

LO PERSONAL ES JURÍDICO

**APUNTES PARA PENSAR EL DERECHO
DESDE LA TEORÍA FEMINISTA**

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

ISABEL FERNÁNDEZ TORRES

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

JAVIER LOPÉZ GARCÍA DE LA SERRANA

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

LUIS PRIETO SANCHÍS

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

RICARDO ROBLES PLANAS

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de publicaciones

LO PERSONAL ES JURÍDICO

APUNTES PARA PENSAR EL DERECHO DESDE LA TEORÍA FEMINISTA

Editado por Irene de Lamo

Esta publicación está financiada por el Instituto de las Mujeres, por la resolución de fecha 17 de diciembre de 2021, de la Convocatoria de Posgrados y Actividades año 2021 Expte.- 31/7ACT 2021

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2022 Las autoras

© 2022 Atelier
Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona
e-mail: editorial@atelierlibros.es
www.atelierlibrosjuridicos.com
Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: ?????????????????????????????????

Depósito legal: ?????????????????????????????????

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

AUTORAS	11
NOTA DE LA EDITORA.	13
LEGISLAR LA INTIMIDAD, INVESTIGAR EL DERECHO	15
<i>Begoña Pernas</i>	
1. Introducción: lo personal es jurídico.	15
2. El caso del aborto y el individualismo propietario	17
3. Dos efectos: cambia el derecho y cambia la intimidad	18
4. Desregulación de la sexualidad y crisis del género	20
Referencias bibliográficas	21
EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DESDE EL IUSFEMINISMO INTERSECCIONAL: EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO	23
<i>Maggy (M^a Ángeles) Barrère Unzueta</i>	
1. Introducción	23
2. Feminismo, iusfeminismo y (subor)discriminación	25
3. El Derecho antidiscriminatorio y el concepto de discriminación hegemónico en la cultura jurídica.	30
4. Del Derecho antidiscriminatorio al Derecho antisubordiscriminatorio . .	35
Referencias bibliográficas	39
DOS APUNTES TEÓRICOS PARA EL ANÁLISIS FEMINISTA DEL DERECHO	41
<i>Irene de Lamo</i>	
1. Vínculo entre el derecho y el movimiento feminista	41
2. Notas para analizar el derecho desde la teoría feminista	44
2.1. Primer apunte: contextualizar los problemas jurídicos.	45
2.1.1. Analizar el contexto social en el que se produce la norma o resolución	45
2.1.2. Evitar la juridificación de problemas sociales.	46

2.3. Segundo apunte: estudiar el derecho desde la perspectiva de a quien le aplican las leyes.....	48
Referencias bibliográficas.....	49
SOBRE EL SEXO, EL GÉNERO Y LA IDENTIDAD: ANTIGUOS Y NUEVOS PROBLEMAS.....	53
<i>Matilde Rey Aramendía</i>	
1. Introducción.....	53
2. El género y sus viejos problemas.....	53
3. Nuevas conceptualizaciones: las teorías <i>queer</i> y transgénero.....	56
4. La euforia de género.....	58
5. Los nuevos problemas del género: la CEDAW y los Principios de Yogyakarta, dos visiones contrapuestas.....	60
6. Algunas reflexiones finales.....	62
Referencias bibliográficas.....	63
Otros documentos.....	65
APROXIMACIÓN METODOLÓGICA AL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL.....	67
<i>Lorena Chano Regaña</i>	
1. Introducción.....	67
2. Las posibilidades del constructo teórico del género.....	69
3. Las metodologías de la investigación jurídica en el estudio de la jurisprudencia: el enfoque de género.....	73
4. La jurisprudencia constitucional como objeto de investigación.....	75
Referencias bibliográficas.....	78
AVANZANDO HACIA UNA JUSTICIA INTEGRAL PARA VÍCTIMAS MENORES DE EDAD.....	81
<i>Jessica Jullien de Asís</i>	
1. Introducción.....	81
2. Los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas en el proceso judicial.....	82
2.1. La concepción de niños, niñas y adolescentes.....	82
2.2. La estructura del proceso y el rol de las víctimas: ¿dónde quedan las víctimas menores de edad?.....	84
2.3. Revisión de los derechos de la infancia desde la Teoría de los Derechos Humanos.....	86
3. La participación en el proceso de niñas y adolescentes víctimas. Interacciones y relatos de las víctimas.....	88
3.1. Niñas y adolescentes víctimas en el proceso.....	88
3.2. Incorporación del relato de las víctimas menores de edad al proceso.....	91
3.2.1. La entrevista forense como prueba preconstituida.....	92
3.2.2. El recorrido de las víctimas menores de edad a lo largo el proceso.....	92
3.3. Derechos e intereses de las víctimas menores de edad en la recogida de su narrativa desde la perspectiva de género.....	94

4. Reflexiones finales	96
Referencias bibliográficas	98
PROTOCOLO MEXICANO PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: REFLEXIONES Y APRENDIZAJES PARA ESPAÑA.	
<i>Alicia Cárdenas Cordón</i>	101
1. Introducción	101
2. El enfoque de género en la justicia mexicana	103
2.1. Los primeros pasos hacia la incorporación de la perspectiva de género en la justicia federal mexicana.	103
2.2. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020)	104
2.2.1. El «cuándo» y el «dónde» de la justicia con perspectiva de género.	105
2.2.2. El «cómo» de la justicia con perspectiva de género	106
2.2.3. Las obligaciones previas al análisis de fondo de la controversia	107
2.2.4. Las obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia	108
2.3. Algunas de las cuestiones pendientes en la justicia mexicana . . .	110
3. Conclusiones	112
Referencias bibliográficas	115
LA CONFIGURACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DE CUIDADO QUE REALIZAN LAS MUJERES PARA LA FAMILIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL	
<i>Yaiza Gómez Yáñez</i>	121
1. La feminización de los cuidados: un retrato de la realidad	121
2. Aproximación al reconocimiento y configuración del cuidado en el ámbito del Derecho Civil Español.	126
3. Los límites difusos del cuidar	132
3.1. El cuidado desde el punto de vista formal o ¿qué se entiende por «cuidado»?	132
3.2. ¿Qué actividades constituyen propiamente actos de cuidado?	134
Referencias bibliográficas	135
MUJERES VÍCTIMAS Y DERECHOS PROCESALES. LA IMPORTANCIA DEL <i>ITER</i> <i>VICTIMAE</i> PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA.	
<i>Cristina Ruiz López</i>	139
1. Introducción	139
2. La Victimología con perspectiva de género.	140
2.1. Victimización: <i>beteropercepción</i> y <i>autopercepción</i>	141
2.1.1. Heteropercepción	141
2.1.2. Autopercepción.	145
2.2. La victimidad es una categoría procesal	146
3. Obstáculos en el acceso a la justicia de las mujeres como víctimas. . .	147
3.1. Obstáculos en el nivel socio-económico y cultural	147
3.2. Obstáculos en el nivel institucional/legal	147
3.3. Ejemplos. Casos judiciales.	148

3.3.1. El estereotipo de «la buena madre». Caso Juana Rivas	148
3.3.2. El estereotipo de la «chica honesta». Caso la manada de Pamplona	149
3.3.3. El estereotipo de la «lesbiana perversa». Caso Dolores Vázquez.	149
3.3.4. Derechos procesales de las mujeres víctimas no autopercebidas	150
4. Conclusiones	151
Referencias bibliográficas	151
Legislación y otros documentos oficiales	152
Jurisprudencia	153
LA VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL: ANÁLISIS CON PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA	155
<i>Sandra López de Zubiría Díaz</i>	
1. Aproximación teórica: del silencio internacional a la inserción de la <i>perspectiva de género</i> nacional	155
2. Sobre las cifras oficiales ¿aspectos destacables?	158
3. La violencia de género en la jurisprudencia: confrontación con las cifras oficiales	160
3.1. Planteamiento del estudio	161
3.2. Resultados obtenidos	162
4. Conclusiones	165
Referencias bibliográficas	167
¿QUÉ DIFICULTA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE ODIS POR MOTIVOS DE GÉNERO?: PERSPECTIVAS DE CUERPOS POLICIALES DE IRLANDA Y EL REINO UNIDO	169
<i>Silvia Gagliardi, Ana Valverde-Cano y Orlaith Rice</i>	
1. Introducción	169
2. Discusión	171
2.1. La conceptualización del género y el odio o sesgo en los GBHC .	171
2.2. Obstáculos a la investigación de los GBHC	172
2.2.1. Ausencia de legislación	173
2.2.2. Bajo índice de denuncias	173
2.2.3. Cultura institucional e infraestructura operativa	174
2.2.4. Carga de la prueba	175
2.2.5. Recursos y formación	176
3. Conclusión	177
Referencias bibliográficas	178

AUTORAS

Alicia CÁRDENAS CORDÓN es profesora de la Universidad de Córdoba, donde se encuentra realizando su tesis doctoral sobre justicia constitucional con perspectiva de género. Otra de sus líneas de investigación es la vertiente jurídica de la memoria democrática.

Ana VALVERDE-CANO es investigadora postdoctoral Juan de la Cierva en la Universidad Autónoma de Madrid. Ha investigado sobre formas contemporáneas de esclavitud, deberes estatales de protección y responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Begoña PERNAS RIAÑO es investigadora social y consultora en gea21. En los últimos años ha realizado estudios sobre violencia de género, racismo, inmigración y población gitana, urbanismo con perspectiva de género, así como numerosos trabajos de estrategia y evaluación de políticas públicas.

Cristina RUIZ LÓPEZ es profesora de Derecho Procesal y Mediación y Justicia Restaurativa en la Universidad de Extremadura. Experta en enfoque de género por la Universidad de Burgos. Su ámbito de especialización es la violencia contra las mujeres desde la perspectiva procesal y victimológica y los medios alternativos de solución de conflictos.

Irene DE LAMO VELADO es profesora en la Universidad Carlos III de Madrid, donde desarrolla su investigación doctoral que aborda la credibilidad de las víctimas de violación por los tribunales españoles. Sus líneas de investigación son violencia contra la mujer, en particular violencia sexual, y análisis feminista del derecho.

Jessica JULIEN DE ASÍS es profesora en la Universidad Carlos III de Madrid y sus líneas de investigación principales son la justicia restaurativa, los medios alternativos de solución de conflictos, el tratamiento procesal de las víctimas menores de edad y la violencia sexual.

Lorena CHANO REGAÑA es profesora de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura. Sus principales líneas de investigación se enmarcan en el régimen jurídico-constitucional de la protección de los Derechos Fundamentales, en especial, la igualdad.

Maggy (María Ángeles) BARRÈRE UNZUETA es profesora de Filosofía del Derecho en la Universidad del País Vasco/EHU. En sus líneas de investigación ha combinado la filosofía del lenguaje jurídico con el estudio del pensamiento crítico (en particular feminista) centrando sus aportaciones en la construcción de un modelo contrahegemónico de Derecho antidiscriminatorio que visibilice y actúe sobre los diferentes sistemas de poder y su intersección.

Matilde REY ARAMEDÍA es profesora en el área de Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid. Sus líneas de investigación son las teorías feministas contemporáneas, la relación entre ciudadanía y género y el debate modernidad/posmodernidad en la filosofía política feminista.

Orlaith RICE es investigadora predoctoral en la Sutherland School of Law y miembro del proyecto Foundations of Institutional Authority (FIAT) de la University College Dublin. Sus áreas de investigación incluyen populismo punitivo, penología y métodos cualitativos de investigación.

Sandra LÓPEZ DE ZUBIRÍA DÍAZ es profesora del área de Derecho penal en el departamento de Derecho Público II de la Universidad Rey Juan Carlos. Sus investigaciones versan sobre violencia de género en un sentido amplio y sobre diversos temas del ámbito criminológico enfocados desde una perspectiva de género.

Silvia GAGLIARDI es investigadora postdoctoral en la Sutherland School of Law de la University College Dublin. Su investigación se centra en discriminación e interseccionalidad, delitos de odio, teoría feminista y populismo.

Yaiza GÓMEZ YÁNEZ forma parte de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria a través de un proyecto de investigación europeo sobre planes de igualdad llamado Athena. Desarrolla su tesis doctoral en la misma universidad en el área del derecho civil de familia sobre el cuidado y el trabajo doméstico en las relaciones familiares desde un análisis feminista.

NOTA DE LA EDITORA

Durante las últimas décadas los movimientos feministas de países occidentales, como España, han impulsado reformas legales que consiguieron logros como la regulación del divorcio, la legalización del aborto o la especial punición de la violencia de género. Como resultado del activismo feminista se ha alcanzado cierto grado de igualdad formal y el derecho se han expandido hasta regular la intimidad. Como apunta Begoña Pernas en esta obra colectiva, lo personal se ha vuelto jurídico. El derecho se ha expandido hasta regular cuestiones que antes pertenecían a la intimidad dando lugar a nuevas realidades que merecen ser analizadas.

Esta obra colectiva reúne las contribuciones que varias investigadoras realizamos en un seminario sobre análisis feminista del derecho y políticas públicas en marzo y abril de 2022, que tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid y fue financiado por el Instituto de las Mujeres (Ministerio de Igualdad, Gobierno de España). Cuatro capítulos ofrecen unas bases epistemológicas que nos invitan a analizar el derecho desde la teoría feminista con una aproximación interseccional, a repensar la categoría de género y a contextualizar el derecho y estudiarlo desde la perspectiva de las mujeres. Este volumen también recoge estudios donde se aplica una perspectiva feminista al estudio de cuestiones como el tratamiento procesal de las víctimas menores de edad, el trabajo de cuidados o el perfil criminológico de las mujeres infractoras.

Lo personal es jurídico. Apuntes para pensar el derecho desde la teoría feminista recoge aportaciones que arrojan luz para analizar el nuevo paradigma legal desde la teoría feminista y así afrontar los encuentros y desencuentros entre género y derecho en el siglo XXI.

LEGISLAR LA INTIMIDAD, INVESTIGAR EL DERECHO

Begoña Pernas

1. INTRODUCCIÓN: LO PERSONAL ES JURÍDICO

La irrupción del feminismo como marco político y del género como categoría de análisis ha desplazado y perturbado profundamente algunas dimensiones y principios del derecho. Ha introducido nuevos temas, procedimientos y debates. Basta pensar en el aborto y la lucha en torno a su legislación para admitir que la relación entre género y derecho es pertinente y políticamente clave. Pero no se trata de una relación con fácil encaje, y en las siguientes líneas nos proponemos analizar brevemente algunas de las causas de este desajuste y, sobre todo, observar algunas de sus consecuencias.

En realidad, derecho y género siempre han estado unidos, solo que de manera implícita. Las relaciones entre los sexos se consideraban asuntos privados, pero la misma definición de lo público y de lo privado es jurídica —también es política y espacial— y sus límites no han dejado de cambiar.

Tras las revoluciones burguesas, un ámbito, la familia, quedó excluido de la visión liberal que regía otras relaciones. La sociedad se desplegó varias veces, por así decirlo: por un lado se separó el mundo público y la esfera política del mundo privado. En el primero, las personas eran iguales en virtud de su condición de ciudadanos, aunque fueran completamente desiguales en su posición económica y social. La relación entre ciudadanos se regía por el pacto, una convención o apuesta moral que suponía la igualdad de origen frente al mundo de privilegios del antiguo régimen. La esfera privada de la economía se dividió a su vez entre la industrial y la doméstica. En la industrial se impuso el contrato como forma de relación entre individuos iguales, provocando la crítica marxista a la ilusión de igualdad que regía el contrato entre capital y trabajo.

Pero en la esfera doméstica, la ética que prevaleció fue la de la diferencia por nacimiento: el sexo y la edad definían los roles, el poder y el destino social

de cada miembro de la familia. Los servicios y trabajos se hacían en nombre del amor y se pagaban con amor, la desigualdad institucional se consolidaba en el derecho de familia y en el poder del padre, material y simbólico, que daba nombre y existencia social a esposa e hijos, podía desheredar, era dueño del castigo y regía las relaciones externas de la familia, incluido el sufragio.

Las mujeres quedaron así excluidas, en la sociedad liberal, del pacto y del contrato, porque el contrato matrimonial era una anomalía que consagraba el poder del esposo sobre su mujer. No es de extrañar que las feministas norteamericanas del siglo XIX vincularan el matrimonio y la esclavitud como las dos grandes instituciones domésticas. Quedaron pues las mujeres incluidas en la familia, convirtiéndose en la intimidad del hombre, en el sostén de su vida privada.

Pero eso no debe hacer pensar en una esfera ajena al derecho. Por el contrario, la familia era ante todo una institución (Roussel, 1989). ¿Qué significa ser una institución? Básicamente las instituciones sostienen la jerarquía y consagran la desigualdad, evitando la violencia. La institución define el dentro y fuera de la familia, reparte los roles y el poder, asigna recursos, establece normas para su propia transformación no violenta. El fin es su propia permanencia y la continuidad del patrimonio a través de la herencia (o del divorcio actualmente). Para ello define la relación entre el marido y la esposa, entre padres e hijos, y entre hermanos.

Esta institución que acoge y regula los conflictos en torno a la reproducción y la sexualidad se resquebraja a partir de los años sesenta del siglo XX. La revolución de la subjetividad, la liberación de las mujeres y de los hijos, expresada en movimientos culturales como Mayo del 68, debilita la institución y liberaliza la familia.

El feminismo es el movimiento que politiza la institución familiar, es decir desvela la trampa del contrato matrimonial y lleva los principios de igualdad y libertad a la vida privada. Para ello, las mujeres tienen que hacer dos cosas: la primera es salir de la familia. Aunque la crítica a la institución es muy anterior y en ella coinciden feministas pioneras, socialistas y liberales, su transformación se debe sobre todo a la entrada de las mujeres en el mundo de la política, como ciudadanas, y en el mundo del trabajo, como asalariadas.

Solo desde el poder público, que es el único poder reconocido socialmente, se puede cambiar la condición femenina. Desde esa posición, el feminismo no ha dejado de llevar temas antes privados a la discusión pública y a la legislación. Ha politizado y convertido en derecho cuestiones que pertenecían a otras esferas, por ejemplo, a la religión, que había sido excluida de la vida política en las sociedades liberales, pero mantenía su inmenso poder histórico en las relaciones privadas y en la sexualidad.

La segunda operación feminista consistió en reivindicar que «lo personal es político», expresión tan utilizada como a veces mal interpretada: implicó, en su contexto histórico (el movimiento radical feminista norteamericano en 1969), una reivindicación de la necesidad de las mujeres de tomar conciencia de su situación individual para politizar y transformar esa misma posición, es decir para comprender que sus asuntos y problemas individuales no eran individua-

les, sino fruto de sus condiciones materiales. En una época en que las mujeres tenían que defenderse de la acusación de no hacer política sino terapia con sus grupos de autoconciencia, el renombrado artículo defendía que no hay cambio sin salir del aislamiento, hablando precisamente de lo que se tiene en común, que es lo personal, las relaciones familiares y sexuales, esferas donde las mujeres habían sido oprimidas.

A partir de ahí, la frase se entendió de otro modo, como la mirada que politiza la esfera privada y lleva al debate político y jurídico los «asuntos de las mujeres», antes excluidos y menospreciados. Este fue el doble movimiento del feminismo: salir de la vida privada para adquirir valor y volver a ella con otras armas, las armas de la política y del derecho.

2. EL CASO DEL ABORTO Y EL INDIVIDUALISMO PROPIETARIO

El caso del aborto es un ejemplo muy llamativo. Se trata de una práctica social colectiva —como lo es siempre la reproducción—, pero se plantea en muchos países como un problema de conciencia. Nos encontramos ante una paradoja: la religión en las sociedades laicas es un asunto personal, pero cuando nos referimos al aborto, vuelve a ser una discusión pública y de interés general.

Desde un punto de vista puramente liberal, las mujeres, como seres morales, deberían poder decidir si ser o no madres. La libertad moral y la ética de la responsabilidad están en la base del derecho al aborto, que permite situarse por encima de la naturaleza haciendo posible una decisión cuyas consecuencias va a asumir el sujeto moral, en este caso la madre. Pero históricamente las mujeres no han sido vistas como seres racionales ni morales y por ello se antepone una moral patriarcal, religiosa o médica, para determinar si una mujer debe o no abortar, y a menudo prohibirlo y perseguirlo como delito.

