar en igualdad de condiciones que el juez del sexo opuesto, y que haga realidad el II Plan de Igualdad dentro de la Judicatura⁷⁵. Qué duda cabe que todo está cambiando, de hecho, el servicio de formación continua del Consejo General del Poder Judicial oferta numerosos cursos sobre violencia machista y también sobre la ley de igualdad.

En conclusión, que lleguen las mujeres magistradas a los órganos de altísimo poder y responsabilidad de la judicatura es tremendamente importante en los cambios que aquí proponemos. Contribuye a la representatividad y a la justicia y, por tanto, a la democracia, entendida como respeto de los derechos. Simbólicamente, se rompen estereotipos y, además, se contribuye a través de las sentencias a cambiar la sociedad.

3.4.2.2. La situación en la Fiscalía

La situación de las fiscales no es diferente⁷⁶. El acceso de las mujeres a la carrera fiscal, como se ha dicho, no tuvo lugar hasta el año 1971, con el nombramiento de María Belén del Valle.

El techo de cristal existe en la actualidad⁷⁷. Los datos confirman que ha habido una feminización de la plantilla fiscal con casi 2.800 mujeres fiscales (66 %) y un progresivo aumento de su presencia en los puestos de decisión. Hay un 38 % de mujeres fiscales de sala, 47 % de mujeres

75 El Plan de Igualdad define once ejes estratégicos de actuación del CGPJ en materia de igualdad para desarrollar el plan estratégico: (1) Acceso a la carrera judicial. (2) Promoción profesional de la carrera judicial. (3) Formación profesional y sensibilización. (4) Conciliación. (5) Seguridad y salud en el trabajo. (6) Lenguaje no sexista. (7) Retribuciones. (8) Actuación inspectora. (9) Relaciones internacionales. (10) Nuevas tecnologías. (11) Información y participación.

76 Gisbert Grifo, Susana «La situación de la mujer en la carrera fiscal», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch, 2018.

77 Información extraída del documento *Indicadores de la Igualdad en el Ministerio Fiscal* (2024). Disponible en: www.fiscal.es

en jefaturas superiores de Fiscalía, 43 % en jefaturas provinciales y un 58 % en fiscales de área. Tan solo ha habido tres mujeres fiscales generales del Estado. En este sentido, esta realidad ha transformado incluso la terminología de la RAE, que finalmente ha admitido el término jueza o fiscal⁷⁸. Cualquier brecha se irá superando gracias al II Plan de Igualdad del Cuerpo de Fiscalía (2024), así como por la reciente aprobación del Plan de Formación de la Carrera Fiscal (2025), que actualiza estos parámetros de género en el ámbito del plan de formación fiscal.

Como acontece con las mujeres juezas, hay una renuncia aparentemente voluntaria a la subida en el escalafón porque la movilidad geográfica o los horarios son incompatibles con el cuidado de la familia que nos exige la sociedad (mayoritariamente las bajas maternales y excedencias por cuidado de hijos e hijas son solicitadas por mujeres). Igualmente, es una realidad que el tema de la violencia de género se ha convertido en un espacio feminizado o en un «tema de mujeres».

3.4.2.3. La situación en la Abogacía

La situación de la Abogacía tampoco es diferente⁷⁹. En 2017, Metroscopia realizó un estudio sobre la situación de la mujer en la Abogacía española⁸⁰.

78 Recientemente la Asociación de Mujeres Juezas de España (AMJE), en la que también participan mujeres fiscales, bajo el lema «las juezas no queremos ser la mujer del juez» presentó una petición a la RAE solicitando la eliminación del vigente Diccionario Normativo Español de la acepción «mujer del juez», como uno de los significados vinculados al término «jueza», porque es un giro anacrónico que perpetúa estereotipos sexistas incompatibles con una sociedad igualitaria, y también es incompatible con una educación en igualdad, al colisionar con el artículo 14 de la Ley 3/2007 de Igualdad, además de ser irrespetuoso con la dignidad del colectivo de juezas de este país.

79 Martín, María, «La situación de la mujer en el ámbito de la abogacía», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch, 2018. Vid el *Estudio del sector legal de la Abogacía* (2024). Disponible en: www.abogacia.es

80 Informe realizado por Metroscopia para el CGAE, de fecha de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/12/Metroscopia_Informe_Abogacia_v2.pdf y Vid. el *Estudio del sector legal de la Abogacía* (2024) www.abogacia.es

Las abogadas representan alrededor del 45 % y los abogados del 55 % del total de letrados y letradas en España. La edad media de la mujer es de 45 años frente a los 52 del hombre. Todo ello viene precedido de una mayor precariedad en la incorporación de la mujer a dicha profesión, dado el dato biológico objetivo de la maternidad y el mandato de conciliación que hay en la sociedad, lo que luego repercute en su carrera profesional y en su futuro como pensionista. Sin embargo, se está realizando un análisis y seguimiento exhaustivo desde el Consejo de la Abogacía para abordar los cambios necesarios, incluyendo datos sobre (1) el sesgo de género y el techo de cristal en la abogacía; (2) la brecha salarial; (3) el desequilibrio en cargas familiares y la dificultad que ello añade a los planes de carrera profesionales; (4) la denuncia y la lucha contra las situaciones de acoso y discriminación; (5) el valor de la diversidad y el sistema de cuotas. Todo ello augura un gran avance en la materia a través de esta objetivación y transparencia en los datos.

Otro gran dato es el hecho de que, en los grandes despachos en España, solo alrededor del 21 % de las mujeres son socias, algo que se está incrementando a un buen ritmo. En España hay 83 colegios de abogados, pero solo un 20 % disfruta de una letrada decana. Y estos datos son curiosos porque en las aulas existe una mayoría de mujeres en todas las facultades de Derecho, públicas y privadas. Todo ello nos debe hacer pensar que no es una casualidad al azar. Es función del colegio profesional poner los medios para cambiar estas cifras.

La conciliación y corresponsabilidad en los cuidados de la vida, nuevamente es asignatura pendiente en este país, aunque recientemente el avance es determinante al publicarse el Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil (arts. 183.2 y 188.5 LEC) de conformidad con los contenidos de la Ley de Igualdad 3/2007.

3.4.2.4. La situación en las ADR

Existe igualmente un reto por lograr el aumento de la *ratio* de negociadores, mediadores y árbitros mujeres, o lo que es lo mismo, la feminización de las ADR (Alternative Dispute Resolution, desde ahora ADR).

En este punto hay algunos aspectos que nos permiten considerar que aquí la situación es más desequilibrada si cabe⁸¹. Ciertamente, como afirma esta autora, en los foros de mediación civil y familiar son muchas las mujeres que participan. Es palmario observar más mujeres que varones en los foros de mediación, quizá porque las herramientas que se requieren en mediación y la capacidad de adaptación a la misma puede ser mayor en las mujeres que los hombres. Sin embargo, la situación no se da en todas las áreas a las que puede afectar la mediación; cambia cuando nos adentramos en el mundo de la mediación mercantil y la mediación concursal, o incluso en la mediación laboral. Como quiera que el elemento empresarial y la percepción patriarcal de la empresa sigue vigente, aun cuando va paulatina y tímidamente cambiando, esa misma percepción es la que lleva a que en este sector el número de mujeres mediadoras sea menor. Insistimos, es una percepción que no se corresponde con una explotación de datos de cada uno de los centros en los que se administra y gestiona la mediación.

81 Barona Vilar, Silvia, «ADR y Jurisdicción, de vidas paralelas a su interacción en el paradigma de Justicia del Siglo XXI (Una reflexión acerca de sus retos y peligros con ojos de mujer)», en la obra colectiva dir. Ixusko Ordeñana y Katixa Etxeberria *Justicia con ojos de mujer. 10 años*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017. *Vid.* la Red Iberoamericana de Mujeres Mediadoras (2023), que lucha por su visibilidad y peso real en este mundo jurídico.

CAPÍTULO 4

Los paraqués del uso de la perspectiva de género

Vistas las razones o porqués de esta necesidad de cambio de rumbo hacia una sociedad igualitaria, corresponde ahora seguir ahondando en la búsqueda de los *paraqués* o motivaciones de cambio. Se debe hacer realidad en el mundo del derecho y del ejercicio de la función jurisdiccional la igualdad real de derechos de las mujeres y los hombres, desmaquillando el desequilibrio de poder que existe en nuestra sociedad y en las controversias que llegan a la mesa de los órganos jurisdiccionales, muy a menudo revestido de formas de libre ejercicio de la autonomía de la voluntad, cuando de fondo existen unas veces estereotipos, otros intereses economicistas... Esos son los nuevos *paraqués* de la función jurisdiccional en el marco constitucional de los arts. 14, 9 y 10.2 CE⁸² y los tratados internacionales citados.

82 Vid. el documento *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* (A/HRC/40/57) (Principios 21, 8 y 7).

4.1. La deconstrucción propuesta por la *Feminist Jurisprudence* y la necesidad de formación de la judicatura para entender el giro con perspectiva de género

Los colectivos feministas han venido desde antaño luchando no solo por incorporar a las mujeres en las profesiones jurídicas, sino por incluir la dimensión de género en su aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico. Aquí, la llamada *Feminist Jurisprudence* ha analizado siempre la norma jurídica como objeto de análisis con perspectiva de género, y ha denunciado con datos que el *derecho ha sido siempre masculino* (la ley ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres). Tenía *sexo* (no tiene en cuenta las experiencias y necesidades de las mujeres, ejemplo paradigmático de ello lo constituye la manera en que se fueron construyendo históricamente los tipos penales relativos a los delitos sexuales) y tenía *género* (las relaciones de poder, que son la causa de la desigualdad de las mujeres, se reflejan en la norma jurídica; el patriarcado se refleja en la norma jurídica). Se puede concluir, por tanto, que desde el derecho y a través de su aplicación, se puede coadyuvar al mantenimiento de esta discriminación⁸³.

Ciertamente, desde este movimiento se ha intentado desarrollar una teoría donde la mirada de las mujeres permita la subversión de los conceptos, prejuicios, estereotipos y también de estructuras del discurso jurídico androcéntrico⁸⁴. Por tanto, no se trata de legislar para las muje-

83 García Amado, Juan Antonio, «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del derecho IX*, 1992, p. 14.

84 Como afirma Laurenzo Copello, Patricia, «no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal; el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema desde el que se pretende erradicarla, lo que con

res, sino de legislar para lograr la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres⁸⁵. Con ello conseguimos dar cumplimiento a dos mandatos constitucionales, a saber, la igualdad ex art. 14 CE y la tutela judicial efectiva ex art. 24.2 CE.

La *Feminist Jurisprudence* partía esencialmente de tres postulados básicos⁸⁶:

1. En primer lugar, la *falsa neutralidad del derecho*, que invisibiliza a las mujeres, especialmente a través del lenguaje jurídico; un lenguaje que ha venido marcado por y desde el pensamiento androcéntrico. Conceptualizar es poder, por eso visibilizar a las mujeres es darles estatus y poder de decisión sobre sus derechos. Esto que decimos es extrapolable a otras realidades invisibles en nuestra sociedad y en el derecho.
2. En segundo lugar, la *falsa objetividad del derecho*, pues el pensamiento de quien aplica la norma jurídica y la norma van unidos. Aparecen condicionantes de la falsa objetividad tales como el androcentrismo, el clasismo, el racismo, la xenofobia y, por tanto, no hay un único discurso jurídico, sino tantos como personas lo construyen a través de sus percepciones. Es decir, pensemos que aprobada la Ley de Divorcio en 1981 encontramos resoluciones judiciales absurdas (sentencias en las que, a título de ejemplo, se podía leer que un golpe o un bofetón del hombre a la mujer no podía justificar el divorcio porque respondía a lo que es la relación habitual en el matrimonio). Precisamente, la

frecuencia se manifiesta en la minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos», «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Estudios penales y criminológicos*, XXV, 783-830.

85 Bodelón González, Encarna «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico». Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna, *Género y Dominación*, Anthopos (2009).

86 Barona Vilar, Silvia, «La deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia», *op. cit.*; García Amado, Juan Antonio, «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del derecho IX*, 1992.

argumentación jurídica con perspectiva de género se evidencia como algo similar a tener en la cabeza la obligación de hacer un informe de género, pero desde la práctica judicial. Lo mismo se puede decir frente a otras realidades obviadas hasta ahora por el propio legislador.

3. En tercer lugar, el *desmantelamiento del androantropocentrismo del derecho*, para el que se requiere una solución transversal (art. 2 k LOVG) que ligue los saberes jurídicos y los extrajurídicos (experiencia, política, ética), y que permita precisamente una interpretación de las leyes existentes contextualizadas con la realidad jurídica y social del siglo XXI, pero siempre dentro del normativismo que aquí hemos defendido.

Por ello, uno de los cambios vendrá generado por la formación generalizada en género e igualdad, tal y como proponen la LOVG (art. 47), el Convenio de Estambul (art. 49. 2) y, recientemente, la directiva europea. Es imprescindible capacitar de forma profunda a los jueces y juezas, a los abogados y abogadas, a los notarios y notarias, etc., en igualdad. El denominado «poder transformador de las sentencias» es la forma de *de-construir* la realidad de la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las mujeres en sus derechos materiales y procesales.

Afortunadamente, que la perspectiva de género esté regulada, como hemos visto, normativamente de forma expresa en el ámbito nacional, europeo e internacional no es solo un principio informador del derecho (art. 1.4 CC), sino que comporta una obligación directa también para la judicatura, que tiene que aplicarla. No se trata de que los conceptos jurídicos preexistentes no sean válidos, sino de que deben ser reinterpretados conforme a la realidad legal y cultural que habitamos (arts. 3.1, 1.4 CC y art. 1 Ley de Igualdad). Este es el giro al que venimos refiriéndonos, donde la dignidad de las mujeres pasa a estar obligatoriamente entre los parámetros a tener en cuenta en el ejercicio de la función jurisdiccional,

gracias a la aplicación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos por medio de los tratados de los que España forma parte, a través de la ley, los principios generales del derecho, las reglas interpretativas de acuerdo con el contexto.

En conclusión, el derecho no es una realidad ajena a la historia, economía, sociedad... Ha sido desarrollado desde siempre por hombres y para hombres y en ese sentido, está pleno de estereotipos basados en las diferencias biológicas, sociales y jurídicas existentes entre hombres y mujeres⁸⁷. Ejemplo paradigmático de ello es la sentencia González y otras («Campo Algodonero») vs. México, por la cual el Estado mexicano fue condenado, el 16 de noviembre de 2009, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En España lo hemos comprobado también en el denominado caso de la Manada (STS 21 de junio de 2019), cuando se ha utilizado como prueba un comportamiento supuestamente «no adecuado» de una víctima de violación. Recientemente, la Asamblea General de Naciones Unidas, a través del Consejo de Derechos Humanos ha emitido la resolución de 13 de abril de 2023 —un informe de la relatora especial—, en relación con la custodia, la violencia contra las mujeres y contra los niños, a través del uso del término «alienación parental» y

87 Ejemplo de ello es el hecho de que el propio ordenamiento jurídico ha recogido desde antaño la idea de la vulnerabilidad femenina, lo que ha impedido que las mujeres accedan a determinados trabajos. Otras veces, ha incidido sobre el comportamiento sexual de hombres y mujeres. Ha establecido en la norma qué forma de ejercer la sexualidad es aceptable socialmente, ha reconocido el débito carnal y ha eximido de responsabilidad al marido ante lo que hoy es un delito de violación, o ha aceptado la violencia doméstica y los matrimonios forzados. Recientemente, vemos que se reivindican figuras legales como la regulación de la prostitución y de los vientres de alquiler, como pretendidas formas del libre ejercicio de la voluntad. Otro ejemplo de lo que decimos sería la preconcepción generalizada sobre el comportamiento sexual de hombres y mujeres que consiste en considerar que «la sexualidad de las mujeres está necesariamente vinculada con la procreación, el matrimonio, las relaciones amorosas y la creación de una familia». Dicha premisa se refleja jurídicamente, por ejemplo, en las formas de regular el trabajo sexual y en el hecho de que en varios países se castiga únicamente a la prestadora del servicio y no al consumidor, o incluso ciertos criterios judiciales, en donde en sentencias de divorcio y custodia de menores se penaliza a la mujer por no ajustarse al comportamiento que se espera de ella socialmente.

pseudoconceptos similares⁸⁸. ¿Cuáles son los *paraqués* de la justicia? Pues uno de ellos será acabar con los estereotipos que alimentan la desigualdad del tipo que fuere.

Todo ello nos lleva a entender que, si lográramos de antemano detectar los estereotipos de género, podríamos modificarlos y cambiar así los prejuicios, eliminando finalmente la discriminación. Esto que decimos va a requerir especial importancia en las aplicaciones de la IA a la justicia⁸⁹.

4.1.1. ¿Qué es y no es perspectiva de género?

Si ha hecho falta esta ingente cantidad de normativa internacional, europea y nacional para luchar contra la discriminación y violencia machista, es innegable que existe un reconocimiento global de la presente desigualdad estructural, que genera violencia hacia las mujeres ¿Cuál es el papel de las instituciones públicas del Estado y del Poder Judicial en esta lucha por la igualdad de la mujer? Como afirma la Fiscalía General del Estado, la perspectiva de género «es un instrumento o metodología que permite identificar, cuestionar y valorar la discriminación y la desigualdad

88 A/HRC/53/36, donde explica el impacto de los estereotipos en la creación normativa, así como en la función jurisdiccional y en servicios sociales en relación con la custodia y los menores, a través del uso y abuso de pseudoconceptos, tales como el síndrome de alienación parental. Allí mismo establece una delimitación de los problemas sistémicos existentes de donde se derivan la violación de los derechos del niño y de las madres víctimas de violencia machista a través de la carga de estereotipos que trae consigo este síndrome en todos los países que cita (pp. 15-20).

89 Sin poder entrar en el fondo de este complejo asunto, resulta peligroso confiar tanto en la IA, como parece que se está haciendo en tantos foros académicos. La IA bebe sus datos del pasado, datos generados en un mundo androantropocéntrico, que nos han traído al momento actual y que, desde luego, sigue siendo sesgado y discriminatorio. Confiar en estos datos es aceptar la desigualdad; solo una formación de los programadores de la IA en materia de igualdad de género podría cribar la existencia de sesgos sobre los que generar los algoritmos. Las matemáticas no saben de justicia, desigualdad o contextualización de los datos.

en el trato entre hombre y mujeres derivado de los roles sociales. La perspectiva de género permite una justicia libre de estereotipos y garantiza un adecuado derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la igualdad efectiva»⁹⁰. En conclusión, la labor del poder judicial es clara y exige de este canon reforzado de investigación y enjuiciamiento (arts. 20, 30 y 34 Directiva y arts. 29, 44 y 54 Convenio de Estambul). Las sentencias modifican la realidad social, por eso, como afirma el magistrado Subijana Zunzunegui, «la perspectiva de género equivale a una protección reforzada de las mujeres en el orden penal, tanto sustantivo como procesal, a partir del especial desvalor predicable de una violencia del hombre que ratifica un modelo social de discriminación de la mujer»⁹¹. *Ello obliga* a la persona titular del orden jurisdiccional a que interprete y aplique las leyes penales con esta perspectiva de poder, tanto en la *investigación de los hechos* (delimitación de los mismos, la fijación de la significación jurídica del hecho, la determinación de sus efectos anudados o consecuencias jurídicas de protección), *en materia probatoria* (el objeto de la prueba y su valoración), así como en *el procedimiento* (averiguación de los hechos delictivos y enjuiciamiento, sentencia y ejecución de sentencia).

4.1.1.1. ¿Qué es la perspectiva de género?

La prohibición de discriminar a las mujeres exige acciones afirmativas para desenmascarar una neutralidad axiológica establecida desde los inicios de la historia del proceso penal y la historia en general. «Interpretar y aplicar la norma con perspectiva de género es, por lo tanto, reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad, exenta de violencia. Desde este

90 *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, de la Fiscalía General del Estado Español (2020).

91 Subijana Zunzunegui, Ignacio José, «La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales», *Revista del Parlamento Vasco*, núm. 4 (2024) pp. 114 y ss.

enfoque metodológico, la respuesta de un tribunal debería ser diferente», rompiendo esa falsa neutralidad (STC 48/2024, de 8 de abril. Ponente Inmaculada Montalbán)⁹². Se trata, por tanto, *no de una opción, sino de una obligación para el órgano jurisdiccional a la hora de resolver*.

Juzgar con perspectiva de género no es más que hacer realidad en el quehacer jurisdiccional el derecho a la igualdad. Para llevar a cabo adecuadamente esta tarea, es necesario asumir, por lo menos, tres premisas básicas:

1. El fin del derecho es combatir las relaciones asimétricas de poder y los esquemas de desigualdad que determinan el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
2. El quehacer jurisdiccional tiene un invaluable potencial para la transformación de la desigualdad formal, material y estructural. Quienes juzgan son agentes de cambio en el diseño y ejecución del proyecto de vida de las personas.
3. El mandato de la igualdad requiere eventualmente de quienes imparten justicia un ejercicio de deconstrucción de la forma en que se ha interpretado y aplicado el derecho⁹³.

Es decir, no se trata de afectar la naturaleza del proceso y sus garantías procesales, sino de desmontar una falsa neutralidad de la norma que afecta negativamente a un colectivo si no se introduce una perspectiva diferente, que acabe con los posibles sesgos que tiene la norma y/o la

92 Son numerosos los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional español. Ha afirmado: «El obligatorio tratamiento diverso de situaciones distintas en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad» (Sentencia STC 31/2018, de 10 de abril entre otras muchas), por lo que da sentido al art. 9.2 CE, cuando impone a los poderes públicos la obligación de remover los obstáculos que impiden la igualdad. En tal sentido se pronuncia la Recomendación 33 de CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

93 *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México (2013) p. 81.

función jurisdiccional destinada a aplicarla. *No se trata de legislar para las mujeres, sino de romper la estructura legal y social que hiltana una sociedad que las ha excluido siempre*⁹⁴. Introducir la perspectiva de género en un proceso no atenta contra la presunción de inocencia, como garantía jurisdiccional de protección del acusado⁹⁵.

4.1.1.2. ¿Qué no constituye la perspectiva de género?

A esta delimitación aporta sencillez conceptual explicar lo que no es perspectiva de género, a tal fin, me parece muy certeras las palabras del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, creado por la Corte Suprema de México⁹⁶:

a. Juzgar con perspectiva de género no implica darles la razón a las mujeres siempre y bajo cualquier circunstancia, sino que implica identificar los factores estructurales que generan desventajas políticas,

94 Bodelón González, Encarna (2009) «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», *op. cit.* pp. 100 y ss.

95 En ningún caso podemos anudar estas ideas, porque conllevaría la negación de la idea de justicia, remoción de la discriminación, la imparcialidad objetiva y subjetiva y las bases del proceso penal. Según Subijana, ambas —la protección de la víctima y la defensa del imputado— son instrumentos del proceso penal, que constituyen «estatutos jurídicos que integran el estándar del juicio justo (STEDH de 5 de octubre de 2006, Marcello Viola c. Italia y STJUE de 29 de julio asunto C-38/2018)» (p. 6). Ambos conllevan obligaciones para el Estado —a través de sus representantes en el Poder Judicial— en favor de las dos partes del proceso. «Esta exigencia obliga a implementar un proceso de comunicación que se adapte a las circunstancias y condiciones personales de la mujer víctima de violencia de género, así como la naturaleza concreta del delito sufrido por ella (arts. 5.1 y 20 LEVD)» (p. 6). Ello tiene que hacer entender al órgano jurisdiccional que el contacto visual con el sospechoso puede ser un impedimento para hablar —como lo ha sido durante años hasta denunciarle—, o razón suficiente para admitir la prueba preconstituida, para necesitar del acompañamiento de una psicóloga. Se deben modificar las formas en las que se le interpela en su declaración, entendiendo las dificultades en declarar contra quien ha sido tu amor o el padre de tus hijos, etc. para evitar la victimización secundaria, porque esta es violencia institucional que le impide ejercer su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE y 2 y 3 del CEDH), debido a que en puridad no son mecanismos de tutela efectiva (STEDH Caso Tapis c. Italia, 2 de marzo 2017).

96 Palomo Caudillo, C. (2021), «Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica», *Revista Saber y Justicia*, 1(19), 37-52. Disponible en: <https://saberyjusticia.edu.do>

económicas, sociales y estructurales para las mujeres, impidiéndoles alcanzar una igualdad sustantiva de derechos.

b. La perspectiva de género no es solo un instrumento para las mujeres, no solo es pertinente en casos relacionados con mujeres. Lo que determina si en un proceso se debe aplicar o no es la existencia de situaciones asimétricas de poder, o bien de contextos de desigualdad estructural basados en el sexo, el género, las preferencias u orientaciones sexuales, entre otros.

c. Y personalmente añadido que no constituye la aplicación correcta de la perspectiva de género la afectación del estatuto de garantías del imputado, es decir, en la mayoría de las ocasiones, la aplicación de la perspectiva de género es la forma de solución a un sesgo, cuyo origen puede estar en el actuar del propio Estado, estereotipado y poco formado. Hay un desgaste del sistema con el consecuente perjuicio sobre las expectativas que la intervención penal crea en la mujer (victimización secundaria) (STC 87/202, de 20 de julio de 2020)⁹⁷.

En conclusión, la perspectiva de género no solo es afectar al proceso penal y la prueba, sino —sobre todo— es revisar la función jurisdiccional y sus sesgos posibles, la falta de medios que aboca a la judicatura hacia el desbordamiento y, por tanto, a la posible victimización secundaria, a la ausencia de apoyos intraprocesales para las víctimas que requerirían declarar con asistencia de personas expertas... Entendemos que esta idea no siempre es sencilla en su aplicación práctica. Por ejemplo, una cosa es que el sistema no deba cuestionar la veracidad del relato de la mujer con el fin de evitar que los prejuicios (de género) puedan conducir a una cierta pobreza en la recepción y trámite de las denuncias, o en una investigación inadecuada que aporte escasa fuente de prueba, etc., y otra, bien distinta,

97 Sobre el derecho a obtener una investigación suficiente y con perspectiva de género, donde se ve la aplicación de esta herramienta de manera extensa y adecuada.

es que deba presumirse siempre y con un sentido acrítico que lo que manifiesta la víctima (mayor de edad o menor de edad) es verdadero. Esto no es perspectiva de género y anula el sentido de la función jurisdiccional.