Ante esta reacción que parece no tener fin, las mismas feministas que propusieron los temas antes privados de la reproducción como asuntos de interés público, han tenido que replegarse a un discurso de individualismo propietario (Barcellona, 1996), que se expresa en el lema «mi cuerpo es mío». En lugar de defender que no se puede ser ciudadana sin tomar decisiones morales autónomas sobre el destino y el sentido de la propia vida, se defiende que nadie tiene que opinar o legislar sobre lo que pasa en un cuerpo ajeno. Si tenemos en cuenta que las revoluciones burguesas nacieron en Europa con la defensa de la libertad religiosa de conciencia y de la propiedad privada inalienable, nos encontramos ante una venerable tradición que tiene siempre estos dos recorridos¹.

Puesto que la justificación basada en la libertad de conciencia lleva la discusión sobre el aborto a una esfera en la que ha dominado la religión, la es-

1. De hecho, cuál de los dos recorridos del individualismo burgués es más potente puede definir la diferencia entre liberalismo y neoliberalismo, que es la vía de la propiedad llevada al extremo.

trategia feminista, quizás no del todo consciente, ha sido coger la otra vía, la de la propiedad del cuerpo. Las mujeres tienen derecho a abortar no porque sean seres racionales y morales en un contexto social dado, sino porque son cuerpos autónomos. Desde ese terreno equívoco resulta difícil tomar partido en otros debates éticos y jurídicos en torno a la reproducción y la sexualidad, como la legalidad de los vientres de alquiler.

A menudo el feminismo contemporáneo se encuentra enredado en debates que tienen esta raíz. La transexualidad es hoy uno de ellos y la «propiedad» del propio cuerpo ha sido interpretada como libertad de elegir, que se entiende frecuentemente como una coincidencia entre la identidad psicológica y la identidad social (a eso se refiere la repetida expresión: «Estar en el cuerpo equivocado», como si no estuviéramos todos en un cuerpo equivocado). La promesa neoliberal de la libre elección en todos los ámbitos de la vida enturbia y entorpece la razón feminista que se sitúa en otro lugar: en la voluntad política de debatir y subvertir la «naturaleza social» del género y del sexo, desvelando sus opresiones pero también sus posibilidades para escapar del binarismo de lo femenino y lo masculino, de la sumisión y del poder.

Como en el caso del aborto, el libre albedrío, la dignidad y la responsabilidad sobre la propia vida —que son las justificaciones ilustradas de estos nuevos derechos— quedan opacados y confundidos por discursos neoliberales de infinita potencia pues engarzan con el nuevo orden capitalista. ¿Cómo podría ser de otro modo? La libertad siempre se persigue en un contexto dado, no en el aire, y la Historia no espera a que nuestras reivindicaciones tomen cuerpo —nunca mejor dicho— y sean bien comprendidas para proseguir su camino.

3. DOS EFECTOS: CAMBIA EL DERECHO Y CAMBIA LA INTIMIDAD

Esta historia compleja nos lleva al núcleo del debate actual entre género y derecho. Se ha legislado sobre temas que son a la vez íntimos y políticos, se ha aplicado la ley a la intimidad, más allá del derecho de familia (aunque este sigue primando en muchas relaciones). La violencia hacia las mujeres ha sido en cierto modo la guía de esta transformación. ¿Por qué? La violencia existe en la sociedad y de ella se hace cargo el derecho penal. Aunque complejos, los casos y los delitos pueden tipificarse y delimitarse las penas. Sin embargo, en la violencia contra las mujeres, el terreno es más resbaladizo. Al tratarse de una violencia imbricada en las relaciones sociales y personales entre hombres y mujeres, la interpretación de los hechos debe atender no solo a la posición social diferente de hombres y mujeres, sino al juego psicológico de las identidades.

Un ejemplo: un insulto, una amenaza o una burla tienen un valor diferente en un contexto de violencia de género que en una pelea entre conductores de coche. La razón es que una amenaza en una relación íntima alude a un contexto de trauma repetido. La violencia que ejercen algunos hombres sobre sus parejas consiste en un proceso psicológico de alienación que mina la auto-

mía y la confianza de la mujer hasta volverla «la sombra del hombre». En ese contexto de alienación, una amenaza no es un acto aislado, sino una alusión que revive el proceso y por lo tanto provoca terror y obediencia.

Comprender esto no es fácil para un sistema judicial que debe aplicar la ley asumiendo el contexto de los actos y no sólo su naturaleza concreta. Debe comprender el trauma que es la herida violenta, el arma del crimen, por así decirlo. De ahí que se planteen juzgados especializados, por la dificultad misma de los temas tratados.

Lo mismo pasa en otros terrenos del derecho de los oprimidos: la inversión de la carga de la prueba no es «natural» en el derecho penal, donde la presunción de inocencia gobierna, pero se ha introducido ante la imposibilidad de una persona que carece de poder para demostrar que está siendo discriminada en el trabajo por su sexo o raza, por ejemplo. Una vez más el mundo del contrato —que se supone entre iguales— no sirve para entender y defender los derechos de las minorías.

El acoso sexual en el trabajo es otro ejemplo del difícil ajuste entre género y derecho penal. La voluntad de tipificarlo llevó a realizar listas de comportamientos punibles que solo tenían valor y sentido en un contexto dado. Resultaba que las mujeres no reconocían inmediatamente el acoso sexual en contextos laborales, educadas como lo están en complacer y empeñadas en una presunción de igualdad que les permite sentirse más libres en el trabajo. Tampoco lo denunciaban en el momento adecuado: si lo hacían demasiado pronto, se las llamaba histéricas; si demasiado tarde, aprovechadas o ambiguas. Solo mostrándose como víctimas perfectas, es decir, perdiendo el empleo o dando signos de depresión, se las empezaba a creer. En lugar de reconocer los problemas del derecho penal para proteger a las víctimas de acoso sexual, se acusó a las víctimas de poca claridad.

El último ejemplo de estas dificultades del derecho con el género está en la reciente Ley de garantía integral de libertad sexual, que establece un cambio de óptica: las mujeres no tienen que justificar su respuesta ante una agresión sexual, abuso o violación, sino que la clave está en el consentimiento. Si este no es explícito, puede probarse que se trató de un acto contra la libertad sexual y castigarse. La idea es según sus responsables políticas «cambiar la cultura de la violación por la cultura del consentimiento».

Dejando aparte la ilusión de que se pueda cambiar la cultura legislando, la ley es un ejemplo de la dificultad de legislar y aplicar la ley en relaciones que son a menudo densas y opacas, precisamente por sus múltiples capas culturales y ambivalencias psicológicas. Las campañas misóginas no han tardado en atacar la ley aduciendo que hará falta un contrato para mantener relaciones sexuales porque en otro caso cualquiera podría acusarte de agresión o violación². La respuesta es la misma que se produjo con el acoso sexual en los años noventa, con la violencia de género en el 2004.

2. <https://maldita.es/malditobulo/20220729/espana-no-necesario-contrato-mantener-relaciones-sexuales/>

Pero la hostilidad machista ante cualquier puesta en duda de las prerrogativas y libertades sexuales masculinas no debe hacernos ignorar que hay problemas reales en la aplicación de estas normas. La mayor parte de las agresiones sexuales se producen en relaciones de pareja, amistad o familia, es decir en la intimidad. No las realizan extraños ni «manadas», aunque estos casos sean siempre más difundidos. Por lo tanto, siempre habrá ambigüedad y siempre será discutible el consentimiento, el deseo, la violencia. Siempre costará probarlo y las víctimas siempre tendrán que demostrar que han actuado contra su voluntad.

En realidad, todas las relaciones son ambiguas, y el derecho se basa en la claridad, pues los que soportan la ley y los que la aplican deben saber qué es punible y qué no. El peligro está en tratar las capas culturales densas como estorbos para aplicar la ley. Como sucede en el acoso sexual, la confusión y la ambigüedad de las relaciones se acaban atribuyendo a la víctima. Es ella la que no es clara al manifestar su conformidad o rechazo, es ella la que no sabe qué quiere cuando vuelve con el marido maltratador, es ella la que declara de manera poco ordenada y creíble y describe hechos y sentimientos confusos. La tradicional desconfianza hacia las mujeres (seres poco racionales) se suma a la dificultad de comprender la situación de desigualdad en la que se encuentran para culparlas finalmente de las dificultades de aplicar las leyes que deberían protegerlas.

El derecho se encuentra sumido en terrenos que no le son familiares, como la violencia en las relaciones sentimentales o sexuales, y el feminismo a su vez debate sobre los límites de la legislación de la intimidad y la tendencia al punitivismo. La salida está quizás en que estos terrenos tan unidos y a la vez tan separados, en sus fines, institucionalidad y lenguaje, se comuniquen y discutan sus dificultades.

4. DESREGULACIÓN DE LA SEXUALIDAD Y CRISIS DEL GÉNERO

Pues los problemas no han hecho más que empezar. La crisis de la familia como institución, sustituida por la «pura relación» en palabras de Giddens (1998), sumada a la crisis del género, que es también una institución, ha llevado a una gran desregulación de la sexualidad. Recordemos que las instituciones sirven para sostener jerarquías —la desigualdad— sin uso de la violencia explícita. Cuando se desmontan o desgastan, liberan dos tipos de fuerzas: por una parte, las posibilidades vitales de las mujeres y de los hijos se acrecientan; nuevas subjetividades y formas de relación más libres o más acordes con una sociedad de individuos se establecen. Por otra parte, se desatan también los nudos de la violencia. Esta, que existía en su forma institucional como la capacidad de castigo del padre y como sociedad que castiga la desviación, se privatiza y desorganiza.

Un «patriarcado sin padre» puede dar lugar a fratrías y a nuevas formas de hostilidad y violencia contra las mujeres, como vemos a diario en los discursos misóginos y en los actos de agresión (Pernas y Román, 2022). Al perderse las

normas culturales y morales que regían, por ejemplo, el cortejo, el sexual aparece como un mercado abierto a todas las jugadoras pero con riesgos y temores nuevos (Illouz, 2020). Hay incluso varones que se sienten «perdedores» y pretenden volver a institucionalizar su poder tradicional³. La lucha por el capital sexual es menos nombrada que la lucha por el capital económico, pero tiene una enorme capacidad de disrupción social.

La guerra en torno a la sexualidad y la reproducción ha vuelto a declararse, en ella participan discursos de liberación, intereses económicos, políticas de natalidad, nuevas formas de familia, venta de partes del cuerpo o de servicios sexuales o reproductivos, aplicaciones de ligue, jóvenes que no se reconocen en el género, familias heterodoxas, etc.

Todos esos aspectos exigen normas y decisiones éticas y jurídicas. Pues no solo hacen falta normas para defender de la violencia a las víctimas (ahora la infancia como gran sujeto olvidado), sino también para institucionalizar los avances y las libertades. Por ejemplo, el derecho civil y de familia debe reconocer y amparar las nuevas formas de convivencia, de paternidad y maternidad, las familias no heterosexuales, con los dilemas de todo tipo que ello conlleva. El feminismo y el derecho están, por así decirlo, en el corazón de esta batalla.

Cuánto menos capacidad tiene la sociedad para asegurar, regular y contener su propia reproducción, más se exige al Estado que intervenga. Pero la herramienta del derecho está concebida y diseñada para una sociedad institucionalizada donde los conflictos podían pautarse y eran predecibles. El derecho se acerca a la psicología —maestra de la ambigüedad— y a la sociología, que ofrece sino explicaciones al menos contextos. Se hace reflexivo al ser acusado por diferentes grupos de sesgos discriminatorios. Tiene que investigar, aprender e investigarse a sí mismo, una reflexividad que no le resulta fácil a su disciplina.

El feminismo, por su parte, se hace más institucional, lo que provoca nuevas rupturas en su seno, pues el poder del Estado (¿patriarcal?) protege y somete a la vez. En cuanto a la intimidad, esta se transforma también, al tener que auto regularse los individuos en un mundo culturalmente más desregulado. De esta manera todo se desplaza y obliga, una vez más, a volver a pensar sobre las relaciones entre derecho y género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARCELONA, P. (1996). *El individualismo propietario*. Editorial Trotta.
- GIDDENS, A. (1998). *Las transformaciones de la intimidad: sexualidad, amor y erotismo en las sociedades modernas*. Madrid, Cátedra.
- ILLOUZ, E. (2020). *El fin del amor*. Buenos Aires, Katz Editores.

3. Los incels (solteros involuntarios en inglés) son grupos de varones organizados en redes sociales que muestran su odio a las mujeres porque se sienten ninguneados en este mercado matrimonial o sexual abierto.

- PERNAS, B. y ROMÁN, M. (2022). «Padres que lo ocupan todo». *La infancia en la violencia de género y la violencia vicaria*. Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha, en prensa.
- PERNAS B. (2018). *¿Siempre ha habido violencia de género?* Madrid, Mapas Colectivos.
- ROUSSEL, L. (1989). *La famille incertaine*, Paris, Editions Odile Jacob.

EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO DESDE EL IUSFEMINISMO INTERSECCIONAL: EL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

Maggy (M^a Ángeles) Barrère Unzueta

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene dos desencadenantes. El remoto, que es también el originario, fue la invitación a participar en el *I Seminario Internacional de Análisis Feminista del Derecho y de las Políticas Públicas*, celebrado en la universidad Carlos III de Madrid los días 31 de marzo y 1 de abril. El Seminario lo organizó una joven y rutilante jurista feminista y fue motivo de encuentro con jóvenes investigadoras de disciplinas diversas que alimentaron una esperanza fácil de perder en el actual panorama de la universidad, como es el espíritu crítico. La amabilidad reinante en ese escenario hizo que, sin embargo, el espíritu crítico no cundiera en lo tocante a mi participación. De ahí la importancia del segundo detonante. Este ha tenido lugar con ocasión de otro encuentro más reciente con un querido colega de la universidad de Barcelona, quien, de forma delicada, eso sí, criticó la densidad de mis últimos trabajos y, en consecuencia, la dificultad que su lectura entrañaba, en especial para el alumnado. Si traigo a colación los dos desencadenantes es porque el segundo ha interferido en el tipo de texto que tenía pensado escribir a resultas del primero. Es decir, antes del reciente encuentro con mi colega barcelonés pensaba en un texto que recogiera más o menos el contenido de mi intervención oral en el Seminario de Madrid. Ahora, después de su comentario, intentaré respetar el meollo de aquella intervención, pero me esforzaré por construir un discurso más inteligible. Hay también otra razón para desviarme un poco de la intervención oral en el Seminario, como es la reciente aprobación de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (en adelante, LITND).

La tesis de fondo de este trabajo reproduce una constante de mis escritos de las últimas décadas (Barrère 2019) y va en la línea de la que mantiene el pensamiento crítico en el que incluyo al feminismo. Someramente expresada, tiene que ver con el desajuste entre —por un lado— el concepto de discriminación, hoy por hoy predominante en la cultura jurídica y —por otro lado— el concepto de discriminación del pensamiento crítico. Este doble significado de un mismo término *discriminación* puede producir problemas de ambigüedad y, ya simplemente por eso, sería bienvenida una labor de clarificación; pero la cuestión de fondo no radica en subrayar este simple desajuste o, dicho de otro modo, no se limita a propugnar una labor de «terapia lingüística». La tesis va más allá. Se concreta en que el concepto de discriminación de la cultura jurídica hegemónica, que es el que se reproduce en el Derecho antidiscriminatorio, eclipsa la existencia de sistemas de poder que resultan fundamentales para explicar la desigualdad y, por tanto, para desarrollar el derecho a la igualdad de las mujeres. Para poner de relieve esta cuestión, pero también para abrir vías de entrada al concepto de discriminación del feminismo en la cultura jurídica, es por lo que se propone la introducción del concepto designado con el término *subdiscriminación*. De alguna manera, se trata de practicar lo que en el glosario de una publicación que se mencionará poco más adelante se denomina un «senti-contenido»:

«Algunas veces tenemos la sensación de que las palabras y los conceptos se vacían de significados porque se manipulan para diferentes fines e intereses, a veces incluso contrapuestos. En ese sentido, creemos que merece la pena dar una disputa por los sentidos y los contenidos de los conceptos que utilizamos. Cuando decimos dar senti-contenidos, queremos dar cuenta de que ese ejercicio de significar es una lucha que estamos dando, a partir de la cual los conceptos nos permitirán avanzar en las prácticas» (Escobar et al., 2018: 229).

Practicar el senti-contenido y proponer la introducción en la cultura jurídica de un término como subdiscriminación no es, por tanto, un capricho. Si lo que la cultura jurídica entiende por discriminación no es lo mismo que lo que entiende el feminismo, es necesario otro término en el que aflore la diferencia. Entiéndase bien, no se trata de proponer que las legislaciones actuales a nivel internacional, estatal o autonómico sustituyan el término discriminación por subdiscriminación (que, aunque no vendría mal, resulta una quimera), sino de utilizar este término para señalar que la noción de discriminación que se utiliza en la cultura jurídica no responde a los postulados feministas (o, al menos, del feminismo como se entiende aquí).

Resulta imposible desarrollar en el poco espacio del que se dispone la propuesta a la que se acaba de hacer mención, pero son factibles ciertas pinceladas, que se estructurarán en tres apartados. El primero recogerá el concepto de feminismo jurídico interseccional que inspira la tesis. En el segundo se analizará el concepto de discriminación que se plasma en los textos jurídicos que regulan la igualdad de trato entre hombres y mujeres y que definen la violen-

cia de género, mostrando su desajuste. Por último, en el tercer apartado, se justificará la necesidad de introducir un Derecho antisubordiscriminatorio, ejemplificando algunos pasos en esa dirección.

2. FEMINISMO, IUSFEMINISMO Y (SUBOR) DISCRIMINACIÓN

El feminismo que se suscribe en este trabajo es patriarcalista, interseccional y se inscribe en el pensamiento crítico. Comenzando por la última caracterización, concordamos con Grimson y Caggiano, cuando, ante la pregunta relativa a «de qué es crítico en el pensamiento crítico», responden:

«Es crítico de las apropiaciones desiguales e injustas de todas las formas de plusvalía, desde las propiamente económicas, hasta las expropiaciones simbólicas ancladas en formas de producción, regímenes económicos, modelos o sistemas políticos. Es crítico de los pensamientos naturalizados de los dispositivos hegemónicos, es decir, de las figuraciones culturales que legitiman asimetrías y ocultan las relaciones de poder sobre las que se sustentan, que convierten diferencias en desigualdades y construyen desigualdades como diferencias. Asimismo, [es crítico] de las construcciones teórico-metodológicas con pretensión de neutralidad técnica, y del tráfico de supuestos que descripciones presuntamente asépticas proponen como datos indiscutibles» (2015: 12, énfasis añadido).

Obviamente, el pensamiento crítico requiere de un aparato teórico-conceptual. En el caso del feminismo, este aparato lo suministra el concepto de *patriarcado*. Se trata de un concepto controvertido dentro del propio feminismo (Costa, 2016: 220); pero, aun así, con los matices que irán aflorando, indispensable para explicar esas «apropriaciones desiguales e injustas» y esos «pensamientos naturalizados de los dispositivos hegemónicos» de los que hablan Grimson y Caggiano. Como ya he referido en otro lugar (Barrère, 2018a), del patriarcado existen muchas definiciones, pero ninguna de ellas se aparta de la de Walby (1990) quien entiende el patriarcado como un sistema de estructuras y prácticas con el que se domina, oprime y explota a las mujeres.

La idea de sistema en la definición de patriarcado hace referencia a un conjunto relacional de elementos (creencias, estereotipos, mitos, normas, etc. respaldadas coactiva o coercitivamente) que permea los «dominios» o estructuras sociales (Walby, 2007: 460). Se trata de una idea esencial, pues es la que permite relacionar, por ejemplo, el menor salario de las mujeres con que sean las mujeres quienes trabajen a tiempo parcial, con que sean quienes se ocupen principalmente de las tareas domésticas y de cuidado, con que sean quienes sufren mayoritariamente acoso y agresiones sexuales, quienes encuentran dificultades para acceder a puestos políticos y de poder en general, quienes encuentran que han sido objetos y no sujetos de los saberes disciplinares, etc.