Se puede concluir, por tanto, que desde el derecho y a través de su aplicación, se puede coadyuvar al mantenimiento de esta discriminación⁹⁸, sin una consciencia de la existencia de prejuicios y estereotipos. Por tanto, no se trata de legislar para las mujeres, sino para lograr la igualdad efectiva entre las mujeres y los hombres, removiendo los obstáculos que impiden dicha igualdad. El denominado «poder transformador de las sentencias» es la forma de *deconstruir* la realidad de la norma jurídica y su hermenéutica en torno a lo masculino singular, olvidando las singularidades de las mujeres en sus derechos materiales y procesales. Analizado el contexto de posibles prejuicios, el proceso penal tiene sus reglas y garantías, sin las cuales no existe el mismo.

4.1.2. Consecuencias de no aplicar la perspectiva de género

El art. 49.2 del Convenio de Estambul establece un canon reforzado de investigación de delitos contra las mujeres⁹⁹, de otra forma este no cum-

98 García Amado, Juan Antonio (1992), «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», *op. cit.*, p. 14. Como afirma Lorenzo Copello, Patricia (2015), «no es la carencia de figuras delictivas lo que explica que las mujeres hayan estado históricamente mal protegidas por el sistema penal; el auténtico problema reside en que los mismos prejuicios y estereotipos que dan lugar a la violencia de género forman parte también del sistema desde el que se pretende erradicarla, lo que con frecuencia se manifiesta en la minimización de esta clase de hechos violentos por parte de los operadores jurídicos», en «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?», *Estudios penales y criminológicos*, XXV, 783-830. Bodelón González, Encarna «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», *op. cit.* p. 102.

99 Muy interesante los principios que debe regir al fiscal en materia de investigación en violencia machista, *vid. Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, de la Fiscalía General del Estado Español (2020), p. 14.

ple con lo que le es exigible para otorgar la tutela judicial efectiva. Para lograr este objetivo debemos librarnos de los estereotipos de género en el ejercicio de la función jurisdiccional, porque su existencia puede constituir violencia institucional y victimización secundaria inapropiada e intolerable. Este canon interpretativo que debe regir la investigación es parte de la obligación del Estado de hacer lo posible para prevenir y erradicar la violencia machista, a tenor del Convenio de Estambul (art. 5) y, por tanto, puede constituir un incumplimiento de esta obligación contraída internacionalmente.

4.1.2.1. Violencia institucional y perspectiva de género

Existen las obligaciones judiciales de proteger a la víctima y facilitar su relato para que sea compatible con un juicio justo, y aquí es donde la perspectiva de género puede tener cabida. Es decir, actuar de forma generalista en la toma de declaración, obtención de fuentes de prueba o práctica de la misma puede dejar al proceso sin prueba y dañar, por tanto, a la víctima. Aquellas acciones judiciales que pueden generar duda, siguiendo los estándares clásicos procesales, pueden llegar a suponer una falta de comprensión de esta necesidad de protección reforzada de la víctima, «por venir su ambigüedad del especial desvalor predicable en la sociedad de este tipo de personas» (Subijana Zunzunegui). Y ello ocurre porque no tenemos consciencia de los numerosos estereotipos que día a día forman parte de nuestras creencias más arraigadas y que expresamos de forma sutil. El daño producido a una víctima, fruto de una falta de contextualización de los hechos, debido a una valoración *neutra* de las fuentes de prueba, podría llevar a una denegación de protección adecuada, por no apercebirse el órgano jurisdiccional «del especial desvalor predicable de una violencia del hombre que ratifica un modelo social de discriminación de la mujer», o de las dificultades que una víctima tiene a la hora de declarar hechos violentos de esta naturaleza. No hay que olvidar que es una testigo, pero además

una víctima, y esta doble condición transforma la forma de vivir y narrar los hechos y los mecanismos íntimos de interpretación judicial de la prueba.

Esta es una obligación judicial, de fiscalía y de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado. Y no solo alcanza a los estereotipos, también la falta de sensibilidad, el propio desbordamiento que el personal de justicia tiene si hay falta de medios personales o materiales, la dilación injustificada... Todo ello puede hacer sentir a las mujeres una victimización secundaria y, por tanto, arrepentirse por estar metidas en el proceso judicial, incluso llegando a retirar la denuncia. La versión puede ser afectada, de poca calidad, si no hay un apoyo comprensivo de su situación específica. Pero nunca olvidemos que cierta victimización en el proceso penal siempre se da para cualquier tipo de delitos. Es una suerte de «mal necesario» llegar a la verdad procesal en juicio. No por ello es inexigible al Estado una mayor diligencia en su actuación para no dañar —también— institucionalmente a las personas. La falta de perspectiva de género —dado que su aplicación es obligatoria— puede conllevar el incumplimiento de las garantías mínimas exigibles para entender que el Estado ha actuado con el deber de precaución y diligencia debida y, por tanto, derivarse una responsabilidad para el mismo por no remover los obstáculos desde una perspectiva estructural o sistémica, es decir, por no formar y sensibilizar a la judicatura para abordar los cambios que exigen remover de forma efectiva la discriminación y la desigualdad, insuficiencia de la cual se derivan daños a víctimas concretas¹⁰⁰. El daño producido puede llegar a vincularse con la falta de cambios sistémicos y, por tanto, con las obligaciones que tiene el Estado sobre los derechos humanos de las mujeres. Se han de reinterpretar los deberes de la Administración pública, así como los del Poder Judicial, en prevenir, reparar y castigar con una perspectiva

100 STS 1263/2018, del 17 de julio 2018, reconoce la vulneración de derechos fundamentales de la madre. Vía de aplicación de las resoluciones del Comité de la CEDAW de la ONU TOL6.672.463

que le dote de verdadera efectividad a sus derechos y a los riesgos que se pretende evitar (arts. 13, 544 bis, 544 ter, 282, 449 bis, y ter, 703 bis, 730.2, 416...). De otro modo, habrá daños causados directamente a partir de la no diferenciación por causas de género, porque había obligación de actuar de forma diferente a lo ordinario y no se hizo. Entraríamos, entonces, en el ámbito de la violencia institucional¹⁰¹.

4.1.2.2. ¿Qué representa un estereotipo de género en la función jurisdiccional?

El derecho no es una realidad ajena a la historia, la economía, la sociedad. Ha sido desarrollado desde siempre por hombres y para hombres y, en ese sentido, está pleno de estereotipos basados en las diferencias biológicas, sociales y jurídicas existentes entre hombres y mujeres¹⁰². Por lo tanto, estamos ante ideas preconcebidas sutiles e inconscientes que reducen el procesamiento de la información en cuestión. *Es una suerte de atajo en el proceso cognitivo de un determinado tema, que priva de un análisis racional y objetivo de todos los elementos que componen ese pensamiento o razonamiento*¹⁰³, producido por el contexto histórico y social, procesos de socialización, etc. del que formamos parte. Son dañinos por su inconsciencia y, en el caso de la violencia contra la mujer, «la historia ha demostrado una resistencia social a abandonar los estereotipos de género generalizados y persistentes, particularmente aquellos que reflejan modos reales de organización social y comportamiento»¹⁰⁴. Así lo recoge la sentencia González y

101 Sentencia del TEDH 11 de febrero de 2020, Caso Buturuga vs. Romania (56867/15).

102 Reproducimos el estudio realizado por Lorente Acosta, Miguel (2018) «Justicia, Género y Estereotipos», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.

103 Cook, Rebeca/Cusak, Simone (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales y transnacionales*, Profamilia, p. 11 y ss.

104 *Idem*, pp. 56-57.

otras («Campo Algodonero») vs. México, según lo visto con anterioridad, así como en el denominado caso la Manada (STS 344/2019, 21 de junio 2019) o en la citada resolución del consejo de derechos humanos de 13 de abril de 2023 (*Informe de la relatora especial en relación a la custodia, violencia contra las mujeres y contra los niños*), a través del uso del término «alienación parental» y «pseudoconceptos similares»¹⁰⁵. La función jurisdiccional es incompatible con la presencia de estereotipos, del tipo que fueren. Por eso la motivación es tan importante con el fin de saber cuál es la íntima convicción judicial que le ha llevado al juzgador a decidir en un sentido u otro, requisito de orden constitucional (art. 120 CE)¹⁰⁶. Esto no solo es extensible al género, sino también a la posible aporofobia¹⁰⁷, disfobia, homofobia, misantropía, y un largo etcétera de estereotipos y sesgos¹⁰⁸. No hacer esta relectura constituye violencia institucional, tal y como afirma CEDAW (arts. 2 y 5) y el Convenio de Estambul (art. 4), y puede derivar en responsabilidad del Estado por falta de diligencia debida, en caso de que se produjera un daño directo a una víctima por haber actuado los representantes del Estado de forma estereotipada¹⁰⁹. Todo ello nos lleva a entender que, si lográramos detectar los estereotipos de género, podríamos modificarlos de antemano y cambiar así las decisiones irracionales y con posibles

105 A/HRC/53/36, en relación con el impacto de los estereotipos en la creación normativa, así como en la función jurisdiccional (pp. 15-20).

106 Andrés Ibáñez, Perfecto (2009) *Prueba e íntima convicción en el proceso penal*, Hamurabi.

107 Cortina, Adela (2017) *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*, Paidós Ibérica.

108 Martínez García, Elena/ Borges Blázquez, Raquel (2023) «El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial español», *Revista Teoría y Derecho*, núm.41. Martínez García, Elena/Lorente Acosta, Miguel/Simo Soler, Elisa (2023) en «Outside the legal framework: Myths and Stereotypes in Spanish sexual harassment cases», *Attrition in sexual Offences* (Dir Rahime Erbas), Lexintog Books.

109 Martínez García, Elena (2017) «Los deberes del Estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia», *Revista Teoría y Derecho*, núm. 22, p. 102, *idem*, *Juzgar en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch 2024.

sesgos, eliminando finalmente la discriminación. Ello nos debe hacer ver que, a mayor prevención en estereotipos, menor intervención en el derecho procesal y el proceso penal

Vamos a indicar algunos estereotipos judiciales reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal de Justicia de la Unión y Comité CEDAW. Con ello será más fácil concluir en una breve definición y sus formas de prevención¹¹⁰.

Ejemplos de estereotipos de género nocivos para las mujeres

Noción preconcebida de las violencias contra las mujeres como un asunto privado.
Es entender que la violencia contra las mujeres es un asunto privado, reduciéndolo a «problemas personales de la pareja». Tiene muchas implicaciones en la desestimación de las denuncias de violencia realizadas previamente al femicidio o en los casos de tentativa de femicidio.

Incapacidad de los hombres de controlar sus impulsos hormonales.
Un hombre no puede controlar sus impulsos hormonales (que pueden ser responsables de respuestas violentas), especialmente si es «provocado» por la víctima (por su comportamiento o su vestimenta).

Presunción tácita de la responsabilidad de la víctima por lo que le sucedió.
Consiste en responsabilizar a una mujer por el acto violento del que fue víctima, ya sea por su forma de vestir, ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor.

Aplicación de normas inflexibles sobre lo que constituye la violencia de género.
Consiste en la exclusiva concentración que se pone en la violencia física, dejando de lado otras modalidades de violencia como la sexual, la económica o la psicológica.

Uso de referencias estereotipadas sobre la sexualidad masculina y femenina de la víctima o del perpetrador.

Jurisprudencia o referencia internacional

Comité CEDAW, Caso V.K. c. Bulgaria

Cusack, 2009

CIDH (2007), Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas

Comité CEDAW, Caso V.K. c. Bulgaria, 25 de julio de 2011

Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido c. Filipinas, 22 sept. 2010

110 Reproducimos el estudio realizado por Lorente Acosta, Miguel, «Justicia, Género y Estereotipos», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch, 2018.

Determinación de la credibilidad de la víctima por su comportamiento anterior o posterior al hecho. Consiste en descalificar el testimonio de una víctima o juzgar su comportamiento en función de ideas preconcebidas sobre la forma en que esta debería haber actuado antes, durante y después del acto violento, debido a las circunstancias, a su carácter o su personalidad. Por ejemplo, esperar que la respuesta racional e ideal de una mujer víctima de violación sea escapar y oponer resistencia física.

Comité CEDAW, Karen Tayag Vertido c. Filipinas, 22 sept. 2010

Consideración de que deben existir lesiones físicas visibles en los cuerpos de las mujeres en caso de violencia sexual. La violencia sexual o la violación no siempre deja lesiones físicas visibles en las mujeres, por ello, no se puede desestimar la ocurrencia de una violencia sexual sobre el solo hecho de que no existen lesiones visibles. Las personas víctimas de violencia sexual también experimentan severos daños y secuelas psicológicas y sociales.

CIDH, Caso Fernández Ortega c. México, sentencia 30 de agosto de 2010

Interferencia en la vida privada de las mujeres cuando su vida sexual es tomada en cuenta para considerar el alcance de sus derechos y de su protección.

Comité de Derechos Humanos, Recomendación General. núm. 28, 2000

Poca atención brindada al testimonio de las niñas.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 12, 20 de julio de 2009

Asunciones sobre la castidad y la fidelidad de las mujeres. De manera general, se asume que las mujeres no deberían tener relaciones extramatrimoniales o fuera de su relación de pareja. De allí se infiere, por ejemplo, que una mujer infiel tiene una tendencia a consentir al sexo, o «provocó» la reacción violenta de su pareja.

Cusack, 2014

Inferencias ligadas a la vestimenta o al comportamiento de las mujeres.

Existe el estereotipo de que las mujeres tienen que vestirse y comportarse de manera decente y evitar llamar la atención. Como consecuencia, se infiere que las mujeres impúdicas «provocan» y son culpables del asalto del que son víctimas.

Cusack, 2014

Asunción de que una trabajadora sexual no puede ser violada.

Por su labor, se asume que una trabajadora sexual necesariamente consiente a tener una relación sexual. Se descarta también que puedan estar en relaciones de pareja.

En España, el Ministerio de Interior en sus estadísticas¹¹¹ ha reconocido que existe un desfase de datos entre el número de mujeres asesinadas, el número de denuncias interpuestas y el de órdenes de protección otorgadas; solo el contexto puede explicar las razones de esta falta de encaje de sentido ante esta violencia¹¹². Estos datos nos deben hacer pensar en lo determinante que es tener una correcta comprensión de estos hechos —y de la estructura patriarcal existente que lo alimenta—, con el fin de dotar de seguridad adecuada a la víctima. Solo la formación puede ayudar a saber por qué una víctima de violencia de género actúa como actúa, algo sin sentido para un ciudadano que no la sufre, que enjuiciaría desde una perspectiva miope y estereotipada. De ahí que se entienda que quien no sigue con la denuncia hace un mal uso del sistema procesal y debe perseguirse por la justicia como denuncia falsa. Esta incorrecta comprensión de la realidad de las mujeres produce una revictimización de la víctima a pesar de las obligaciones derivadas del estatuto de la víctima, ahora en proceso de reforma desde la UE. En este mismo sentido, solo hay que observar el artículo 416 y la controvertida jurisprudencia generada al respecto, situación que se ha intentado solventar en la última reforma legal (8/2021, de 4 de junio), así como en el *Informe de la relatora especial sobre violencia contra las mujeres* de 13 de abril de 2023 (A/HRC/53/36), informe que es vinculante para el Estado español.

Otros ejemplos de victimización por parte de la institución serían los siguientes¹¹³:

111 Disponible en: <http://estadisticasviolenciagenero.msssi.gob.es>

112 La Macroencuesta de Violencia contra la Mujer de 2015 es la operación estadística más relevante que se realiza en España sobre violencia contra la mujer. Se viene realizando cada cuatro años desde el año 1999, siendo la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género la encargada de su elaboración desde el año 2011. Su objetivo principal es conocer el porcentaje de mujeres residentes en España que han sufrido o que sufren actualmente algún tipo de violencia por el hecho de ser mujeres.

113 Avilés Palacios, Lucía, «La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento igualitario para la justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), *op. cit.*, 2018.

1. La subjetiva y objetiva desprotección que tienen las mujeres, tanto en dependencias policiales como en las judiciales, donde se encuentran frente a profesionales no preparados de forma realista y profunda a los que tienen que explicar la dureza de unos años que, además, incomprensiblemente nunca denunciaron. Todo ello acompañado de desconfianza, miedo a no ser creídas, con instalaciones poco amigables en algunos casos, con una tramitación procesal acelerada, falta de medios, poca intervención forense y de las unidades de valoración integral, etc., lo que hace que en ocasiones se las culpabilice y ya no encuentren sentido en seguir con la denuncia.
2. La instrucción de los delitos a veces choca con la protección de los derechos de las mujeres. Por ejemplo, llama la atención que las denuncias cruzadas se admiten a menudo sin investigar la desproporción entre los años probablemente sufridos de abuso y la actuación en legítima defensa, que puede llegar a ser desproporcionada tras años de violencia y vejaciones. Pudiera haber un sesgo que despreciara estos matices propios y exclusivos de la violencia de género, que afectan directamente a la interpretación de los hechos.
3. Es una realidad que solo se enjuicia la punta del iceberg, sin que haya una averiguación real de los hechos y de la existencia de maltrato psicológico antes que el físico. Ello apunta a posibles sesgos en la instrucción, pero, sobre todo, pone de relieve la inadecuación de los juicios rápidos como instrumento procesal para enjuiciar estos delitos en muchas ocasiones.
4. En casos de sobreseimiento no se indagan las razones por las que no hay suficiente prueba. Debiera investigarse y reabrir ese proceso, una vez recabados datos sobre la situación o contexto en el que se encuentra la denunciante que se niega a proseguir colaborando con el proceso penal.

5. Es inaceptable que se reconozca como atenuante el arrepentimiento o confesión del agresor (art. 21 CP), algo que suele venir anudado a este tipo de delito porque es un delito moral, y el maltratador busca la comprensión del interlocutor.
6. Falta de formación profunda y real en todos los y las aplicadores de las normas.
7. Otro ejemplo lo encontramos vía jurisprudencial en el entendimiento de la agravante de discriminación por razones de género (art. 22.4 del CP)¹¹⁴, desarrollada por la Sentencia del Tribunal Supremo 247/2018, de 24 de mayo de 2018 (ponente Magro Servet), que inicia un camino determinante en estos aspectos que

114 Gómez Villora, José «La perspectiva de género a la hora de diferenciar la agravante de cometer el delito por discriminación relativa al sexo de la víctima y la de discriminación por razón del género de la víctima», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), *op. cit.* Así lo ha explicado claramente Teresa Peramato, fiscal adscrita a la Fiscal de Sala contra la Violencia sobre la Mujer, en la ponencia presentada en las Jornadas de Especialistas en Materia de Violencia Sobre la Mujer, celebradas en Madrid los días 3 y 4 de noviembre de 2015. Se basan en las definiciones contenidas tanto en la Ley Integral como en el Convenio de Estambul y en el contenido del Informe del Parlamento Europeo, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre la lucha contra la violencia ejercida sobre las mujeres (2013/2004(INI) de 31 de enero de 2014. En él se afirma «Pese a la confusión que pudiera pensarse que existe entre la utilización de los términos género y sexo, las Instituciones Europeas y nuestro ordenamiento jurídico se decantan por relacionar el sexo con la condición biológica de ser hombre o mujer, y el género con las desigualdades existentes entre hombres y mujeres, es decir, con los roles y estereotipos que colocan a la mujer en un papel secundario y de subordinación en las relaciones personales y sociales.

Siguiendo esa línea de pensamiento, podríamos decir que son conductas discriminatorias por *razón de sexo* aquellas que comete un hombre o mujer contra otra persona —hombre o mujer— por razón de su pertenencia a ese determinado sexo biológico y/o en relación con sus funciones biológicas (la mujer que es despedida por quedarse embarazada sufre una discriminación por razón de sexo). Sin embargo, la discriminación por *razón de género*, al hacer referencia a la desigual distribución de roles o poderes entre hombres y mujeres, supone la realización de conductas que, en la concreta situación relacional en la que se encuentren hombre y mujer, suponga un trato desfavorable a la mujer, de subordinación injusta e injustificable. Ejemplo de ello sería no contratar a una mujer porque está casada, tiene tres hijos menores y una ascendiente dependiente; se le discriminaría porque se le adjudica un rol de cuidadora que no es consustancial a su sexo».

citamos¹¹⁵. Por aplicación del art. 66.1.7 CP, se puede considerar la agravante de género como un fundamento cualificado de agravación a la hora de calcular la pena.

En conclusión, nos encontramos ante ideas preconcebidas limitantes de la función cognitiva que debe de hacer un juez o jueza a la hora de ejercer la función jurisdiccional, que afecta a la igualdad (ex art. 14 CE), la garantía de imparcialidad y al derecho a la tutela judicial efectiva (ex. art. 24 CE). Sobre este aspecto Simó Soler explica muy bien cómo el «estereotipo desdibuja y resta importancia a la singularidad»¹¹⁶, y propone realizar una taxonomía útil para formar a la judicatura. Esto es algo que forma parte de la responsabilidad del Estado en cuanto a las obligaciones positivas y negativas que tiene, según se verá *infra*. Esta erradicación de estereotipos tiene el efecto, a su vez, de transformar la visión de la ciudadanía sobre la sociedad en la que vivimos: esta sociedad es lo que dicen los jueces en sus sentencias. Ello rompe la estructura patriarcal. Como hemos afirmado, esta estructura está íntimamente anudada a un modelo económico, que se sustenta sobre la extenuación hacia las personas, los animales y el planeta. Por tanto, el efecto de estas sentencias, al romper estereotipos, alcanzará al modelo y a la estructura económica y de producción en el que vivimos. A partir de ahí, aparece involuntariamente un elemento en el discurso: conciliación, corresponsabilidad y un largo etcétera de temas que, al fin y a la postre, no hablan solo de las mujeres sino de la vida. La falta de un índice de normas sociales de género va en paralelo a las violaciones de derechos humanos de las mujeres para visibilizar

115 En similar sentido nos encontramos con la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia 145/2017 Sección 1, 3 de marzo y la de la Sección 27 de la Audiencia Provincial de Madrid de 1 de diciembre.

116 Simó Soler, Elisa, en su tesis *Justicia con perspectiva de género: Análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad* (2022).

esto que venimos afirmando¹¹⁷. La perspectiva de género para los jueces y juezas será una alerta interpretativa constante, desarme de formalidades que enmascaran estereotipos o normas sociales de género¹¹⁸.

117 Así lo afirma el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo en su documento *Informe sobre el Índice de Normas Sociales de Género*, publicado el 12 de mayo de 2023, donde se reconoce que «Las normas sociales que menoscaban los derechos de las mujeres perjudican también a la sociedad en su conjunto y frenan la expansión del desarrollo humano. De hecho, la falta de avances en las normas sociales de género tiene lugar en medio de una crisis de desarrollo humano: en el Índice sobre Desarrollo Humano (IDH) de 2020 descendieron los valores por primera vez en la historia del informe, y lo mismo ocurrió el año siguiente. Todo el mundo gana si garantizamos la libertad y la capacidad de actuar de las mujeres» [...]. «Un punto de partida importante es reconocer el valor económico del trabajo de cuidados no remunerado. Esto puede ser una forma muy eficaz de combatir las normas sociales de género respecto a este tipo de ocupación. En aquellos países donde las normas sociales revelan mayores sesgos de género, se calcula que las mujeres dedican al trabajo de cuidados no remunerado entre seis y siete veces más tiempo que los hombres».

118 Clerico, Laura, «Derecho constitucional y derechos humanos», *Revista de Derechos en Acción*, Vol. 5, núm.5, 2017, p. 221.

CAPÍTULO 5

El cómo: la aplicación
de la perspectiva
de género en cada fase
del proceso penal

Para completar esta segunda fase del trabajo debemos concretar *cómo* queda afectada la función jurisdiccional que se ejerza desde la perspectiva de género¹¹⁹. Recordemos que la perspectiva de género es de obligatoria aplicación, como hemos visto, en virtud de la Ley de Igualdad (art. 4), el Convenio de Estambul y el CEDAW, todos ellos desarrollados por la LOVG (art. 4). Se trata de un instrumento normativizado destinado a ser usado en la interpretación de la judicatura al juzgar, de conformidad con estas normas, de lo que se deriva este principio general de derecho que dará sentido a la contextualización de los hechos y normas.

119 A tal fin hemos consultado el protocolo elaborado por la Corte Suprema de Justicia de México, a partir del caso «Campo Algodonero» (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, o el caso de condena al Estado español conocido como «González Carreño» y la consecuente investigación realizada por la relatora especial contra España de 24 de noviembre de 2021, con la contestación de España a la misma, fechado el 27 de enero de 2022. También el *Informe sobre prácticas de reparación de violencias machistas. análisis y propuestas*, del Ministerio de Igualdad (2021) y «Justicia con perspectiva de género», elaborado por el Poder Judicial en Chile (2021) y la «Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de la víctima de violencia de género», del CGPJ (2018).

5.1. El derecho a la tutela judicial efectiva con perspectiva de género

El art. 24 CE establece: «Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Se establece, de esta forma, un derecho para las personas y una obligación para el Estado, a través del poder judicial; se trata de la garantía de protección o derecho a la jurisdicción a la que se refería Ferrajoli¹²⁰. Es un derecho humano reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 8 y 10), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 2, 3, 14 y 15) y el Pacto de Derechos Sociales Económicos y Culturales, donde establecen deberes de conducta a los Estados en orden no solo a permitir el acceso a la tutela judicial, sino, además, a generar las condiciones para que ese acceso sea posible y efectivo. Todo ello convierte la perspectiva de género en una obligación jurídica y constitucional destinada a remover los obstáculos que impiden la igualdad (art. 9.3 CE, 24 CE y 10.2 CE).

La obligación de erradicar estereotipos, que nos influyen como personas y también como profesionales, especialmente en la función jurisdiccional y sus aledaños, incluye los siguientes ítems, que pasamos a exponer de forma resumida.

Nuestra Constitución impone la obligación de juzgar a los jueces y magistrados y, por su lado, otorga el derecho a la ciudadanía de que se juzgue y se haga ejecutar lo juzgado. Sin embargo, como hemos venido afirmando, el derecho no es neutro y su aplicación igualitaria en casos

120 A lo largo de toda su obra, Ferrajoli lo explica muy claramente, en *Podere salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta (2011), *idem*, *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Trotta (2014).

donde una de las partes se encuentra en una posición de sometimiento puede traer como resultado una nueva discriminación o agravio, ahora desde el propio sistema de justicia. Juzgar con perspectiva de género implica hacer realidad el derecho a la igualdad. Así, el derecho y sus instituciones constituyen herramientas emancipadoras que hacen posible que las personas diseñen y ejecuten un proyecto de vida digna en condiciones de autonomía e igualdad. No cumplir esta obligación genera violencia institucional. Así, *grosso modo* integra las siguientes garantías:

- a) Este derecho incluye una resolución sobre el fondo del litigio en el que se aplique el derecho en el caso concreto de la mejor manera que sea posible, de forma razonada y no arbitraria. Ello conlleva la ineludible garantía jurisdiccional (art. 117.1 CE) de motivar las resoluciones definitivas, dado que de lo contrario esa sentencia puede no estar fundada en derecho (art. 120.3 CE); es la única forma en la que las partes pueden saber los motivos de la decisión adoptada —tanto a favor como en contra de las partes— y es la base sobre la que nace la garantía del recurso, como parte integradora del derecho a la tutela judicial efectiva. A través de la motivación podemos observar si han mediado o no prejuicios y estereotipos en la resolución adoptada (por exceso o por defecto), porque fiscalizamos la convicción íntima judicial que ha guiado esta decisión, «ya que el fallo no puede consistir en un simple y arbitrario acto de voluntad del juzgador, sino tratarse de una decisión razonada en términos de derecho»¹²¹. De ahí el empeño de la autora en fijar los términos normativos de la argumentación jurídica de la defensa de los derechos humanos, al esperar de la judicatura que resuelva conforme a ellos, incluso cuando determinadas garantías no están bien resueltas por la norma, como hemos visto *supra*.

121 Garberí Llobregat, José, «El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», Bosch, 2008, pp. 83 y ss.

Hace falta un estudio profundo de las posibles estereotipias que existen en nuestra jurisprudencia. Al fin y al cabo, el juez es un ser social, como cualquiera de nosotros o nosotras, pero con una muy delicada y especial función, que le obliga a abstraerse de dichos estereotipos, automatismos que repetimos sin valorar lo que existe tras ellos e incluso abstenciones que llegan a limitar su libertad ideológica. Precisamente, el Convenio de Estambul lucha contra esta situación, y dicho corpus normativo internacional integra el contenido esencial del art. 24 CE, por tanto, esta garantía de imparcialidad adopta una relectura desde este instrumento internacional para definir lo que es o no desinterés subjetivo en el caso concreto. Ese desinterés debe plasmarse en las resoluciones para poder ser fiscalizado y, o bien formular recusación o bien recurrir la resolución, sobre la base de motivaciones ajenas a la finalidad de la norma que devienen o afectan al curso riguroso que debería seguir un proceso¹²². Y precisamente, la perspectiva de género condiciona las decisiones procesales y materiales¹²³, exigiendo una

122 Entre otras, *vid.* STC 87/2020, de 20 de julio (BOE-A-2020-9775), comentado por Núñez Torres, Michel, en «Sentencia del tribunal Constitucional 87/2020, en el recurso de amparo núm. 6127-2018», *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol.9, 2021.

123 «Ciertamente, hasta este momento, el tribunal no había tenido ocasión de pronunciarse sobre el marco constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, en su faceta de investigación penal eficaz, cuando las alegaciones de maltrato habitual denunciadas cursan bajo el ámbito de privacidad característico de las relaciones entre particulares unidos por un vínculo familiar y/o afectivo, que puedan tener su origen o causa en aquella eventual conducta denunciada. Semejante contexto dota de relevancia constitucional al enjuiciamiento del caso de autos, en cuanto que sitúa a este tribunal ante la tarea de cohonestar el papel que, a la luz de nuestra Constitución (en concreto, de su art. 24.1 CE), compete a los órganos judiciales en su deber de investigar hechos que, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afectan a entornos o colectivos especialmente vulnerables (entre otras, SSTEDH de 17 de octubre de 2006, asunto Okkali c. Turquía; de 26 de marzo de 1985, asunto X e Y c. Países Bajos; de 21 de enero de 2003, asunto August c. Reino Unido; de 9 de junio de 2009, asunto Opuz c. Turquía). Sin embargo, la necesidad de adecuar la interpretación de las *normas relativas a derechos fundamentales y libertades reconocidos por la Constitución a los tratados y acuerdos internacionales de derechos humanos ratificados por España* (art. 10.2 CE), de modo especial el Convenio Europeo de Derechos Humanos

motivación que acredite que no ha habido banalización alguna de los hechos denunciados por la mujer víctima, por ejemplo.

- b) Por su lado, la garantía de imparcialidad queda afectada si se constata que existen prejuicios o estereotipos, aunque sorprendentemente no sea algo que no se recoja expresamente por la LOPJ, tal y como argumenta el magistrado del Tribunal Supremo Hernández García, al reflexionar sobre la libertad ideológica de los juzgadores¹²⁴. Se trata de un término hoy despejado por la aplicación del Convenio de Estambul y por el artículo 4 de la Ley de Igualdad, que completa la interpretación de la LOPJ sobre las causas de abstención y recusación. Como afirma Lorena Bachmaier, «todo juez es un ser humano con sus convicciones, sentimientos y creencias [...] y, por tanto, no existe pronunciamiento judicial que sea objetivo en términos absolutos»¹²⁵. La garantía de imparcialidad es, pues, un elemento neurálgico de proceso a garantizar¹²⁶, a la que los estereotipos la desafían tal y como ha sido tradicionalmente configurada¹²⁷.

(CEDH), debe llevarnos a tener en especial consideración la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En particular, sobre la exigencia dirigida a los órganos judiciales para que estos extremen la diligencia a observar en la investigación, enjuiciamiento y, en su caso, represión de hechos presuntamente delictivos, cometidos sobre víctimas vulnerables en supuestos de violencia de género o de la que tiene lugar dentro del ámbito familiar o afectivo STC 87/2020, de 20 de julio (BOE-A-2020-9775)».

- 124 Hernández García, Javier, «El derecho a la libertad ideológica de los jueces», en Saiz Arnaiz, Alejandro (Coor.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons, 2012, pp. 66-68.
- 125 Editorial dossier «Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: imparcialidad y prueba en el proceso penal—reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez». Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/6739/673971401002.pdf>
- 126 Subijana Zunzunegui, Iñaki, «La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer», *Juezas y Jueces para la Democracia*, Vo. 1, 10, 2018, pp. 27 y ss.
- 127 Clérico, Laura, «Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad», *Revista Derecho del Estado* 41 (2018).

- c) Reflexionar sobre si la perspectiva de género en el derecho de acceso a la justicia no modifica el contenido del Poder Judicial, sus principios o sus características identificativas. Es decir, el Poder Judicial en sus órganos y principios no se ve en nada afectado. Unidad, exclusividad y juez legal informan a la jurisdicción y a la función de los órganos jurisdiccionales, así como imparcialidad, independencia y sumisión a la ley, responsabilidad e inamovilidad actúan como derechos y obligaciones de los jueces y magistrados, aunque el artículo 4 LOIHM y el Convenio de Estambul obligan a revisar la propia evolución de las causas de parcialidad.
- d) Por su lado, sobre el órgano de gobierno de los jueces de la judicatura solo podemos hacer un análisis desde la perspectiva de género, relativo a la representatividad de las mujeres en el mismo y cómo influye el techo de cristal. Por esta razón el II Plan de Igualdad del CGPJ se crea sobre los datos analizados e intenta abordar las brechas¹²⁸.
- e) Igualmente, si bien *a priori* no queda afectado el derecho de acción ex art. 24 CE, una interpretación formalista del mismo en relación con determinados derechos materiales o procesales puede afectar de alguna forma a este derecho. Sobre este aspecto deberemos tener atención.
- f) Tampoco quedan afectados en este análisis los tipos de procesos o tutela o los actos procesales, pero en las diferentes fases o formalidades procedimentales sería posible encontrar en determinadas

128 Informe sobre la Estructura de la Carrera Judicial (1 de enero 2022). Se puede encontrar en la web del Poder Judicial español. Sección de estadísticas. Véase Martínez García, Elena/Borges Blázquez, Raquel, «El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial español», *Revista Teoría y Derecho*, núm. 41. *Vid.* recientemente la Plataforma de Jueces y Juezas de Juzgados de Violencia de Género que han enviado una carta al Consejo General del Poder Judicial para reclamar que estos juzgados sean considerados en la carrera como órganos especializados para poder aspirar en su carrera a órganos superiores.

ocasiones algunos rasgos de discriminación, si no se adecua a una perspectiva de género.

- g) En este sentido, nuestra propuesta es revisar la función jurisdiccional de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, incluida la función cautelar (art. 117.3 CE), como garantía última de tutela de los derechos de la ciudadanía que les reconoce el ordenamiento, también, por tanto, a la igualdad¹²⁹. Es aquí donde verdaderamente puede tener aplicación esta herramienta de interpretación, que combate la desigualdad tal y como expresa el art. 9.3 CE, y conviene recordar que este mandato queda desarrollado en el plano convencional y en la jurisprudencia¹³⁰ del TEDH.

Se trata de evidenciar el compromiso del Estado con la justicia no estereotipada y así evitar la revictimización secundaria¹³¹, cuestionando la neutralidad de las normas y la neutralidad de sus propias máximas de experiencia y percepción de los hechos. Los estereotipos no pueden ser la base o cimiento de la decisión judicial. La persona juzgadora debe, atenta y diligentemente, tener la precaución de revisar sus propios juicios de valor y no dar por sentada la neutralidad de la norma y la propia dinámica procesal.

129 Por su lado, el objeto de estudio en este trabajo quedaría incompleto si no se integrara con la consideración de las ADR en el marco del ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

130 No entramos a la JTEDH, que introduce dicha perspectiva especialmente en materia de uso del velo, libertad religiosa y de las mujeres musulmanas en el ámbito del trabajo. Sobre estos aspectos, véase Ander Gutiérrez-Solana Journoud «La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a mujeres: generalidad frente a especificidad», en *Justicia con ojos de mujer*, Tirant lo Blanch (2018) pp. 829-843.

131 En el mismo sentido, la Convención Belem do Para, disponible en: https://www.unicef.org/argentina/spanish/ar_insumos_ConvencionBelem.pdf; artículo 2 CEDAW, disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> o el párrafo 15 de la Observación General 31 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=-6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsjYoiCfMKoIRv2FVaVzRkMjTnjRO%2Bfud3cPVrcM9YR0iW-6Ttaxgp3f9kUFpWoq%2FhW%2FTpKi2tPhZsbEJw%2FGeZRATdbWLgyA1RX6lE1VC%2F-Xrdwy1JEojEGK4mF1mRwn5H9lw%3D%3D>

5.2. ¿Cómo se aplica la perspectiva de género dentro del proceso penal?

La perspectiva de género es un método que debe ser aplicado incluso de oficio por el órgano juzgador, aun cuando las partes involucradas en el caso no la hayan contemplado en sus alegaciones, dado que el 4 LOIHM desarrolla el 9.3 CE removiendo los obstáculos intraprocesales que impiden la igualdad¹³².

La función de juzgar supone la integración del derecho en el caso concreto, pero contextualizado en el momento actual y con la aplicación del filtro de un principio informador tanto del derecho como de la función jurisdiccional (ex art. 1.4 CC): la perspectiva de género, el interés del menor, la inclusión de las personas con discapacidad, la perspectiva climática, etc. En este sentido, se viene afirmando que realmente existe un paralelismo entre las limitaciones que en la función jurisdiccional ofrece una caja negra y la íntima convicción judicial de la motivación¹³³. En ambos casos deben de conocerse los fundamentos base de la decisión para saber si parten de estereotipos, porque la función jurisdiccional no puede basarse en creencias e ideas preconcebidas.

132 Esto que decimos es extensible a cualquier tipo de proceso, pero también insistimos que la técnica de interpretar con perspectiva de género puede utilizarse para reinterpretar otras realidades con otras perspectivas que desmonten el poder, la desigualdad y la discriminación.

133 Simó Soler, Elisa, en su tesis «Justicia con perspectiva de género: Análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad» (2022), p. 150. «Existe un paralelismo entre estereotipación y robotización, dándose la paradoja de que cuando los jueces emplean estereotipos se asemejan a las máquinas y, simultáneamente, cuando se pretenden su anulación también. Bien por exceso (cuando infieren automáticamente de acuerdo con reglas lógicas), bien por defecto (cuando bloquean la intromisión de elementos no jurídicos), se desdibujan las diferencias ser humano vs. máquina, enfrentándonos a los temores que actualmente se plantean respecto al advenimiento de la Inteligencia Artificial (IA) en sede judicial. En concreto, son dos los puntos discutidos: la motivación y la caja negra».

5.2.1. Cuestiones previas al proceso

El primer momento de acceso a la justicia es el referido a la admisibilidad del caso y su posible valoración cautelar. A este respecto el juzgador debe preguntarse si la admisibilidad del caso, sus especiales características, requieren de un análisis de género, ante el cual el tratamiento sería de rechazo o inadmisión de la acción. La decisión de entrar o no al estudio de un asunto, ya sea al establecer la competencia, la admisión de la demanda o el establecimiento de la legitimación procesal, también puede estar determinada por una visión de género.

Desde el primer momento la imparcialidad y la estereotipia pueden condicionar el proceso y los elementos más preliminares y determinantes del mismo. Ejemplo de lo que decimos puede ser la existencia de elementos difusos tendentes a delimitar si se trata de un caso de violencia doméstica o de género, bien por el relato que se haga de la relación de afectividad, de la opción sexual y de la identidad sexual, bien si se trata de denuncias cruzadas, etc. Ello repercutirá sobre numerosas cuestiones procesales y procedimentales, al igual que sobre el modelo de protección cautelar. Por tanto, en cualquier asunto del que conozca un juzgador o juzgadora, deberá considerarse la posibilidad de dictar este tipo de medidas, en las cuales se tendrá en cuenta la opinión de la víctima, la declaración del investigado, el tipo de conflicto y gravedad del mismo, los posibles daños a terceras personas, así como cualquier elemento que determine el éxito de la medida. Todo ello hace que el juzgador deba preguntarse qué necesidades especiales de protección puede tener esta víctima de estas características, y qué actos de investigación son los adecuados para fijar los hechos objeto de investigación y las fuentes de prueba a obtener¹³⁴.

134 Se reconoce que se viola la tutela judicial efectiva y la obligación de motivación de sentencias según la siguiente argumentación: «e) En resumen, la investigación penal requiere en estos casos que la intervención judicial colme dos necesidades muy concretas: (i) emplear cuantas herramientas de investigación se presenten como racionalmente necesarias, suficientes y adecuadas ante toda sospecha fundada de delito, y (ii) evitar demoras

Por su lado, la libertad de opinión de un juez es un tema debatido, porque predispone a la ciudadanía hacia ideas preconcebidas igualmente, por eso es una garantía constitucional. Se ha visto en el caso Juana Rivas¹³⁵ por las opiniones que sobre la Ley de Violencia de Género había vertido en redes el magistrado de este caso. Este tema lo aborda de manera profunda Hernández García, y la libertad de expresión e ideológica de las y los miembros del Poder Judicial debe tener los límites exigibles por la imparcialidad¹³⁶. Los mecanismos clásicos de abstención y recusación deben alcanzar estas situaciones para garantizar la imparcialidad exigida por el art. 24.2 CE, debiéndose interponer lo antes posible este incidente recusatorio (arts. 217-228 LOPJ)¹³⁷. El normativismo en la argumentación jurídica toma todo el sentido: la estereotipia —del tipo que fuere— no solo contraviene la imparcialidad, sino la igualdad, no solo daña a la víctima del proceso concreto, sino al colectivo de la democracia, porque no remueve los obstáculos que impiden la igualdad, sino que profundiza en ellos¹³⁸.

injustificadas que puedan perjudicar el curso o el resultado de la investigación, además de la adecuada protección de quien figure como víctima, allí donde dicha protección se revele necesaria» (STC 87/2020, de 20 de julio (BOE-A-2020-9775). Allí se refiere a la diligencia debida del Estado y su posible responsabilidad por acciones u omisiones.

135 Hoy recientemente ha sido condenado dicho magistrado por el propio CGPJ en función de sus opiniones vertidas en juicio y en redes en virtud de la vulneración del artículo 418.5 LOPJ sobre el exceso o abuso de autoridad respecto de los ciudadanos, así como la posible vulneración del art. 417.14 sobre la ignorancia inexcusable en el cumplimiento de deberes judiciales.

136 Principios de ética judicial del CGPJ y otros marcos de recomendación. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Etica-Judicial/Etica-Judicial/Principios-de-Etica-Judicial/> y Pérez Luño, Antonio Enrique, «Sobre la Proyección ética a la actividad profesional de los juristas. En torno a la tesis de Manuel Atienza», CJH 16-17 (2018-2019).

137 Pormenorizadamente, véase Simó Soler, Elisa, en su tesis «Justicia con perspectiva de género: Análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad», *op. cit.*

138 En este sentido las palabras de Nieva Fenoll, Jordi, «Ideología e imparcialidad judicial», en la revista jurídica *VLEX*, disponible en: <https://vlex.es/vid/ideologia-imparcialidad-judicial-330211899>, donde se lamenta de la dificultad de recusar por cuestiones ideológicas tal y como está el sistema reglado.

5.2.2. Investigar con perspectiva de género: la toma de declaración de la víctima, la determinación de los hechos y aportación de las fuentes de prueba

En este momento procesal, buscamos averiguar los hechos en una primera reconstrucción y aportarlos al proceso. Pensemos que la *declaración de la víctima* puede ser la prueba principal en este tipo de delitos que acontecen en un ámbito o espacio habitualmente no público. Por ello se tiene derecho a una investigación eficaz, sin presunciones estereotipadas que pudieran llevar a dar por sentada la inexistencia del hecho (STC 87/2020, de 20 de julio). Si la víctima puede sufrir traumas que le impidan declarar y contradicciones psicológicas que le hagan no volver a declarar, corresponde a la autoridad judicial asegurar la obtención de fuentes de prueba complementarias de esta declaración de la víctima-testigo. Cualquier otra intervención más activa por parte del órgano jurisdiccional puede afectar a la presunción de inocencia. Es uno de los límites del Estado de derecho y de la democracia.

Son cada vez más abundantes las normas que introducen la perspectiva de género en la investigación. Para desarrollar este trabajo me han sido de mucha utilidad la *Circular 2/2022 de Fiscalía en materia de investigación en el ámbito penal* (BOE, 1 de enero de 2023), o la *Guía de Actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, de la Fiscalía General del Estado (*op. cit.*)¹³⁹ o la

139 Allí se establecen pautas en materia de investigación penal y perspectiva de género que puede ser útil para la persona lectora traer a colación: «El fiscal ha de impulsar la investigación, evitando dilaciones. • Debe indagar los antecedentes violentos existentes y su resultado. • Igualmente, si existe procedimiento civil finalizado o en trámite. • Fomentar la intervención de la Oficina de Ayuda a la Víctima desde el inicio. • Garantizar que se realice la valoración del riesgo policial y en su caso forense. • Lograr que la protección de la víctima y sus hijas/os sea integral, rápida y eficaz, utilizando herramientas penales y civiles. • La investigación no debe concluir tras la simple declaración de víctima y victimario. • Ampliar los medios de prueba: búsqueda de

Guía con perspectiva de género para la toma de declaración de la víctima, publicada por el Consejo General del Poder Judicial español (*op. cit.*) o el *Manual de investigación de Violencia física y psíquica por razones de género*, Fiscalía de Chile (2019). Está claro que la existencia de medios personales y materiales coadyuva a obtener las fuentes de prueba, especialmente en estos delitos que no acaecen en un ámbito público¹⁴⁰.

Este es el momento en que se determinará el éxito o fracaso de la investigación de forma más clara. En esta primera declaración vamos a obtener posibles testificales de referencia, como el historial médico de su centro de salud. Se puede averiguar por qué ocultó estos hechos a su médico, por qué no los denunció, las circunstancias que pueden afectar a la calificación jurídica, las agresiones recíprocas (de carácter defensivo, incluso siendo desproporcionadas atendiendo al contexto histórico de agresiones acaecidas), recabar informes médico-forenses, indagar sobre amenazas, control ejercicio, maltrato habitual, violencia económica, quebrantamiento de medidas, riesgo, rutinas, etc. El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional

corroboraciones periféricas a falta de testimonios directos. • Agotar exhaustivamente la investigación ante la posibilidad en cualquier momento de la dispensa del art. 416 LECr • Investigar todas las formas de violencia que haya sufrido la víctima (física, psicológica, económica, sexual) • Investigar el contexto familiar, social y laboral de la víctima. • Utilización del recurso “informe policial vecinal” • Evitar la revictimización con la repetición de diligencias no imprescindibles que se realizaron de manera incompleta. • Garantizar la participación de la víctima en el proceso y velar por el cumplimiento de todos sus derechos. • Garantizar la unión a los autos de informes psicológicos, sociales y sanitarios públicos o privados que tenga o pueda obtener la víctima y solicitar las pruebas periciales psicológicas precisas de víctima e investigado. • Determinación clara y concreta de la relación sentimental: vigencia, duración, periodos de convivencia, descendencia entre víctima e investigado... que permita acreditar una relación intensa más allá de una amistad íntima. • Garantizar el derecho de las/os hijas/os menores a ser oídos (art. 9 LO 8/2015, de 22 de julio) • Analizar los vaivenes procesales de la víctima. No merma la credibilidad de la víctima la exclusiva circunstancia de denunciar días o meses más tarde de ocurrir los hechos; aportar nueva información y nuevos hechos en la declaración judicial frente a la policial; el no haber querido declarar en fases procesales previas y en la presente sí. • El Ministerio Fiscal tiene que tener una intervención activa en el proceso civil velando por el interés del menor evitando custodias compartidas mientras se tramita el proceso penal» (p. 14).

140 España se encuentra a la cola de los países, según lo visto *supra*, en el número de jueces y juezas por cien mil habitantes.

español tienen de forma sólida señalados qué aspectos de la declaración contribuyen a hacerla verosímil (y que por supuesto la defensa negará) y qué aspectos son determinantes en la interpretación *a posteriori* de todo el acervo probatorio que se obtenga. Es decir, que para evitar esta contaminación, la perspectiva de género invita a detenerse y preguntarse cuestiones previas¹⁴¹, preguntas que pueden ayudar a contextualizar la puntual agresión, su prueba y su posterior valoración.

a) La declaración de la víctima

Muy a menudo encontramos que la declaración de la víctima es contradictoria con la prestada en el juzgado de instrucción. Con carácter general, no es posible en casi ninguna legislación traer a juicio tales declaraciones sumariales por existir ese derecho de dispensa a declarar contra un familiar, pareja o expareja¹⁴² «sin embargo, aquí hay una cuestión básica de índole procesal que debe de tenerse en cuenta, [...] que debe solicitarse la lectura de las declaraciones sumariales en el plenario e interrogar al testigo sobre las razones de las contradicciones y cuál es la declaración correcta. Fuera

141. «(1) ¿Cuál es el contexto en el que se desarrollan los hechos? (2) ¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia/ orientación sexual? (3) ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas? (4) ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas «categorías sospechosas»? (5) ¿La persona pertenece a un grupo históricamente desaventajado? (6) ¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo lesbiana y estando embarazada. (7) ¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas en el caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo? ¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara, por ejemplo, por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento de la persona si se asignara un rol estereotípicamente considerado como femenino? Por ejemplo, si fuera un hombre quien solicitara permisos laborales para ejercer su paternidad», *Manual de investigación de Violencia física y psíquica por razones de género*, Fiscalía de Chile (2019).

142. *Vid.* Nota anterior sobre la modificación del art. 416 LECrim, por la que se impide a la víctima que sí es acusación particular ir en contra de dicha condición e intentar que sus declaraciones no puedan ser reproducidas en juicio.

de este caso, si no es acusación particular, el artículo 416 LECrim sobre la dispensa de declarar de estas mujeres impide traer sus declaraciones al juicio oral y leer el acta de instrucción» (p. 126)¹⁴³.

Parafraseando al magistrado Vicente Magro, del Tribunal Supremo Español (Sala de lo Penal), juzgar con la perspectiva de género en este caso supone¹⁴⁴:

1. La declaración de la víctima no es prueba indiciaria, sino *prueba directa* y puede constituir *prueba de cargo*.
2. La existencia de la declaración de la víctima no siempre se convierte por sí misma y automáticamente en prueba de cargo suficiente, pues como todas, está sometida a la *valoración* de un tribunal sentenciador.
3. Ello no significa que con dicha declaración quede automáticamente desvirtuada la presunción de inocencia, en el sentido de que se invierta la carga de la prueba, dándose ya por probada la acusación e incumbiendo al acusado desvirtuar su presunta presunción de certeza de la acusación formulada, sino únicamente que *dicha prueba no es inhábil* a los efectos de su valoración como una prueba más por el tribunal sentenciador. Este debe aplicar, obviamente en esta valoración, criterios de razonabilidad que tengan en cuenta la especial naturaleza de la referida prueba.
4. Las declaraciones de la víctima o perjudicado tienen valor de prueba testifical siempre que se practiquen con las debidas garantías.
5. Cuando la prueba es única de cargo, exige una cuidada y prudente valoración por el tribunal sentenciador, ponderando su credibilidad en

143 Sobre el valor de la declaración de la víctima y la perspectiva de género se recomienda ver STS 282/2018, de 13 de junio, REC. 10776/2017 (TOL 6.639.816).

144 Magro Servet, Vicente (2022) «Perspectiva de género en las decisiones judiciales: Novedades jurisprudenciales», *Revista Universidad de Granada*, pp. 111-148. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/25194/24676>

relación con todos los factores subjetivos y objetivos que concurren en la causa.

6. La situación de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia se produce cuando la única prueba de cargo la constituye la declaración de la supuesta víctima del delito, precisamente si fue quien inició el proceso, especialmente si ejerce la acusación, pues en tal caso se constituye en única prueba de la acusación el propio acusador¹⁴⁵.
7. Lo que debe mirar el sentenciador, atendiendo al marco clandestino en que se producen determinados delitos que impide en ocasiones tener otras pruebas, por tratarse de una única prueba es necesario que el tribunal valore expresamente la comprobación de la concurrencia de las siguientes notas o requisitos:
 - Ausencia de incredibilidad subjetiva derivada de las relaciones acusador/acusado de las que se pudiera deducir la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad o interés.
 - Verosimilitud con corroboraciones periféricas de carácter objetivo.
 - Persistencia en la incriminación prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones.