Dominio, opresión y explotación son conceptos que se adhieren a una teoría del poder jerarquizador, pero el modo de producirse la jerarquización no

es unívoco. Durante cierto tiempo el feminismo patriarcalista defendió que la jerarquización implicaba caracterizar a las mujeres como sujetos sin agencia (Gil, 2011:156), pero hoy en día el feminismo patriarcalista no se aferra a esa imagen de pasividad de las mujeres que las refleja únicamente como «víctimas». Tampoco defiende la idea de *un* patriarcado universal, consciente de que el patriarcado adquiere formas diferentes según el tiempo y el lugar.

La referencia a las estructuras sociales resulta siempre bastante borrosa, sea porque entra en juego el alcance connotativo de lo estructural (algo capital o fundamental), sea por la disparidad de nociones de estructura social; pero no es momento ahora de entrar en esa cuestión. Basta con dar respuesta a planteamientos que sostienen que las estructuras sociales «no son agentes» (Lippert-Rasmussen, 2014:77) con base en que son «rules that constitute and regulate the major sectors of life such as family relations, property ownership and exchange, and political powers and responsibilities» (*ibídem*: 78). Responder a este planteamiento es importante porque, a tenor del mismo se podría pensar que, si las reglas (constitutivas y regulativas) no son agentes, no podrían «tratar» ni, por tanto, discriminar. Sin embargo, las reglas no son entelequias, son productos humanos, proceden de actos que, como tales, *tratan* (bien o mal, intencionada o inintencionadamente, por acción o por omisión). Detrás de ellas hay una autoría (idea esta necesaria para no excluir la responsabilidad del poder político-jurídico en su configuración) y personas afectadas.

Por otro lado, si bien en la teorización del patriarcado es normal comparar mujeres y hombres, esto no implica defender el binarismo sexual y/o de género. Para sostener la procedencia de la comparativa entre mujeres y hombres basta con reconocer que, a pesar de algunas variaciones, los significados de «mujer» y «hombre» tienen suficiente continuidad histórica y transcultural para justificar el uso de tales términos (Walby, 1990: 15); o que, por ejemplo, hablar de mujeres resulta, no sólo necesario, sino imprescindible para elaborar y proteger los derechos que afectan a las mujeres (entendidas como sexo femenino) específicamente, como el derecho a la autonomía reproductiva, que incluye el derecho al aborto (Igarreda y Cruells, 2014:12). Para ser patriarcalista sin ser binarista basta con mantener que la división hombres/mujeres es sólo una división oportuna a efectos de identificar y explicar determinadas «desigualdades» de género o de garantizar determinados derechos. Es más, utilizar al patriarcado como recurso explicativo del diferente estatus social de hombres y mujeres no impide reconocer la existencia de otros sistemas de género en los cuales el binarismo hombre-mujer resulte cuestionable (por ejemplo, el que afecta a las personas trans y *queer*).

La tercera caracterización del feminismo tiene que ver con la interseccionalidad. Desde su introducción por el feminismo negro estadounidense (Crenshaw, 1989, 1991), la reflexión sobre el significado de esa palabra y su aplicabilidad ha dado lugar a una vastísima literatura, que también se refleja a nivel estatal (Barrère y Morondo, 2016), bien desde una óptica general (int. al. Platero, 2016; Cruells y La Barbera, 2016) o, más específicamente, en relación al Derecho antidiscriminatorio (excluyendo los trabajos propios, Rey Martínez, 2008; Morondo, 2016; Ghidoni, 2018; Serra, 2020). Funcionar como ideograma

(cruce, intersección), ha hecho de la interseccionalidad un concepto prolífico (es fácil imaginar un cruce) pero, en la misma medida, confuso, particularmente en relación a qué es lo que se cruza: ¿son factores?, ¿son condiciones?, ¿son circunstancias?, ¿son categorías?, ¿son identidades?, ¿son sistemas?, ¿son proyectos? En lo que aquí respecta, la visión de la interseccionalidad es sistémica, es decir, lo que se cruzan son sistemas de poder (el patriarcado con el clasismo, el racismo, el capacitismo, el edadismo, etc.) que, manifestados en tratos o series de tratos, crean condiciones y circunstancias que afectan a las personas en sus intereses y experiencias. Conocer las intersecciones o interconexiones entre el sistema de género con otros sistemas de poder explica que no todas las mujeres tengan las mismas *experiencias* de «desigualdad». Esto es importante tenerlo en cuenta porque las experiencias de desigualdad de las mujeres, ni surgen ni se explican por sí mismas. Y si se menciona esta cuestión es porque en las últimas décadas se ha abierto una especie de brecha abismal entre la perspectiva sistémica y la «experiencial» que, no sólo a nuestro juicio (Dotson, 2014: 50), no debería plantearse como tal. Los relatos experienciales de las mujeres son indispensables para conocer la realidad de estas, pero para saber cómo se produce la realidad de muchas y, sobre todo, para saber cómo se puede dejar de producir, es necesaria una explicación en clave sistémica.

Perfilada la idea de feminismo toca proyectarla sobre el Derecho o, lo que es igual, hablar de iusfeminismo. Esto, que en principio parece algo sencillo, dista de serlo, no tanto por la pluralidad de «feminismos» —pues, al fin y al cabo, ya nos hemos decantado al respecto— como por la pluralidad de «feminismos *jurídicos*» (Costa 2016). Todo feminismo jurídico requiere una concepción del Derecho y, por tanto, también el que se defiende aquí, más que nada para evitar que se genere la percepción de que se opta por una definición estatalista y formalista del Derecho que es la que se prodiga en las Facultades y que estructura las enseñanzas jurídicas.

El Derecho es un fenómeno normativo, pero también (o por eso mismo) es una práctica social (Atienza, 2013:26) que tiene que ver con la configuración y el ejercicio del poder político. Definirlo como una práctica social implica que en ella participa todo el mundo y que el llamado Derecho legislado, junto al jurisprudencial y al doctrinal, constituyen únicamente unos tipos de esa práctica social. Esta concepción del Derecho es compatible, por ejemplo, con la que ofrece Santos, quien critica la concepción moderna del Derecho basándose en tres de sus aspectos: a) la consideración del Derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; b) la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y sociedad civil; y c) la visión del Derecho como principio e instrumento universal de la transformación social políticamente legitimada (2009:47).

Sobre este colchón conceptual, el objetivo de este trabajo no es efectuar una mirada iusfeminista sobre el Derecho en general sino, como ya se ha avanzado, sobre el denominado Derecho antidiscriminatorio, es decir, sobre esa práctica legislativa, jurisprudencial y doctrinal que se ha ido configurando en torno a las prácticas reivindicativas —pero no menos jurídicas— de los movi-

mientos sociales (antisexistas, antirracistas, anticapacitistas, anticlassistas, etc.). Es más, en lo tocante a este epígrafe el objetivo es aún menos ambicioso, ya que se trata de poner de relieve qué entiende el feminismo patriarcalista por discriminación; algo que se hará por medio de una pequeña digresión.

En 2018 asistí a un acto sobre las reivindicaciones de las trabajadoras de hogar y de cuidados. En él se nos facilitó una publicación colectiva titulada *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico participativo y plan de acción integral* (Escobar et al., 2018). Se trataba de un libro que hemos utilizado bastante en la Clínica Jurídica por la Justicia Social de la UPV/EHU en la que se dirigen Trabajos Fin de Grado y Trabajos Fin de Máster sobre *casos de discriminación* del entorno. Precisamente por esa circunstancia tuve que leerlo con cierto detenimiento y comprobé que en el glosario final de conceptos no aparecía ninguno designado con el término discriminación. Resulta significativo —pensé en su momento— que en un libro en el que se da a conocer la realidad de un sector laboral feminizado, precarizado e infravalorado, no parezca relevante la inclusión de la palabra *discriminación*. Pero, en el fondo, intuía el porqué.

Hasta hace apenas seis meses, ninguna instancia jurídica española consideraba discriminatorio que las trabajadoras del hogar y de cuidados carecieran del derecho a la prestación por desempleo. De hecho, tuvo que ser el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) el que, en su reciente Sentencia de 22 de febrero de 2022 (as. C-389/20, *CJ y Tesorería General de la Seguridad Social*), respaldara la demanda de una trabajadora gallega calificando la falta de dicha prestación como *discriminación indirecta* (un tipo jurídico de discriminación que, como se verá más en detalle en el epígrafe siguiente, se define en función de los efectos desproporcionados sobre uno de los sexos). No parece ajeno a este tirón de orejas procedente de instancias europeas que el pasado mes de abril el Gobierno de España ratificara el Convenio 189 OIT, pero no es esta la cuestión. Aquí interesa destacar la victoria, sí, pero exigua, que la Sentencia sobre discriminación supone en relación a la situación de las mujeres que realizan el trabajo del hogar y de cuidados. Como resulta conocido, este tipo de trabajo ha sido considerado siempre «especial»; una especialidad que conserva todavía hoy en día, una vez incluido en el Régimen General de la Seguridad Social. Para conocer la realidad en la que se desarrolla este trabajo invito a leer los relatos de las experiencias de racismo, sexismo y clasismo de las mujeres trabajadoras de este sector en el libro ya mencionado (Escobar et al. 2018: 63 y ss.). Ahí se pone también en evidencia que, como señala Otxoa (2021), en este sector no se trata sólo de las leyes laborales aplicables, ciertamente mejorables, sino «del incumplimiento generalizado de las que ya existen» en relación a «las formalidades y garantías de la contratación, la falta de control, la dejación voluntaria de sus obligaciones por parte de la Inspección de Trabajo, la Tesorería de la Seguridad Social, las instituciones responsables de la salud laboral...».

En otros términos, la Sentencia, a través del uso del concepto jurídico de discriminación (indirecta) se pronuncia sobre un aspecto concreto de la rela-

ción laboral, pero desgajado de otros tratos (no menos discriminatorios) que configuran la relación laboral, sin vislumbrar el incumplimiento sistemático de unas normas que afectan a los tiempos de trabajo, a las formas de finalizar la relación laboral, al cálculo de las pensiones, a las violencias sufridas y a un salario bruto medio total que es más de un 50% inferior al salario medio de todas las ramas de actividad (UGT, 2021). El concepto de discriminación indirecta empleado en la Sentencia no sirve por tanto para significar una realidad que no se reduce a un trato sino a una serie de tratos relacionados. Todas las normas que regulan y —en teoría— garantizan los derechos de quienes trabajan en el sector del hogar y de cuidados son neutras y repercuten desproporcionadamente en las mujeres, por lo tanto, todas ellas producirían discriminación indirecta. ¿Por qué, entonces, lo que llega a las instancias jurídicas y estas reconocen como discriminación es sólo la falta de prestación por desempleo? En buena medida la explicación la ofrece también Otxoa: es que «[e]l cumplimiento de las normas ya existentes dejaría desarbolado el sistema actual de cuidados, tanto el que se hace en régimen interno como el externo» (énfasis añadido). En otros términos, no es solo que el Derecho sea insuficiente, sino que el que hay se incumple con el conocimiento y beneplácito del poder político que, a merced del capitalismo liberal del patriarcado y del racismo, no ha modificado el «nexo sistémico entre cuidados, desigualdad y precariedad/exclusión/pobreza» (Pérez Orozco, 2017: 4). Además, hay otra cuestión que tampoco se vislumbra en la Sentencia que dictamina la existencia de discriminación. Para ilustrar la desproporción que justifica la aplicación del concepto de discriminación *indirecta* el TJUE tuvo que apoyarse en que el 95,53% de las personas que en 2021 se dedicaban al trabajo del hogar eran mujeres (datos recogidos en el párrafo 45 de la Sentencia), pero en dicho porcentaje no aparece reflejado el alto número de mujeres migrantes que integran ese sector, con un índice de trabajo sumergido que se sitúa en el 40% y en el que la mayoría carece de *papeles* (Fundación Ellacuría, 2017: 4).

Resumiendo: la aplicación del concepto jurídico de discriminación indirecta en el caso citado deja fuera *toda una serie de tratos* por acción, pero sobre todo por omisión (inacción) con los que el Estado mantiene a las trabajadoras del hogar y de cuidados en una situación de desigualdad compleja (Morondo et al. 2021), tanto dentro del mismo sector laboral (de la mayoría de mujeres en relación a los hombres y de muchas mujeres migrantes sin papeles en relación a otras mujeres del sector con ellos), como, por supuesto, fuera del sector; una *serie de tratos* que no es posible identificar si no es en clave sistémica, es decir, examinando la alianza entre diversos sistemas de poder como son, junto al patriarcado, el capitalismo neoliberal y el neorracismo, este último, como señalan Buraschi y Aguilar, articulado sobre la etnia, la cultura, la identidad y *la inmigración* (2019: 69). En los epígrafes siguientes se verá cómo se construye jurídicamente el andamiaje que sostiene el concepto actual de discriminación y la forma de abordarlo.

3. EL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO Y EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN HEGEMÓNICO EN LA CULTURA JURÍDICA

Cuando se habla del origen del Derecho antidiscriminatorio (Barrère, 1997; Rey Martínez, 2019) se suele hacer referencia a la respuesta jurídica que ofrecen los poderes públicos ante las demandas de las minorías numéricas y sociológicas que en los Estados Unidos se articulan en torno al movimiento por los derechos civiles en los años sesenta del siglo pasado. Su contenido estaría centrado en una serie de actuaciones normativas procedentes de los poderes judicial y ejecutivo articuladas en torno a tres conceptos fundamentales que, para simplificar (es decir, para no entrar en cuestiones de traducción que complejizarían la exposición), referiremos como el binomio *discriminación directa/discriminación indirecta* (elaborado por el Tribunal Supremo) y acción positiva (vinculado a la Administración). Sin embargo, como se irá viendo, lo que hace que se pueda hablar de un Derecho antidiscriminatorio y no simplemente antidiscriminación es la acción de los poderes públicos.

Por discriminación *directa* (*disparate treatment*) se entiende un trato desfavorable en situación comparable por razón de sexo, raza, etc. Por discriminación *indirecta* (*disparate impact*) un trato neutro (en cuanto al sexo o la raza) pero que repercute negativa y desproporcionadamente en un grupo históricamente desaventajado. En cuanto al origen de la acción positiva (*affirmative action*) se suelen mencionar las Órdenes Ejecutivas dictadas por los presidentes Kennedy, Johnson y Nixon que, basándose en técnicas de motivación indirecta para intervenir en el sector privado, promueven la integración de minorías en empresas y universidades que habían practicado la segregación racial.

No existe en el Derecho estadounidense una definición legal de acción positiva, si bien la Comisión de Derechos Civiles la define en 1977 como: «Cualquier medida, más allá de la simple terminación de una práctica discriminatoria, adoptada para corregir o compensar por una discriminación presente o pasada o para impedir que la discriminación se reproduzca en el futuro». Esta definición no reduce las medidas de acción positiva a la integración numérica de las minorías. Es más, había sectores que criticaban tal reducción de (todas) las acciones positivas a técnicas de integración (cuotas, reservas de plazas, asignación de puntos, etc.) cuyas medidas están sujetas a juicios de (i)legitimidad —en teoría— por «discriminar» a quienes no pertenecen a los grupos históricamente discriminados.

Importado en Europa, ese Derecho antidiscriminatorio de origen estadounidense se va a ir plasmando a través de la jurisprudencia del TJUE y de toda una serie de Directivas que, en una primera etapa, quedarán circunscritas a la ruptura de la regla de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito del empleo, pero a partir del 2000 se amplían a factores diversos del sexo (Directiva 76/207/CEE, Directiva 97/80/CE, Directiva 2000/43/CE, Directiva 2000/78/CE). Tras las directivas del 2000, el bloque del Derecho antidiscriminatorio derivado en la Unión Europea se ve acrecentado por otras dos nuevas

directivas. Se trata de la Directiva 2002/73/CE que modifica la anteriormente citada de 1976 (refundidas luego en la Directiva 2006/54/CE) y la Directiva 2004/113/CE, siendo estas dos últimas las que, según su Exposición de Motivos, se propone trasponer la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Dada la adecuación de la LOI a los dictados de las Directivas, se recogerán explícitamente de aquélla los conceptos de discriminación directa, discriminación indirecta y acción positiva.

Centrándonos en el ámbito estatal, comenzaremos por el contexto. En la Constitución española no se define la discriminación, sino que únicamente se prohíbe. Como señala el artículo 14: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Este artículo constitucional puede ser considerado como la típica fórmula antidiscriminatoria que tiende a paliar los efectos del falso universalismo, ese que remite a las Declaraciones de derechos de finales del XVIII, cuando, a pesar de la igualdad política («Todos los hombres son (nacen) iguales») sólo un sector de la población (blancos, propietarios, heterosexuales, etc.) tenían derechos universales. El falso universalismo fue explícito e implícito. Explícito porque, aunque en las propias Declaraciones no se nombraba a quienes se excluía de los derechos, la exclusión se practicaba en otros textos jurídicos. Implícito porque los derechos reconocidos se van a desarrollar y garantizar en función de las necesidades, experiencias e intereses del grupo que no era necesario ni nombrar (en realidad, un grupo minoritario constituido por varones, blancos y propietarios, pero también sin discapacidades, heterosexuales, etc.; los auténticos ciudadanos).

Las fórmulas como las del artículo 14 CE, precedidas de la referencia a la «igualdad ante la ley», están pensadas para paliar el falso universalismo explícito, considerándose que esto era posible si las normas no hacían diferenciaciones en el trato (entre mujeres y hombres, personas blancas y negras, ricas y pobres, etc.). De hecho, en las primeras fórmulas antidiscriminatorias de los textos internacionales, la salvaguarda del principio de igualdad se anuda a que no haya «distinción alguna». Pero estas no eran suficientes para neutralizar las consecuencias del falso universalismo implícito. Para hacer frente a este último, que —además de a las necesidades y experiencias— afecta a los intereses de quienes han sido considerados constitutivamente ciudadanos, en las actuales democracias se elaboran artículos como el 9.2. CE, que atribuye a los poderes públicos la *promoción de la igualdad real y efectiva*. Textualmente: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Es frecuente que la doctrina jurídica interprete el artículo 14 CE como un derecho fundamental a la *igualdad formal* o *jurídica*, poniéndolo en relación con el 9.2. CE, destinado a la promoción de la igualdad real y efectiva, también denominada *igualdad material* o *fáctica*, pero también *plena*. Las denomina-

ciones crean cierta confusión, y no casual, en dos sentidos: a) sólo la igualdad del artículo 14 CE se suele denominar jurídica, pero, en la medida en que también se prescribe la igualdad en el artículo 9.2. CE, las «dos igualdades» serían jurídicas; y b) la igualdad formal del artículo 14 CE se contrapone a la igualdad fáctica del artículo 9.2 CE, pero lo formal del Derecho, por muy formal que sea —es decir, a no ser que se considere una entelequia— es también factual. Sobre los efectos irónicos de esta división está la famosa frase atribuida a Anatole France: «La ley, en su majestuosa igualdad, prohíbe tanto a los ricos como a los pobres dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan» (o, en versión similar: tanto los ricos como los pobres tienen igual derecho a dormir debajo de un puente). Pero es ese el instrumental jurídico con el que contamos para procurar una sociedad más igualitaria. En este sentido, subrayar la necesidad de una interdependencia interpretativa sirve para subrayar que la promoción de la igualdad real y efectiva por parte de los poderes públicos es un requisito directamente proporcional al disfrute del derecho a la no discriminación y viceversa (que el nivel de disfrute del derecho a la no discriminación será proporcional al nivel de promoción de la igualdad real y efectiva).

Pero volvamos a las definiciones. El concepto de discriminación se aborda por primera vez en los artículos 3 y 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI). La propia denominación del artículo 3 de la LOI (El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres) avanza el concepto de igualdad que fundará el de discriminación. Es la igualdad *de trato* la que está en juego, definida como «la ausencia de *toda* discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo» (cursiva añadida). Por su parte, el artículo 6 define los conceptos de discriminación directa e indirecta en sus párrafos 1 y 2, respectivamente, precisando que: «Se considera discriminación directa por razón de sexo *la situación* en que se encuentra *una persona* que sea, haya sido o pudiera ser tratada, *en atención a su sexo*, de manera menos favorable que otra *en situación comparable*»; mientras que «Se considera discriminación indirecta por razón de sexo *la situación* en que una *disposición, criterio o práctica* aparentemente *neutros* pone a *personas de un sexo* en desventaja particular con respecto a *personas del otro*, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados» (cursiva añadida).