Estos requisitos, continua el citado autor y magistrado, no tienen que concurrir «todos unidos para que la sala de instancia pudiera dar crédito a la testifical de la víctima como prueba de cargo (SAP 23 de enero de 2008), porque la victimización reiterada por el agresor impide a las víctimas ese relato perfecto y coherente, pero eso no puede ser una certeza para el juez a la hora de dudar de su relato. De ser así en ningún caso se podría valorar la declaración de la víctima en los supuestos que se han producido hechos graves, como ocurre con las agresiones sexuales» (pp. 122 y 123).

145 Esta situación ha sido resuelta legalmente por nuestro legislador al excluir de la dispensa de declarar ex art. 416 LECrim a la denunciante víctima que se posiciona como acusación particular.

Debemos mencionar que cada vez es más común el uso de *la pericial psicológica* para someter a este peritaje la veracidad de la declaración de la víctima. Hay que tener cuidado con esta prueba, porque de alguna forma puede rezumar una cierta presunción de no veracidad, si no se cuida y motiva la decisión que lleva a dicha práctica, porque no nos encontramos ante un hecho científico que requiera de este apoyo pericial probatorio, sino que más bien podría llegar a constituir, en definitiva, una victimización secundaria grave al partirse de su falta de veracidad. Podrá recurrirse a ella cuando el tribunal sí lo estime conveniente, por necesario, por esclarecer datos que sí son científicos, y nunca podrá sustituir al criterio judicial de valoración; simplemente puede ser un criterio para la razonabilidad del o la juez.

b) La determinación de los hechos y de las fuentes de prueba

El primer paso para llegar a una resolución judicial, en la que se aplique el derecho objetivo, es conocer los hechos y entenderlos a través de las fuentes de prueba y medios de prueba existentes. Fijar los hechos y observar las fuentes de pruebas determina cuál es el derecho aplicable y, por tanto, si existe un daño, una víctima, responsabilidad penal, civil, de la propia Administración; es decir, las consecuencias jurídicas. Es por ello que la determinación de los hechos y fuentes de prueba tienen un papel fundamental en el acceso a la justicia para aminorar el riesgo de que ciertos actos vuelvan a cometerse y evitar la impunidad¹⁴⁶.

146 Se refiere a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 16 de noviembre de 2009, por el caso González y otras vs. México, Paloma Caudillo, Cecilia, *op. cit.* «Este *análisis contextual previo* es de suma importancia, porque gracias a él se dimensiona la forma en que debió actuar el Estado a partir de ese contexto: *no de forma abstracta, sino con base en ese contexto específico de violencia estructural en contra de la mujer*. También es relevante porque, en su análisis, la Corte determinó que el Estado mexicano no tiene responsabilidad por la privación ilegal de la libertad de las mujeres como acto inicial que terminará en el feminicidio. Pero –en cambio– sí es responsable de no haber realizado todas las diligencias posteriores a la primera noticia de la desaparición de mujeres con el fin de encontrarlas con vida; diligencias que,

Esta fase puede verse contaminada por la valoración estereotípica por el órgano jurisdiccional del comportamiento de las personas involucradas¹⁴⁷, así como por la consideración que se haga del contexto específico de violencia estructural o no en que se dio el hecho y no de una forma neutra y generalista.

La sentencia de Campo Algodonero (cit.) nos mostró que la exigencia pormenorizada de hechos que revelen con precisión las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cada una de las conductas de violencia es extremadamente difícil de cumplir. Además, hace prácticamente imposible que prospere una acción, es decir, documentar el día, mes y hora en que sucedieron los hechos (tiempo), la forma detallada de cómo ocurrieron (modo) y el sitio o lugar preciso en el que acontecieron (lugar), por lo que es prácticamente imposible que una persona recuerde datos específicos de todos y cada uno de los actos de violencia —maltrato físico, psicoemocional y sexual— de los que fue objeto. Debido a la asimetría en la que se basan las relaciones entre hombres y mujeres en el ámbito familiar, es muy importante el derecho a recurrir a la protección del Estado en casos de violencia en dicho espacio. Además, en estos casos se debe tener presente que la situación de vulnerabilidad de quienes padecen este tipo de violencia se desprende frecuentemente de su dependencia —económica o emocional— del agresor. La violencia

además, eran esperadas y para las cuales el Estado debía estar preparado, tomando en consideración este contexto de violencia contra la mujer. *Las violaciones a los derechos humanos observadas por la Corte provienen, en buena medida, del análisis de las víctimas en su contexto*».

147 STC 87/2020, de 20 de julio (BOE-A-2020-9775) «porque ninguna de las resoluciones impugnadas ha ofrecido una motivación suficiente que haya satisfecho la efectividad de sus exigencias de tutela, al haber ofrecido argumentos a favor del archivo que, en unos casos, carecen de respaldo en las actuaciones obrantes en el procedimiento y, en otros, obedecen a esa misma deficitaria indagación del contenido de la denuncia, lo que ha llevado a una errónea banalización de los hechos como mero conflicto de pareja».

genera en la víctima y en las y los hijos (si los hay) una serie de desórdenes médicos, emocionales y psicológicos¹⁴⁸.

Allí mismo, la Corte Suprema Mexicana afirma que la violencia sexual exige que la víctima se oponga de manera frontal y con vehemencia para tener constancia objetivable de que hay un rechazo. Pero la Corte Interamericana determinó que esta interpretación está llena de sesgos y no es real y acorde al mundo de las mujeres y de su sexualidad. Sentirse en riesgo puede llevar a actuar de diferentes modos, sin que pueda afirmarse que una conducta pasiva lleve a pensar que hay un consentimiento en la relación sexual. «[E]se tipo de exigencias muestran una marcada discriminación de género, evidentemente anclada en tópicos del pasado que se creían expurgados, uno de los cuales, por señalar apenas el de mayor ocurrencia, refería casi como verdad apodíctica que si la mujer era accedida, ello necesariamente obedecía a su querer, o cuando menos, a que no realizó lo suficiente para evitarlo, con lo que se facultaba esa doble victimización que tanto daño causó y evitó las más de las veces la efectiva denuncia de delitos del tenor

148 Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso González y otras («Campo algodónero») vs. México, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, donde se afirma que la toma de declaración de los hechos debe realizarse basándose en las siguientes consideraciones:

- No revictimización. Solicitar la narración precisa de lo sucedido, partiendo de una base en la que no se cree a la víctima podría alterarla psicológicamente y reafirmar un sentido de culpa y responsabilidad por la violencia de la que fue objeto.
- Sensibilización del personal involucrado. Quien obtiene la declaración quizá no cuente con las herramientas necesarias para manejar e interpretar adecuadamente la situación.
- Características de la violencia familiar. La forma en que funciona la violencia familiar implica, en muchas ocasiones, hechos cíclicos y cotidianos, por lo que resulta complicado que la víctima sea capaz de ofrecer circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar.
- Intimidad. Omitir los detalles de los agravios recibidos por la víctima no tiene que ver con una protección del escándalo en la esfera íntima. Si bien la intimidad es valiosa y su protección debe preservarse, lo anterior no debe ir en detrimento de la posibilidad de recurrir al Estado en caso de encontrarse desprotegida en este espacio.
- Acceso a la justicia. La precisión solicitada en la declaración pone en la víctima de la violencia familiar una gran carga probatoria, lo cual, sumado a las consecuencias psicológicas de la violencia, haría prácticamente imposible que prospere su acción.

del examinado»¹⁴⁹. Ello conlleva una nueva victimización secundaria. Es una suerte de violencia institucional.

Otro ejemplo de delimitación de los hechos necesitados de perspectiva de género lo presenta el magistrado Subijana cuando afirma: «Cada hecho delictivo de los que afecta a la mujer como víctima contiene, para su comprensión, la perspectiva de género, no entender esto es un óbice para admitir la acción y, por supuesto, incluso para entender el tipo delictivo, como ocurre, por ejemplo, para comprender los tipos delictivos como los relativos a la libertad sexual y la necesidad de prestar claramente un consentimiento a la hora de tener relaciones sexuales, pues antes los hombres debían detenerse o parar cuando las mujeres decían *no*, ahora deben interactuar sexualmente con ellas cuando las mujeres digan *sí*»¹⁵⁰. Ha hecho falta una norma que rompa los estereotipos sobre el consentimiento y la libertad sexual para poder decirle a una parte de la judicatura cómo es el sexo en libertad.

Por ejemplo, según se ha visto en el denominado caso de la Manada, el comportamiento esperado de la víctima, derivado de una concepción estereotipada de cómo sucede la violación, de cómo debe entenderse que viste una víctima o debe comportarse tras una violación puede generar impunidad y victimizar de nuevo a una mujer. Estos estereotipos afectan a la forma de obtener e interpretar las fuentes de prueba y la prueba, así como de dirigir el proceso. Sin la perspectiva de género en estos casos no puede garantizarse a las víctimas el acceso a la justicia y conlleva impunidad para el agresor.

149 *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad, op. cit.*, p. 93.

150 Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *op. cit.*, pp. 10-16.

Hay estereotipos que llevan a pensar en una conducta casta de la mujer¹⁵¹. La comprensión de lo que ocurre en un proceso por violencia machista o agresión sexual requiere una cierta readaptación de los paradigmas clásicos, porque sin perspectiva de género, quedará condicionada la imparcialidad, que es una regla de juicio¹⁵² que condiciona todo el proceso, no solo la sentencia¹⁵³. No hacerlo así es tanto como atentar contra la Constitución¹⁵⁴. De hecho, en la jurisprudencia se constatan estereotipos tales como la valoración de la conducta sexual previa de la víctima, como si eso anulara su posibilidad de rechazar sexo, como se observó en el conocido caso de La manada.

También en materia de exploración de menores y personas con discapacidad existe una protección reforzada legalmente por los acuerdos internacionales citados, así como por las leyes nacionales que los desarrollen. En el caso español, esta prueba tiene el carácter de preconstituida, de modo que su grabación en fase de instrucción evita la victimización adicional de estas personas menores y con discapacidad vulnerables para que no vuelvan a reiterar en juicio oral su declaración. A tal fin se

151 Igualmente, hay resoluciones donde se imputa a la madre falta de cuidado frente a un hijo o hija menor, aunque la violencia venga del padre, porque en el fondo se espera una actitud de cuidadora para la madre. Este es otro estereotipo que no se daría en sentido contrario. Así se ha visto en el Caso de Ángela González Carreño vs. España. La falta de credibilidad de la víctima madre procede del filtro estereotipado de ser una «mala madre», «poco cuidadora», llevó a que el tribunal considerara el derecho del padre a estar con su hija, la cual acabó asesinada por el padre.

152 El requisito de la exhaustividad en la motivación, la inmediación y la libre valoración de la prueba es garantía de la imparcialidad, y forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Incorporar la perspectiva de género exige bien la formación intensa del juzgador o bien poderse apoyar en personal externo, como las unidades de valoración integral forense o pericial, sin que ello suponga victimización secundaria.

153 Subijana Zunzunegui, Iñaki, «La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer», *Juezas y Jueces para la Democracia*, Vo. 1, núm.10, 2018, pp. 27 y ss.

154 Hernández García, Javier, «El derecho a la libertad ideológica de los jueces», *op. cit.*, pp. 79-80.

graba su declaración con garantías (informe psicológico previo ante el órgano jurisdiccional, Ministerio Fiscal, letrado de la defensa y representante del sujeto vulnerable). Por esta razón son cada vez más comunes las cámaras Gesell ex art. 449 ter¹⁵⁵.

Otras fuentes y medios de prueba de apoyo a la declaración de la víctima son las testificales, pericial y la documental. Su obtención en fase de investigación es fundamental para apoyar esa declaración de la víctima que puede no ser plena y apta para convencer —por sí sola— al órgano jurisdiccional sobre la veracidad de los hechos. Cualquiera de estas pruebas requiere para su correcta realización que esté ausente de estereotipos en la interpelación y práctica de las mismas, muy especialmente en lo relativo a la pericial. La prueba documental tuvo que ser conseguida respetando los principios y requisitos de legalidad, autenticidad y cadena de custodia.

Otro ejemplo puede ser el estereotipo existente en torno a la presunción de que la tardanza en denunciar por estas víctimas no es razonable, sin entender las realidades subjetivas que pueden llevar a estar personas a no querer denunciar inmediatamente tras el acontecimiento de los hechos. El impacto que la violencia tiene sobre la mujer lleva a lo que se ha denominado el *síndrome de la mujer maltratada*, por el proceso de despersonalización sistemática de la víctima, algo que en la jurisprudencia es objeto de prueba. Igualmente, el denominado síndrome de alienación parental, excluido como tal por la Organización Mundial de la Salud ante su carácter acientífico¹⁵⁶, se ha aplicado por nuestra jurisprudencia

155 *Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género*, de la Fiscalía General del Estado Español (2020), p. 19.

156 El 15 de febrero de 2018 la OMS declaró que había eliminado la alienación parental de su índice de clasificación por ser pseudocientífico en la clasificación ICD 11, indicándose que «su inclusión para los propósitos de codificación en la CIE-11 no contribuirá a estadísticas de salud válidas o significativas». Recientemente, el *Informe de la relatora especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres y las niñas*, cuando relata en materia de Custodia, violencia contra las mujeres y violencia contra los niños de 13 de abril de 2023 A/HRC/53/36

relativizando el testimonio de la madre en favor de custodias hacia el padre, a pesar de existir condenas de violencia de género o de agresión sexual. Para ello, la formación y sensibilización del personal involucrado, también del órgano jurisdiccional, es básica¹⁵⁷. De otra forma, se haría prácticamente imposible que prospere su acción. La propia ley de igualdad, la de igualdad de trato, la de garantía sexual apuntan a casos de inversión de la carga de la prueba¹⁵⁸, o la recomendación de la «Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de la víctima de violencia de género» del CGPJ (2018), que en su art. 5 a) se establece ser asistida ese mismo día y en juicio por un especialista en psicología con la posibilidad de hacerlo por videoconferencia.

c) Presunción de inocencia como límite en la perspectiva de género

Esta perspectiva anclada en el artículo 14 CE y 4 LOIHM actúa junto al límite constitucional de la presunción de inocencia (art. 24 CE), respetándolo, y actúa sobre las facultades indagatorias modulando su forma de operar. Redirige la metodología de indagación, pero nunca hace presuposiciones que afrenten la garantía del proceso penal de la presunción de inocencia. Subijana Zunzunegui contempla los dos planos en juego cuando afirma que dicha perspectiva tiende a que «los parámetros que utiliza el sistema de justicia para interpretar y aplicar la ley no refuercen, a través de una neutralidad axiológica vinculada a la igualdad formal, las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, consolidando, de esta manera, la discriminación de estas últimas»¹⁵⁹. La valoración interna que hace el juez o jueza para aproximarse a la interpretación de las pruebas mantiene, por

157 De ahí que el propio CGPJ haya aprobado «Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de la víctima de violencia de género» del CGPJ (2018), que incluye la perspectiva de género.

158 También véase *Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* (A/HRC/40/57), (Principio 3).

159 Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

un lado, la presunción de inocencia en su cabeza, así como también la obligación de observar la específica realidad de la víctima, que difiere de cualquier otra tipología de víctimas —dado que esto no es una simple violencia intersubjetiva sino estructural—, y ello le exige un pleno respeto con esta circunstancia. Esta es la contextualización de la que habla el tribunal constitucional cuando le exige aplicar la perspectiva de género. A partir de ahí la perspectiva de género filtra que no haya ideas preconcebidas ni estereotipos en ninguna de estas fases:

- La contemplación y calificación de los hechos en el proceso.
- La observancia de los presupuestos de la obtención de la prueba y de la posterior práctica de los medios probatorios.
- La contextualización y significado jurídico de lo acontecido en una cultura como la nuestra, la calificación jurídica de los hechos.
- La interpretación de las máximas de la experiencia.
- las facultades probatorias del juez.
- La admisión y valoración de las pruebas.
- El especial análisis de credibilidad de la víctima conforme al triple canon que establece el TS.
- La comprensión y conveniencia de la inversión de la carga de la prueba.
- La especial circunstancia de la víctima en el interrogatorio y la importancia de la aplicación del estatuto de la víctima.

Por su lado, existe jurisprudencia y doctrina muy consolidada¹⁶⁰ sobre el valor que debe atribuirse a la declaración de la víctima y así poder entrañar la verdad procesal de lo ocurrido y que esta declaración «no se

160 SSTS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm.204/2018, de 25 de abril (ROJ 1574/2018); núm.217/2018, de 8 de mayo (ROJ 1743/2018) y núm.99/2018, de 28 de febrero (ROJ 619/2018). Fuentes Soriano, Olga, «La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm.1, 2020, p. 274 También, vid. Montesinos, Ana, «Especificidades probatorias en los procesos por violencia de género», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm.17, 2017, pp. 127-165

convierta en una losa para la víctima [...] donde el sufrimiento que ha padecido la víctima ante los hechos del maltrato se ve incrementado por el sufrimiento x post de la propia sociedad, de su entorno más directo y del entorno del agresor» (STS Sala Penal 04/07/2019 Rec.10079/2019), «ya que la introducción de la posición de la víctima en la categoría de mero testigo desnaturaliza la verdadera posición en el proceso penal de la víctima, que no es tan solo quien “ha visto” un hecho y puede testificar sobre él, sino que es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo ocurrido» (STS 282/2018, 13 de junio). Por tanto, le atribuye la condición de testigo cualificado¹⁶¹:

- Ausencia de incredulidad subjetiva: ausencia de motivos que hagan pensar que existe una enemistad, deseos de venganza o revancha, intereses espurios ajenos a los hechos que se narran.

161 La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras («Campo Algodonero») contra México, donde establece de forma muy clara: (Párrafo 400) «De otro lado, al momento de investigar dicha violencia, ha quedado establecido que algunas autoridades mencionaron que las víctimas eran “voladas” o que “se fueron con el novio”, lo cual, sumado a la inacción estatal en el comienzo de la investigación, permite concluir que esta indiferencia, por sus consecuencias respecto a la impunidad del caso, reproduce la violencia que se pretende atacar, sin perjuicio de que constituye en sí misma una discriminación en el acceso a la justicia. La impunidad de los delitos cometidos envía el mensaje de que la violencia contra la mujer es tolerada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad en las mujeres, así como una persistente desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Al respecto, el Tribunal resalta lo precisado por la Comisión Interamericana en su informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” en el sentido de que [l]a influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales».

- Verosimilitud del testimonio de la víctima: su declaración debe de estar apuntalada o corroborada por fuentes de prueba externas a la propia declaración de la víctima.
- Persistencia en la incriminación: durante todo el proceso debe la víctima mantener esta incriminación sin cambios o contradicciones. Aquí encontramos serias dificultades a menudo que el TS¹⁶² ha sabido entender e interpretar, porque entiende que sí es compatible con el miedo, bloqueos, olvidos, etc.

Sin embargo, no puede perderse de vista que el elemento clave del proceso penal es la presunción de inocencia y elevarla es algo exigente para el órgano judicial. En este sentido, resulta muy interesante la doble vía abierta en el Tribunal Supremo en torno al valor gestual de la declaración de la víctima y a la conveniencia de lograr corroboración externa de dicha declaración, incluso recurriendo a la pericial psicológica¹⁶³. Comparto con Hernández que el comportamiento gestual de la víctima no puede ser el elemento de convicción del juez sobre la declaración vertida por la víctima, dado que las personas somos diversas a la hora de expresarnos y, en mi opinión, no tiene por qué ser menos creíble un

162 STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, núm.119/2019, de 6 de marzo, FJ 3 (ROJ 678/2019).

163 Así mientras el magistrado Vicente Magro Servet entiende que «la forma en que se expresa la víctima desde el punto de vista de los gestos con los que acompaña a su declaración ante el Tribunal, la seriedad expositiva que aleja la creencia del tribunal de un relato figurado, con fabulaciones, o poco creíble...» pueden formar parte de los parámetros para valorar la declaración de la víctima y su veracidad (STS 11/2019 TOL 105. 628), existe una posición contraria mantenida por Javier Hernández García (STS 1745/2022, de 24/08/2022) por la que considera «la atribución de valor probatorio [...] a esta información testimonial no debe venir determinada solo por lo creíble que resulte el testigo, sino por lo fiable que resulte aquella información [...]. Lo fiable de la información exige mayores cargas de justificación al juez que atribuye valor a la información». Y añade a continuación «La pericial psicológica no constituye por sí una prueba de la credibilidad del testigo. La prueba pericial solo puede servir para aportar máximas de experiencia, [...] desde la ciencia psicológica, que permitan identificar dificultades narrativas, tendencia a la fabulación o a la deformación de la realidad de la persona sometida a examen. El mayor o menor grado de atendibilidad del relato de un testigo en el proceso penal es una conclusión que solo puede alcanzarse después de practicado y analizado todo el cuadro probatorio».

comportamiento gestual limitado, parco o frío en sus emociones frente a uno más extrovertido. Al fin y a la postre, solo la percepción directa del órgano jurisdiccional de las manifestaciones y de las opiniones de los psicólogos/as sobre la inexistencia de datos que permitan suponer fabulaciones son lo determinante y no tanto el peritaje (Antonio del Moral STS 24/06/2022). «En rigor ni la credibilidad ni la fiabilidad son condiciones previas e inmunes al resultado del proceso [...]. Pueden servir como guía o un criterio para el tribunal, pero no pueden servir para desplazar la responsabilidad de los jueces de graduar su valoración en el caso concreto» (Javier Hernández García (STS 28/04/2022 TOL 8.932.407). En conclusión, no puede haber otra forma de corroborar lo que dice la víctima, lo que lleva a evitar automatismos en la solicitud de la pericial, que introducen una perspectiva de desconfianza sobre el relato si no media una justificación razonable.

5.2.3. Elementos objetivos de la actividad probatoria

Brevemente, debemos observar *el objeto* de la prueba en los procesos por violencia contra las mujeres, con el fin de comprobar si puede o no haber lugar a la aplicación de la perspectiva de género. Nos referimos a los elementos objetivos de la actividad probatoria, una vez aportados los hechos por parte de la policía, testigos, etc. Estos pueden ser *hechos, máximas de experiencia y normas jurídicas*, y el análisis debe llevarlo a cabo el órgano jurisdiccional a la hora de entender probada o no probada la premisa menor en la premisa mayor que otorga la norma jurídica aplicable al caso. Se trata de hacer un «proceso depurativo» tendente a saber qué hechos podrán ser o no los hechos constitutivos del supuesto fáctico objeto de

aplicación en el caso concreto¹⁶⁴. Ahí donde se puede encontrar el estereotipo, y por ello debe poder permitirse la prueba su existencia, a través de lo que se conoce en términos procesales como «la prueba sobre la prueba» o prueba complementaria, tanto respecto de la presunción maliciosa de ella como de la presunción de misoginia de él.

La parte acusadora debe aportar y probar los *hechos constitutivos* de delito. Son hechos principales (hechos constitutivos en sentido estricto) y hechos indiciarios (que ayudan a probar la existencia de los anteriores). Ambos constituyen los elementos objetivos del tipo delictivo, sin perjuicio de que también puedan aportarse elementos subjetivos, como el estado mental, la alevosía, etc. Estos últimos son muy importantes, a efectos de valoración de riesgo, aportar hechos y fuentes de prueba de las circunstancias subjetivas del investigado. Entender los elementos del riesgo con la perspectiva de una mujer víctima será determinante en su evaluación, prevención y evitación de reiteración.

Los *hechos indiciarios* en la violencia machista van a encontrar un gran terreno de aplicación, dado que el elemento privacidad y la ausencia de testigos directos se dan casi siempre en este tipo de delitos. La existencia de una perspectiva judicial sin estereotipos, que entienda la complejidad de las relaciones de género, será básica a la hora de valorar tanto los hechos constitutivos como la unión entre el hecho base y el hecho consecuencia, siempre a través de un juicio racional, coherente y lógico, no arbitrario y excluyente de todo subjetivismo.

164 Es una realidad que en los delitos que atentan contra las mujeres, muy a menudo sus declaraciones se tachan de subjetividad. En este sentido, son muy claras las palabras de González Cano, cuando afirma que «el hecho siempre se presentará desde un prisma subjetivo» (p. 90), con independencia del delito ante el que nos encontremos, pero en el caso de la violencia machista, al contextualizar la percepción de la mujer en nuestra sociedad, encontramos una suerte de desconfianza hacia su relato, tachado de victimista, manipulador, ventajista... y, por tanto, desprestigiado. Cuando, en puridad, los relatos de cualquier víctima o victimario son siempre subjetivos. González Cano, Isabel, *La Prueba*, Tomo II, «Valoración de la prueba, presunción de inocencia y principio *in dubio pro reo*», Tirant lo Blanch (2017), p. 89.

Sobre los *hechos impeditivos y extintivos* no creo que puedan darse grandes especialidades en materia de género, pero sí, por el contrario, en los *hechos excluyentes*, como por ejemplo acaece en los casos de concurrencia o no de un consentimiento sexual o en caso de mediar legítima defensa o de posibles agresiones recíprocas. Sobre estos aspectos, la *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género*, del Observatorio del Poder Judicial, resulta muy útil (cit.). La percepción de la perspectiva de la realidad de las mujeres puede hacer entender al órgano jurisdiccional por qué una mujer accede a sexo contra su voluntad en determinados contextos para salvar su vida, por ejemplo, o la desigualdad de una defensa ante un desequilibrio de fuerzas y posiciones en el contexto de violencia concreto, pero también contextualizado en la sociedad en la que vivimos¹⁶⁵.

También existen hechos referidos a pretensiones civiles acumuladas al proceso penal. Restituir, reparar o indemnizar forman parte de los perjuicios derivados de la comisión del hecho delictivo. Pensemos en las numerosas ocasiones que comprobamos que una víctima de violencia sexual o de género propone renunciar a cualquier tipo de indemnización de sus daños morales, con la finalidad de ser creída en juicio. La prueba civil de los mismos también puede requerir de la perspectiva de género. Precisamente por esta razón el legislador español ha reconocido que la renuncia a la indemnización en casos de violencia sexual puede no tener

165 Algo diferente es la presunción de discriminación de la que parten las leyes de violencia de género, porque responden a acciones positivas necesarias para remover los obstáculos que impiden la igualdad. Esto no es impugnable porque iría contra la naturaleza protectora por la que debe velar el legislador. Pero, además, puede probarse la misoginia del maltratador a través de sus cometarios en redes, etc. Un interesante documento para entender el funcionamiento de la violencia que sufren las mujeres en el seno de la familia y la pareja: «Ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina», formulado por la Organización Panamericana de la Salud del Programa Mujer, Salud y Desarrollo del año 2000. A efectos jurídicos, puede aportar mucha información. Disponible en: <https://www.paho.org/es/documentos/ruta-critica-mujeres-afectadas-por-violencia-intrafamiliar-america-latina-estudios-caso>

sentido, y debe de estar sujeta a debate a la vista de la magnitud de los hechos penales, tal y como vayan aclarándose durante la tramitación del proceso, porque existe una tendencia –probada estadísticamente– a renunciar a cualquier indemnización de la víctima para poder ser creída. Esta negociación es posible, pero no es moralmente aceptable, porque la víctima parte de la concepción de que no va a ser creída (art. 112 LECrim)¹⁶⁶. Es una realidad en nuestra jurisprudencia la *declaración de impacto de la víctima* en plenario para saber cuál es el daño moral de la responsabilidad civil¹⁶⁷.

Por último, llegamos a los conocidos *hechos notorios o evidentes*, así como las *máximas de experiencia*. En este ámbito, los estereotipos pueden funcionar subliminalmente y la cultura que contextualiza nuestras ideas y creencias preconcebidas pueden hacer pensar que los hechos son de una forma determinada. La perspectiva de género está para desmontar estas percepciones apriorísticas. Por ejemplo, como cita González Cano, la natural influencia del parentesco puede llevar a la sinceridad o la falsedad de un testigo. También se puede pensar en la natural influencia que el amor tiene en el perdón de la persona enamorada hasta límites insospechados, o que cuando la mujer víctima de violencia sexual no se va del lugar está consintiendo. Al final son conclusiones genéricas, que admiten excepción y prueba para entender, por ejemplo, que una mujer

166 Art. 112 LECrim «Ejercitada solo la acción penal, se entenderá utilizada también la civil, a no ser que el dañado o perjudicado la renunciase o la reservase expresamente para ejercitarla después de terminado el juicio criminal, si a ello hubiere lugar. No obstante, aun cuando se hubiera previamente renunciado a la acción civil, si las consecuencias del delito son más graves de las que se preveían en el momento de la renuncia, o si la renuncia pudo estar condicionada por la relación de la víctima con alguna de las personas responsables del delito, se podrá revocar la renuncia al ejercicio de la acción civil por resolución judicial, a solicitud de la persona dañada o perjudicada y oídas las partes, siempre y cuando se formule antes del trámite de calificación del delito. Si se ejercitase solo la civil que nace de un delito de los que no pueden perseguirse sino en virtud de querrela particular, se considerará extinguida desde luego la acción penal».

167 *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de las víctimas*, op. cit., p. 32.

puede quedar inmovilizada para salvar su vida, transigiendo por el miedo, la falta de credibilidad que va a tener, la culpabilidad por sentir que ha provocado esa situación, etc.

5.2.4. En la valoración de la prueba

Según el magistrado Subijana¹⁶⁸, «la presunción de inocencia como regla de juicio impide que se utilice la perspectiva de género como un estándar de prueba específico en materia de violencia del hombre sobre la mujer que justifique que se estime acreditada la acusación a partir de un cuadro probatorio que, en otras infracciones penales, excluiría que se considere como probada la hipótesis acusatoria. Es decir, no cabe valorar de forma distinta la calidad de un testimonio, desde la perspectiva de la suficiencia, para justificar una declaración de culpabilidad, por el hecho de que quien lo aporte sea una mujer y, además, tenga por objeto un delito de dominación del hombre sobre la mujer. Debe partirse del principio de neutralidad propio de la deliberada perplejidad en el punto de partida que la presunción de inocencia demanda del juez de enjuiciamiento».

Y continua acertadamente este autor afirmando: «Por ello, tampoco cabe valorar el silencio narrativo como elemento de incriminación, aunque pueda responder, en un número no despreciable de ocasiones, a un estatus de subordinación. [...] Ello no excluye que, en casos de silencio de la afirmada víctima, deba valorarse *el resto del cuadro probatorio* para discernir si aporta elementos informativos de conocimiento propio que justifique la condena en términos compatibles con la presunción de inocencia del acusado. En este último extremo es vertebral el posicionamiento

168 Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *op. cit.* p. 8. En este mismo sentido, *vid.* El magnífico artículo de Gloria Poyatos i Matas (2019) «Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa», *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, pp. 1-20, cuando comenta el Caso Ángela González Carreño.

proactivo de los poderes públicos en la obtención de las fuentes de prueba de la comisión del ilícito penal (art. 2 LECRIM) en búsqueda de elementos informativos de los hechos, como restos biológicos, exploraciones físicas, testimonios de corroboración y dictámenes periciales, preferentemente» (p. 8). Aquí la perspectiva de género es la herramienta que debe obligar al juez a hacer una buena investigación, no quedándose ante hechos dudosos en la perspectiva de la certeza y, probablemente el archivo de la causa, tal y como ya se ha pronunciado STC 87/2020 de 20 de julio sobre el derecho a una investigación eficaz y suficiente¹⁶⁹. Este tipo de violaciones forma parte de las violaciones e indemnizaciones a cargo del Estado por falta de diligencia debida, tal y como se señala en la sentencia citada y en la Sentencia del Tribunal Supremo 17/7/2018¹⁷⁰. A mejor investigación, menor perspectiva de género tendremos que aplicar.

Igualmente, el relato que haga la mujer debe de ser evaluado por la autoridad judicial de forma libre de estereotipos discriminatorios, del tipo que fuere. Los mismos podrán ser objeto de prueba como máximas de experiencia para demostrar su naturaleza estereotipada y no real, y cuya inadvertencia puede derivar en daños institucionales a la víctima. Ejemplo de lo que decimos, siguiendo a Subijana, sería «el empleo de criterios apriorísticos para definir cómo son las mujeres y los hombres conforme a un arquetipo», «el tipo de comportamiento que cabe predicar de una víctima de violencia» en pareja o sexual, «la plasmación de una regla de conducta de cuál y cómo debió ser la actuación de la víctima ante los poderes públicos tras sufrir una agresión», «la valoración de las retractaciones o conductas pretéritas de retirada de denuncia», «la consideración como criterio de verosimilitud de lo narrado de la vida sexual precedente de la afirmada víctima» (p. 9).

169 ECLI: ES: TC: 2020: 87.

170 ECLI: ES: TS: 2018: 2747.

El Tribunal puede tener en cuenta algunos aspectos en las declaraciones de las víctimas de violencia de género, a los efectos de la credibilidad y verosimilitud de su declaración, pudiendo apreciar una serie de factores a tener en cuenta en el proceso valorativo del Tribunal: «Por otro lado, ante las líneas generales anteriores a tener en cuenta sí que es cierto, también, que la víctima puede padecer una situación de temor o “revictimización” por volver a revivir lo sucedido al contarle de nuevo al Tribunal, y tras haberlo hecho en dependencias policiales y en sede sumarial, lo que junto con los factores que citamos a continuación pueden ser tenidos en cuenta a la hora de llevar a cabo el proceso de valoración de esta declaración, como son los siguientes: (1) Dificultades que puede expresar la víctima ante el Tribunal por estar en un escenario que le recuerda los hechos de que ha sido víctima y que puede llevarle a signos o expresiones de temor ante lo sucedido que trasluce en su declaración. (2) Temor evidente al acusado por la comisión del hecho dependiendo de la gravedad de lo ocurrido. (3) Temor a la familia del acusado ante posibles represalias, aunque estas no se hayan producido u objetivado, pero que quedan en el obvio y asumible temor de las víctimas. (4) Deseo de terminar cuanto antes la declaración. (5) Deseo al olvido de los hechos. (6) Posibles presiones de su entorno o externas sobre su declaración»¹⁷¹.

171 Fiscalía p. 33 Las STS 119/2019 del 6 de marzo; 304/2019, de 11 de junio y 349/2019, de 4 de julio.

5.2.5. La práctica de la prueba en enjuiciamiento con perspectiva de la víctima de violencia de género

En sede de enjuiciamiento deben de tomarse medidas con perspectiva de género cuando ello vaya a influir en obtener una mayor calidad de la prueba, tanto antes del juicio como el día del enjuiciamiento. Pensemos en la posibilidad de declarar por videoconferencia, tras un paraban, asistida por un psicólogo o psicóloga, a puerta cerrada sin público, siempre con un trato respetuoso, no victimizante o que insinúe su falta de credibilidad. Esta actuación de los poderes públicos con esta perspectiva de comprensión de la realidad de estas víctimas es tanto como actuar con la diligencia debida en prevenir, investigar, castigar y reparar esta tipología de delitos, «que alienta a la mujer a reclamar sus derechos», «a participar en el proceso», «a denunciar los hechos», «evitando su estigmatización durante el interrogatorio, las pruebas y el procedimiento de investigación», obliga a «revisar las normas sobre prueba y su aplicación», a tener en cuenta un juicio justo, «sin estereotipos ni rigideces»¹⁷². No se puede guardar una postura neutral cuando «la víctima es propiciatoria», es decir, es un chivo expiatorio de la visión de la mujer en nuestra sociedad.

5.2.6. Determinación del derecho aplicable

Para determinar el derecho aplicable en esta materia, habrá que establecer cuál es la concepción de los sujetos contemplados en la norma. Esto adquiere relevancia, puesto que el lenguaje normativo y la posterior interpretación que se haga de él podría excluir y dejar en condiciones de indefensión a una persona. Aquí los estereotipos también influyen. Pensemos

172 Vid. Inmaculada Montalbán en la sentencia citada p. 16.

como ejemplo en la conceptualización del sujeto protegido por la norma, basada en estereotipos de lo que es el paradigma de una pareja, ello puede traer como consecuencia el desamparo y victimización de la persona. El Convenio de Estambul aprecia su aplicación también para parejas del mismo sexo¹⁷³.

En este sentido, debemos contar con las declaraciones de la víctima y del presunto agresor, que pueden responder a los estereotipos sociales de lo que es hombre y mujer en nuestra sociedad, de lo que es o no pareja, de lo que es sexo consentido o no lo es... El juzgador debe pensar cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso, qué normativa es *más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural*.

Es necesario hacer las diligencias de investigación para poder encuadrar correctamente los hechos en el marco normativo adecuado, el tipo de proceso, etc. «Por otro lado, el conflicto emocional que, con frecuencia, subyace a este tipo de denuncias ha de ser igualmente ponderado por el juez, sopesando cuantos detalles puedan evidenciar animadversión hacia la persona denunciada con el fin de diferenciar los supuestos en los que este sesgo denote posibles móviles espurios en la denuncia de aquellos otros en los que es la propia victimización la que genera sentimientos de odio, recelo, resentimiento, inseguridad o incluso miedo hacia el presunto agresor, sin empañar por ello la idoneidad del testimonio. No basta con una indagación que, en relación con los hechos denunciados, se muestre superficial. La adecuada satisfacción del derecho fundamental a la tutela judicial requiere que el órgano encargado de la investigación, tras sopesar la *notitia criminis* y evaluar positivamente la concurrencia de

173 El concepto de pareja hoy es muy laxo. Preguntarle a una pareja joven si tiene un proyecto de vida en común para saber si estamos ante el arquetipo de relación de afectividad es bastante sorprendente para ellos y el mundo en el que viven.

indicios de delito, reaccione prontamente practicando cuantas diligencias –bien propuestas por las partes, bien acordadas de oficio– resulten naturalmente idóneas en relación con los hechos concretos del caso» (STC 87/2020, de 20 de julio).

5.2.7. Argumentación con perspectiva de género

Argumentación con perspectiva de género supone buscar los marcos normativos cuya aplicación sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural, debido a que la CE, las leyes que desarrolla, así como el marco internacional que plasma los derechos humanos obligan a ello, de conformidad con los principios generales del derecho y la contextualización de las normas al momento en el que vivimos¹⁷⁴. Esta obligación alcanza no solo la cita de la norma que se considera aplicable, sino también la expresión de las razones por las cuales hay que traerla al caso en concreto y resolver el caso con base en ella¹⁷⁵. Ya hemos adelantado que la postura normativista nos parece necesaria en este momento más que nunca, ante la imprevisibilidad de un legislador, que difícilmente va a alcanzar las relaciones jurídicas que trae la realidad en un contexto marcado por la libertad y el mercado allende

174 Como afirma Atienza, «el hecho de que los juicios morales objetivos presupongan una actividad social no son ocurrencias subjetivas producto de una reflexión individualista sino fruto de un diálogo, de la interacción con otros. De ahí que se haya podido decir [...] que se lleva a cabo una politización de la moral: en su concepción de la razón práctica, el Derecho, la moral y la política aparecen unidos pero no confundidos» (p. 29). Yo añadiría que todo ello debe de estar en la norma y no solo en la cabeza del juez, y el hilazón entre los valores de la norma y la sentencia deben de motivarse y expresar la íntima convicción judicial (art. 120 CE).

175 Atienza, M. (2011). «Dos versiones del constitucionalismo», DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 73-88. Vid. también, García Amado, Juan Antonio, «Interpretar, argumentar, decidir», *El juez y la cultura contemporánea* (coord.) por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Javier Martínez Lázaro, Vol. 3, 2009.

las fronteras de los Estados. Las normas internacionales reguladoras de los derechos humanos, las normas nacionales, los principios generales del derecho (especialmente en lo no regulado o en las antinomias) van a tener un valor importantísimo para integrar los derechos fundamentales (art. 1.4 CC). «Es cada situación histórica la que permite identificar y determinar los principios imperantes en un momento dado en que la conciencia social se representa en unos valores y metas por alcanzar»¹⁷⁶. En este marco encuadramos la herramienta interpretativa de la perspectiva de la igualdad, sea de género, sea derivada de la prohibición de discriminación, sea derivada de la defensa de la vida de las futuras generaciones; valores jurídicos que responden a una concepción de interpretación positivista o histórica, política y social expresada por la legislación vigente¹⁷⁷.

Asimismo, y esto es importante recordarlo, la simple invocación del principio de igualdad o la simple cita en una sentencia de la CEDAW no garantiza necesariamente que se esté aplicando el derecho con perspectiva de género. Hace falta un esfuerzo de integración judicial de la norma de acuerdo con el artículo 14 CE y los tratados y acuerdos internacionales de los que España forma parte. Igualmente, se debe utilizar el criterio hermenéutico de interpretación *pro persona*¹⁷⁸. Es decir,

176 «Los principios Generales del Derechos», *Enciclopedia jurídica*. Disponible en: www.encyclopedia-jurídica.com

177 «Los principios Generales del Derechos», *Enciclopedia jurídica*. Disponible en: www.encyclopedia-jurídica.com

178 *Principio pro Homine*: Para la comprensión de este principio debemos atender a los tratados y convenciones (así como las observaciones generales y recomendaciones que los desarrollan) más importantes en el sistema de protección de los derechos humanos, a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y, ahora mismo está en fase de creación una futura Convención para los Derechos de las Personas

a la hora de elegir o aplicar la norma, debe pensarse en los criterios de interpretación del *desequilibrio* de poder entre las partes. Esto es algo que se dará no solo en litigios entre personas, sino en litigios frente al planeta y cambio climático. La interpretación *pro persona* siempre será una interpretación en favor de la vida y de las futuras generaciones, y en este marco interpretativo se ubica la perspectiva de género.

Por último, dentro de la presente argumentación debo hacer hincapié en que juzgar con perspectiva de género integra, en mi opinión, necesariamente utilizar lenguaje inclusivo¹⁷⁹. En el derecho, el uso de la palabra y su significado es fundamental. Las sentencias son el principal medio de comunicación entre quien juzga y quien ha sido parte de una controversia o víctima de una violación a sus derechos. Son una manifestación del poder transformador de la palabra, es decir, del aludido poder transformador de las sentencias. Las palabras seleccionadas ya no pueden tener vocación de ser neutras, y conceptualizan lo que el juzgador tiene en la cabeza para llegar a resolver esa situación a través de su potestad jurisdiccional.

5.2.8. Reparación del daño

Debemos analizar también si el daño causado por el individuo o por el Estado genera un impacto diferenciado o reforzado a partir del sexo,

Mayores. A esto hay que unir la transversalidad de los derechos que afectan al medio ambiente y a estos grupos de personas (tal y como señala la Sentencia TEDH del Caso Paulov y otros frente a Rusia citada en este trabajo), con la finalidad de que se haga realidad ese *principio pro homine*. Sobre todas estas normas véase Mireia Castañeda, *Documento Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, México, 2015.

179 Es muy importante dar poder a las cosas y para ello lo primero es nombrarlas. No significa que los textos deban siempre y en todo caso citar todas las realidades subjetivas, también la del hombre y la mujer, pero debe hacerse un esfuerzo por utilizar los nombres que incluyan ambos sexos y evitar los masculinos genéricos. El poder transformador de las sentencias las convierte en guías paradigmáticas en esta sociedad.

género, edad, vulnerabilidad, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada o hacia el planeta y las futuras generaciones. La restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción, la garantía de no repetición son los elementos claves que debe de asegurar el órgano jurisdiccional en su sentencia. Recientemente, el Ministerio de Igualdad español ha publicado el documento «Prácticas de reparación de violencias machistas. Análisis y propuestas»¹⁸⁰, donde propone las medidas principales junto a las normas que deberían modificarse para que tengan viabilidad, incluida la creación de un protocolo de actuación y coordinación para la reparación integral de las víctimas y supervivientes de las violencias machistas. Se trata este de un documento que requeriría un objeto de estudio específico, dado que evidencia pormenorizadamente el nivel de diligencia exigible del concepto «reparación» frente al Estado y al particular que dañan, en sus diferentes formas de actuación. A este respecto allí se cruzan diversos documentos esenciales para entender este alcance¹⁸¹.

Esta doctrina está elaborada hace tiempo desde la jurisprudencia, sobre todo por la Corte IDH, en el Caso González y otras («Campo Algodonero») vs. México. (párrafos 450 y 451), cuando señala que, «La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación

180 Sordo Ruz, Tania, «Prácticas de reparación de violencias machistas. Análisis y propuestas», Estudio encargado por la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género (2021).

181 Sobre las obligaciones de reparación, el derecho internacional de los derechos humanos es extenso. El Estado español ha ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la CEDAW; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas. También, véase la Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la asamblea general en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985.

de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, *teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado [párrs. 129 y 152], las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo*. En este sentido, *no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación [...]*». Conforme a ello, la Corte IDH establece medidas de reparación con las siguientes características:

- i) *se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal;*
- ii) *reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales;*
- iii) *no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento;*
- iv) *reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar;*
- v) *se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación;*
- vi) *se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres, y*
- vii) *consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado.*

Por su lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y Otros contra México, establece en su párrafo 251 «La Corte estima, como lo ha hecho en otros casos, que es preciso disponer una medida de reparación que brinde una atención adecuada a los *padecimientos físicos y psicológicos* sufridos por las víctimas, atendiendo a sus especificidades de género y etnicidad. Por lo tanto, habiendo

constatado las violaciones y los daños sufridos por las víctimas en el presente caso, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindarles gratuitamente y de forma inmediata, el tratamiento médico y psicológico que requieran».

En el mismo sentido, da un paso más la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Cuando afirma en su párrafo 271 que «[...] la Corte ordena que el Estado continúe *implementando programas y cursos permanentes de educación y capacitación* en: i) derechos humanos, orientación sexual y no discriminación; ii) protección de los derechos de la comunidad LGBTI, y iii) discriminación, superación de estereotipos de género en contra de la población LGTBI. Los cursos deben estar dirigidos a funcionarios públicos a nivel regional y nacional, y particularmente a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial».

Basta simplemente acudir al Caso Ángela González Carreño, por el que el Comité CEDAW (Dictamen 47/2012) condena a España, así como el propio Tribunal Supremo¹⁸². El fallo es muy significativo:

- a) Plano de protección *individual* de la víctima de violencia machista y de la violencia institucional:
 - i) Otorgar a la autora una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos; 600.000 euros;
 - ii) Llevar a cabo una investigación exhaustiva e imparcial con miras a determinar la existencia de fallos en las estructuras y prácticas estatales que hayan ocasionado una falta de protección de la autora y su hija, debiendo comunicárselo a ella como parte de la reparación.
- b) En general, refiriéndose el Tribunal al *plano sistémico o estructural*:

182 ROJ: STS 2747/2018 –ECLI: ES: TS: 2018: 2747.

- i) Tomar medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia;
- ii) Reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a situaciones de violencia doméstica;
- iii) Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19. Derecho Internacional de los Derechos humanos.

Como vemos, junto a la reparación individual, esta jurisprudencia atiende a la transformación *sistémica* del modelo de justicia. Son condenas a una reparación que garantice la no repetición para la víctima o para una tercera persona¹⁸³. Sin embargo, nada se dice en estos pronun-

183 21. El Estado deberá continuar brindando *servicios de tratamiento a mujeres víctimas de violencia sexual*, por medio del centro de salud de Caxitepec, el cual deberá ser fortalecido a través de la provisión de recursos materiales y personales [...]

22. El Estado deberá asegurar que los servicios de atención a las mujeres víctimas de violencia sexual sean proporcionados por las instituciones indicadas por México, entre otras, el Ministerio Público en Ayutla de los Libres, a través de *la provisión de los recursos materiales y personales*, cuyas actividades deberán ser fortalecidas mediante acciones de capacitación [...]

23. El Estado deberá continuar las *campañas de concientización y sensibilización* de la población en general sobre la prohibición y los efectos de la violencia y discriminación contra la mujer indígena [...] (Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 2010).

ciamientos sobre algo que, en nuestra opción, sí tiene transcendencia, como es el establecimiento de *plazos claros de ejecución de las medidas de reparación*; así como de determinados criterios que los midan o parámetros de medición de los pasos de coordinación en la ejecución entre las diferentes instancias de dar cumplimiento a lo ordenado. Estos son indicadores de cumplimiento de las medidas. Esta ausencia de parámetros se ve claramente en el Caso Ángela González Carreño, que a día de hoy se ha cumplido con la obligación de indemnizar por parte del Estado, pero nadie le ha explicado el conjunto de fallos y cambios que podrían haber evitado la muerte de la hija¹⁸⁴.

5.2.9. La ejecución penal con perspectiva de género

La ejecución penal ha sido tradicionalmente la fase más olvidada del proceso. Por tal motivo no es de extrañar que también haya sido la fase en la que apenas se ha incorporado la perspectiva de género, tanto a la hora de legislar como a la hora de adoptar las decisiones por parte de los órganos judiciales encargados de la ejecución¹⁸⁵, algo que está cambiando últimamente ante la obvia necesidad¹⁸⁶. A nuestro parecer, dicha perspectiva de

184 Gabriel Doménech Pascual, «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *Indret* (2022).

185 Cristina Vasilescu, «La ejecución penal con perspectiva de género»; *Indre Criminología* núm.2 (2023), que incluye un estudio comparado sobre las reclusas en los procesos de adopción de medidas alternativas a la prisión y su buena respuesta a este sistema punitivo. También *vid.* Laura Garrigós, «Género y sistema penal: ejecución penal con perspectiva de género», *Revista de Pensamiento Penal*, 12 de agosto 2022.

186 Muy importante el estudio realizado por la Generalitat de Cataluña sobre *La ejecución de medidas penales alternativas con perspectiva de género: análisis y recopilación de buenas prácticas con mujeres penadas*. Disponible en: <https://cejfe.gencat.cat/es/recerca/catalog/crono/2020/execucio-mesures-penals/>

género debería de incorporarse no solo en las sentencias, sino también en la ejecución material de las mismas. Igualmente, la práctica nos ofrecerá motivos para interpelar las normas que aplicamos con perspectiva diversa en función de la edad de la víctima, vulnerabilidad, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada o hacia el planeta y las futuras generaciones.

Valga como ejemplo lo que señala el citado *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, para el caso de mujeres delincuentes «Diversos estudios cualitativos muestran que las mujeres privadas de la libertad son en su mayoría madres y que son las únicas responsables de sus hijos e hijas. La pobreza, la violencia de género, la falta de programas preventivos adecuados, el uso problemático de sustancias y la exclusión social suelen ser factores recurrentes que subyacen las historias de vida de las mujeres privadas de la libertad en las distintas latitudes del globo y en sus patrones de involucramiento en actividades delictivas». A ello se une el hecho de que la mujer penada, en una gran mayoría de los casos, debe continuar realizando labores de cuidado de los hijos en prisión. Por tal motivo, adoptar perspectivas de género en la ejecución ayudaría a paliar esta situación, doblemente retributiva, cuando la mujer es sujeto pasivo de la pena.

Continuando con el protocolo citado, «Las sanciones penales tienen un impacto diferenciado por género y tienen consecuencias para el entorno familiar y comunitario de la persona involucrada. En el caso de las mujeres privadas de la libertad, su reclusión suele tener un impacto mayor en sus hijos e hijas, ya que, por lo general, cuando un hombre es llevado a prisión, la madre de sus hijos e hijas se encarga de ellos. No es así en el caso de las mujeres en prisión, cuyos hijos e hijas suelen ser encargados a familiares, son institucionalizados o permanecen en la cárcel con ellas». De este modo, «reducir el impacto de la ejecución penal para las mujeres, por lo tanto, implica velar por los derechos de los niños y niñas y garantizar la no trascendencia de la pena».

Las medidas que se pueden adoptar por parte de los órganos competentes para la ejecución se pueden centrar en tres esferas, a saber:

- La alternativa entre la imposición de una pena de prisión u otra alternativa a esta.
- La duración, suspensión o tipo de sanción impuesta.
- La concesión de beneficios penitenciarios, de reducción de la pena o de otorgamiento de la libertad condicional.