Examinemos detenidamente esta caracterización. Según las definiciones transcritas:

- 1) La discriminación es *unipersonal*, es decir, afecta a *una* persona.
- 2) La discriminación es *una tantum*, es decir, dura lo que dure el trato que la ha ocasionado.
- 3) Si no hay discriminación directa o indirecta, hay igualdad de trato.
- 4) La discriminación es *situacional*, es decir, a pesar de que se supone que proviene de un trato, el peso definitorio no recae en el trato sino en la *situación*.

- 5) La discriminación es *bilateral*, ya que puede afectar *tanto* a individuos de un sexo *como* de otro (además de *binarista*).
- 6) La discriminación es *monocausal*, en el sentido de que se basa sólo en una causa, la «razón de sexo».
- 7) La discriminación es *formalmente comparativista*, en el sentido de que no determina los términos ni el alcance de la comparación.
- 8) La discriminación es *diferencialista*, en el sentido de que la indiferenciación en el trato (el trato «neutro») se presume como no discriminación.
- 9) La discriminación es una cuestión de *favor* o *desventaja*, no de estatus o jerarquía grupal.
- 10) La discriminación (indirecta) es *derrotable*, es decir, admite —en términos hartianos— un «a menos que», en este caso basado en la «objetividad» de la finalidad y los medios.

Estas diez notas distintivas son suficientes para poder calificar la definición legislativa de la discriminación como «anti-sistémica», es decir, contraria a la visión iusfeminista interseccional perfilada en el epígrafe anterior. Precisaremos el alcance de la menos evidente, como es la relativa al carácter *situacional* o estático de la discriminación. Esta caracterización procede de Europa, concretamente de la Directiva 2002/73/CE, que modifica la Directiva 76/207/CEE, y posteriormente se mantiene tanto en la Directiva 2004/113/CE como en la de refundición de las dos anteriores, la Directiva 2006/54/CE. Con anterioridad (en la Directiva 2000/43/CE y en la Directiva 2000/78/CE), el término «situación» no tuvo cabida, definiéndose la discriminación en función del *trato o conducta agente*. Sin embargo, tanto en la Directiva de 2002, como luego en la de 2006 (referidas a la igualdad de mujeres y hombres), el peso caracterizador se desplaza a la *situación*, aun cuando, en el caso de la discriminación indirecta, se tenga que hablar tautológicamente, de «una situación que sitúa». Ahora bien, independientemente de las razones, incluso loables, que hayan podido influir para tal desplazamiento (en hipótesis, desvincular lo discriminatorio de la intencionalidad, a diferencia de lo que ocurre en EE. UU.), poner el peso definitorio de la discriminación en la situación desdibuja la idea de que no hay discriminación sin trato (sea éste próximo o remoto, consciente o inconsciente, activo o pasivo, individual o colectivo, lingüístico o extralingüístico, etc.). Entre las diversas clasificaciones posibles de los tratos adquiere especial relevancia la que distingue a los tratos en activos y pasivos (o, en otros términos, de acción y de omisión), dado que la discriminación por omisión o por inacción puede adquirir un enorme potencial si, como ya hemos avanzado, la interpretación conjunta de los artículos 14 y 9.2 CE permite concluir que, en tanto los poderes públicos no promueven la igualdad real, contribuyen a la discriminación prohibida.

Por su parte, las características mencionadas en séptimo y noveno lugar permitirán que el uso del concepto de discriminación indirecta contribuya a la consolidación del orden patriarcal. Cabe mencionar al respecto los casos relativos al trabajo parcial desempeñado mayoritariamente por mujeres, un clásico

de la discriminación indirecta, y los que tienen que ver con las excedencias para el cuidado de hijos (*sic.*). El primer grupo de casos puede sintetizarse como sigue: es discriminación indirecta con base en el sexo que el salario a tiempo parcial (que es desempeñado mayoritariamente por mujeres) sea de menor cuantía que el trabajo a tiempo completo (entran en este supuesto al menos una decena de sentencias del TC de las que, por razones de espacio, se menciona la que —salvo error— es la última: la STC 110/2015, de 28 de mayo). El segundo grupo basa el reconocimiento de la discriminación indirecta en el dato de que sean las mujeres quienes solicitan las excedencias de manera casi exclusiva en comparación con el número de hombres que lo hacen así (en esta línea, STC 240/1999, de 2 de diciembre y STC 203/2000, de 24 de julio). En definitiva, el esquema interpretativo coincide, pues, en ambos grupos de sentencias: se reconoce la discriminación indirecta porque son las mujeres quienes mayoritariamente trabajan a tiempo parcial y disfrutan de excedencias para el cuidado de sus hijos. De este modo, la utilización del concepto de discriminación indirecta sirve a los «intereses prácticos» o inmediatos de las mujeres, pero, situando ahí la discriminación acaba reforzando el sistema patriarcal, uno de cuyos elementos fundamentales es, precisamente, la atribución a las mujeres del rol de cuidadoras (que es por lo que trabajan a tiempo parcial y solicitan excedencias).

Con todo, la mayor visibilidad del carácter anti-sistémico de la tipificación de la discriminación de la LOI se produce cuando se compara esta Ley con la LOVG, tres años anterior. En la LOVG no se había definido la discriminación, pero se había definido la violencia en función de ella. De hecho, su artículo 1.1. se refiere a la violencia de género como una *manifestación de la discriminación* de los hombres sobre las mujeres («La presente Ley tiene por objeto actuar contra *la violencia* que, como *manifestación de la discriminación*, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...»). Así, para conceptualizar la violencia de género como manifestación de la discriminación no hay más remedio que salirse del concepto de (los tipos de) discriminación de la LOI. Y tiene su lógica. La referencia a la violencia como manifestación de la discriminación del artículo 1.1. de la LVG es una reproducción de la contenida en los principales textos internacionales sobre violencia contra las mujeres, desde la Declaración de 1993. Se trata de textos respaldados por la idea de que es el sistema patriarcal el constitutivamente discriminatorio y la violencia (en sentido amplio, es decir no sólo las agresiones físicas) una forma de manifestarse. No hay violencia sin discriminación por lo mismo que no hay discriminación sin violencia. El sistema es discriminatorio porque, a su vez, la violencia sostiene la discriminación. Para el feminismo patriarcalista —que no había podido dejar huella teórica sobre la violencia como nexo sistémico del patriarcado en 1979, cuando se aprobó la CEDAW—, el concepto clave del patriarcado es el de violencia —se insiste— porque el patriarcado es constitutivamente discriminatorio y, en ese sentido, todos los tratos que reciben las mujeres en las estructuras e instituciones sociales (familia, trabajo, política, religión, etc.) son interpretables en dicho marco, indepen-

dientemente de que el Derecho los prohíba o no. De ahí la disparidad entre la conceptualización de la discriminación de la LOI y la de la LOVG. A la hora de conceptualizar la violencia de género como discriminación no sirve el concepto de discriminación de la LOI, y eso lo prueban los tribunales. En ninguna de la treintena de sentencias relativas a la discriminación por razón de sexo (la primera, la STC 59/2008, de 14 de mayo y la última, la STC 79/2010, de 26 de octubre), emitidas por el TC con ocasión de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la LOVG se utiliza la tipificación de la discriminación como directa o indirecta. Es decir, la virtualidad de esa distinción resulta en estos casos nula.

4. DEL DERECHO ANTIDISCRIMINATORIO AL DERECHO ANTISUBORDISCRIMINATORIO

La cultura jurídica no es dada a revoluciones ni cambios de paradigma. Es más, hay veces que, los que se consideran tales, se quedan en el camino. Voy a mencionar un ejemplo de ello utilizando un concepto del Derecho antidiscriminatorio al que todavía no se ha prestado la debida atención en este trabajo. Me refiero al de acción positiva (como política antidiscriminatoria) o a las acciones positivas (como medidas de tal política). La introducción conceptual de la acción positiva en el ordenamiento jurídico español se atribuye a la STC 128/1987, de 16 de julio. Esta sentencia se considera un *leading case* en tanto, en un supuesto similar a otros anteriores, el TC resuelve de manera distinta. La demanda que da origen a la sentencia es interpuesta por un varón que se siente discriminado porque en el centro hospitalario del Insalud en el que trabaja de ATS existe un complemento retributivo mensual en concepto de guardería que se reconoce a todas las mujeres que tengan hijos menores de seis años y que sólo se reconoce a los hombres en el supuesto de que sean viudos. El razonamiento esperado, a tenor de resoluciones anteriores hubiera sido el de la «igualación por arriba», es decir, en este caso, el de la extensión del complemento retributivo a los hombres, aunque no fueran viudos. Sin embargo, en esta ocasión el TC pone el énfasis en que «la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene», por lo que considera que «no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social» (f.j. 10). De ahí su conclusión de que el complemento por guardería a la mujer: «no constituye por tanto una discriminación prohibida por el artículo 14 de la CE, sino, *por el contrario*, una medida destinada a paliar la discriminación sufrida por ese conjunto social y que responde al mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 del texto fundamental» (f.j. 11, cursiva añadida). Como ya se ha avanzado, esta Sentencia fue, en su momento, un *leading case*, pero también una Sentencia controvertida porque, si bien se valoró la introducción del concepto de acción positiva, se destacó el *efecto boo-*

merang del que, por otra parte, ya había advertido el Ministerio Fiscal (a. 6), al primarse el papel de la mujer en la custodia de los hijos menores (lo que exime de tales tareas a los hombres). Cuestionable concepto, pues, el de acción positiva usado en la Sentencia y cuestionable también el alcance antidiscriminatorio de esta.

La definición de las «acciones positivas», así, en plural, se lleva a cabo en el artículo 11.1. de la LOI: «Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso». Desde un enfoque interseccional una formulación de este tipo resulta reductiva, en tanto puede haber mujeres en situación de desigualdad de hecho respecto de otras mujeres y no sólo de los hombres. Tampoco parece acertada la caracterización como medidas «a favor de», por lo que esto pueda evocar de trato de favor o favoritismo, pero no hay duda de que la referencia a la acción positiva (de la que el artículo 11.1. constituiría solo un modelo en clave diferenciadora) constituye un pilar fundamental, no sólo del Derecho antidiscriminatorio, sino del Derecho antisubordiscriminatorio que, de manera más o menos tímida, va dando pasos adelante. En lo que sigue me referiré a dos supuestos que apuntan en esa dirección.

El primero tiene que ver con una resolución judicial en la que se trabaja con el concepto de discriminación indirecta y de acción positiva de la LOI. Se trata de una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana (*Sentencia 134/2021, 24 Feb. Recurso 417/2018*). En ella, el TSJ estima en parte el recurso contencioso interpuesto por CC.OO contra una resolución del Conseller de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, por la que se convocan, para el ejercicio 2019, subvenciones del Programa para la promoción de investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación en la Comunitat Valenciana, y anula el apartado que, en relación con las subvenciones ofertadas, exige que las solicitudes se acompañen de un documento con los resultados científicos en materia de investigación del solicitante del proyecto en los últimos 6 años. El TSJ considera, con el sindicato demandante, que esa previsión de la convocatoria implica una discriminación indirecta hacia la mujer. Tras reseñar la normativa aplicable, la Sala expone los datos extraídos de los estudios e informes de organismos públicos aportados con la demanda y no discutidos por la Administración demandada, que revelan que en los últimos años el porcentaje de solicitudes de subvenciones correspondiente a mujeres es muy notablemente inferior al de hombres, de lo que deduce que ello obedece a *una situación de discriminación indirecta por razón de sexo que el poder público debe tratar de enmendar*, según se deriva del artículo 9.2. CE e impone el artículo 11. de la LOI, al prescribir que los poderes públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. El

TSJ concluye anulando el apartado de la convocatoria impugnado, aunque aclara que la estimación del recurso ha de ser parcial, en atención a que *no puede imponer a la Generalitat la medida o medidas positivas que ha de adoptar con el fin de hacer efectivo el derecho a la igualdad*, en los concretos términos recogidos en el suplico de la demanda.

Se puede decir que esta STSJCIV sigue la ruta de un Derecho antisubordinatorio por dos motivos concatenados: a) porque utiliza el concepto de discriminación indirecta con una mirada «sistémica» que no consolida roles o estereotipos —algo esencial de analizar (Lousada, 2020)— yendo más allá del caso concreto; y b) porque, como actuación de un poder público a nivel individual (en un caso), cumple su labor de promoción de la igualdad real y efectiva recordándole a otro poder público su deber constitucional de cumplir con una actuación a nivel grupal.

El segundo supuesto que da un paso adelante en la configuración del Derecho antisubordinatorio tiene que ver con la LITND. Son varios los aspectos a destacar en esta reciente Ley. Por ejemplo: a) la amplitud del ámbito subjetivo de aplicación, que afecta al nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, expresión de género, enfermedad o condición de salud, estado serológico y/o predisposición genética a sufrir patologías y trastornos, lengua, situación socioeconómica, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (artículo 2); b) la incorporación de nuevas formas de discriminación a la directa e indirecta, entre las que se encuentran, además de la discriminación por asociación y discriminación por error (artículo 6.2.), la discriminación múltiple y la interseccional (artículo 6.3.); o c) la manera en la que se presentan las acciones positivas, como medidas de «acción positiva», y ya no como tratos «a favor de» (artículo 7). Pero, debiendo elegir, lo más interesante en relación al avance del Derecho antisubordinatorio tiene que ver con la regulación del derecho a la igualdad de trato y no discriminación (artículo 4). Cuando, entre el elenco de vulneraciones del derecho a la igualdad, además de las diversas «discriminaciones» ya mencionadas —a las que se añade «la denegación de ajustes razonables, el acoso, la inducción, orden o instrucción de discriminar o de cometer una acción de intolerancia, las represalias o el incumplimiento de las medidas de acción positiva derivadas de obligaciones normativas o convencionales»—, se incluye expresamente «la inacción, dejación de funciones, o incumplimiento de deberes» (artículo 4.1.). A nuestro juicio, esto último puede suponer un gran salto en el avance del Derecho antisubordinatorio porque da cobertura legal a lo que antes se ha denominado «discriminación por inacción o por omisión».

Para no resultar excesivamente crítica voy a explicar el alcance sirviéndome de un caso al que ya me referí en otro lugar (Barrère, 2018b: 306-7). Se trata de la STC 26/2011, de 14 de marzo. Es una sentencia curiosa, en el sentido de que el demandante de amparo es un hombre que considera que la denegación de su pretensión de realizar la jornada laboral en horario de noche, no sólo le discrimina a él por razón de su paternidad, sino también a su espo-

sa, que resultaría víctima de una *discriminación indirecta por razón de sexo*. Esta última pretensión es apartada de su análisis por el TC con el argumento de que «a través del recurso de amparo sólo pueden protegerse, en principio, los derechos fundamentales y libertades públicas de los directamente afectados, entendiéndose como tales los titulares del derecho subjetivo presuntamente vulnerado», pero en su conclusión el TC otorga el amparo al recurrente con base en que los órganos judiciales no habrían tutelado debidamente el derecho fundamental del mismo «a la no discriminación por razón de sus circunstancias personales o familiares (artículo 14 CE), relacionadas con su responsabilidad parental en la asistencia de todo orden a sus hijos menores de edad (artículo 39.3 CE)» (f.j. 6).

El fallo de esta sentencia demuestra originalidad, en el sentido de que —como también advirtiera el Magistrado Pérez Tremps en su Voto Particular— «ésta es la primera ocasión en que el Tribunal utiliza como categoría discriminatoria las circunstancias familiares» (párrafo 2). Sin embargo, como argumenta el propio Pérez Tremps, tener hijos de corta edad no parece de tal relevancia como para ser incluido entre los factores de discriminación protegidos por el artículo 14 CE (dicho con otras palabras, banaliza el vínculo de los factores de protección con los sistemas de poder). Mayor virtualidad tendría la postura arbitrada por dicho Magistrado, quien, aunque tímidamente («en su caso»), considera —coincidiendo, así, con el demandante— que este sería un supuesto de «discriminación indirecta de la mujer, dado que se trata de una medida que contribuiría a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, en el que la función de protección y cuidado de la familia recae principalmente en la mujer» (párrafo 2). Esto exigiría reconocer «un interés legítimo del recurrente para su defensa» *ex* artículo 162.1 b) CE, una vía sobre la que el Magistrado se muestra escéptico, pero que concordaría con un Derecho antisubdiscriminatorio, en tanto visibilizaría que, aunque el patriarcado subdiscrimina a las mujeres, no es posible actuar (sistémicamente) contra tal discriminación si no es operando también un cambio en las normas y prácticas que regulan las condiciones laborales de los hombres (en muchos casos, además, deseosos de tal cambio). Pero, además, un caso como este permite plantear ulteriores propuestas. En el trabajo ya mencionado sugerí utilizar el concepto de discriminación por omisión e insertarlo en una interpretación conjunta de los artículos 14 y 9.2 de la CE en el sentido siguiente: una normativa laboral que no promueva la participación del varón trabajador en las responsabilidades familiares es discriminatoria por razón de sexo en tanto reproduce el sistema sexo-género, siendo responsabilidad de los poderes públicos (incluyéndose en este caso al TC) adoptar una postura activa si no se quiere incumplir el mandato que obliga a promover la igualdad efectiva (artículo 9.2 CE) lo que, en consecuencia, equivaldría a discriminar por omisión (inacción).

Cuando realicé esta sugerencia no existía ninguna Ley que la avalara. Hoy, gracias a la LITND, creo que, con cierta dosis de optimismo, se puede decir que sí.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATIENZA, M. (2013). *Podemos hacer más. Otra forma de pensar el Derecho*. Pasos Perdidos.
- BARRÈRE, M. y MORONDO, D. (2016). Introducing intersectionality into antidiscrimination law and equality policies in Spain. Competing frameworks and differentiated prospects. *Sociologia del Diritto*, 2, 169-190.
- BARRÈRE, M. (2018a). Filosofías del Derecho antidiscriminatorio. ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio. *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, 11-42.
- (2018b). El principio de igualdad de trato vinculado a la discriminación directa o indirecta. VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (Direct.) *El Derecho a la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una evaluación del Primer Decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Thomson Reuters/Aranzadi, 119-153.
- (2019). *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordinatorio*. Olejnik.
- BURASCHI, D. y AGUILAR, M. J. (2019). *Racismo y antirracismo. Comprender para transformar*. Ed. Universidad Castilla-La Mancha.
- COSTA, M. (2016). *Feminismos jurídicos*. Didot.
- CRENSHAW, K. W. (1989). *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex.: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Policy*. University of Chicago Legal Forum, 140, 139-167.
- [1991] (2012). Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color. En Platero, L. (Ed.). *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Edicions Bellaterra, 87-122.
- CRUELLS, M. y LA BARBERA, M. (2016). ¿Qué factores favorecen la incorporación de la interseccionalidad en la praxis jurídica? En LA BARBERA, M. y CRUELLS, M. (coords) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*. CEPC, 529-553.
- DOTSON, K. (2014). Making Sense: The Multistability of Opression and the Importance of Intersectionality. In Namita Goswami, Maeve M O'Donovan & Lisa Yount (Eds.) *Why Race and Gender Still Matter*. Pickering & Chatto.
- ESCOBAR, A. et al. (2018). *Trabajadoras no domesticadas. Diagnóstico Participativo y Plan de Acción Integral*. Mundubat.
- FUNDACIÓN ELLACURÍA (2017). *Historias de cuidados y (des)igualdad. Mujeres Migradas Trabajadoras del Hogar y de los Cuidados*.
- GHIDONI, E. (2018). La esterilización forzada en intersecciones distintas: un enfoque estructural para el análisis de las desigualdades complejas. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 38, 102-122.
- GIL, S. (2011). *Nuevos feminismos. Sentidos comunes en la dispersión*. Traficantes de Sueños.
- GRIMSON, A. y CAGGIANO, S. (2015). Introducción. En CAGGIANO, S. y GRIMSON, A. (coords.). *Antología del pensamiento crítico argentino*. Clacso, 11-31.