Según señala el *Handbook for prison managers and policymakers on Women and imprisonment*¹⁸⁷ de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés), las mujeres constituyen un grupo vulnerable en las prisiones en razón de su género y enuncia algunos factores que provocan dicha vulnerabilidad¹⁸⁸. Con el fin de evitar, en la manera de lo posible, la situación de vulnerabilidad descrita, se han dictado normas internacionales que regulan la protección de los derechos de las personas privadas de libertad en general y de las mujeres en especial.

187 UNODC, *Handbook for prison managers and policymakers on Women and imprisonment*, 2008. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women-and-imprisonment.pdf>.

188 Resumidamente, se refiere a:

1. La dificultad en tener acceso a la justicia en igualdad de condiciones que los hombres.
2. Su victimización desproporcionada producto de abuso físico o sexual anterior al encarcelamiento.
3. Un alto nivel de problemas de salud mental, a menudo como resultado de violencia familiar y abuso sexual.
4. Un alto nivel de dependencia a las drogas o al alcohol.
5. La angustia que el encarcelamiento tiene para las mujeres, conduciendo incluso al desarrollo de problemas de salud mental o a la exacerbación de enfermedades mentales ya existentes.
6. El abuso sexual y la violencia en contra de las mujeres en prisión.
7. La alta probabilidad de que ellas sean las responsables de sus hijos, sus familias y otras personas.
8. Necesidades de salud específicas determinadas por su género que no son atendidas adecuadamente.
9. La estigmatización posterior a su liberación, la victimización y el abandono por parte de la familia.

A nivel internacional podemos encontrar una serie de textos que intentan salvaguardar los derechos de las personas privadas de la libertad¹⁸⁹. Asimismo, son de interés las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (conocidas como las Reglas de Bangkok), aprobadas por la ONU en 2010. Las reglas concluyen resumidamente en reconocer la mayor vulnerabilidad de las mujeres sentenciadas a penas privativas de libertad. Los establecimientos penitenciarios existentes en el mundo fueron concebidos principalmente para personas privadas de la libertad del sexo masculino. El número de mujeres ha aumentado considerablemente a lo largo de los años, y cierto número de mujeres sentenciadas a penas privativas de la libertad no plantean un riesgo para la sociedad; su encarcelamiento puede dificultar su reinserción social, especialmente, las condenadas como mulas por tráfico de drogas. Aquí la función jurisdiccional, añade, podría tener margen para aplicar una perspectiva de género.

Con base en la citada normativa internacional, el Estado español ha venido adoptando una serie de medidas encaminadas a paliar la vulnerabilidad de la mujer condenada por la comisión de un delito¹⁹⁰. Según la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias¹⁹¹ «En los últimos años ha habido un fuerte incremento de mujeres encarceladas, entre otros

189 Se trata de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier Forma de Detención o Prisión; Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de libertad «Reglas de Tokio»; Convención sobre los Derechos del Niño; Principios Básicos para el Tratamiento de Reclusos; Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

190 Sobre la perspectiva de género en la ejecución penal es de interés Alameda Samaranch, Elisabeth, «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», *Papers: Revista de sociología*, núm. 2, 2017, pp. 151-181.

191 Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/mujeres.html>

motivos, por el gran número de mujeres extranjeras que cumplen condenas largas por tráfico de estupefacientes. Actualmente, la población reclusa femenina es de un 7,5 % del total de la población penitenciaria». Asimismo, la propia Secretaría reconoce que las prisiones de nuestro país han sido gestionadas tradicionalmente por y para hombres; las mujeres han estado encarceladas en una posición muy secundaria debido a su menor entidad numérica y su falta de conflictividad. Así, desde el año 2009 se ha ido implementando paulatinamente el Programa de Acciones para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en el Ámbito Penitenciario, consciente de la desigualdad en la que se encuentra una mujer en prisión frente a un hombre, con la intención de erradicar los factores de discriminación basados en el género dentro de la prisión. La Secretaría también tiene un programa específico para madres en prisión¹⁹². El citado programa procura el bienestar de los menores y que permanezcan con sus madres hasta que cumplan los tres años, según establece el artículo 38.2 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria¹⁹³.

192 Disponible en: <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/Reeducacion/ProgramasEspecificos/madres.html>

193 De este modo, el programa comprende las siguientes unidades:

1. Unidades dependientes o pequeños hogares para internas en régimen de semilibertad. La junta de tratamiento puede proponer que una interna madre clasificada en tercer grado o en segundo bajo el régimen de flexibilidad que marca el art. 100.2 pueda ser trasladada con su hijo a una unidad dependiente en el exterior, siempre que esta propuesta sea autorizada por el centro directivo.
2. Unidades de madres (módulos específicos en el interior de los centros penitenciarios, pero separados arquitectónicamente del resto).
3. Escuelas infantiles, en las que existen especialistas en educación infantil que se encargan de la programación educacional y lúdica de los menores. La escuela infantil dispone de aula de psicomotricidad, aula escolar, comedor y zonas ajardinadas para juegos al aire libre. Está atendido por personal laboral fijo que programa las clases como en cualquier otro centro de educación infantil.
4. Un módulo familiar donde compartir la crianza de los menores con la pareja cuando ambos se encuentran en prisión. Este último con carácter excepcional, extiende el principio constitucional de protección a la familia al ámbito penitenciario. Se trata de frenar, en lo

Por su lado, también debería reflexionarse sobre dicha perspectiva en los preceptos que regulan la ejecución penal en el Código Penal, en concreto en los que reglamentan la institución de la suspensión de las penas de libertad (arts. 80 y ss. del CP)¹⁹⁴. En conclusión, se echa en falta una alusión específica a esas circunstancias personales de la persona penada que comprenda las opciones relativas al género, edad, vulnerabilidad, etc., con el objeto de que el juez o tribunal pueda motivar de manera suficiente la conexión de la suspensión de la pena. Además, también se echa en falta la creación de un equipo, compuesto por criminólogos/as, trabajadores/as sociales, psicólogos/as, etc., que pueda hacer una valoración individual de las circunstancias propias para adoptar dichas resoluciones¹⁹⁵.

Sobre este particular, el artículo 316.2 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 establece: «El fiscal, cuando lo estime necesario atendidas las circunstancias del caso y siempre que la defensa

posible, la desestructuración familiar y proporcionar la asistencia especializada necesaria a los niños menores de tres años que convivan en prisión.

5. Unidades externas de madres: como unidad arquitectónica independiente, facilitando un ambiente adecuado para que los niños puedan desarrollarse emocional y educativamente durante el tiempo que tengan que permanecer en el centro, en consonancia con la re-inscripción social de las madres. Se facilita el acceso de las madres a los recursos sociales externos de inserción laboral, cursos formativos y actividades culturales.

194 El artículo 80.1, en su segundo párrafo, establece que el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas a la hora de decretar o no la suspensión de la pena privativa de libertad.

195 Sobre la conveniencia de un equipo de apoyo a los jueces y tribunales en la ejecución penal se han pronunciado, entre otros, Larrauri Pijoan, Elena «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, artículo 7/2012, noviembre (núm. 139). Disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/8040/7455> y Vegas Aguilar Juan Carlos., *Los trabajos en beneficio de la comunidad como ejemplo de medida restaurativa*, Valencia, 2023, Tirant lo Blanch, p. 56.

de la persona investigada no se oponga expresamente a ello, recabará del equipo psicosocial dependiente de la Fiscalía la realización de un informe sobre las circunstancias personales, sociolaborales y familiares de la persona investigada, así como de cualquier otra circunstancia que sea relevante para acordar el archivo por razones de oportunidad, aplicar las reglas de conducta establecidas en esta ley o en el Código Penal y, en su caso, graduar la pena conforme a la culpabilidad del autor».

CAPÍTULO 6

La consecuencia:
la diligencia debida
en materia de violencia
de género

Podríamos poner fin aquí a este ensayo y sería coherente con el título de la obra. Sin embargo, consideramos que sería pobre no aludir a las consecuencias del incumplimiento de la aplicación de la perspectiva de género en el ámbito del proceso penal. Si hemos concluido que es una obligación para los y las miembros del Poder Judicial, debemos ahora hablar de dichas consecuencias.

Ya sabemos el *porqué* de la necesidad de cambio de paradigma heredado. También conocemos hacia dónde dirigirnos, es decir, el *para qué* del cambio de modelo. Igualmente, hemos definido el *cómo* hacerlo, a través del instrumento normativo positivizado de la perspectiva de género, pero no solo. Como hemos afirmado, existen obligaciones para el Estado destinadas a lograr estas transformaciones hacia los derechos humanos.

El Convenio de Estambul lo ha tenido meridianamente claro. «Las partes adoptarán las medidas legislativas necesarias para promover y proteger el derecho de todos, *en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el privado*». Establece que se trata de un derecho que integra tres elementos, a saber, *el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia de género, en condiciones de igualdad y sin discriminación* con independencia de cómo le llamemos a este derecho humano

(art. 4 del Convenio de Estambul)¹⁹⁶. Nuestra tesis preliminar es que vía convencional se ha recogido y creado este *derecho de nueva generación* que aún no está plasmado de forma autónoma en la Constitución expresamente: el derecho de las mujeres a vivir una vida en condiciones de igualdad y libre de violencia de género. Lograr este derecho humano exige actuar sobre la estructura de nuestro funcionamiento como sociedad, exige cambios sistémicos para lograr así el pleno ejercicio de los derechos individuales de las mujeres. No pueden darse de manera plena los segundos, sin abordar los primeros.

6.1. La igualdad como nuevo límite de la libertad

Nos encontramos, por tanto, ante un derecho fundamental de nueva generación, fruto de la lucha social y política en las reivindicaciones ciudadanas¹⁹⁷. La estructura de este derecho responde a la de todo derecho fundamental¹⁹⁸. Estos planos de derechos —y sus correlativas obligaciones

196 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, Estambul, 11.V.2011, firmado por España el 1 de agosto de 2014.

197 Nos referimos a los derechos de paz, derecho al medio ambiente, derecho a la información y transparencia, derecho a la igualdad de género, los derechos de los animales, los derechos de las personas mayores como colectivo vulnerable, derechos de la infancia y de las personas con discapacidad y, por supuesto, los derechos del planeta y de las futuras generaciones.

198 a) En primer lugar, existe un núcleo de *derechos de libertad*, entendido como derechos de autoafirmación de las personas frente al poder público y privado, que se relaciona con el principio de igualdad, otorgando igual valor a todas las diferencias personales y con su autonomía, *lo que enlaza con la dimensión individual de la diligencia debida*.

b) Por su lado, también recoge el contenido y sentido propio de *los derechos sociales*, como derechos a desarrollarse económicamente en condiciones de dignidad frente al poder público y privado, y se vincula al principio de igualdad, concediendo límites al poder económico y social para que reduzcan sus desigualdades. Sabemos que estos últimos tienden directamente a afectar al poder injusto y desigual que alimenta el patriarcado y el sistema económico para el que trabaja, *lo que se conecta con la dimensión sistémica de la debida diligencia*.

c) Enlazamos aquí estas ideas con los denominados *derechos de solidaridad*, íntimamente unidos a los derechos sociales.

para el Estado de abstenerse y hacer— se regulan en la LOVG y esta es su grandeza: *la de contribuir a definir el derecho fundamental de la mujer a la igualdad de género en un contexto histórico de desigualdad estructural y violencia y a una vida libre de esta*¹⁹⁹, lo que se concreta en una serie de derechos sustantivos y procesales ante la justicia.

Consideramos que la Ley de Violencia de Género ha sido una conquista de los *derechos sociales* de la mujer entendidos —simultáneamente— como derechos fundamentales con una vertiente *individual* y también como *bienes de interés público* dignos de tutela a regular e intervenir por el legislador. En la presente ley se han reconocido derechos sociales como límites al poder económico, social y cultural. Es decir, no solo se limita el poder del hombre que pretende abusar o dominar a su pareja o expareja, sino también al publicista, pues ahora tiene límites la libertad y debe respetar el tratamiento de la imagen igualitaria de la mujer en sus anuncios. La igualdad de las mujeres se presenta como límite a la libertad, estas son las nuevas reglas de juego. Lo mismo podemos decir frente a los medios de comunicación o nuestro sistema de educación. Frente al absolutismo del mercado neoliberal y patriarcal, hay reglas que funcionan como *límites y garantías* a la desigualdad entre el hombre y la mujer que han alimentado

199 El derecho a la vida puede servir de fundamento —a los efectos que aquí defendemos— si se vuelve a interpretar desde la perspectiva de género (derecho a la vida *libre de violencia de género*). Es obvio afirmar que el derecho a la vida de las mujeres, en concreto, no está suficientemente protegido por el Estado, dadas las estadísticas. Es por ello que debe de existir una razón que explique estos datos estadísticos, esta violencia en una misma dirección, y ello se explica porque la razón de la violencia no es simplemente el ejercicio de un poder entre iguales, sino un instrumento del hombre para someter a la mujer a sus decisiones y la subordinación de las mujeres, es decir, una violencia institucionalizada que impone el patriarcado como forma de dominación y control social de la mujer. Y aquí es donde debemos de enlazar el derecho a la vida (art. 15 CE) con el derecho «a la igualdad y a la prohibición de discriminación» (art. 14 CE), entroncando, entonces, con ese elemento sistémico, de estructura de poder, que es el patriarcado. Le corresponde al Estado crear las condiciones para evitar esta violencia que excede del ámbito privado y pasa a justificarse en y desde lo público. Por esta razón, la Ley de Violencia de Género se tuvo que aprobar mediante ley orgánica, porque desarrolla los contenidos propios de un derecho fundamental. Debemos determinar ahora el objeto de este derecho fundamental, sus contenidos y límites para lograr su justificación.

precisamente este sistema. Y ello va a ser tutelable por la función jurisdiccional en una ponderación de intereses entre la libertad y la justicia (igualdad), entre la libertad del mercado y la igualdad²⁰⁰.

6.2. El Estado como agente de cambios sistémicos y como responsable directo por posibles daños fruto de la violencia machista

El derecho a la dignidad es un derecho individual de las mujeres, pero su definición sabemos que también tiene una concepción colectiva propia de los derechos humanos, es decir, lo que hace una vida digna o indigna pertenece al área de los derechos humanos, por encima de los hábitos y expectativas de una cultura²⁰¹. Si se daña la dignidad de una persona, se daña la de la colectividad (o la sociedad en su sentido democrático y universal como *res publica*), y la violación puede darse tanto por incumplir obligaciones que garantizan la libertad, como aquellas que aseguran las condiciones de igualdad (y prohibición de discriminación), así como su seguridad y protección personal. Además, creo que esta transgresión la puede realizar

200 Esto que decimos lo podemos extrapolar a la ley de igualdad de trato, la ley de adolescencia y menores, la ley de discapacidad porque desarrollan este mismo sentido de lucha por la transformación sistémica y por la protección individual de estas personas. Igualmente ocurre en la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de Protección de los Derechos y el Bienestar de los Animales, que introduce fuertes limitaciones a la libertad de mercado, libertad individual y otras libertades, porque los animales pasan a ser reconocidos como seres sintientes con derechos. También la jurisprudencia impone límites a la libertad de trato cuando reconoce como víctima de violencia vicaria en el maltrato por violencia de género. El comportamiento humano antropocéntrico afortunadamente tiene límites.

201 Guerra Vaquero, Ylenia, «Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: la aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», en *Anales de la cátedra de Francisco Suárez* 48 (2014), pp. 203-2015.

tanto un particular –por sus acciones– como el propio Estado, por sus omisiones legislativas o por no cumplir con sus funciones de protección y prevención de las víctimas con la debida diligencia²⁰².

Esta nueva coyuntura creada por la LOVG, por Naciones Unidas y por el Consejo de Europa y Directiva para la Lucha contra la Violencia Doméstica y de Género, coloca al Estado como actor (y responsable) directo por acción y por omisión en materia de prevención y erradicación de la violencia contra la mujer, es decir, le dota de una *dimensión institucional u objetiva*²⁰³ que le puede convertir en responsable por la acción u omisión que ha producido finalmente daño a una mujer o hijos o hijas, porque esta dimensión le genera obligaciones concretas y exigencias claras de actuación conforme a los parámetros de la diligencia debida. Este conjunto de *obligaciones prestacionales exigibles al Estado* genera *derechos individuales* a favor de las víctimas²⁰⁴, que, a su vez, vienen acompañados del derecho instrumental a reivindicar su proteccionabilidad, a través del derecho de acceso a la justicia de las mujeres que tienen

202 Según se estableció en la sentencia Caso González y otros vs. México «Campo Algodonero» de 16 de abril de 2009, dictada por la *Corte Interamericana de Derechos Humanos* o las sentencias de la *Corte Europea de Derechos Humanos* Casos Opuz vs. Turquía (2 de junio de 2009), A. vs. Croacia (14 de octubre de 2010), Rumor vs. Italia (27 de mayo de 2014), M.G. vs. Turquía (22 de marzo de 2016) y Buturuga vs. Rumanía (11 de febrero de 2020). Allí se estableció la responsabilidad del Estado por incumplimiento del deber de diligencia debida por falta de protección de las mujeres, reconociéndose que ello ahonda en una forma de *violencia estructural* presente en la sociedad sobre la base de un daño producido que atenta contra su libertad, integridad física o seguridad.

203 Para ello, las medidas que deben articularse por parte del Estado deben aspirar a «subvertir los patrones preexistentes de subordinación estructural, las jerarquías de desigualdad de género, la marginación sistémica y las desigualdades estructurales, que están en la raíz de la violencia que sufren las mujeres», *vid.* Román, Laura, *La protección jurisdiccional de las víctimas desde la perspectiva constitucional*, Tesis inédita defendida en la Universitat Rovira y Virgili, 2016, p. 33 y 39-45.

204 Por su lado, la responsabilidad del Estado, en su *dimensión individual*, exige que se deriven obligaciones para este, destinadas a proporcionar a las víctimas concretas que sufren violencia medidas eficaces de protección, sanción y reparación, exigiendo ello un alto grado de acomodación y flexibilidad, Román, Laura, *op. cit.*, p. 33.

tal condición, hasta el punto, como se verá, que el Estado puede llegar a responder por los daños a las víctimas si no removió las circunstancias estructurales que fomentan la desigualdad en cuestión. Esta idea queda exactamente corroborada por los arts. 4 y 5 del Convenio de Estambul, según lo visto al comentar el Caso Ángela González Carreño.

En resumen, consideramos que esta dimensión objetiva del derecho a una vida libre de violencia de género vincula al poder legislativo y a los demás poderes públicos y, por tanto, a los aplicadores de las normas, pues así lo establece la Constitución en el artículo 9.2 y la propia LOVG en su artículo 2 o el artículo 4 de la Ley de Igualdad; así como el Convenio de Estambul (arts. 4 y 5). Estos deben remover los obstáculos interpretando las normas que deben aplicar y ejecutar a favor de la igualdad de género. Dicha obligación, además, la deben de hacer cumplir los jueces y juezas, señalando, en su caso, a las Administraciones públicas, siempre respetando el límite estricto de la discrecionalidad de su función, pero dentro del necesario cumplimiento de los objetivos pactados en los acuerdos internacionales, europeos o la LOVG. En mi opinión, esta es una de las grandes dudas que arrojan los veinte años de aplicación de la ley. ¿Han cumplido sus obligaciones el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial? Se reivindica cambiar la ley, pero tal vez deberíamos contestarnos a esta pregunta antes de volver a legislar. La LOVG es una gran ley todavía por implementar en su máxima exigibilidad y protección.

6.3. Diligencia debida en el Convenio de Estambul

Procedo a realizar el análisis de estos dos artículos del Convenio de Estambul que recogen esta triple relación Estado-sociedad-ciudadano.

El artículo 4, bajo el enunciado *Derechos humanos, igualdad y no discriminación*, establece las *obligaciones de hacer* de naturaleza «legislativa», o

«de cualquier otro tipo», llegando a «prohibir e, incluso, sancionar» o «derogar leyes y prácticas que impidan vivir a la mujer a salvo de la violencia en el ámbito público y privado». Por su lado, el artículo 5 párrafo 1, bajo el título *Obligaciones del Estado y diligencia debida*, regula la *obligación de abstenerse de hacer* por poderes públicos «cualquier acto de violencia por autoridades, agentes e instituciones estatales, así como demás actores en nombre del Estado». Con ello, se limita la libertad de los poderes públicos, porque un hacer que viole los derechos de las mujeres constituiría una transgresión de este derecho humano, una violación de carácter institucional por parte de los poderes públicos. De esta forma, no solo debemos pensar en, por ejemplo, un daño físico o sexual a una mujer por parte de un agente de policía, sino que estaríamos ante un plano más institucional y de incumplimiento de garantías objetivas, cuando las Administraciones públicas dan un mal servicio, no derogan prácticas discriminatorias, no forman a los aplicadores de las normas con perspectiva de género, etc.

Por último, este mismo artículo 5 párrafo 2 establece un nuevo mandato hacia los poderes públicos: «Actuarán con diligencia debida para prevenir, investigar, castigar e indemnizar por los actos de violencia, tanto los cometidos por agentes públicos como los realizados por actores no estatales». Extiende, por tanto, la obligación del Estado de ser diligente (y responsable) por los daños producidos —ahora sí— a sujetos (mujeres) concretos, cuando en el ejercicio de sus derechos a la integridad física o la de su familia, al restablecimiento de su derecho por la judicatura, no se haya prevenido, investigado, castigado e indemnizado correctamente. Y es ahora donde surge un elemento trascendental, a saber, no solo por los actos de los poderes públicos que traen causa directa en su daño, sino por el daño que trae causa directa en la acción de sujetos no estatales.

Estos sujetos no estatales deben ser objeto de estudio; si bien al principio me planteé la posibilidad de que la norma se refiriera a empresas que gestionan aspectos de la violencia de género por encomienda de las

Administraciones públicas (puntos de encuentro, hospitales privados, empresas que gestionan sistemas de protección...), he acabado concluyendo que en este apartado debe integrarse la responsabilidad por los daños y la falta de reparación de la persona maltratadora. A ello apunta también la nueva propuesta de directiva de víctimas. Este derecho humano llega al punto de hacer responsable a la Administración por la falta de reparación a una víctima. Es una suerte de *Solve et repete* el que se está proponiendo por el Convenio de Estambul del que formamos parte²⁰⁵.

6.4. Contenidos concretos del deber de diligencia debida del Estado en materia de violencia contra las mujeres

Estos postulados del Convenio de Estambul, CEDAW, o el *Informe de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas, sus causas y consecuencias*²⁰⁶ son instrumentos legales que nos presentan a los Estados firmantes nuevas concreciones de lo que se entiende por «problemas sistémicos», que dan cobertura a esta realidad violenta y discriminatoria²⁰⁷ y sobre los que los países firmantes del Convenio deben de

205 En la citada sentencia «Campo Algodonero» se atribuye responsabilidad al Estado por actos de los particulares sobre la base de que este tiene una posición de garante con relación a la acción de los particulares, por mediar cierta tolerancia con las acciones particulares ilícitas y abusivas, a partir de la denominada *doctrina del riesgo previsible y evitable*. Igualmente *vid.* el Caso Ángela González Carreño Recomendación CEDAW 16 de julio 2014, STS 2747/2018 y STEDH Buturuga vs. Rumania 5686/15 (11.2.2020) sobre el fallo de las autoridades en la investigación del crimen por violencia de género.

206 *Vid. cit.* La resolución del Comité de Derechos Humanos de la ONU A/HRC/53/36.

207 Así se citan varios apartados: a) La desigualdad de género en las leyes y ordenamientos jurídicos. b) El papel evaluador en los tribunales de familia y el negocio existente en los informes psicológicos en la materia. c) La conducta de la judicatura y de los profesionales del derecho. d) La falta de asistencia jurídica gratuita y costes de los litigios de derecho de familia.

recapacitar e integrar en sus cuerpos legislativos y transformaciones internas. Procedemos a desarrollar esta misma doble estructura²⁰⁸ en nuestro análisis, sin perjuicio de ser conscientes de que mediante este estudio tan solo avanzamos unos pasos que serán concretados cada vez más por doctrina y jurisprudencia²⁰⁹.

6.4.1. Violencia de género y desigualdad sistémica

No es válido ni coherente pensar en la violencia machista como un conflicto entre dos (pareja o expareja) al que la ley da un tratamiento privilegiado con acciones positivas o fruto de la aplicación del derecho antidiscriminatorio. Si eso fuera así ¿qué sentido tiene todo el título preliminar I, II y III de la Ley de Violencia de Género? Ninguno, si no comprendemos que el legislador intentó luchar contra una estructura de poder o dominación presente en la sociedad, un sistema de subordinación sistémica que exige afrontar esta forma de violencia a través de un proceso multidimensional que transcurre en paralelo entre lo personal y lo político, entre lo doméstico y la sociedad, entre cultura y sistema jurídico en el que se

208 Sobre la diligencia debida en materia de violencia contra la mujer, *vid. El informe de la relatora especial sobre las violencias contra la mujer, sus causas y consecuencias*, Yaskin Ertürk. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A_HRC_23_49_English.pdf. Véase la Sentencia del TEDH Caso Opuz vs. Turquía de 9 de junio 2009 y la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso González y Otras («Campo Algodonero») vs. México de 16 de noviembre de 2009.

También Lozano Contreras, Juan Francisco, *La noción de diligencia debida en derecho internacional*, *op. cit.*, pp. 231 y ss.

209 Muy interesante el artículo de Gabriel Doménech Pascual, «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *Indret* núm.4 (2022), porque nos explica con extrema claridad la responsabilidad del Estado en su *hacer bien* las normas, reconociendo que, si hay daño, puede haber responsabilidad. Siempre que exista una norma (también de derecho internacional) que individualice la infracción y una relación de causalidad directa, puede darse este caso de responsabilidad.

contextualiza. Por esta misma razón, podemos entender que el legislador haya mantenido esta estructura de cambios integrales o sistémicos en las leyes integrales que desarrollan la igualdad de trato, la integración de la capacidad de las personas, los menores, los animales, etc., porque hay un *cambio de paradigma* en todas ellas en favor de la dignidad de *las personas*, del tipo que fueren.