- IGAREDA, N. y CRUELLS, M. (2014). Críticas al derecho y el sujeto «mujeres» y propuestas desde la jurisprudencia feminista. *CEFD*, 30, 1-16.
- LIPPERT-RASMUSSEN, K. (2014). *Born Free and Equal?* Oxford University Press.
- LOUSADA, J. F. (2020). *El enjuiciamiento de género*. Dykinson.
- MORONDO, D. (2016). La interseccionalidad entre teoría del sujeto y perspectiva de análisis: algunos apuntes desde la teoría del derecho antidiscriminatorio. En LA BARBERA, M. y CRUELLS, M. (coords.) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*. CEPC, 481-500.
- MORONDO, D. et al. (2021). *Desigualdades complejas e interseccionalidad*. Dykinson.
- OTXOA, I. (2021). El Convenio de la OIT cumple 10 años. mientrastanto.e
- PÉREZ OROZCO, A. (2017). Recuperado el 12 julio de 2022 de <https://www.mugarikgabe.org/wp-content/uploads/2019/03/Tribunal-Popular-CAS-web.pdf>.
- PLATERO, L. (2016). La recepción del debate sobre la interseccionalidad y su impacto en las políticas públicas de igualdad de género en el Estado español. En LA BARBERA, M. y CRUELLS, M. (coords) *Igualdad de género y no discriminación en España: evolución, problemas y perspectivas*. CEPC, (pp. 501-527).
- REY, F. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283.
- (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Aranzadi.
- SANTOS, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*. Trotta.
- SERRA, R. (2020). El reconocimiento de la discriminación múltiple por los tribunales. *Teoría & Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, 27, 137-158. <https://doi.org/10.36151/td.2020.008>.
- UGT (2021). *Trabajo del hogar y cuidados. Una década sin avances otra década de precariedad*. Recuperado el 12 de julio de 2022 de https://www.ugt.es/sites/default/files/informe_empleadas_de_hogar.pdf
- WALBY, S. (1990). *Theorizing Patriarchy*. Blackwell.
- (2007). Complexity Theory, Systems Theory, A Multiple Intersecting Social Inequalities. *Philosophy of the Social Sciences*, 37, 449-470.

DOS APUNTES TEÓRICOS PARA EL ANÁLISIS FEMINISTA DEL DERECHO

*Irene de Lamo*¹

En objetivo esta contribución es aportar alguna pauta epistemológica para analizar el derecho desde la teoría feminista. En las siguientes páginas se ofrece una breve introducción sobre el vínculo entre el derecho y el movimiento feminista y la importancia de las reformas legales en las reivindicaciones feministas. A continuación, se revisan las publicaciones de las principales autoras que han realizado una crítica feminista a la teoría del derecho (Bartlett, 1989; Mackinnon, 1989; Matsuda, 1987; Scales, 1992; Thorton, 1986) y se propongo dos apuntes para investigar el derecho desde una perspectiva feminista

1. VÍNCULO ENTRE EL DERECHO Y EL MOVIMIENTO FEMINISTA

El vínculo entre el género y el derecho ha sido relevante desde que se empezaron a dictar leyes en las primeras civilizaciones (Lerner, 1986). Sin embargo, este vínculo se intensificó en las sociedades occidentales cuando surgió el feminismo. En particular, analizaré los encuentros entre género y derecho en la genealogía feminista propuesta Celia Amorós y otras autoras españolas en los diferentes cursos de Historia de la Teoría Feminista organizados en el Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid (Amorós y De Miguel, 2005a, 2005b, 2005c).

1. Este trabajo se enmarca dentro de una ayuda para la formación de profesorado universitario concedida por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Gobierno de España (FPU18/01746).

En las revoluciones liberales del siglo XVIII se sentaron las bases del derecho moderno y se dictaron las primeras declaraciones de derechos humanos en los países occidentales, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia (1789) y la Declaración de Derechos de Virginia en EE. UU (1776). Los sistemas legales se articularon en torno al liberalismo y, como consecuencia, el individuo fue identificado como el sujeto de derecho y titular de derechos y libertades. Además, tomaron el contractualismo como principal teoría emancipatoria según la que todos los individuos nace libres y se vinculan entre ellos a través del acuerdo y los contratos (Pateman, 1988).

Sin embargo, «ninguna promesa liberal puede salvar el hecho material de las grandes diferencias sociales» (Pernas, 2010) y la legislación elaboró un concepto de individuo muy acotado: hombre, adulto, blanco, con poder adquisitivo elevado, etc. (Federici, 2018; Pateman, 1988). El liberalismo estableció una férrea división entre esfera pública y privada en los países occidentales: reservó al ámbito pública la proclamación de la libertad del hombre blanco padre de familia que ostentaba responsabilidades laborales y, a la vez, legitimó las relaciones de dominación en un ámbito privado, como la del patrón sobre el obrero; la del hombre sobre la mujer y la de los adultos sobre la infancia. En la obra de juristas del momento como William Blackstone, se aprecia esta contradicción liberal. En sus célebres *Commentaries on the Laws of England*, publicados entre 1765 y 1792, indicaba que a la vez que existían los derechos y libertades en la esfera pública, en la privada existían ciertas relaciones de poder:

«Las tres grandes relaciones en la vida privada son:

1. La de patrón y trabajador, que se basa en la conveniencia, por la cual un hombre es dirigido a llamar a la asistencia de otros, donde su propia habilidad y trabajo no serán suficientes para responder a las preocupaciones que le incumben.
2. El de marido y mujer, que está fundada en la naturaleza, pero modificada por la sociedad civil: el que dirige al hombre a continuar y multiplicar su especie, el otro que prescribe la manera en que ese impulso natural debe ser confinado y regulado.
3. La de padre e hijo, que es consecuente con la del matrimonio, siendo su fin y diseño principales, y es en virtud de esta relación que los bebés están protegidos, mantenidos y educados».

En resumen, las revoluciones liberales conjugaron la dominación en el espacio privado y la proclamación de la libertad en la esfera pública. De forma paralela se configuró el *individuo* y el *no individuo* y se originó una paradoja entre liberación y dominación, que fue la base de los principales textos legales en los países occidentales.

Como *no-individuos*, varias mujeres empezaron a vindicar sus derechos ante esta contradicción. En la primera etapa de la historia del feminismo — conceptualizada como primera ola— que abarca desde el siglo XVIII hasta el siglo XIX, la Ilustración fue la plataforma conceptual que las mujeres abraza-

ron para vindicar sus derechos (Amorós y Cobo, 2005a). Antes de las revoluciones liberales, las mujeres expresaban sus malestares a través de los memoriales de agravios, como *La ciudad de las Damas* (1405) de Christine de Pizán. Sin embargo, la Ilustración fue el punto de inflexión para que las mujeres comenzaran a reclamar sus derechos y autoras como Olympe de Gouges con su *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana* (1791) o Mary Wollstonecraft a través de *Vindicación de los Derechos de la Mujer* (1792), exigieron ser reconocidas como ciudadanas, es decir, como sujetos de derecho.

En la segunda ola, que comprende desde primera mitad del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX (Amorós y Cobo, 2005a), las sufragistas canalizaron la voluntad de acceder a la vida pública a través del derecho a voto. El sufragismo surgió en Estados Unidos y en Inglaterra como un movimiento emancipatorio para las mujeres que hizo énfasis en el acceso de las mujeres a la educación, la dependencia conyugal de las mujeres en el matrimonio y el acceso de las mujeres a las mismas libertades y derechos que los varones en la legislación (Miyares, 2005). Este movimiento feminista liberal dio lugar a la reforma de textos legales, principalmente a la modificación de las Constituciones liberales, como se aprecia en la *Declaración de Sentimientos o Declaración de Seneca Falls*, de 1848 o en la reforma de la Constitución Española Republicana de 1931, promovida por Clara Campoamor.

En la tercera ola —que comprende la segunda mitad del siglo XX— se denuncia la discriminación de las mujeres sufren en los diferentes ordenamientos jurídicos, como la prohibición de abortar o la necesaria autorización de un varón para poder ejercer algunos derechos, por ejemplo, ejercer determinadas profesiones como la abogacía. La protesta de los movimientos feministas en países occidentales como España (de Lamo, 2021; Gahete, 2017), precipitó reformas legales, como la despenalización del aborto en España a través de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal; o la regulación del divorcio mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. En la cuarta ola, que se inicia a principios del siglo XXI, uno de los ejes de lucha es la violencia sexual (Cobo, 2019; Posada, 2020). En este sentido, en el Estado español se plantearon múltiples propuestas para reformar de la legislación penal a raíz de la gran repercusión de la causa judicial conocida como el Caso de la Manada. Este activismo ha dado sus frutos en la promulgación de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.

Este breve repaso de las olas feministas muestra que el derecho es una pieza esencial en las reivindicaciones feministas, de hecho, gran parte de los avances feministas se cristalizan en la aprobación de una ley y la modificación de los ordenamientos jurídicos.

2. NOTAS PARA ANALIZAR EL DERECHO DESDE LA TEORÍA FEMINISTA

Hasta finales del siglo xx el feminismo liberal, tanto el liberal como el sufragista, en los países occidentales concebía los ordenamientos jurídicos como sistemas neutros con alguna disposición discriminatoria que podía corregirse a través de reformas legales, como se aprecia en la obra de Betty Friedan (2018). En los años ochenta y setenta del siglo xx, varias académicas desde el feminismo radical y la Teoría Crítica de la Raza (Mackinnon, 1989; Matsuda, 1987; Scales, 1992; Thorton, 1986) trasladaron la atención de las reformas legales hacia la configuración patriarcal de los ordenamientos jurídicos. Abandonan la idea liberal de la reforma legal como solución a la desigualdad para poner el acento en cuestiones como «la lógica legal, la justicia, la neutralidad y la objetividad» de los sistemas legales (Smart, 1990:105).

La teoría feminista del derecho impugna la neutralidad del derecho y sostiene que los sistemas legales están diseñados a través una perspectiva androcéntrica. Señala que el derecho es masculino (Mackinnon, 1989), es decir, que es elaborado a través de una realidad parcial —solo la experiencia de los varones— y que, como consecuencia, los sistemas legales están impregnados de rasgos de género que se vinculan a los hombres en las sociedades patriarcales, como la racionalidad o la objetividad (Thorton, 1986). Un ejemplo del sesgo androcéntrico del derecho en España se encuentra en la definición de la diligencia de una persona media en el Código Civil español vigente como «diligencia de un buen padre de familia», una expresión que aparece hasta en diez preceptos (artículos 497, 1094, 1104, 1555, 1719, 1788, 1801, 1867, 1889 y 1903 del Código Civil).

No solo la actividad legislativa está diseñada a través de un sesgo androcéntrico, la investigación sobre el derecho también. En las últimas décadas la disciplina del derecho se ha considerado como una ciencia en el contexto académico español actual, de hecho, muchas universidades no cuentan con una facultad de derecho sino con una facultad de ciencias sociales y jurídicas o ciencias jurídicas y empresariales. Es el caso de la Universidad Carlos III de Madrid, la Universidad Rey Juan Carlos, la Universidad de la Rioja o la Universidad de Castilla la Mancha, entre otras.

La consecuencia de considerar el derecho como una ciencia es que la investigación jurídica no escapa del paradigma científico patriarcal. La ciencia es uno de los sistemas simbólicos más importantes en Occidente, sobre el que se ha consolidado el sistema patriarcal (Lerner, 1986). Las mujeres han sido excluidas de la comunidad académica durante siglos y principios como la objetividad científica, se han construido desde la realidad parcial que ofrece la experiencia de los varones que se ha tomado como universal (Fox Keller, 1985). Se ha originado una falacia androcéntrica en la ciencia, se ha creído que el conocimiento parcial producido por hombres es universal, neutral y objetivo. Esta falacia no se rectifica añadiendo a las mujeres, sino a través de una «reestructuración radical del pensamiento y análisis» (Lerner, 1984: 329).

Por tanto, a esta forma de pensar, investigar y diseñar el derecho también es aplicable la crítica feminista a la objetividad científica (Bartlett, 1989), en concreto, la teoría del conocimiento situado de Donna Haraway (1990) y la teoría de la objetividad fuerte de Sandra Harding (1988), que propone ubicarnos como investigadoras dentro de nuestra investigación y aprovechar nuestra posición privilegiada de conocimiento. En este punto, es necesario abordar cómo podemos estudiar el derecho desde una perspectiva feminista para corregir la falacia androcéntrica presente en la investigación del derecho.

2.1. Primer apunte: contextualizar los problemas jurídicos

El primer apunte para estudiar el derecho desde la teoría feminista hace referencia a la contextualización social de las normas o resoluciones jurídicas que se analicen. Esta primera pauta tiene dos lecturas, la primera consiste en analizar el contexto social en el que se produce la norma o resolución. La segunda implica estudiar el discurso jurídico sin solaparlo con el discurso social

2.1.1. Analizar el contexto social en el que se produce la norma o resolución

Cuando se analiza la discriminación de las mujeres en el derecho, un método habitual es formular la pregunta que se ha denominado en la literatura anglosajona como *the woman question* (Bartlett, 1989: 837). Es decir, plantearnos si se ha tenido en consideración a las mujeres para diseñar la norma o si la ley contiene alguna distinción en función del sexo. Esta metodología es positiva, pero en bastantes ocasiones la legislación no discrimina de forma directa y expresa a las mujeres. Como apunta Catharine Mackinnon (1989), el derecho posee un lenguaje sutil que a través de una supuesta neutralidad perpetúa discriminaciones que se originan en el discurso social. Sencillamente, el derecho no crea discriminación, sino que lo sostiene y perpetúa.

En este sentido, en países occidentales, como España, se han realizado múltiples reformas en el ordenamiento jurídico —como la regulación del divorcio o la legalización del aborto (Gahete, 2017)— y se ha alcanzado cierto grado de igualdad formal. Estas reformas sin embargo no han eliminado la discriminación hacia las mujeres, y diferentes autoras señalan que la en el siglo XXI se sigue perpetuando la opresión patriarcal (de Miguel, 2015; Puleo, 2005; de Lamo, 2021; Duncan, 2014; Walby, 1990). Por ejemplo, las mujeres siguen siendo las encargadas de la reproducción de la fuerza de trabajo y de la vida, de forma gratuita (Balbo, 1978; Carrasquer, 2009; Tobío, 2005; Nuño, 2010) o asalariada (Castelló Santamaria, 2011; Farris, 2017; Pla y Poveda, 2013). Otro ejemplo es la persistencia del discurso misógino a través de denominados micromachismos (Bonino, 1998) o neomitos (Lorente, 2009), es decir, conductas misóginas consideradas de baja intensidad que perpetúan los roles y rasgos de género (Bosch-Fiol y Ferrer-Pérez, 2012; Ferrer-Pérez et al., 2008).

Por tanto, para analizar el Derecho desde una perspectiva feminista no es suficiente con analizar únicamente la norma o las resoluciones jurídicas, es necesario analizar el contexto social en el que se produce, ya que las discriminaciones que sufren las mujeres no se originan en el derecho, sino en el ámbito social y el discurso jurídico las perpetua.

2.1.2. Evitar la juridificación de problemas sociales

Uno de los riesgos de no contextualizar el estudio del derecho es realizar un análisis incompleto y concluir erróneamente que las disposiciones o resoluciones que se analizan no poseen rasgos androcéntricos. Otro riesgo es confundir el discurso social con el jurídicos y solaparlos, concepción que puede llevar a juridificar problemas sociales. Propongo este concepto para analizar la reducción de problemas del ámbito social a su dimensión jurídica. Para ahondar en este fenómeno, he tomado como ejemplo el debate sobre violencia sexual que se originó en España en el 2018 y que ha culminado con la aprobación de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual.

La juridificación de problemas sociales puede resumirse las siguientes fases (figura 1), en primer lugar, se da una chispa jurídica, es decir una o varias causas judiciales adquieren una enorme repercusión social. La causa judicial conocida como el caso de La Manada, sobre una violación grupal, ganó una gran repercusión social cuando se dictó la sentencia de 20 de marzo de 2018 de la Audiencia Provincial de Navarra (Brandáriz Portela, 2021).

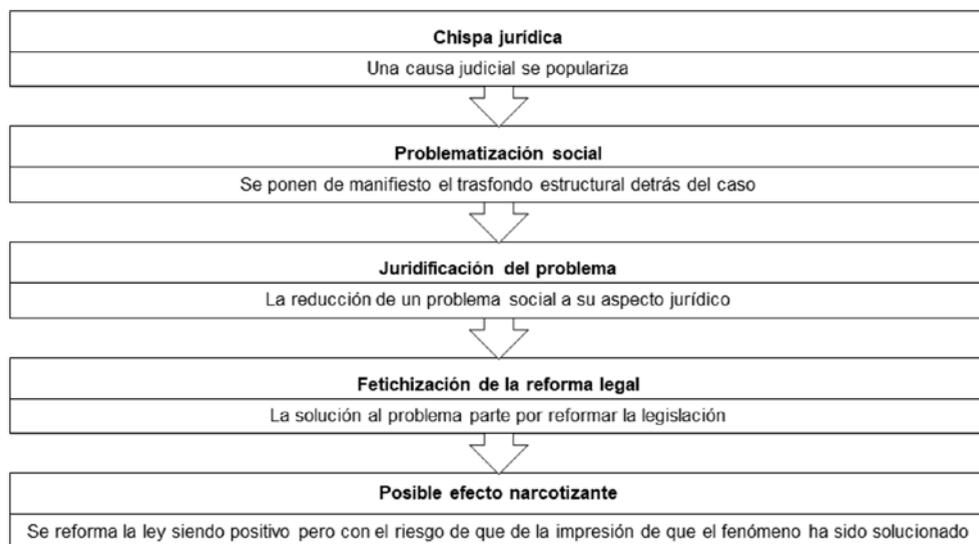
La segunda etapa es la problematización social, que ocurre cuando se pone de manifiesto el trasfondo estructural que hay detrás de las causas judiciales que han tenido una gran repercusión mediática. La gran repercusión mediática del caso de La Manada hizo que la violencia sexual se situara el centro del debate público en España, y se discutiera sobre la violación como una forma de discriminación hacia las mujeres silenciada durante años (Larrondo et al., 2019; Liarte Marín y Bandrés Goldáraz, 2019). Esta problemática se ubicó al principio en el plano de la sexualidad, y la sociedad comenzó a preguntarse interrogantes como qué es el consentimiento o cuándo son las víctimas creíbles para los tribunales.

La tercera etapa es la juridificación de la reforma legal, es decir, que una vez que ha surgido la problematización social se reduce a su aspecto jurídico. El debate social generado sobre la violencia social a raíz de la gran repercusión mediática de la Manada pasó a un ámbito político institucional rápidamente y la discusión se redujo a debatir sobre la configuración legal del delito de agresión y abuso sexual. La violencia sexual pasó de ser una materia en la que los partidos políticos no mencionaban para ser un eje dentro de todos los programas en las elecciones de 2018 (Fdez. Montes, 2021). Esta simplificación del debate social sobre violencia sexual a su dimensión jurídica no fue gratis, toda la discusión generada se redujo a la posible modificación del código penal y otra normativa. La reforma legal se convirtió en un fetiche y tan sólo en dos años desde 2018 a 2020 se promovieron dos propuestas de ley dos anteproyectos de ley y una propuesta no de ley sobre delitos sexuales.

En concreto, el 20 de julio de 2018 el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó la «Proposición de Ley de Protección Integral de la Libertad Sexual y para la erradicación de las violencias sexuales» (núm. expte. 122/000279). Desde la derecha política, el conservador Grupo Parlamentario Popular en el Congreso, en diciembre de 2018 presentó la «Proposición de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de delitos contra la libertad sexual» (núm. expte. 122/000312). Por otra parte, se elaboró en 2019 el «Anteproyecto de Ley orgánica de modificación del código penal para la protección de la libertad sexual de las ciudadanas y los ciudadanos» por Comisión general de codificación, a petición del Ministerio de Justicia del Gobierno de España presidido por el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) (2017-2019); y el partido político Ciudadanos presentó en diciembre de 2019 la «Proposición no de Ley, para la mejora de la lucha contra la violencia sexual» (Núm. expte. 161/000038). En 2020 el Ministerio de Igualdad del Gobierno de España presidido por la coalición PSOE-Unidas podemos (2020-) presentó el «Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía integral de la libertad sexual», la propuesta más ambiciosa que finalmente se aprobó mediante la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual.

La última etapa de este proceso puede ser el posible efecto narcotizante si se aprueba una reforma legal (Galindo, 2013). Es decir, la promulgación de una norma legal puede dar la falsa impresión de que, en este caso, las disfuncionalidades sociales e institucionales a la hora de abordar la violencia sexual han sido solucionadas o reducidas de forma notoria.