Con ello adelantamos una primera conclusión: *Estas normas integrales desarrollan la dimensión sistémica de la diligencia debida exigible al Estado* –referida a cambios estructurales en el Estado y su proyección en la vida de la ciudadanía–. El reconocimiento de esta exige, primero de todo, la existencia de una legislación (civil, penal, administrativa y laboral) específica y adecuada para transformar esta sociedad en estos aspectos, para proteger a las personas frente a desigualdades, discriminaciones y violencias, previendo sanciones adecuadas para las personas físicas, jurídicas o Administraciones públicas que no las cumplan, según expondremos a continuación. *La omisión en la creación de los pormenores o garantías de estas regulaciones afectan, por tanto, al deber de protección que tienen los Estados frente a la ciudadanía*, porque si no cambiamos el sistema, es imposible proteger a las personas individuales que sufren esta violencia. Añadimos como parámetros de interpretación de las obligaciones del Estado el principio de progresividad y el de prohibición de regresividad²¹⁰.

210 Vid. María José Anón, «Obligaciones de los derechos humanos, también en tiempos de crisis», *op. cit.*, en todo el artículo y principios 9 y 10 del *Documento de Naciones Unidas Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos* (A/HRC/40/57). También, Clérico, Laura, «Derecho constitucional y derechos humanos», *Revista de Derechos en Acción*, Vol.5, núm. 5 (2017) y Lavrysen Luc, *Human rights in a Positive State*, Intersentia (2016).

Para la comprensión de este entramado de normas que afectan al «sistema» y constituyen obligaciones para los Estados y derechos y garantías para la ciudadanía, debe consultarse en este momento la Ley de Igualdad, la LOVG, el convenio de Estambul, la Directiva de Víctimas y Ley de Transposición, los diversos informes de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas citada *supra*, así como la *Guía práctica para la aplicación del Estatuto de la víctima en*

6.4.2. Normas con perspectiva de género

Se tiene el derecho a una *legislación civil, penal, administrativa y laboral que recoja las bases para la transformación de nuestra sociedad*²¹¹ y eleve a la mujer a una protección digna y segura y que conlleve sanciones eficaces para el abusador (FJ 28 Directiva). La directiva exige eficacia, perspectiva de género (*cit. supra*), excluyendo la aceptación de normas que no garanticen la transformación de la sociedad y una forma legal eficaz de abordar la violencia machista. Para la consecución de tal fin se exige formación incluso al propio legislador.

La directiva, a tal fin, regula para todos los Estados las violencias más reprochables que sufren las mujeres en la Unión, según la encuesta de Fundamental Rights Agency²¹², a saber, las ejercidas por sus parejas o exparejas, por su entorno familiar, por terceros con carácter sexual, las ejercidas dentro del ámbito de los delitos de honor, y las que usan las TIC para el sometimiento, todas ellas ejercidas por el simple hecho de

los juzgados de Valencia de 2016 (www.poderjudicial.es), entre otras numerosísimas normas que apuntan e integran el gran acervo regulador de las transformaciones necesarias de la sociedad en materia de igualdad de las mujeres. Excede del objeto de estudio poder abarcar pormenorizadamente estas normas; antes bien pretendo trasladar una lógica clara que presenta esta nueva época para el legislador y para la judicatura, ambos responsables de fijar el nivel de exigibilidad de los estándares de calidad del Estado social y democrático de derecho. También, Arangüena Fanego, Coral; De hoyos Sancho, Montserrat, *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, en Cabrera Mercado (coord.); Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad (2011) y De Hoyos Sancho, Montserrat, *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova, 2009 y Lourenzo Copello, P., «¿Existe una solución penal para la violencia de género?: el ejemplo del derecho español», en (Coor. Aponte Sánchez /Femenías), *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Buenos Aires (2008).

- 211 Sobre la obligación del Estado de proteger penalmente los derechos fundamentales *vid.* Doménech Pascual, Gabriel, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.78, septiembre-diciembre (2006, 333-372) y *vid.* el trabajo de Ponce i Solé, Juli, «La Lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico», *Cuadernos Democracia* núm. 15 (2019).
- 212 *Vid.* «Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala UE», de 5 de marzo de 2014, disponible online fra.europa.eu

ser mujer. También extiende este ámbito a otras personas pertenecientes a colectivos discriminados con perspectiva interseccional, que agrava cualquier violencia especialmente en su abordaje y tutela. Ejemplo de la obligación de legislar con dicha perspectiva son la regulación de delitos (arts. 3-8), la limitación a su prescripción (art. 13), las penas (art. 10) y agravantes (art. 11), inducción a la complicidad y tentativa (art. 9), la obligación de regular el delito de quebrantamiento de medida cautelar, etc.

Dentro de estas obligaciones de legislar, encontramos la cita expresa en torno a la creación de directrices para asegurar la actuación de la policía y demás autoridades con dicha perspectiva de género (art. 21 Directiva), legislación que debe contar con una evaluación del impacto de género (art. 45 Directiva), seguida de una comunicación o traslado de los datos resultantes de esta implementación al Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE). Para ello exige la creación de organismos de igualdad en cada país (art. 22). Por último, el alcance normativo debe de llegar a regular la coordinación de todos los servicios, dado el carácter integral y transversal que exigen estas normas y sus resultados (FJ 83 y art. 25 y Capítulo IV Directiva).

6.4.3. Prevención, sensibilización frente a todas las formas de violencia contra la mujer

La directiva parte de la idea relativa a la necesidad de desmontar un modelo cultural para entender y prevenir las violencias contra la mujer, de manera absoluta y de forma también interseccional.

Se tiene derecho a que esta legislación cree un modelo de *publicidad, comunicación, educación y sanidad* respetuoso con la especial situación de la mujer en nuestra sociedad, que transforma valores,

estereotipos, prejuicios sobre la mujer (FJ 74, 75, 77 y art. 36 Directiva y art. 17 Convenio de Estambul). Es una obligación para los Estados la formación y sensibilización de profesionales que intervienen ante un caso de violencia machista con el fin de entender esta realidad tan específica (prevención secundaria). Afirmar la Directiva que la formación es obligatoria para las personas profesionales, en especial «del sistema judicial en materia de sesgo de género, la dinámica de la violencia doméstica, las denuncias del maltrato y la alienación parental» (FJ 75 y 77 y art. 29 y 36 Directiva)²¹³.

La Directiva recoge *programas de atención* temprana a niños y jóvenes para evitar que sean maltratadores (art. 34 Directiva), medidas específicas para prevenir la cultura de la violación (art. 35 Directiva) o la mutilación genital o los ciberdelitos sexuales (art. 34 Directiva), incluso en los colegios (art. 35 Directiva). Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para tener programas de intervención que eviten la comisión de estos delitos y la reincidencia (art. 37 Directiva).

6.4.4. Protección social

La atención social preventiva es básica tal y como asume la Directiva en su articulado al reconocer la prevención primaria, secundaria y terciaria (FJ 73). Allí se habla del derecho a servicios de apoyo a las víctimas (art. 18 y 25 Directiva) y a su recuperación, con especial incidencia en los casos de violencia sexual (art. 26) y para los casos de mutilación genital femenina (art. 27) y acoso sexual en el trabajo (art. 28); derecho al

213 Ejemplo de lo que decimos viene desarrollado por el *Informe de la relatora especial sobre la violencia contra las mujeres y las niñas*, cuando se prohíbe la invocación de los conceptos como alienación parental o pseudoconceptos parecidos en litigios de derecho de familia, porque violan la norma del interés superior del menor, poniendo de manifiesto que el marco normativo de todavía muchos Estados ahonda en desigualdad, cuando regula estas normas en estos casos (Conclusión 74, relatora A/HRC/56/36).

servicio de salud (art. 25 Directiva), existencia de líneas telefónicas de ayuda a las víctimas accesibles y garantizadoras de una comunicación efectiva (art. 29), prestaciones de apoyo específicas a las necesidades interseccionales de víctimas y grupos de riesgo (art. 33). En general, se diseña todo un entramado de normas que apuntan en la dirección de unos servicios sociales óptimos para prevenir y reparar daños, con la exigencia de coordinación efectiva (arts. 39 y 40 Directiva). Nada se dice sobre el derecho a la autonomía económica de la víctima en dicha directiva, quedará a decisión de cada Estado, lo que se presenta como una debilidad de esta directiva.

6.4.5. Protección y acción judicial

Procedemos a enumerar las garantías necesarias para garantizar a las mujeres y niñas, así como otras víctimas, el derecho a la tutela judicial efectiva en este concreto derecho humano:

1. Se tiene derecho a la *asistencia jurídica y defensa* para que el sistema de justicia sea económicamente accesible para las víctimas en la fase de asesoramiento, representación y defensa procesal (art. 32 de la Directiva y arts. 19, 22 y 57 Convenio de Estambul). El art. 14 asegura el derecho a realizar denuncias telemáticas y que se permita cargar el material prueba del delito (pantallazos, etc.).
2. Se tiene derecho a la *regulación de programas de apoyo legal y social* a las víctimas (art. 25 y 26 Directiva y arts. 16, 20, 56 Convenio de Estambul), tanto para las mujeres como para los niños y niñas víctimas con especial incidencia en la seguridad en materia de derecho de custodia y visitas (art. 70 Directiva y art. 31 Convenio de Estambul), incluso llegando a la pérdida de la patria potestad (art. 45 de Convenio de Estambul). El Estado está

obligado a que sea financiado este apoyo (*vid.* la Conclusión 74 Relatora A/HRC/56/36), también a las mujeres extranjeras. Se cuenta además con casas de acogidas (art. 33 Directiva y 23 Convenio de Estambul).

3. Se tiene derecho a la *tutela judicial efectiva* frente a la violencia de género a través de la correcta *investigación y obtención y aseguramiento de fuentes de prueba, así como la protección, reparación y especialización del juzgador* en su fase investigadora como de enjuiciamiento, garantizando el derecho al *recurso civil y penal adecuado* (arts. 20, 30 y 34 Directiva y arts. 29, 44 y 54 Convenio de Estambul). En el ámbito de la prueba, la directiva reconoce que los reconocimientos médicos y análisis forenses *deben de ser financiados por el Estado*, y asegurarse de que las personas que los realicen sean verdaderamente expertas (art. 26 Directiva y Conclusión 74 Relatora A/HRC/56/36). En violencia sexual, tanto la prueba tecnológica como el uso de las imágenes deben ser garantizados y custodiados sin victimización secundaria (art. 15 Directiva).

Es decir, se tiene el derecho a *un juicio justo y sin dilaciones indebidas* no solo para saber qué ocurrió, sino para averiguar las *circunstancias o el contexto* en el que ocurrió. Averiguar este contexto es *profundizar en los elementos fácticos reales que explican los comportamientos de la víctima y agresor* y, por tanto, dejar a un lado la aparente neutralidad de la norma. Esto requiere una alta formación de los y las operadores jurídicos que realmente aseguren los diversos contenidos del derecho al proceso justo y el acceso a la justicia de la mujer víctima (FJ 77 y ss. y art. 36 Directiva y arts. 8, 11, 15 Convenio de Estambul). La motivación de la sentencia constituye garantía de *la valoración de la prueba y la convicción judicial* en relación con dicho «contexto particular en el que ha ocurrido el hecho», que permita explicar racionalmente

lo ocurrido, no pudiendo derivarse prejuicios o valoraciones (FJ 48 Directiva)²¹⁴.

4. Se tiene derecho a que se evalúe *el riesgo* existente de forma individualizada y eficaz por parte de profesionales formados y sin sesgos (art. 16). Ello deberá dar lugar a una resolución judicial adecuada que puede incluir, a tenor de la directiva, las órdenes de alejamiento, de prohibición o de protección (art. 19) para evitar el peligro inmediato y la posible reiteración delictiva. Todo ello sin que dependa del hecho de que la víctima denuncie, pudiendo ser dictadas de oficio o a instancia de parte. Las autoridades tienen la obligación de informar a la víctima sobre ellas, tanto en el ámbito nacional como transfronterizo (art. 19). Y, por último, reconoce el *delito de quebrantamiento de medida cautelar* y, si se da, existe el derecho a que se revise la resolución que legitimaba la medida sobre la base de un riesgo y la obligación de revisarlo periódicamente (art. 19).
5. Se tiene derecho a que haya una *coordinación integral* eficaz (cap. VI y art. 25 de la Directiva) y que, ante un *fallo del sistema*, deba estudiarse lo ocurrido y la posible responsabilidad del Estado por no regular el marco legal de protección policial y jurisdiccional eficaz (art. 21 Directiva). El derecho a una reparación o indemnización de la víctima está regulado solo a cargo del abusador, algo que debe simultanearse con nuestra aspiración de cambiar estructuralmente las necesidades de estas personas en la sociedad (FJ 56 y 57 Directiva, art. 30 Convenio de Estambul y Conclusión 74 Relatora A/HRC/56/36).

214 Clérico, Laura, «Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad», *Revista Derecho del Estado* núm.41 (2018) y Lorente Acosta, Miguel, «Justicia, Género y Esterotipos», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena.), Tirant lo Blanch, 2018.

6. Es importante recordar que ninguna víctima de este tipo de violencia puede ser sometida obligatoriamente a un *modo alternativo de resolución de conflictos* (art. 48 Convenio de Estambul). La Directiva guarda silencio, pero la complementación con la Directiva de víctimas (2012/29, de 25 de octubre) deja la puerta abierta bajo determinadas circunstancias y siempre que no esté prohibido. Así ocurre en la legislación española, pero este silencio puede dejar espacio a estas opciones en países más reactivos a los presentes cambios.
7. Derecho a que se observen exigencias legales que *eviten la victimización secundaria de la mujer y de los niños y niñas ante la Administración de justicia* (art. 21, 25 y 36 Directiva y la Conclusión 74 Relatora A/HRC/56/36).
8. Se tiene derecho a que el Estado tenga *refugios* o centros de acogida (FJ 67 y ss., art. 30 de la Directiva y Conclusión 74 Relatora A/HRC/56/36) para víctimas nacionales o extranjeras, dejando la puerta abierta esta directiva a una suerte de copago, lo cual entorpece la salida del domicilio como medida policial o judicial preventiva.
9. Junto al *derecho a la reparación del daño* a cargo del agresor (FJ 50 y 56 y art. 24 Directiva y, en su defecto, a cargo del Estado (*solve et repete*) ex art. 5 Convenio de Estambul), se deben de regular *garantías de no repetición*, estas últimas tan importantes como las otras citadas hasta ahora. A tal fin, debe considerarse la *preceptividad de la intervención en programas realistas de reeducación* del maltratador condenado (37 Directiva). También regula la Directiva el derecho a que se garantice el olvido (real y virtual) de las víctimas, como parte de la reparación (art. 23 Directiva).

6.4.6. Violencia de género y desigualdad en un plano intersubjetivo

Desde la perspectiva ordinaria de la aplicación del derecho, resulta mucho más fácil de entender el fenómeno de la violencia machista en su plano intersubjetivo, entre hombre y mujer, así como el sentido de la responsabilidad que puede llegar a tener el Estado cuando falla en la protección concreta de una víctima por numerosas razones posibles. Es decir, el Estado debe de responder ante un daño grave a la víctima por no haberla protegido adecuadamente con los medios personales y materiales requeridos y posibles para eludir un determinado riesgo, por no haber investigado de forma rigurosa y con un análisis crítico, por fallar la coordinación policial y/o judicial, por inexistencia de los servicios sociales mínimos para que la víctima hubiera sido protegida, por no haber recibido asesoramiento legal previo y durante el proceso... Es fácil entender esta responsabilidad, porque es la que viene deduciéndose de nuestra Constitución, LOPJ y ha sido ampliamente desarrollada por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Las obligaciones relatadas con anterioridad con carácter general se concretan ahora en *obligaciones específicas* en favor de la víctima que se encuentra en un determinado proceso por delitos de violencia de género, en cualquiera de sus formas de manifestación. Realmente, el catálogo de derechos y garantías de los mismos es algo que requiere mucha pormenorización, y sería deseable que la doctrina facilitara este trabajo a la jurisprudencia. Es este sentido, procedo a realizar una propuesta que, por supuesto, no aspira a ser plena, siempre de conformidad con la LOVG, la Ley 4/2015, de 27 de abril reguladora del estatuto de la víctima (LEVD) y su desarrollo reglamentario 1109/2015, de 11 de diciembre (REVD), y numerosa normativa de desarrollo. Qué duda cabe de que la evaluación de los contenidos de estos derechos

debe de hacerse con perspectiva de género —si no queremos que sea papel mojado—, pero sin olvidar que ese instrumento no puede obviar o sobreponerse a la propia esencia del proceso penal y de la función jurisdiccional, sino que coadyuva a su ejercicio para lograr la justicia material o real²¹⁵.

No renuncio, sin embargo, a hacer una descripción aproximada de las garantías que el proceso penal debe ofrecer a las víctimas de violencia machista, a sabiendas de que una delimitación plena no es *a priori* posible, sino que el deber de precaución del Estado es un concepto indeterminado que debe concretarse en un supuesto y contexto concreto, en evolución, no de forma estática, donde el Estado pueda probar que era imposible obrar mejor para evitar ese daño concreto a la víctima. Todo ello sin olvidar que el apartado anterior sobre obligaciones sistémicas del Estado es el que da cobertura a los derechos concretos ahora reivindicables por la víctima de violencia machista en un proceso penal.

1. Se tiene derecho a una *investigación eficaz* del crimen. Esa eficacia debe asegurar una calificación adecuada y la obtención de pruebas suficientes y lícitas²¹⁶. La custodia de la prueba basada en la declaración de la víctima, cuando se trata de prueba única, debiera llevarnos a plantear su preconstitución, dado

215 Es decir, los derechos del investigado, la presunción de inocencia, el derecho al proceso debido, la imparcialidad y la motivación deben de interpretarse planteándose críticamente si el contexto social y de desigualdad de las mujeres obliga a la judicatura a matizar ciertos elementos para que el principio procesal de igualdad de armas, así como el derecho a acusar y defenderse, sean efectivos y queden plenamente garantizados. Porque el proceso penal sigue siendo un instrumento del Estado para imponer penas de forma legítima, dentro de la ley y conforme a los principios generales del derecho (y aquí entra la integración de la perspectiva de género, la interpretación en favor del interés del menor o de la persona vulnerable).

216 Ello hace repensar la adecuación de los *juicios rápidos a la violencia habitual*, donde se *intenta* satisfacer las necesidades de investigación urgente y recopilar fuentes de prueba en las primeras horas de investigación, pero solo se juzga la última lesión detonante de la denuncia, a saber, la punta del iceberg.

que gran parte de esas víctimas podrán retractarse y no querer declarar²¹⁷. El *dictamen pericial* es imprescindible para evaluar la lesión y el daño, su falta de dictamen o la emisión tardía del mismo dificultan la prueba, la calificación de los hechos. El examen médico y psicológico debe de ser completo, realizado por personal idóneo y capacitado, inmediato, y que la víctima se encuentre acompañada por personas de su confianza. El estatuto de la víctima se refiere a la evaluación individualizada de la misma (art. 22.3 LEVD y 30.3 REVD). El Ministerio Fiscal debe velar porque se cumpla esa evaluación provisional de las necesidades de las víctimas en las diligencias de investigación (art. 9.2 REVD), con el fin de asegurar el futuro proceso penal.

2. El Estado debe de actuar con la debida diligencia a la hora de *recibir una denuncia de este tipo*, atendiendo a las especificidades propias de esta violencia, el relato de la víctima y los antecedentes y el perfil del presunto maltratador, antecedentes en esta pareja, escalada de agresiones etc., lo que exige un VIOGEN en constante revisión. También es importante la buena formación de los funcionarios que introducen los datos, sin ideas estereotipadas. La presencia de los testigos suele ser nula o escasa, la evidencia física puede que no exista, por eso las referencia al contexto en el que se dio es básica en la denuncia (art. 24 LEVD). En conclusión, hay que individualizar el contexto en el que se encuentra la víctima, el maltratador y su relación de afectividad, huyendo de estereotipos y estandarizaciones

217 Beltrán Montoliu, Ana, «Víctimas vulnerables: Especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm.3, 2021, p. 108 y Subijana Zunzunegui, Iñaki, «La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer», *Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol. 1, núm.10 (2018).

aceleradas. Solo una formación profunda en violencia de género puede ayudar al juez a entender esto.

3. La *declaración de la víctima* es muy delicada, debe de haber recibido asistencia psicológica y jurídica por el tiempo necesario para estar convencida de querer colaborar y mantener la denuncia y la acusación posterior. La toma de declaración se debe de hacer prescindiendo de juicios y estereotipos, dando la confianza a la víctima, a pesar de que haya lagunas en la construcción de los hechos —algo habitual en este tipo de violencia—. La víctima tiene el derecho a ser creída, traducida, a entender y ser entendida, acompañada por la persona que ella designe de su confianza (art. 4 c) LEVD). Se exige, por tanto, un lenguaje sencillo y comprensible. Como hemos apuntado *supra*, alguna doctrina se plantea la necesidad de preconstitución de la prueba en determinados casos. Estas palabras no pueden ser papel mojado, corresponde al Estado que este momento se pueda realizar en condiciones de respeto y eficacia.
4. Derecho a que no haya un tratamiento de *victimización secundaria* por parte del sistema judicial y policial y, por tanto, se tiene derecho a la no confrontación visual, en caso de que en los autos obren circunstancias que hagan prever como necesaria la adecuación de las condiciones de seguridad en la víctima. Igualmente, tiene derecho a estar acompañada por la persona que designe y a que se proteja su intimidad (art. 22 LEVD). Si se trata de menores o con capacidad integrada judicialmente, se tiene derecho a que se grave su declaración —como prueba anticipada— y al nombramiento de un defensor judicial (art. 26 LEVD). Deben extremarse, en este sentido, las cautelas sobre la publicidad que puedan poner en peligro la seguridad de la víctima (art. 681 LECrim), lo que trae problemas en materia de órdenes de alejamiento.

5. Deben coordinarse todos los *medios personales y materiales* en la toma de pruebas a fin de evitar revictimizar.
6. Jurisdiccionalmente, *debe evitarse un énfasis excesivo en las pruebas directas*, ya que no siempre se dan y limitaría su derecho de acceso a la justicia. Las autoridades deben de explorar los hechos y decidir sobre la base de todas las circunstancias que les rodean. En estos casos, será muy común la prueba, considerando el contexto en el que ocurrió. En materia probatoria debe integrarse el derecho a ser creídas ante actos que con dificultades pueden apoyarse en otras fuentes de prueba.
7. Debe de haber un equilibrio (protocolizado) entre el derecho de las mujeres víctimas de violencia de género a *no querer declarar y el derecho/deber del Estado de proteger a las mujeres*, con el fin de evitar la reincidencia y los daños en las víctimas. Los estereotipos de género aquí tienen mucho que decir (y emborronar)²¹⁸.
8. *Protección individualizada* antes de la denuncia (art. 31 REVD) y tras la denuncia y concreción realista y adecuada del nivel de riesgo desde una etapa temprana, con un seguimiento y evaluación periódica sistematizada. Para ello el propio REVD establece la obligación del Estado de proveer la asistencia y mejora psicológica de la víctima para disminuir la crisis ocasionada por el daño y evaluar de forma eficiente su estado y necesidades de protección antes y durante el proceso (art. 22 REVD). Ello se hace extensible a *las órdenes de protección de las víctimas*, tanto penales como

218 El sistema alemán aquí lo resuelve algo mejor, gracias al tiempo en el que los servicios sociales trabajan con la víctima y supervisan al maltratador, mientras decide el Estado cómo obrar a la vista de la violencia existente y la víctima madura la ruptura del vínculo emocional y legal con su maltratador. Vid. Martínez García, Elena, «¿Es suficiente la respuesta de la Justicia ante la Violencia de Género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal», *La Ley* 2017, núm.9055.

civiles²¹⁹. La nueva Directiva en violencia doméstica y de género va a ser una actualización de la protección transfronteriza de estas mujeres (Directiva 2011/99/UE sobre Órdenes Europeas de Protección y Reglamento 2013/606/UE de protección civil de víctimas en la UE).

9. *Asesoramiento jurídico antes de la denuncia* (art. 7 REVD) y derecho a la personación en la causa de la víctima asistida de *defensa letrada*. En nuestro Estado tienen derecho a justicia gratuita (art. 21 REVD) en juicio, tanto en delitos cometidos en territorio nacional como de carácter transfronterizo (art. 24 REVD, Directiva 2004/80/CE), Directiva 2011/29/UE y Reglamento UE 606/2013). En el ámbito nacional, la asistencia letrada no es necesaria en los delitos leves, salvo delitos castigados con pena de multa superior a 6 meses (967.2 LECrim)²²⁰.
10. *Derecho a ser informada de todas las fases del proceso y actuaciones, incluida sobre su participación en fase de ejecución* (art. 38 REVD). En tal sentido, la víctima debe de conocer siempre los hitos importantes del procedimiento y que la información sea notificada de la forma que resulte más fácilmente accesible para ella (art. 5 y

219 Martínez García, Elena, *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, 2019, *idem* «La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea», en AA. VV., *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga, G. Otazu Zabala), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, p. 350. Muy importante en materia probatoria el estudio sobre los límites de la perspectiva de género de Fuentes Soriano, Olga, «La perspectiva de género en el proceso penal». ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz «El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm.1, 2020.

220 Haría falta un estudio que determine la igualdad de armas procesales cuando la defensa letrada se hace por turno de oficio o por honorarios pactados con letrado/a, y cuántos juicios rápidos se dan en la materia cuando el letrado es asignado de parte y no de oficio.

7 LEVD). La notificación del sobreseimiento es obligatoria (art. 12 LEVD), tanto para víctimas residentes en España como fuera²²¹.

11. *Derecho a que se practique prueba en el proceso y a que la convicción judicial* se motive expresando el hilazón que une cada prueba con la íntima convicción judicial, de forma que se pueda comprobar la existencia o no de *estereotipos de género* en dicha decisión, para comprobar que el uso o no uso de la perspectiva de género no ha determinado agravio o injusticia para ninguna de las partes. Cuando la violación del derecho humano sea realizada por los órganos estatales, se podrá dar la inversión de la carga de la prueba²²².
12. *Asistencia social integral antes y tras la denuncia* que lleve al empoderamiento de la víctima. Dicha asistencia ayudará a la protección integral de la mujer, y también a obtener fuentes de prueba de su relato y a que mantenga luego su declaración (art. 14 REVD). A tal fin el REVD ha regulado pormenorizadamente las obligaciones que deben cumplir las oficinas de las víctimas en cada una de las fases de acogida-orientación, información, intervención y seguimiento de una víctima (art. 29 REVD).
13. Derecho a que su caso se desarrolle bajo la coordinación policial, judicial y hospitalaria adecuada, lo que hace aconsejable la «ventanilla única» (art. 19 ap. 18, 34 y 35 REVD) para simplificar la realidad de las víctimas y las personas que le asisten en sus diferentes fases procesales y extraprocesales.
14. Derecho a que los *antecedentes y el perfil violento* del maltratador se tengan en consideración para la protección de la víctima y para las medidas civiles de guardia y custodia.