Figura 1. Proceso de juridificación de problemas sociales



2.3. Segundo apunte: estudiar el derecho desde la perspectiva de a quien le aplican las leyes

El punto de vista hegemónico desde el que se estudia el derecho es el de quien elabora las normas o de quien las interpreta. Para subvertir esta perspectiva es necesario incorporar la mirada de a quienes se les aplica la normativa. Al respecto, Catharine Mackinnon (1989) propuso la autoconciencia feminista (*consciousness raising*) como metodología, que implica estudiar el derecho desde la experiencia de las mujeres. La autoconciencia feminista es una metodología que permite visibilizar la raíz común de problemas que parecen problemas individuales, como el acoso sexual en el trabajo o la violación. Fue impulsado por el feminismo radical y surge entre los años 60 y 70 del siglo XX en el contexto estadounidense, donde se creaban grupos en los que las mujeres se reunían y contaban su experiencia sobre cuestiones como el matrimonio o la sexualidad (Mackinnon, 1989). En una línea argumental similar, desde los estudios críticos de la raza, Mari Matsuda (1987) propuso analizar los sistemas legales desde una *bottom up perspective*, es decir, abordar el derecho desde la posición de las personas racializadas a quienes se les aplica la legislación.

Este enfoque implica la ampliación del ámbito de estudio del derecho —tradicionalmente acotado al estudio de las normas y su interpretación— a la determinación de los hechos a los que se les aplica la normativa. Esto se debe a que si adoptamos la perspectiva de las personas a las que se aplica el derecho es posible formular preguntas como ¿qué es necesario para que me crean?, es decir, preguntas la valoración de los testimonios por los tribunales y cómo se introduce la realidad —los hechos— a los que luego se aplicarán las normas judiciales. En este sentido, desde la teoría feminista del derecho se sostiene que la valoración de las pruebas por los tribunales no es ni objetiva ni neutral: los estereotipos sociales, en particular los de género y los racistas, afectan la determinación de los hechos por los tribunales (MacKinnon, 1989; Scales, 1992; Matsuda, 1987).

En relación con las anteriores aportaciones, en las últimas décadas se ha desarrollado la noción de injusticia testimonial, que ocurre cuando los prejuicios restan credibilidad a una persona cuando no encaja en los estereotipos. La injusticia testimonial integra junto con la injusticia hermenéutica, la denominada injusticia epistémica, acuñada por Miranda Friecker (2017) bajo una perspectiva filosófica a caballo entre la ética y la epistemología. Las autoras (Friecker, 2017; Hookway, 2010; McConkey, 2004; Medina, 2013; Pohlhaus, 2012) que han desarrollado este concepto teórico no provienen de una tradición de pensamiento feminista —a excepción de alguna autora como Linda Alcoff (2017)— pero emplean en su razonamiento el trabajo de teóricas como Catharine Mackinnon, Iris Marion Young o María Lugones.

El concepto de injusticia testimonial también señala que la determinación de los hechos por los tribunales puede ser sesgada por estereotipos de género y racistas, que afectan directamente en la credibilidad de las víctimas. Aunque la injusticia testimonial sobrepasa el ámbito judicial y también estudia la incre-

dibilidad en otros ambientes —como el laboral— la falta de credibilidad de las víctimas en procesos judiciales ocupa un lugar relevante en la teoría de la injusticia testimonial (Friecker, 2017). Por otra parte, la teoría de la justicia epistémica apunta que hay injusticias testimoniales incidentales, pero que la gran mayoría de injusticias testimoniales tienen que ver con causas estructurales, como la violencia contra las mujeres o las discriminaciones racistas (Hänel, 2021; Jackson, 2018; Medina, 2021; Rekers, 2022). El efecto de la injusticia testimonial es el silenciamiento de las víctimas (Medina, 2013; Friecker, 2017), es decir, la falta de credibilidad que experimentan las mujeres hace que no expresen sus experiencias, pensamientos, y —en última instancia— que no denuncien la violencia que sufren por miedo a no ser creídas.

En definitiva, para investigar el derecho desde la teoría feminista es necesario estudiar —además de la elaboración e interpretación de las normas— cómo se introducen los hechos en los procesos judiciales, y en particular, analizar si existen prejuicios en la apreciación de la credibilidad de las mujeres que deriven en una injusticia testimonial y en la impunidad de la discriminación hacia las mujeres.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOFF, L. (2018). *Rape and Resistance*. Polity, Cambridge.
- AMORÓS, C. y DE MIGUEL, A. (2005a). *Teoría Feminista. De la Ilustración al Segundo Sexo*. Madrid: Minerva Ediciones.
- (2005b). *Teoría Feminista. De los debates sobre el género al multiculturalismo*. Madrid: Minerva Ediciones.
- (2005c). *Teoría Feminista. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. Madrid: Minerva Ediciones.
- BALBO, L. (1978). La doppia presenza. *Inchiesta*, 32 (8), 3-11.
- BARTLETT, K. (1989). Feminist Legal Methods, *Harvard Law Review* (103) 829-888.
- BONINO, L. (1998). Deconstruyendo la ‘normalidad’ masculina. *Actualidad Psicológica*, 254, 25-27.
- BOSCH-FIOL, E. y FERRER-PÉREZ, V. (2012). Nuevo mapa de los mitos sobre la violencia de género en el siglo XXI. *Psicothema*, 24 (4), 548-554.
- CARRASQUER, P. (2009). *La doble presencia. El trabajo y el empleo femenino en las sociedades contemporáneas* [Tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona].
- CASTELLÓ SANTAMARIA, L. (2011). *La gestió quotidiana de la cura. Una qüestió de gènere i classe* [Tesis doctoral defendida en la Universidad Autónoma de Barcelona].
- COBO BEDÍA, R. (2019). La cuarta ola: la globalización del feminismo. *Servicios Sociales y Política social*, 119, 11-20.
- DE LAMO, I. (2021). La persistencia del patriarcado. Análisis sociolegal sobre la desinstitucionalización de la familia nuclear patriarcal y la evolución de la opresión de las mujeres en el siglo XXI. *IgualdadES*, 3, (5), 427-459.

- DE MIGUEL, A. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: la violencia de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 231-248.
- ECHOLS, A. (2019)[1989]. *Daring to Be Bad: Radical Feminism in America 1967-1975*. University of Minnesota Press.
- FARRIS, S. R. (2017). *In the name of women rights. The rise of femonationalism*. Duke University Press.
- FDEZ. MONTES, L. (2021). *El tratamiento de la violencia contra las mujeres en los programas electorales. La política del simulacro*. Madrid: Comares
- FEDERICI, S. (2018) [2004]. *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*. Madrid: Traficantes de Sueños
- FERRER PÉREZ, V. A., Bosch Fiol, E., Navarro Guzmán, C., Ramis Palmer, M. C. y García Buades, M. E. (2008a). Los micromachismos o microviolencias en la relación de pareja: una aproximación empírica. *Anales de Psicología*, 24 (2), 341-352.
- FOX KELLER, E. (1985). *Reflections on Gender and Science*. New Haven, CT: Yale University Press.
- FRANK, J. (2009) [1930]. *Law and the Modern Mind*. Transaction Publishers.
- FRIEDAN, B. (2018) [1963]. *La mística de la feminidad*. Madrid: Cátedra.
- GAHETE MUÑOZ, S. (2017). Las luchas feministas. Las principales campañas del movimiento feminista español (1976-1981). *Investigaciones Feministas*, 8(2), 583-601. <https://doi.org/10.5209/INFE.54792>
- GALINDO, M. (2021). *Feminismo Bastardo*. Madrid: Traficantes de sueños.
- HARAWAY, D. (1990). *Simians, Cyborgs, and Women: The Reinvention of Nature*. Routledge.
- HARDING, S. (1988). *Feminism and Methodology: Social Science Issues*. Indiana University Press
- LARRONDO, A.; MORALES-I-GRAS, J. y ORBEGOZO-TERRADILLOS, J. (2019). Feminist hashtag activism in Spain: measuring the degree of politicisation of online discourse on #YoSíTeCreo, #HermanaYoSíTeCreo, #Cuéntalo y #NoEstásSola. *Communication y Society*, 32 (4). Disponible en: <https://doi.org/10.15581/003.32.4.207-221>.
- LERNER, G. (2018) [1986]. *La creación del patriarcado*. Katakarak Liburuak.
- LIARTE MARÍN, C. y BANDRÉS GOLDÁRAZ, E. (2019) La objetividad y neutralidad de la información en la red. El tratamiento del Diario.es, ABC.es y El País.com en el juicio contra «la manada». *Fonseca, Journal of Communication*, 18, 119-140.
- LORENTE, M. (2009). *Los hombres nuevos: los miedos de siempre en tiempos de igualdad*. Barcelona: Destino.
- MATSUDA, Mari J. (1987). Looking To The Bottom: Critical Legal Studies And Reparations. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 22
- MIYARES, A. (2005). El sufragismo. En *Teoría feminista* Vol. 1, 2005 (De la Ilustración al segundo sexo. Coord. por Ana de Miguel Álvarez y Celia Amorós Puente (245-294).
- MORONDO TARAMUNDI, D. (2016). ¿Un nuevo paradigma para la igualdad? La vulnerabilidad entre condición humana y situación de indefensión. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 34.

- PATEMAN, C. (1988). *The Sexual Contract*. Stanford University Press.
- PERNAS RIAÑO, B. (2010). Utopías de vida privada. *Asparkía. Investigación Feminista*, (21), 11-23.
- PERNAS RIAÑO, B. (2018). *¿Siempre ha habido violencia de género?* Madrid, Mapas Colectivos.
- PLA, I. y POVEDA, M. M. (2013). Inmigración y experiencia de trabajo de las empleadas de hogar en España. En M. J. SÁNCHEZ GÓMEZ y I. SERRA YOLDI (eds.). *Ellas se van: mujeres migrantes en Estados Unidos y España* (pp. 271-320). México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales.
- POSADA KUBISSA, L. (2020). Las mujeres y el sujeto político feminista en la cuarta ola, *IgualdadES*, 2, 11-28. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.2.01>.
- PULEO GARCÍA, A. (2005). El patriarcado: ¿una organización social superada? *Temas para el Debate*, 133, 39-42.
- SCALES, Ann (1992). Feminist Legal Method: Not So Scary. *UCLA Women's Law Journal* 2(0).
- SMART, C. (2016). La búsqueda de una teoría feminista del derecho. *Delito y Sociedad*, 1(11/12), 105-124. <https://doi.org/10.14409/dys.v1i11/12.5810>
- THORTON, Margaret (1986). Feminist jurisprudence: illusion or reality? *Australian Journal of Law and Society*, Vol 35-29.
- TOBÍO, C. (2005). *Madres que trabajan. Dilemas y estrategias*. Madrid: Cátedra.
- WALBY, S. (1990). *Theorizing Patriarchy*. New Jersey: Basil Blackwell.

SOBRE EL SEXO, EL GÉNERO Y LA IDENTIDAD: ANTIGUOS Y NUEVOS PROBLEMAS

Matilde Rey Aramendía

1. INTRODUCCIÓN

El debate en torno al género comenzó casi con el nacimiento del concepto en la década de los 70, aunque alcanza su punto álgido con la influencia del pensamiento posestructuralista en el feminismo de los años 90. Es en ese momento cuando surgen los que hemos llamado viejos problemas del género, ya que no podemos decir, al abordar la polémica actual, que estamos ante nada radicalmente nuevo. Sin embargo, y a pesar de las disputas, en los últimos treinta años hemos asistido a un nuevo fenómeno: una euforia en torno al concepto, en tanto que se ha vuelto tremendamente popular en nuestros sistemas jurídicos y políticos a costa, en ocasiones, de la pérdida de su sentido original. Y de aquellos barro, estos lodos: la controversia actual sobre la identidad de género es heredera de aquel viejo debate. Los nuevos problemas surgen cuando el término identidad de género empieza a tomar forma en la legislación y las políticas públicas. Analizaremos, para dar cuenta de lo descrito, la construcción del concepto género en dos instrumentos de protección de derechos humanos: la CEDAW y los Principios de Yogyakarta, señalando los retos a los que el género se enfrenta en la actualidad.

2. EL GÉNERO Y SUS VIEJOS PROBLEMAS

No es exagerado afirmar que el género constituye una herramienta teórica central de la teoría feminista: el desarrollo del concepto derivó en un giro epistemológico que desplazó el interés en explicar por qué se produce la opresión de las mujeres a intentar responder cómo esta se produce. Sin embargo,

y pese a su gran utilidad teórica y a su uso ampliamente extendido —que trasciende, por mucho, el ámbito académico—, el concepto, desde su nacimiento, ha sido cuestionado, dando lugar a intensos debates teóricos.

Ya en 1949, Simone de Beauvoir, en *El segundo sexo*, hace una aproximación al concepto género *avant la lettre* (Amorós, 2000) estableciendo, desde el existencialismo, que la existencia está atravesada por el valor que la cultura y la sociedad otorgan a nuestros cuerpos biológicos, por lo que ser mujer está ligado a la prescripción que los otros hacen sobre el cuerpo de las mujeres (Sánchez, 2016). Así lo expresa en su célebre frase: «no se nace mujer: se llega a serlo. Ningún destino biológico, psíquico, económico, define la imagen que reviste en el seno de la sociedad la hembra humana» (de Beauvoir, 2005: 371), que resume su filosofía. Sin embargo, y pese a gran repercusión de su obra, el concepto género no fue acuñado por la teoría feminista, sino que fue propuesto por otras disciplinas como la medicina, la lingüística o la psicología. En este sentido, destacan los estudios de John Money (en 1955) y de Robert Stoller (en 1968), que propusieron emplear el término en sus estudios sobre el hermafroditismo, entendiéndolo como una construcción cultural (masculino/femenino) del sexo (macho/hembra) (Portolés, 2019: 19-20; Rodríguez, 2019: 25).

En *Política sexual*, publicada en 1969, Kate Millet asume la diferenciación de Stoller entre sexo y género, quien afirma que «el vocablo género no tiene un significado biológico, sino psicológico y cultural» (Stoller, 1968, en Millet, 2010: 78). Para Millet (2010), cada grupo sexual presenta un campo de acción restringido y supeditado a la diferencia de posición basada en relaciones de poder. Por lo tanto, el sexo es una categoría política atravesada por estas relaciones, que constituyen el género. Lo que se desprende, entonces, de la obra de Millet —heredera de la propuesta beauvoiriana—, es la lucha contra el determinismo biológico y el esencialismo. Con el nuevo significado que otorgó al término género, se deconstruyó la «actitud natural» que hasta el momento había sido otorgada al sexo (Portolés, 2019: 21).

En 1975, en su famoso artículo «El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo», Gayle Rubin propone la denominación del sistema sexo-género como un «conjunto de disposiciones por el que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana» (Rubin, 1986: 97), tratando de dar cuenta de bajo qué relaciones una hembra humana se convierte en una mujer oprimida, domesticada; en un producto. Así, Rubin se interesa por el funcionamiento de los grandes sistemas de organización social que se estructuraban en torno al género y no tanto en la experiencias privadas y cotidianas de las mujeres (Molina, 2000), proponiendo emplear el concepto como herramienta para explicar la organización y jerarquización social².

2. Es pertinente destacar que posteriormente, en «Thinking sex» (2002), publicado en 1984, Rubin se ocupa de aclarar que no considera el sexo una realidad natural, afirmando que también la sexualidad es política y construida. En este sentido, establece que la dicotomía hombre/mujer crea una sexualidad heterosexual, y que el sistema sexo/género esencializa las identidades sexuales (homosexual y heterosexual) que no son naturales, sino construidas (Pichardo, 2006).

Es también destacable la aportación de Joan Scott, quien en 1986 publica su artículo «El género: una categoría útil para el análisis histórico», en el que define el término como «un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos» y como «una forma primaria de relaciones significantes de poder» (Scott, 1990: 289-292). Para Scott, el género es una categoría útil ya que permite decodificar significados y entender las formas de las relaciones humanas. Teniendo esto en cuenta, se hace evidente que, como ha destacado Portolés (2019), cuando la noción de género irrumpe, lo hace estrechamente vinculada a la división de poder y al patriarcado. Así lo expresa también Cobo, para quien el objetivo del género es «analizar y explicar los mecanismos ideológicos y sociales de opresión patriarcal» (1995: 62-65).

Sin embargo, la irrupción del concepto provocó que rápidamente comenzara a cuestionarse y problematizarse desde dentro de la teoría feminista. El «escepticismo de género», como lo ha denominado Susan Bordo (1993: 216-220), se canaliza, principalmente, a través de dos corrientes. La primera surge de las mujeres negras y lesbianas que sufren realidades concretas y riesgos múltiples, lo que las lleva a cuestionar la utilidad de la categoría para dar solución a sus propios problemas. Consideran que el concepto sirve para enmascarar privilegios de feministas blancas, occidentales, heterosexuales y de clase media que no experimentan otros tipos de opresión (Hawkesworth, 1997). La segunda corriente bebe de la crítica posmoderna, que tiene su origen a mediados del siglo xx, en lo que se ha denominado el *giro lingüístico*, según el cual el lenguaje configura el mundo y es esencial para construir la realidad, inspirada por la obra de posestructuralistas franceses como Derrida o Foucault (Rodríguez, 2015). Esta crítica acusa al género de totalizador, cuestionando la oposición binaria que sitúa a hombres y mujeres en relaciones permanentes de dominación y subordinación, así como todas las categorías, incluidas las de cuerpo, sexo y sexualidad, poniendo el énfasis en las diferencias, la heterogeneidad y la fragmentación (Hawkesworth, 1997: 651-652; Portolés, 2019).

Estas ideas, y en especial la obra de Foucault y Austin, dejan una impronta clara en la obra de Judith Butler y en el desarrollo de su teoría de la performatividad. En su libro *El género en disputa*, sostiene que el género es una construcción mediante actos cuya génesis está oculta. De este modo, lo que solía entenderse como origen del género, el sexo, no es una configuración natural, sino que está tan culturalmente construido como el mismo género, afirmando que «el sexo, por definición, siempre ha sido género» (Butler, 2017: 53). Así, para Butler, el género no es una entidad estable, sino una «reiteración estilizada de actos» (2017: 242). Esto la lleva a afirmar que el género es performativo, es decir, que los atributos y actos que lo determinan no tienen una realidad preexistente con la que medirse, por lo que resultan ser ficciones, y la existencia de un sexo natural o esencial es parte también de esa ficción (2017). No es de extrañar, entonces, que Butler cuestione la pertinencia de utilizar la categoría mujeres para nombrar el sujeto del feminismo, considerándola una categoría excluyente, basada en el falso binomio masculino/femenino, que no se apoya en ninguna unidad previa y que aleja a los sujetos de otros

ejes de relaciones de poder que conforman la identidad (como la raza o la clase) (2017). Concluye Butler que «el “nosotros” feminista es siempre y exclusivamente una construcción fantasmática [...] La inestabilidad radical de la categoría [mujeres] cuestiona las limitaciones fundacionales sobre las teorías políticas feministas y da lugar a otras nuevas configuraciones, no solo de géneros y cuerpos, sino de la política en sí» (2017: 245).

Una fuerte crítica de estas ideas de Butler es Sheyla Benhabib, que en la obra *Feminist Contentions* pone de manifiesto los problemas de la alianza entre feminismo y posmodernidad. En su versión fuerte, la «muerte del sujeto» es, según Benhabib, incompatible con los objetivos del feminismo (Benhabib, 1995: 20). La autora se pregunta cómo se podría pensar el proyecto de la emancipación femenina sin un principio regulativo de acción, autonomía e identidad, que es lo que constituye un sujeto político. Es decir, para Benhabib, el sujeto es condición de existencia de la empresa feminista. En la misma línea se sitúa Celia Amorós (2000), quien critica a Butler por simplificar, a su modo de ver, la frase de Beauvoir «no se nace mujer, se llega a serlo». Y es que, aunque Beauvoir y Butler asumen la construcción cultural del sujeto del feminismo, para la primera hay unos «quiénes» tras él, una categoría a la que poder referirse.