221 Garrigós, Laura, «Género y sistema penal: ejecución penal con perspectiva de género», *Revista de Pensamiento Penal*, 12 de agosto (2022) y Vasilescu, Cristina, «La ejecución penal con perspectiva de género»; *Indre Criminología* núm.2 (2023).

222 Principio 3 documento «Principios».

15. Medidas eficaces de protección nacional, europea e internacional que permitan compaginar el derecho a una vida segura de la víctima y su *libertad deambulatoria*, tanto en la fase de investigación como en la de enjuiciamiento y ejecución.
16. Derecho a una *solución efectiva y reparadora de sus daños* y perjuicios (judicial o extrajudicial). En ningún caso puede usarse la justicia restaurativa como forma de conciliación y perdón. Por tanto, las posibilidades de acudir a una mediación serán posibles pero muy limitadas.
17. Derecho a que se pueda exigir judicialmente la *responsabilidad del Estado* por no proteger adecuadamente a la víctima dañada por el funcionamiento irregular de la Administración pública y de la justicia. Dentro de la reparación, como el Tribunal Supremo ya ha reconocido en el Caso Ángela González Carreño (*cit. supra*), se tiene derecho a conocer dónde puede haber fallado el sistema para que se haya producido este daño concreto, además de a una posible indemnización.
18. Derecho a ser informada sobre el *reembolso de gastos judiciales* cuando haya condena en costas al acusado, y a que se le devuelvan los efectos intervenidos a la víctima durante la investigación (art. 18 LEVD).
19. Derecho a un *proceso judicial sin dilaciones indebidas*, que no sea revictimizante para la persona dañada en sus intereses jurídicos y que la someta a nuevos riesgos.
20. *Derecho al recurso*, se encuentre o no personada la víctima (art. 51 LEVD y 27 REVD), tanto respecto de la decisión policial (de forma excepcional por falta de traductor) como de la judicial (a través de apelación, en su caso) (art. 9.5 LEVD). Sobre las víctimas indirectas el juez puede acordar el no notificarles dichas comunicaciones.

Cada uno de estos derechos merecería un estudio doctrinal y jurisprudencial exhaustivo, que acredite el grado de cumplimiento que se está dando en nuestras resoluciones en torno a estas garantías específicas del derecho de la mujer a vivir una vida libre de violencia y su derecho de acceso

a la justicia. Igualmente, cualquier estudio debería ya introducir transversalmente las implicaciones de la IA²²³. Y seguramente hay muchas más garantías a señalar que las aquí propuestas. Excede del objeto de estudio presente con el fin de delimitar cuál es el alcance de la responsabilidad del Estado ante el incumplimiento²²⁴, que puede ser bien por error judicial (art. 293 LOPJ), bien por anormal funcionamiento de la justicia (art. 293 LOPJ), dado que el Tribunal Supremo no ha dejado lugar a duda de que se trata de conceptos distintos, tal y como se ve claramente en un caso por violencia de género, como es el de Dolores Vázquez, el conocido como Caso Wanninkhof (SAN Sala C-A de 26 de septiembre de 2012).

La flecha entre el derecho de igualdad de la mujer, en su *status libertatis, civitatis y processualis*, y las consecuentes obligaciones sistémicas e individuales del Estado queda dibujada. A partir de ahí se derivan limitaciones a la libertad de las personas, de las empresas o de las instituciones en aras de restaurar la igualdad de las mujeres frente a cualquier tipo de violencia. La LOVG lo tuvo claro, a continuación, lo mismo hizo el Convenio de Estambul (*cit.*) y la propia Directiva para la Lucha contra la Violencia Doméstica y de Género (*cit.*). Ahora, veinte años después de la aplicación de esta ley integral, debemos hacer un acto de honestidad y preguntarnos si realmente los poderes públicos en todas sus vertientes han puesto los medios suficientes y han sido ágiles para dotar de eficacia esta gran ley. Hemos avanzado muchísimo, pero cambiar un elemento estructural

223 Barona Vilar, Silvia, «Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la “persona maquinaica” y su responsabilidad», en *Actualidad Civil* n. 10, octubre, 2022, editorial La Ley; *idem*, «Algoritmos, inteligencia artificial y Justicia posthumanista: ¿el comienzo de una gran amistad?», en VV. AA.; *Inteligencia artificial y modernización del proceso judicial*, Thomson-Reuters-Aranzadi, en prensa, 2023; Borges, Raquel, *Inteligencia Artificial y Proceso Penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021; Montesinos, García, Ana, «Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia: en especial, el sistema Viogen», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 64, 2021, pp. 19-55.

224 Muy interesante el estudio realizado por Gabriel Doménech Pascual: «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *Indret* (abril 2022), pp.168-228.

tan arraigado exige desplegar muy activamente la eficacia de la parte no punitiva de la ley integral, la destinada a cambiar valores y hábitos culturales, la que transforma la percepción social e institucional de las mujeres y de la violencia machista. Desde la Academia también considero que nuestro compromiso puede ser mayor con los derechos humanos de las mujeres, ahondando en estudios que pormenoricen las garantías materiales y procesales de cada uno de sus derechos, con el fin de que esta aportación facilite la labor del poder legislativo, ejecutivo y judicial. Tenemos todavía una gran labor por delante. Se lo debemos a tantas mujeres que han perdido su vida y aportado su energía a la lucha por los derechos de las mujeres. Escribir hoy este ensayo desde la Universitat de València solo ha sido posible gracias a ellas. Se lo debemos. Aquí va una modesta contribución en su honor.

Referencias bibliográficas

Alameda Samaranch, Elisabet (2017), «Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España», *Papers: revista de sociología*, núm. 2.

Andrés Ibáñez, Perfecto (2009), *Prueba e íntima convicción en el proceso penal*, Hamurabi.

Añón, María José (2021), «Obligaciones de los derechos humanos, también en tiempos de crisis», *The age of human rights Journal*, 17.

Arangüena Fanego, Coral; De Hoyos Sancho, Montserrat (2011), *Análisis de medidas para mejorar la protección policial y judicial de las víctimas de violencia de género*, en Cabrera Mercado (coord.); Madrid, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

Atienza, Manuel (2011), «Dos versiones del constitucionalismo», *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34, 73-88.

Avilés Palacios, Lucía (Coor. Martínez García) (2018), «La perspectiva de género como técnica jurídica e instrumento necesario para una justicia igualitaria», *Análisis de la Justicia con perspectiva de género*, Tirant lo Blanch.

Avilés, Lucía (2018), «Una mirada crítica y feminista del derecho de acceso a la justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.

Barona Vilar, Silvia (2017), «ADR y Jurisdicción, de vidas paralelas a su interacción en el paradigma de Justicia del Siglo XXI (Una reflexión acerca de sus retos y peligros con ojos de mujer)», en la obra colectiva dir. Ixusko Ordeñana y Katixa Etxeberria *Justicia con ojos de mujer. 10 años*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- (2018), «La deconstrucción del modelo patriarcal de Justicia», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.
- (2018), «La feminización de la justicia de cuerpo (formal), de mente (razonamiento, diálogo) y de comportamiento», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.
- (2022), «Mutación de la justicia en el Siglo XXI. Elementos para una mirada poliédrica de la tutela de la ciudadanía», en la obra colectiva *Justicia poliédrica en periodo de mudanza (Nuevos conceptos, nuevos sujetos, nuevos instrumentos y nueva intensidad)*, editado por Silvia Barona Vilar, Valencia, Tirant lo Blanch.
- (2022), «La digitalización y la algoritmización, claves del nuevo paradigma de Justicia eficiente y sostenible», en la obra colectiva *Uso de la información y de los datos personales en los procesos: los cambios en la era digital*, dirigida por Ignacio Colomer Hernández, Thomson Reuters-Aranzadi
- (2022), «Persona, algoritmización y posthumanismo, una ecuación hacia la “persona maquina” y su responsabilidad», en *Actualidad Civil* La Ley núm.10, octubre.
- (2023), «Algoritmos, inteligencia artificial y Justicia posthumanista: ¿el comienzo de una gran amistad?», en la obra colectiva *Inteligencia artificial y modernización del proceso judicial*, Thomson-Reuters-Aranzadi.

Bauman, Zigmunt (2006), *Vida líquida*, Paidós.

Beck, Ulrich (1992), *Risk society: Towards a New Modernism*, London, Ed. Sage.

Beltrán Montoliu, Ana (2021), «Víctimas vulnerables: Especial referencia al estatuto del menor a la luz de la lo 8/2021 de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia», *Revista de la asociación de profesores de derecho procesal de las universidades españolas*, núm. 3.

Bodelón González, Encarna (2009), «Feminismo y Derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna, *Género y Dominación*, Anthropolos.

Borges, Raquel (2021), *Inteligencia Artificial y Proceso Penal*, Aranzadi, Cizur Menor.

Byun Chul Han (2012), *La sociedad del cansancio*, Ed. Herder.

Castañeda, Mireia (2015), *Documento Compilación de Tratados y Observaciones Generales del Sistema de protección de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, México.

Clérico, Laura (2017), «Derecho constitucional y derechos humanos», *Revista de Derechos en Acción*, vol. 5, núm.5.

— (2018), «Hacia un análisis integral de estereotipos: desafiando la garantía estándar de imparcialidad», *Revista Derecho del Estado*, 41.

Cook, Rebeca y Simone Cusak (2010), *Estereotipos de género. Perspectivas legales y transnacionales*, Profamilia, pp. 11 y ss.

Coronel, Alberto; Elisa Sino y Eloy Peña (2023), «Defensa planetaria integral. Un nuevo concepto de seguridad para el Antropoceno», *Cuadernos de Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm.48.

Cortina, Adela (2017), *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*, Paidós Ibérica.

— (2019), «La ética de la inteligencia artificial», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 96.

Courtis, Christian (2006), «El derecho al recurso rápido, sencillo y efectivo frente a afectaciones colectivas de derechos humanos», *Revista iberoamericana de Derecho procesal constitucional*, núm.5.

— (2021), *Manual sobre Justiciabilidad de los Derechos económicos, Sociales, Culturales y ambientales*, Suprema Corte de Justicia de la Nación del Estado de México.

De Hoyos Sancho, Montserrat (2009), *Tutela jurisdiccional frente a la violencia de género. Aspectos procesales, civiles, penales y laborales*, Valladolid, Lex Nova.

De Luis, Elena (2020), *El derecho al medio ambiente*, Tirant lo Blanch.

De Miguel, Ana (2018), *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Cátedra.

Doménech Pascual, Gabriel (2006), «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm.78, septiembre-diciembre.

— (2022), «Repensar la responsabilidad patrimonial del Estado por normas contrarias a Derecho», *Indret*, núm.4.

Ferrajoli, Luigi (2011), *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta.

- (2014), *Derechos y Garantías: La democracia a través de los derechos*, Trotta.
 - (2022), *Para una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, Trotta.
- Flecha García, Consuelo** (2011), «Por derecho propio. Universitarias y profesionales en España en torno a 1910», en *Tabanque, Revista pedagógica*, núm. 24.
- Frisch, Wolfgang** (2016), «Derecho penal y solidaridad», *Indret*, octubre.
- Fuentes Soriano, Olga** (2020), «La perspectiva de género en el proceso penal. ¿Refutación? de algunas conjeturas sostenidas en el trabajo de Ramírez Ortiz “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”», *Quaestio facti. Revista internacional sobre razonamiento probatorio*, núm. 1.
- Garberí Llobregat, José** (2008), *El derecho a la tutela judicial efectiva en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Bosch.
- García Amado, Juan Antonio** (1992), «¿Tienen sexo las normas? Temas y problemas de la teoría feminista del Derecho», en *Anuario de Filosofía del derecho IX*.
- (2009), «Interpretar, argumentar, decidir», *El juez y la cultura contemporánea* (coord.) por Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi, Javier Martínez Lázaro, Vol. 3.
- Garrigós, Laura** (2022), «Género y sistema penal: ejecución penal con perspectiva de género», *Revista de Pensamiento Penal*, 12 de agosto.
- Gisbert Grifo, Susana** (2018), «La situación de la mujer en la carrera fiscal», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.
- Gómez Golomer, Juan Luis** (y otros) (2007), *Violencia de género y proceso*, Tirant lo Blanch.
- Gómez Villora, José** (2018), «La perspectiva de género a la hora de diferenciar la agravante de cometer el delito por discriminación relativa al sexo de la víctima y la de discriminación por razón del género de la víctima», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.
- Guerra Vaquero, Ylenia** (2014), «Universalidad de los derechos fundamentales, multiculturalismo y dignidad humana: la aproximación desde la teoría de los derechos de Luigi Ferrajoli», en *Anales de la cátedra de Francisco Suarez*, 48.
- Gutiérrez-Solana Journoud, Ander** (2018), «La invisible perspectiva de género del TJUE en asuntos que afectan exclusivamente a mujeres: generalidad frente a especificidad», en *Justicia con ojos de mujer*, Tirant lo Blanch pp. 829-843.

Hernández García, Javier (2012), «El derecho a la libertad ideológica de los jueces», en Saiz Arnaiz, Alejandro (Coor.) *Los derechos fundamentales de los jueces*, Marcial Pons.

— (2012), «El derecho a la libertad ideológica de los jueces», *Project MUSE*.

Innerarity, Daniel (2023), *Libertad democrática*, Galaxia Gutenberg.

Larrauri Pijoan, Elena (2012), «La necesidad de un informe social para la decisión y ejecución de las penas comunitarias», *Boletín Criminológico*, artículo 7, noviembre (núm.139). Disponible en: <https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/8040/7455>.

Latour Bruno (2017), *Facing Gaia. Cara a Cara con el Planeta*, Siglo XXI Editores.

Laurenzo Copello, Patricia (2015), «¿Hacen falta figuras de género específicas para proteger mejor a las mujeres?», en *Estudios penales y criminológicos*, XXV.

Lavrysen, Luc (2016), *Human rights in a Positive State*, Intersentia.

Lorente Acosta, Miguel (2018), «Justicia, Género y Estereotipos», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.

Lourenzo Copello, Patricia (2008), «¿Existe una solución penal para la violencia de género?: el ejemplo del derecho español», en (Coor. Aponte Sánchez/ Femenías), *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Buenos Aires.

Lozano Contreras, Juan Francisco (2007), *La noción de diligencia debida en derecho internacional*, Atelier.

Magro Servet, Vicente (2022) «Perspectiva de género en las decisiones judiciales: Novedades jurisprudenciales», *Revista Universidad de Granada*, pp. 111-148. Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/25194/24676>.

Marrades, Ana (2023), *El reconocimiento de los derechos del cuidado*, Tirant lo Blanch.

Martín, María (2018), «La situación de la mujer en el ámbito de la abogacía», *Análisis de la Administración de Justicia desde la perspectiva de género* (Ed. Martínez García, Elena), Tirant lo Blanch.

Martínez García, Elena (2008), *La tutela judicial de la violencia de género*, Madrid, Iustel.

- (2017), «¿Es suficiente la respuesta de la justicia ante la violencia de género? Propuesta de nuevas estrategias dentro y fuera del proceso penal», *Diario La Ley*, núm. 9055.
- (2017), «Los deberes del Estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia», *Revista Teoría y Derecho*.
- (2018), «La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea», en VV. AA, *Justicia con ojos de mujer. Cuestiones procesales controvertidas* (dir. por K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga, G. Otaua Zabala), Tirant Lo Blanch, Valencia.
- (2019), *La protección jurisdiccional contra la violencia de género en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.
- (2024), «La diligencia debida de los Estados en materia medioambiental en el marco europeo de justicia global», *Revista de Derecho Europeo*, num.63.
- (2024), *Juzgar en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch.

Martínez García, Elena y Susana Gisbert Grifo (2015), *Género y violencia. Análisis del fenómeno de la violencia de género tras 10 años de aplicación de la Ley*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Martínez García, Elena; Miguel Lorente Acosta; Elisa Simo Soler (2023), «Outside the legal framework: Myths and Stereotypes in Spanish sexual harassment cases», *Attrition in sexual Offences* (Dir Rahime Erbas), Lexintog Books.

Martínez García, Elena y Raquel Borges Blázquez (2023), «El acceso a la carrera judicial de acuerdo con la Ley orgánica del Poder Judicial español», *Revista Teoría y Derecho*, núm. 41.

Montesinos, García, Ana (2021), «Los algoritmos que valoran el riesgo de reincidencia: En especial, el sistema Viogen», *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 64.

Nieva Fenoll, Jordi (2011), «Ideología e imparcialidad judicial», en *la revista jurídica VLEX*. Disponible en: <https://vlex.es/vid/ideologia-imparcialidad-judicial-330211899>.

Palomo Caudillo, Cecilia (2019), *Juzgar con perspectiva de género: de la teoría a la práctica*, *Revista Saber y Justicia*, 1(19). Disponible en: <https://saberyjusticia.edu.do>.

Pérez Luño, Antonio Enrique (2018-2019), «Sobre la Proyección ética a la actividad profesional de los juristas. En torno a la tesis de Manuel Atienza», *CJH* 16-17.

Ponce i Solé, Juli (2019), «La Lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar Jurídico», *Cuadernos Democracia*, núm. 15.

Poyatos i Matas, Gloria (2019), «Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa», *Iqual. Revista de Género e Igualdad*.

Puleo, Alicia (2009), *Claves del ecologismo social*, Ed. Acción-Ecologistas en Acción.

Rodottà Stefano (2014), *El derecho a tener derechos*, Trotta.

Román, Laura (2016), *La protección jurisdiccional de las víctimas desde la perspectiva constitucional*, Tesis inédita defendida en la Universitat Rovira y Virgili.

Servet, Vicente (2024), «Proyección en nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica», *Diario La Ley*, núm.10514, 28 de mayo.

Sevilla Merino, Julia (1992), «El tiempo: elemento de cambio para la mujer», *Revista Asparkia*.

Simó Soler, Elisa (2022), Tesis «Justicia con perspectiva de género: Análisis cuantitativo de estereotipos y revisión de la imparcialidad», Valencia.

Sordo Ruz, Tania (2021), «Prácticas de reparación de violencias machistas. Análisis y propuestas», Estudio encargado por la Delegación de Gobierno contra la Violencia de Género.

Subijana Zunzunegui, Iñaki (2018), «La perspectiva de género en el enjuiciamiento de los delitos de violencia del hombre sobre la mujer», *Juezas y Jueces para la Democracia*, Vol. 1, núm.10.

— (2024), «La perspectiva de género en la interpretación de las leyes penales, sustantivas y procesales», *Revista del Parlamento Vasco*, núm. 4.

Torres Díaz, Concepción (2013), «La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género», *Themis. Revista jurídica de Igualdad de Género*, núm.13.

Torres González, Obdulia y Pau Bernardette (2011), «“Techo de cristal” y “suelo pegajoso”. La situación de la mujer en los sistemas alemán y español de ciencia y tecnología», en *Sistema de Información científica, Red de revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal, UAEM redlyc.org.*. Disponible en: <http://www.redalyc.org/html/924/92422639002/>, consultado el día 16 de enero de 2018.

Uretaga, Eguzki (2009), «Las políticas de discriminación positiva», en *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, núm. 146, Madrid, octubre-diciembre.

Valcárcel, Amelia (2023), *La civilización feminista*, La Esfera de los libros.

Vasilescu, Cristina (2023), «La ejecución penal con perspectiva de género»; *Indre Criminología* núm.2.

Vegas Aguilar, Juan Carlos (2023), *Los trabajos en beneficio de la comunidad como ejemplo de medida restaurativa*, Tirant lo Blanch.

VV. AA. (2014), *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios homenaje a la profesora Julia Sevilla*, Corts Valencianes.

VV. AA. (2023) (Coor. Rockström, Johan/Lade, Steve), «Safe and just Earth system boundaries», *Nature* 14 abril. Disponible en: www.nature.com

Documentos consultados

Bussiness and Human rights, Access to Remedy, octubre 2020.

Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos (2018) (A/HRC/40/57).

Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de la víctima de violencia de género, del CGPJ (2018).

La aspiración más elevada: llamamiento a la acción en favor de los derechos humanos, presentado por el secretario general de la ONU al Consejo de derechos Humanos el 24 de febrero de 2020 con motivo del 75 Aniversario de la ONU.

Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género, Haciendo Realidad el Derecho a la Igualdad, Suprema Corte de Justicia Nación de México (2011).

Puede la Naturaleza lograrlo? Estudio sobre los derechos de la naturaleza en el contexto europeo, realizado por el Parlamento Europeo. Consultado (24/02/2023). Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU\(2021\)689328](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document/IPOL_STU(2021)689328)

Ruta crítica que siguen las mujeres afectadas por la violencia intrafamiliar en América Latina, Organización Panamericana de la Salud del Programa Mujer, Salud y Desarrollo del año 2000, a los efectos jurídicos puede aportar mucha información. Disponible en: <https://www.paho.org/es/documentos/ruta-critica-mujeres-afectadas-por-violencia-intrafamiliar-america-latina-estudios-caso>

Sistemas procesales penales e imparcialidad del juez: Imparcialidad y prueba en el proceso penal—reflexiones sobre la iniciativa probatoria del juez. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/6739/673971401002.pdf>

Estrategia europea por la Igualdad de género y la Estrategia para la igualdad de las personas 2020-2025 COM/2020/698 final, Bruselas.

EU Justice Scoreboard. Disponible en: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/scoreboard/index_en.htm

Violencia de género contra las mujeres: Una encuesta a escala UE, de 5 de marzo de 2014, Disponible en: www.fra.europa.eu

Gender and the Environment: Building Evidence and Policies to achieve SDGs, 2021.

Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, de la Fiscalía General del Estado Español (2020).

Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género, de la Fiscalía General del Estado Español (2020).

Guía del Observatorio del CGPJ español para la Toma de Declaración de las víctimas de violencia de género (2022).

Guía práctica para la aplicación del estatuto de la víctimas en los juzgados de Valencia de 2016. Disponible en: www.poderjudicial.es

Indicadores de la Igualdad en el Ministerio Fiscal (2024). Disponible en: www.fiscal.es.

Informe de la relatora especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres y las niñas, de 13 de abril de 2023 A/HRC/53/36.

Informe de la relatora especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Yaskin Ertürk. Disponible en: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A_HRC_23_49_English.pdf.

Informe realizado por Metroscopia para el CGAE, de fecha de 24 de noviembre de 2017. Disponible en: http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/12/Metroscopia_Informe_Abogacia_v2.pdf y vid. el *Estudio del sector legal de la Abogacía* (2024) www.abogacia.es

La ejecución de medidas penales alternativas con perspectiva de género: análisis y recopilación de buenas prácticas con mujeres penadas. Disponible en: <https://cejfe.gencat.cat/es/recerca/catalog/crono/2020/execucio-mesures-penals/>

Macroencuesta de Violencia contra la Mujer, 2015.

Manual de investigación de Violencia física y psíquica por razones de género, Fiscalía de Chile (2019).

Minority Report. Disponible en: <https://blogs.lse.ac.uk/lsehistory/2018/02/23/beatrice-webb-william-beveridge-poverty-and-the-minority-report-on-the-poor-law/>

Prácticas de reparación de violencias machistas. Análisis y propuestas, del Ministerio de Igualdad (2021).

Principios de ética Judicial del CGPJ y otros marcos de recomendación. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Etica-Judicial/Etica-Judicial/Principios-de-Etica-Judicial/>

Principios rectores relativos a las evaluaciones de los efectos de las reformas económicas en los derechos humanos (A/HRC/40/57), (Principio 3).

UNODC, Handbook for prison managers and policymakers on Women and imprisonment, 2008. Disponible en: <http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/women-and-imprisonment.pdf>

Abreviaturas

CE	Constitución Española
CEDAW	Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Violencia contra la Mujer
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
IA	Inteligencia Artificial
LEcrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOIHM	Ley Orgánica de Igualdad entre Hombres y Mujeres
LOVG	Ley de Medidas Integrales para la Prevención y Erradicación de la Violencia de Género
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UE	Unión Europea

Colección Premio Celia Amorós de ensayo feminista

1. *Archivo y memoria del feminismo español del último tercio del siglo XX. Fuentes para su estudio*, de María Adelina Codina Canet (Premio I Edición, 2020).
2. *Régimen disciplinario y mujeres presas. Un análisis criminológico con perspectiva de género*, de Ares Batlle Manonelles (Accésit I Edición, 2002).
3. *Feminismos y sexo. Una mirada histórica al origen del pensamiento feminista español sobre el deseo sexual de las mujeres*, de Elena Lázaro Real (Premio II Edición, 2022).
4. *La novela realista juvenil. Espejo de los roles patriarcales en la España contemporánea (1939-actualidad)*. Inés de Asís Domínguez Álvarez (Accésit II Edición, 2022).
5. *Los triángulos rojos. Exiliadas de Franco y deportadas de Hitler*, de Amalia Rosado Orquín (Premio III Edición, 2024).
6. *La aplicación práctica de la perspectiva de género en la justicia penal española. Por qué, para qué y cómo*, de Elena Martínez García (Accésit III Edición, 2024).



La aplicación práctica de la perspectiva de género en la justicia penal española. Por qué, para qué y cómo

ELENA MARTÍNEZ GARCÍA

ACCÉSIT 2024

A veinte años de la aprobación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, este texto plantea la necesidad de una evaluación rigurosa de su cumplimiento por parte de los poderes públicos, más allá de las reformas que hoy se debaten. Frente al avance del negacionismo, que reduce la violencia de género a un fenómeno individual, se reivindica la aplicación de la perspectiva de género como obligación jurídica reforzada en el marco nacional e internacional.

La investigación se centra en el Poder Judicial, cuestionando su estructura, prácticas y estereotipos, y subraya la responsabilidad del Estado por omisión de cambios estructurales, como muestra el caso de Ángela González Carreño. Este ensayo señala que solo aplicando plenamente la dimensión transformadora y cultural de la ley —más allá de lo punitivo— se podrán garantizar los derechos de las mujeres, y llama a la Academia a apoyar este compromiso.