3. NUEVAS CONCEPTUALIZACIONES: LAS TEORÍAS *QUEER* Y TRANSGÉNERO

Como hemos apuntado, desde los años noventa del siglo xx la teoría feminista ha vivido una etapa de complejización y convulsión derivada de la irrupción de nuevos conceptos y debates centrados en el análisis de nuevos métodos de subversión y deconstrucción. En lo que suele identificarse como tercera ola, numerosas autoras se han centrado en el estudio del deseo, las orientaciones sexuales, la identidad, la subjetividad y la lucha contra el esencialismo. En este contexto, influidos por el pensamiento posestructuralista y esta tercera ola de feminismo, los estudios o teoría *queer* emergen poniendo el foco sobre cuestiones de construcción discursiva y representación cultural de los sujetos (Richardson et al., 2006).

No es sencillo definir en pocas líneas qué es la teoría *queer*. El término, de hecho, se ha descrito como «deliberadamente ambiguo» (Monaghan, 2016: 7), ya que parte de su influencia semántica y su eficacia política tiene que ver con su resistencia a ser definido (Jagose, 1996:1). Aun así, podemos afirmar, en primer lugar, que la teoría *queer* es una teoría anti-identitaria, para la cual el par sexo/género funciona como una ontología falsa para producir identidades y categorizaciones (Sendón, 2015:79). Realiza, por tanto, una fuerte crítica de la normatividad heterosexual y las identidades que derivan de esta, siguiendo una estela iniciada por autoras como Judith Butler o Monique Wittig. En segundo lugar, propone un modelo analítico cuyo fin es manifestar las incoherencias de categorías supuestamente naturales y estables, como sexo, género u orien-

tación sexual, centrándose en estudiar sus desajustes (Jagose, 1996). Así, tanto la teoría feminista como la teoría *queer* se construyen como una crítica a las formaciones sociales y culturales hegemónicas y teorizan sobre la sexualidad, la heteronormatividad o el género, por lo que se ha escrito mucho sobre cómo ambas teorías dialogan y desarrollan sus estudios alrededor de estas preocupaciones comunes (Richardson *et al.*, 2006). Sin embargo, aunque esta cuestión constituye su punto de encuentro, es también la fuente de su enfrentamiento.

En lo que se refiere su relación con el género, la teoría *queer* ha sido consistente sobre un aspecto de su proyecto: las consideraciones sobre sexo y sexualidad no pueden estar contenidas en la categoría de género (Weed, 1997). Pero, para el feminismo, que ha dirigido su estudio a través de este concepto, dicha separación no resulta posible. Este es, probablemente, el desencuentro más claro entre feminismo y teoría *queer*. De él derivan otros, también relevantes, como la tensión entre el análisis local y global. Con el uso de macroconceptos como género o patriarcado, la teoría feminista pretende articular un análisis capaz de dar explicación a la situación de discriminación de las mujeres, reafirmando su compromiso político a escala global. Sin embargo, este no es el objetivo de la teoría *queer*, que se centra más bien en el análisis de actividades locales de transgresión performativa, dentro de las cuales los ámbitos culturales son el escenario clave (Richardson *et al.*, 2006).

Desde sus inicios, la teoría *queer* ha estado principalmente centrada en el estudio de las políticas gay y lesbiana. Sin embargo, rápidamente los activistas trans comenzaron a emplear también el lenguaje *queer* para analizar sus modos de vida y transgredir la visión binaria y tradicional del género (McCann y Monaghan, 2020). Stryker se refiere a los estudios transgénero como el «gemelo malvado» de la teoría *queer*: comparten un mismo tronco, pero, deliberadamente, los primeros trastornan las narrativas privilegiadas que los estudios *queer* confieren a las etiquetas de orientación sexual sobre las categorías de identidad de género (Stryker, 2004: 212). Además, la crítica que realiza la teoría *queer* hacia toda política identitaria plantea preguntas serias sobre cómo tienen cabida dentro de la teoría las múltiples identificaciones que han proliferado recientemente y que con frecuencia se asocian a lo trans. Es por esto que, si bien la teoría *queer* sigue siendo un paraguas que abarca los estudios sobre identidad y expresión de género, los estudios transgénero son, cada vez más, considerados un campo de estudio independiente (McCann y Monaghan, 2020).

Al igual que sucede con *queer*, el término transgénero —o trans—, describe un rango amplio de experiencias e identidades difíciles de delimitar. De forma general, los estudios transgénero tienen como objetivo desnaturalizar, rearticular y hacer visibles los vínculos normativos que asumimos entre los cuerpos sexuados y los roles y estatus asociados a ellos. Estudian la relación individualmente experimentada entre el sentido de género y las expectativas sociales sobre el rol de género, así como los mecanismos que trabajan para sostener o frustrar esas configuraciones de identidad de género (Stryker, 2006). Así, los estudios transgénero se centran en estudio del género como identificación y experiencia individual y subjetiva, y no como herramienta de análisis de la

discriminación de las mujeres. La discriminación, para los estudios transgénero, se produce en tanto que nuestra sociedad y nuestra cultura reducen las formas de ser y encarnar el género, basadas en creencias sobre el sexo biológico (Stryker, 2017), lo que limita la experiencia del yo y castiga la diferencia. Dicha discriminación puede producirse, entonces, sobre cualquier individuo.

La subjetividad trans reta a las concepciones tradicionales de género y a la categorización binaria hombre/mujer. Sin embargo, el rechazo al binarismo y la concepción del género como un espectro provoca claros problemas epistemológicos bajo el análisis feminista. En primer lugar, porque diluye la figura del sujeto político, en tanto que el género, al ser fluido e individual, no funciona para el estudio de la desigualdad derivada de la diferencia sexual. En segundo lugar, porque la intención no es tanto acabar con las categorías de género, entendidas como herramientas de opresión, sino acabar con el binarismo, haciendo que las categorías, en cambio, proliferen.

4. LA EUFORIA DE GÉNERO

«¿Por qué el género se ha convertido en marca privilegiada de la identidad?, ¿por qué las políticas de género han reemplazado las políticas sexuales?», se pregunta Teresa de Lauretis (2015: 110). En la actualidad, y tras los debates e intercambios teóricos, el término ha ido progresivamente ampliando su contenido, lo que ha fomentado en el ámbito académico, jurídico y político, e incluso en el lenguaje cotidiano, un estado de euforia de género, que ha llevado al uso generalizado del concepto —fruto del entusiasmo ante su rentabilidad—, acompañado en muchas ocasiones de una modificación de significado. Las causas de esta euforia son, principalmente, dos. La primera, la facilidad con la que el género puede ser empleado como eufemismo, como un término comodín con la capacidad de terminar no nombrando nada. La segunda, su rentabilidad, no solo para el feminismo, sino también para otras corrientes teóricas, como la teoría *queer*.

Sobre la primera causa, ya Scott, en su citado artículo de 1986, advertía sobre esta cuestión:

«en su acepción reciente más simple, ‘género’ es sinónimo de “mujeres” [...] “género” suena más neutral y objetivo que “mujeres”. “Género” parece ajustarse a la terminología científica de las ciencias sociales y se desmarca así de la (supuestamente estridente) política del feminismo. En esta acepción, “género” no comporta una declaración necesaria de desigualdad o de poder, ni nombra al bando (hasta entonces invisible) oprimido [...] “género” incluye a las mujeres sin nombrarlas y así parece no plantear amenazas críticas» (1990: 270).

Para Scott (1990), esta forma de emplear el concepto tiene su origen en la búsqueda de legitimidad académica por parte de las estudiosas feministas de los años ochenta. En efecto, la proliferación de los *Gender Studies*, que venían a reemplazar a los viejos *Women’s Studies* en las universidades norteamericanas,

contribuyeron de forma notable a esta euforia, no sin reticencias por parte del feminismo europeo, que creía que el nuevo término restaba fuerza al carácter reivindicativo y transformador del feminismo y abandonaba la noción de patriarcado, que había sido tan útil para analizar las relaciones de poder entre los sexos (Rodríguez, 2015). A pesar de la desconfianza inicial, el paraguas del género ha resultado ser tan rentable por esa misma razón: al ser un término totalizador e inofensivo, lograba evita otros más incómodos como feminismo, sexo o patriarcado.

En un sentido similar a Scott (1990) se expresa Rosi Braidotti (2000), para quien el género está en crisis, tanto en su dimensión teórica como práctica. Según la autora, el término género se aceptó rápidamente debido a sus connotaciones científicas, que lo hacen más cómodo que la expresión, de carga más política, «estudios feministas». Aquí radica su éxito y rápida expansión, que ha desplazado la atención de la agenda feminista hacia un interés más generalizado por la construcción social de las diferencias entre los sexos, lo que representa, al mismo tiempo, una ampliación y un estrechamiento de la agenda, con sus correspondientes problemas.

Y es que emplear el género como eufemismo tiene importantes implicaciones de las que la teoría feminista debe ocuparse. En primer lugar, porque puede anular su capacidad como herramienta de análisis de las estructuras sociales de poder, presentando los géneros como equivalentes o, más bien, presentando el género como concepto totalizador, que afecta por igual a hombres y mujeres. Así, corremos el riesgo de que la masculinidad vuelva a tomar protagonismo bajo la cubierta del género (Braidotti, 2000).

Además, lo que se introdujo como un concepto clarificador de la construcción cultural del sexo ha llegado a convertirse en su sustituto, asumiéndose, en muchas ocasiones, que el género no es más que una construcción cultural sobre el sexo, lo que lleva a emplear los términos indistintamente. Sin embargo, la teoría feminista se ha encargado de teorizar también sobre el sexo, distinguiendo las diferencias biológicas, la cuestión «puramente natural» del sexo, de otras dimensiones más complejas del mismo, como la sexualidad, la identidad sexual o los roles sexuales³ (Molina y Osborne, 2008). El género puede ser una herramienta para explicar todas estas dimensiones, pero no su sustituto. De hecho, estos conceptos han sido —y siguen siendo— muy útiles para aclarar la problemática entre sexo y género, e incluso para analizar los nuevos problemas sobre la identidad.

La segunda causa deriva de lo expuesto en el apartado anterior, y tiene como resultado una adaptación y modificación del concepto para resultar rentable teóricamente a la teoría *queer* y los estudios transgénero. Como hemos expresado, el estudio por separado del género y de la sexualidad limita la capacidad del concepto de realizar un análisis estructural y centra su utilidad

3. De hecho, de estas dimensiones del sexo, y especialmente de la sexualidad, se han ocupado numerosas teóricas feministas como Monique Wittig (1977), Sheyla Jeffreys (1996), Gayle Rubin (2002) o Judith Butler (2002).

únicamente en estudiar experiencias subjetivas e individuales de género y expresión de género de los individuos, contribuyendo a la confusión sobre su significado. Estos «excesos del género», como los llamó Fraisse (2016: 51), implican que, analizado desde lo neutro, el género pueda convertirse en la máscara de una mentira, que esconda la realidad de la división sexuada y contribuya a borrar la realidad. Para Jeffrey, la *teoría lesbiana-y-gay* presenta una versión «despolitizada, aséptica y de difícil asociación con la violencia sexual, la desigualdad económica y las víctimas mortales de abortos clandestinos» (1996: 148), muy distinta de aquella propuesta por las teóricas feministas de los años 70, bajo la cual resulta difícil delimitar el sujeto del feminismo y clarificar, por último, qué es el género.

5. LOS NUEVOS PROBLEMAS DEL GÉNERO: LA CEDAW Y LOS PRINCIPIOS DE YOGYAKARTA, DOS VISIONES CONTRAPUESTAS

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW), adoptada en 1979, tiene como objetivo principal la protección y la promoción de los derechos de las mujeres y la lucha contra la discriminación. La Convención ha sido descrita como la *Bill of Rights* de las mujeres y como el tratado más importante para su protección (Dreyfus, 2012). Cabe analizar, al hilo del debate anteriormente descrito, cómo delimita la Convención los conceptos mujer o género. En el artículo 1, la Convención señala que,

«se entenderá por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer [...] de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Así, aunque la CEDAW no proporciona una definición más concreta de mujer, sí establece que su discriminación se produce en base a su sexo. Para la Convención, la subordinación de la mujer toma forma a través de la construcción social del sexo y, por tanto, la discriminación en base al sexo significa discriminación contra las mujeres. En este sentido, presenta una concepción binaria del sexo y el género, asumiendo la existencia de un reparto desigual de poder entre los sexos.

Es natural que la CEDAW haga referencia al sexo y no al género ya que, en el momento en que el tratado fue adoptado, el término género apenas había permeado al ámbito jurídico o político. De hecho, no fue hasta 1995 cuando, en la Conferencia Mundial de Mujeres de Pekín, se institucionalizó su uso, que salió del ámbito académico y adquirió verdadera dimensión pública (Rodríguez, 2015). Finalmente, el Comité CEDAW terminó también por introducirlo en sus

recomendaciones. Es relevante, en este sentido, lo establecido en la Recomendación General N° 25, de 2004, en la que el concepto género fue definido por primera vez por el Comité como «los significados sociales que se dan a las diferencias biológicas entre sexos», estableciendo que «nos ayuda a comprender la construcción social de las identidades de género y la estructura desigual de poder que subyace en la relación entre los sexos». De esta forma, el género es, para Comité CEDAW, una construcción social, pero también una herramienta para el análisis social. Es, además, interesante destacar lo expuesto por el Comité en la Recomendación General N° 28, de 2010, que establece en el párrafo 5: «si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo [...] se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género». De esta forma, confirma que el término sexo contenido en el artículo 2 debe ser interpretado como género.

Es también importante destacar que en 2010 el Comité CEDAW menciona por primera vez la categoría identidad de género en sus recomendaciones. Esta aparece tanto en la referida Recomendación N° 28 como en la N° 27, en sus párrafos 18 y 13, respectivamente. Así, dos años después de la promulgación de los Principios de Yogyakarta, el Comité incluye la categoría junto con la de orientación sexual como causa de discriminación interseccional.

Vemos, a la luz de lo dispuesto, cómo el Comité CEDAW ha asumido una postura heredera de los postulados de la teoría feminista clásica, haciendo una alusión explícita al género como herramienta para comprender las estructuras de poder que discriminan a las mujeres en base a su sexo. Sin embargo, la inclusión de la categoría identidad de género aplicada al análisis interseccional en dos de sus recomendaciones es interesante y, creemos, fruto de la euforia de género que ya hemos descrito. Así, las nuevas definiciones de género acaban conviviendo con las anteriores en el ordenamiento jurídico, aun encarnando dos visiones enfrentadas del concepto.

Por su parte, los Principios de Yogyakarta (o Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género) fueron promulgados en el año 2006 en un panel internacional de expertos en la materia celebrado en Yogyakarta, Indonesia, y en 2007 fueron presentados ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Estos principios establecen una hoja de ruta y una carta para la protección de los derechos humanos de las personas LGTBI. Estos han sido considerados un gran avance en materia de protección de derechos de este colectivo, tanto por su valor simbólico como por sus efectos prácticos. Los Principios de Yogyakarta no han sido adoptados por los Estados en un tratado, por lo que no son un instrumento vinculante del derecho internacional. Sin embargo, están siendo enormemente influyentes, trasladándose a la legislación y jurisprudencia nacional e internacional⁴.

4. Los principios han sido citados en jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en la sentencia *Hämäläinen v. Finlandia*, de 16 de julio de 2014, 37359/09, EU:C:2018:492), del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal, C-473/16*,

Los Principios de Yogyakarta definen en su preámbulo la identidad de género haciendo alusión al género de cada persona como:

«la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales» (2006: 8).

El problema, que ya se ha explicado en estas páginas, se pone de manifiesto con la lectura de la definición, que encarna una visión del género enfrentada a la de la CEDAW. Así, cuando la CEDAW se refiere al *género* y los Principios de Yogyakarta a la *identidad de género*, producen categorías para la identificación de sujetos con contenidos contrapuestos, si no incompatibles. La definición contenida en los Principios de Yogyakarta es, más bien, de carácter instrumental, ya que intenta dar cuenta de la realidad de algunos individuos, perdiendo, en cambio, el carácter analítico y estructural, que sí posee la definición de la CEDAW.

6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

El género es, sin duda, un concepto central para de la teoría feminista contemporánea que, problematizándolo desde sus inicios, ha contribuido de forma notable a la discusión sobre la ontología del sujeto y la identidad femenina. Ahora bien, que sobre un concepto clave haya tantas discrepancias puede ser problemático, como hemos argumentado. Parece, eso sí, que el feminismo está de acuerdo con que su objetivo debe ser eliminar la jerarquía. La cuestión es, como señala Neus Campillo (2003), si esa eliminación debe acabar también con la división binaria misma.

A lo largo de estas páginas hemos intentado dar cuenta de los problemas actuales del género que, creemos, no son sino fruto de aquellos viejos problemas. Por un lado, la rentabilidad teórica del término, su apariencia inofensiva, su supuesta menor carga ideológica y su rápida adaptación al lenguaje académico han contribuido a que otros fenómenos a los que la teoría feminista ya había dado nombre queden soterrados bajo la cubierta del género. Por otro lado, el cuestionamiento que, desde los años 90, las corrientes posmodernas —y en especial la teoría *queer* y transgénero— han introducido sobre las no-

EU:C:2018:36, 25 de enero de 2018), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Vicky Hernández y otros v. Honduras*), o del Tribunal Constitucional español (Sentencia 99/2019, de 18 de julio de 2019, ES:TC:2019:99). Además, han inspirado leyes nacionales, como la Ley 26.743 de identidad de género argentina, del 23 de mayo de 2012.

ciones de sexo y género ha contribuido a la aparición de nuevos conceptos, como identidad de género, que presentan una definición del género como un sentimiento íntimo de los individuos y no como un sistema que determina las relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres. Y, como hemos visto, estas visiones enfrentadas no solo conviven en el plano teórico, sino que, desde que en 2007 se promulgaran los Principios de Yogyakarta, están conviviendo también en el derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, que la teoría feminista haya intentado comprender cómo se produce la interpretación social de la diferencia sexual y las cuestiones relativas a la ontología del sexo no puede llevarnos a ocultar el dominio de un sexo sobre el otro, ni a entender las relaciones de género como relaciones simétricas. El género, como hemos explicado en estas páginas, es una teoría del poder; y es, por tanto, una categoría eminentemente social. Hombre y mujer, como ya nos anticipaba Simone de Beauvoir, no son categorías esenciales, sino que dependen de una relación de reconocimiento desigual entre grupos, en la que las mujeres son reconocidas como la otredad.

Así, creemos que la teoría feminista tiene por delante dos retos relevantes que deben ser enfrentados y que se derivan de lo expuesto en estas páginas. El primero es filosófico —y a todas luces, ya clásico—, y supone determinar cuáles son condiciones para la identificación colectiva de las mujeres y cómo situar la diferencia entre los sexos dentro de la ontología del género, para dar así respuesta a los problemas actuales. El segundo es jurídico, y requiere revisar el modo en que los conceptos a los que nos hemos referido en estas páginas —sexo, género, identidad de género— se plasman, de ahora en adelante, en nuestras leyes y nuestra jurisprudencia. La confusión terminológica, que desemboca, inevitablemente, en confusión normativa, debe ser evaluada a la luz de la teoría de la legislación y el principio de seguridad jurídica.

El problema que abordamos es, en definitiva, complejo, por lo que es de esperar que su solución no sea sencilla. Como señala Delphy (en Cobo, 1995: 70), la línea divisoria entre lo natural y lo cultural no ha sido trazada por las teóricas del género en el mismo lugar y el debate, por tanto, está servido. Un debate de aristas múltiples y, en consecuencia, tremendamente enriquecedor; un debate del que, sin duda, el feminismo debe ocuparse.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORÓS, C. (2000). Presentación (que intenta ser un esbozo del *status questionis*). En AMORÓS, C. (Ed.), *Feminismo y filosofía* (pp. 9-107). Síntesis.
- DE BEAUVIOR, S. (2015). *El segundo sexo*. Ediciones Cátedra.
- BRAIDOTTI, R. (2000). *Sujetos nómades*. Paidós.
- BENHABIB, S. (1995). Feminism and postmodernism: An uneasy alliance. En *Feminist contentions: A philosophical exchange* (pp. 17-34). Routledge.
- BUTLER, J. (2002). *Cuerpos que importan*. Paidós.
- BUTLER, J. (2017). *El género en disputa*. Paidós.

- BORDO, S. (1993). *Unbearable weight: Feminism, Western culture, and the body*. University of California Press.
- CAMPILLO, N. (2003). Ontología y diferencia de los sexos. En TUBERT, S. (Ed.), *Del sexo al género: los equívocos de un concepto* (pp. 82-122). Editorial Cátedra.
- COBO, R. (1995). Género. En AMORÓS, C (Dir.), *10 palabras clave sobre Mujer*, (pp. 55-84). Editorial Verbo Divino.
- DREYFUS, T. (2012). The «half-invention» of gender identity in international human rights law: From Cedaw to the Yogyakarta principles. *Australian Feminist Law Journal*, 37(1), pp. 33-50. Disponible en: <https://doi.org/10.1080/13200968.2012.10854475>
- FRAISSE, G. (2016). *Los excesos del género. Concepto, imagen, desnudez*. Ediciones Cátedra.
- HAWKESWORTH, M. (1997). Confounding gender. *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 22(3), pp. 649-685. Disponible en: <https://doi.org/10.1086/495188>
- JAGOSE, A. (1996). *Queer theory. An introduction*. Melbourne University Press.
- JEFFREYS, S. (1996). *La herejía lesbiana*. Ediciones Cátedra.
- DE LAURETIS, T. (2015). Género y teoría queer. *Mora (Buenos Aires)*, 21(2), pp. 107-118.
- MCCANN, H., y MONAGHAN, W. (2020). *Queer theory now: From foundations to futures*. Bloomsbury Publishing.
- MILLET, K. (2010). *Política sexual*. Ediciones Cátedra.
- MOLINA, C. (2000). Debates sobre el género. En Amorós, C. (Ed.) *Sexo y filosofía* (pp. 255-286). Síntesis.
- MOLINA, C., y OSBORNE, R. (2008). La evolución del concepto de género: selección de textos de S de BEAUVOIR, K MILLET, G RUBIN y J BUTLER. *Empiria: Revista de metodología de ciencias sociales*, (15), pp. 147-182.
- MONAGHAN, W. (2016). *Queer girls, temporality and screen media: Not 'Just a Phase'*. Springer.
- PICHARDO, J. I. (2006). Mujeres lesbianas y derechos humanos. En Maquieira, V. (Ed.), *Mujeres, globalización y derechos humanos* (pp. 345-398). Ediciones Cátedra.
- PORTOLÉS, A. O. (2019). Debates sobre el género. En Amorós, C., & de Miguel, A. (Eds.), *Teoría feminista. De los debates sobre el género al multiculturalismo* (pp. 13-60). Biblioteca nueva.
- RICHARDSON, D., McLAUGHLIN, J., & CASEY, M. E. (Eds.). (2006). *Intersections between feminist and queer theory*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.
- RODRÍGUEZ, R. M. (2019). *La mujer molesta. Feminismos postgénero y transidentidad sexual*. Editorial Ménades.
- (2015). Desafíos teóricos del feminismo hoy. En Rodríguez, R. M. (Ed.), *Sin género de dudas* (pp. 21-56). Biblioteca nueva.
- RUBIN, G. (2002). Thinking sex: Notes for a radical theory of the politics of sexuality. En PLUMMER, K. (Ed.) *Sexualities. Critical Concepts in Sociology*, pp. 188-241. Routledge.

- SÁNCHEZ, C. (2019). *Simone de Beauvoir. Del sexo al género*. Shackleton Books.
- SCOTT, J. (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. En AMELANG, S. y NASH, M. (Eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea* (pp. 265-302). Edicions Alfons el Magnànim, Centre Valencià d'Estudis i d'Investigació.
- SENDÓN, V. (2015). Devenir nómada. Movimientos sociales y feminismos. En RODRÍGUEZ, R. M. (Ed.), *Sin género de dudas* (pp. 57-87). Biblioteca nueva.
- STRYKER, S. (2004). Transgender studies: Queer theory's evil twin. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 10(2), 212-215. Disponible en: <https://doi.org/10.1215/10642684-10-2-212>
- (2006). (De)Subjugated Knowledges: An Introduction to Transgender Studies. En STRYKER, S., & WHITTLE, S. (Eds.), *The transgender studies reader* (pp. 1-19). Routledge.
- (2017). *Transgender history: The roots of today's revolution*. Hachette UK.
- WEED, E. (1997). Introduction. En WEED, E., y SCHOR, N. (Eds.), *Feminism meets queer theory* (p. VII-XIII). Indiana University Press.
- WITTIG, M. (1977). *El cuerpo lesbiano*. Pre-textos.

OTROS DOCUMENTOS

- Comité CEDAW (2010). Recomendación general No. 27 sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos. Disponible en www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8335.pdf
- Comité CEDAW (2010). Proyecto de Recomendación general No. 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Disponible en documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/472/63/PDF/G1047263.pdf?OpenElement. [Consultado el 22/04/2022].
- Principios de Yogyakarta: principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género (2006). Disponible en repositorio.consejodecomunicacion.gob.ec/bitstream/CONSEJO_REP/304/1/principios%20de%20yogyakarta.pdf. [Consultado el 19/04/2022].

APROXIMACIÓN METODOLÓGICA AL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Lorena Chano Regaña

1. INTRODUCCIÓN

La idea de género surge en el movimiento feminista de los años setenta como cuestionamiento crítico del determinismo biológico que se utilizaba para distinguir a las mujeres de los hombres (Burbano y Barrero, 2020). El género se conecta con el sexo de las personas atribuyendo a éste un conjunto de características social y culturalmente aceptadas por la colectividad que definen la identidad social de las personas, construyendo el estereotipo de hombre y el de mujer. Estas construcciones socioculturales del ideal femenino y masculino asignan funciones distintas a uno y otro sexo y constituyen una normatividad social asimétrica bajo la heterosexualidad como regla general, que sustenta las relaciones de poder y, por ende, de subordinación entre los sexos (Mantilla, 2013).

El mundo del derecho no ha permanecido ajeno a la construcción cultural del género. El derecho como agente de transformación social y de ordenación de las relaciones entre particulares no es objetivamente neutro, sino que parte de una hegemonía cultural androcéntrica muy arraigada (Igareda y Cruells, 2014). Esta posición androcéntrica del derecho está presente en todos los ámbitos donde históricamente ha operado el derecho: desde la ordenación del poder hasta el constructo teórico del sujeto de derechos (McKinnon, 1989; Jaramillo, 2000). Las normas se elaboran a partir de categorías generales y abstractas del ideal masculino y femenino socialmente aceptado; y, los operadores jurídicos del derecho elaboran, aplican e interpretan el derecho en base a este constructo teórico que, sin pretenderlo, perpetúa las situaciones de desigualdad y subordinación entre los sexos.

Desde que las teóricas feministas afirmaran esta realidad en sus primeros ensayos a mediados del siglo xx (Igareda y Cruells, 2014) hasta el momento actual, se ha avanzado mucho en el desarrollo normativo de la igualdad. La inclusión de la perspectiva de género en la creación del derecho y en las políticas públicas de los estados es una demanda constante a nivel global que se recoge en diversos instrumentos internacionales. El primero de ellos fue la IV Conferencia Mundial de Mujeres de la Organización de Naciones Unidas (ONU), celebrada en Beijing (China) en 1995, donde se utiliza y se desarrollan por primera vez los conceptos de *gender perspectives* y *mainstreaming a gender perspectives*, traducidos respectivamente como perspectiva de género y transversalidad de género o principio de transversalidad del género. Uno de los objetivos de la Conferencia era precisamente integrar con carácter transversal en todos los ámbitos de la agenda política los problemas específicos de las mujeres para darles solución a partir de su análisis. La perspectiva de género se define entonces como la necesidad de tener en cuenta el impacto de género en todas las políticas que se adopten (Poyatos, 2019; Carmona, 2015), lo que exige un examen diferenciado de los problemas de las mujeres¹ y una actuación en consecuencia por parte de los poderes públicos, incluidos los operadores jurídicos.

En el ámbito de lo jurídico se ha utilizado como sinónimo de perspectiva de género la expresión «enfoque de género», particularmente en América Latina y Caribe (Niño, 2019). Aunque en principio la «perspectiva de género» y el «enfoque de género» sean expresiones equivalentes y puedan intercambiarse sin alterar sustancialmente el significado del análisis de las relaciones entre hombres y mujeres, en este trabajo preferiremos la expresión enfoque de género, ya que nos parece que tiene una dimensión más acertada y completa para nuestra propuesta metodológica de análisis jurisprudencial. A tales efectos, en este trabajo definiremos el enfoque de género como una herramienta analítica y metodológica que incorpora la perspectiva de género como categoría de análisis y que parte de un fundamento teórico previo de desigualdad y de relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres.

En este capítulo se pretende hacer una aproximación a las metodologías de la investigación jurídica y al enfoque de género como herramienta metodológica al servicio de la investigación jurídica de la jurisprudencia. Los objetivos concretos son: i) determinar cómo funciona el enfoque de género como herramienta metodológica en la investigación que tiene por objeto la jurisprudencia constitucional; y, ii) proponer qué metodología de investigación es la más adecuada para responder a los propósitos de un análisis jurisprudencial con enfoque de género.

1. En los últimos años también de otros colectivos, cuya identidad social guarda conexión con el género: colectivo LGTBIQ+. Las personas LGTBIQ+ también han sido obviadas por el sistema normativo hasta bien entrado el milenio. Desafían la construcción cultural clásica del género, complejizando el concepto. Sus problemáticas también pueden analizarse desde la perspectiva del género.

El contexto que servirá de evidencia para la exposición de la aproximación metodológica que se pretende será la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante, TC). La propuesta metodológica trae causa en un trabajo anterior de investigación doctoral sobre la jurisprudencia dictada por el TC en el que se analizó la aplicación de la igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley en España siguiendo una metodología mixta teórico-empírica (Chano, 2022). Esta investigación previa sirve de base para sostener las posturas metodológicas y los fundamentos que aquí se esgrimen. Por otro lado, partimos de la premisa de que las sentencias del TC como objeto de investigación tienen un valor añadido, al ser calificado este Órgano por la ley orgánica que lo desarrolla, es decir, por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante, LOTC) como «intérprete supremo de la Constitución» y tener asignadas entre sus competencias la importante función de declarar la inconstitucionalidad de las normas cuando así corresponda, de tutelar los derechos fundamentales de las personas a través del recurso de amparo y de delimitar la distribución competencial del Estado, de las Comunidades Autónomas y del resto de órganos constitucionales cuando se presenten conflictos de competencia entre unos y otros (artículo 53.2, 162 y 163 CE y artículo 2 LOTC).

Para realizar nuestro propósito estructuraremos el trabajo en tres partes. En primer lugar, definiremos el enfoque de género como herramienta metodológica y como categoría de análisis a partir de la construcción teórica de la expresión «género». En segundo lugar, haremos un repaso de las metodologías de la investigación jurídica acordes al análisis jurisprudencial para determinar cómo funciona el enfoque de género. En tercer lugar, haremos una breve referencia a las sentencias del TC como objeto de la investigación jurídica. Finalmente, se ofrecerán algunas conclusiones propositivas sobre la configuración del enfoque de género como herramienta metodológica en el análisis de la jurisprudencia.

2. LAS POSIBILIDADES DEL CONSTRUCTO TEÓRICO DEL GÉNERO

La conceptualización del género ha marcado un hito clave en la teoría feminista, pues ha permitido desarrollar una categoría de análisis capaz de revelar las desigualdades subyacentes entre hombres y mujeres en todo tipo de ciencias, pero particularmente y en lo que ahora interesa, en torno a las ciencias jurídicas.

La noción género es compleja y su construcción teórica no ha estado exenta de polémicas doctrinales (Tubert, 2003). Aunque se han reportado textos de principios y mediados del siglo xx donde se intuye la noción a partir de la caracterización de las mujeres como producto cultural y artificio social (Beauvoir, 2017), no es hasta mediados de siglo, en los años cincuenta, cuando encontramos los primeros ensayos jurídicos de la «jurisprudencia feminista» (Igarreda y Cruells, 2014: 2); y hasta los años setenta cuando aparece una primera definición del género (Tubert, 2003; Ricoy, 2015).

Esta primera definición de género surge como contraposición al determinismo biológico de carácter binario, que en base al sexo biológico establecía la diferencia sexual y distinguía entre hombres y mujeres. El género se define entonces como la construcción sociocultural de cada uno de los sexos, construcción cultural que parte de la heterosexualidad como norma general, creando los estereotipos de hombre y mujer en base a lo social y culturalmente aceptado². Se desarrolla así el binomio teórico «sexo-género» y se emplea a menudo el vocablo «género» para identificar a las mujeres o a todo lo que con ellas tenga que ver³. Esta noción de género contrapuesta al sexo biológico implica en sí misma la tensión entre «lo natural» y «lo cultural» (Tubert, 2003: 7-38). Pronto las estudiosas feministas se dieron cuenta de que esta construcción teórica era irreal y que existían otras realidades en torno al sexo biológico como la «identidad sexual» definida según Osborne y Molina como la «elección del objeto de deseo», lo cual ya denota toda «una serie de prescripciones culturales y de expectativas respecto a lo que es apropiado para un hombre y una mujer en cuanto a su deseo y comportamiento erótico» (Osborne y Molina, 2008:147). De este modo, la teoría feminista complejiza las nociones de sexo y género, al comprender que además de la construcción cultural del género, el sexo biológico por definición conlleva ya implícita una significación cultural, que engloba otras realidades no heteronormativas e incluso a veces, difíciles de adjetivar de forma binaria en el plano de lo biológico (intersexualidad).

Será en los años ochenta cuando se cuestione la utilidad del género para desvelar las desigualdades existentes, al sumarse a la ecuación de las relaciones entre hombres y mujeres otras desigualdades relacionadas con la raza, la nacionalidad, la clase social o la orientación sexual, convergentes con el género (Crenshaw, 1989). Las teóricas de la interseccionalidad (Crenshaw, 1989; Collins 1990; Yuval-Davis, 2006; Hancock 2007) y su continuo cuestionamiento crítico del sujeto político han contribuido a problematizar sobre el género, pero también han enriquecido el significado de este, dotando de nuevas aristas al análisis jurídico de las desigualdades. Lo mismo podría decirse de los distintos tipos de feminismo que se han ido desarrollando a lo largo de la historia⁴.

El término género, por tanto, en una concepción amplia y aglutinadora de los aportes de las distintas teorías feministas puede entenderse como una categoría no excluyente del sexo y de otros factores discriminatorios concomitantes que forman parte de la construcción de los distintos estereotipos masculino y femenino que pueden darse en las distintas sociedades y culturas.

2. Para profundizar sobre la evolución de la concepción del sexo hasta la manifestación de la dimensión del «género», *vid.* Tubert (2003).

3. Una crítica a las consecuencias que pueden resultar de la identificación del «género» con la expresión «mujeres» en relación con los estudios de género, y una enumeración de estas encontramos en Osborne y Molina (2008: 148) «(...) y es que poco a poco el concepto 'género' se ha ido haciendo coextensivo del concepto 'mujer', lo que implica ciertas consecuencias perversas. (...)».

4. Un repaso a la evolución de la teoría feminista a lo largo del tiempo, a los distintos feminismos y a sus aportes al derecho, puede leerse en Amorós Puente (1997) y en Amorós Puente y De Miguel Álvarez (2005), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Minerva Editores.

Como ha precisado recientemente el TC en una sentencia que será clave en la interpretación constitucional de las normas:

(...), aunque el género se conecta a las realidades o características biológicas, no se identifica plenamente con estas, sino que define la identidad social de una persona basada en las construcciones sociales, educativas y culturales de los roles, los rasgos de la personalidad, las actitudes, los comportamientos y los valores que se asocian o atribuyen, de forma diferencial, a hombres y mujeres, y que incluyen normas, comportamientos, roles, apariencia externa, imagen y expectativas sociales asociadas a uno u otro género. Mientras que el sexo se vincula a la concurrencia de una serie de caracteres físicos objetivamente identificables o medibles, los caracteres asociados al género son relativos y coyunturales y pueden variar de una sociedad a otra y de uno a otro tiempo histórico. (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC 67/2022, de 2 de junio, Fundamento Jurídico [FJ 3, a), párrafo 3º]⁵.

El género es por tanto una categoría compleja sobre la que se ha problematizado a nivel teórico y que permite visibilizar la desigualdad estructural y las relaciones de poder que se han impuesto a nivel sociocultural entre hombres y mujeres, pero también entre y sobre otros colectivos no binarios, no heteronormativos, o que incluyen de forma concomitante otros elementos diferenciales o interseccionalidades.

Las posibilidades del constructo teórico del género en la investigación jurídica son innegables. La abundante literatura académica sobre su concepción, significado y utilidad da cuenta de ello. Precisamente el hecho de que sea una categoría compleja y poliédrica da oportunidad de poder realizar análisis jurídicos que se focalicen en diferentes realidades de preterición histórica, conjugando diferentes factores de discriminación sobre la base de los estereotipos masculino y femenino.

Desde el punto de vista jurídico el género tiene una gran utilidad como categoría de análisis. Esta categoría permite poner de relieve las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres, analizando las relaciones de poder entre los sexos y examinando la realidad y las relaciones sociales en base al estereotipo y al papel que juegan en la sociedad los hombres y las mujeres, sus diferentes identidades sociales dentro de la colectividad, sus oportunidades de acceso a bienes y servicios, al ámbito laboral y a las cuotas de poder político, social o laboral, sus derechos y obligaciones, las violencias específicas que sufren las mujeres, las necesidades concretas que tienen éstas en base a su hecho diferencial, etc. Este examen permite obtener evidencias cuantitativas y cualitativas entre hombres y mujeres en un determinado contexto y en base a distintos factores de discriminación que pueden concurrir junto al género. Como categoría de análisis, permite medir también el impacto de las políticas públicas, de las normas y de las decisiones judiciales —aparentemente neu-

5. STC 67/2022, de 2 de junio, recurso de amparo 6375/2019 (BOE núm. 159 de 4 de julio de 2022).

tras— sobre hombres y mujeres y actuar en consecuencia. Es, sin duda, una potente herramienta de lucha contra la desigualdad que favorece el desarrollo de sociedades igualitarias e inclusivas.

La desigualdad estructural entre los hombres y mujeres, las relaciones de poder asimétricas y la existencia de desequilibrios sociales y jurídicos históricos puede ser también el punto de partida de una investigación jurídica, que se cuestione no ya sólo la universalidad del sujeto político y del sujeto de derechos, sino también el sujeto de conocimiento sobre el que se ha construido y trabajado en el mundo del derecho y cómo las relaciones de jerarquía y subordinación entre los sexos han influido en el conocimiento científico. Y es que, en el terreno del conocimiento también se han producido discursos y engranajes que han mantenido y perpetuado los roles de género y la desigualdad entre hombres y mujeres (Posada, 2010; Ricoy, 2015). En este caso el género está trabajando como una categoría o elemento crítico que cuestiona la teoría del conocimiento, que interfiere en los fundamentos teóricos que sustentan la investigación jurídica. El género se convierte entonces en categoría de análisis de la epistemología, o, en otros términos, en un criterio epistemológico que fundamenta y acota el objeto de investigación que se pretenda.

El análisis del derecho y de la jurisprudencia puede partir de esta afirmación teórica previa como una base sobre la que sustentar la investigación, analizando el sesgo de género en el campo del conocimiento jurídico a partir de la evidencia empírica, resignificando conceptos como el del sujeto político, construyendo nuevas categorías jurídicas a partir de la intersección con otros factores de discriminación o de diferenciación, visibilizando el trabajo de las mujeres; estudiando al fin y al cabo la ciencia jurídica desde la perspectiva feminista o desde la perspectiva de la igualdad de género⁶.

En resumidas cuentas, el género puede funcionar como categoría de análisis en la investigación jurídica, pero también como criterio epistemológico que permite sustentar y acotar nuestro propio objeto de investigación y cuestionar las bases del conocimiento jurídico, ofreciendo nuevas perspectivas y paradigmas al campo de estudio. La perspectiva de género como categoría de análisis y como criterio epistemológico puede integrarse en un método de investigación, funcionando en estos casos como una herramienta metodológica de la investigación. A esta herramienta metodológica que incorpora la perspectiva de género como categoría de análisis y que parte de un fundamento teórico previo de desigualdad y de relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres la denominaremos enfoque de género.

6. Para profundizar sobre la interacción de la noción «género» y la epistemología, *vid.* Posuada Kubissa (2012), donde la autora recoge las posiciones del «empirismo feminista», centrado en mostrar los sesgos del género en la aplicación del método científico y los resultados inexactos y erróneos que esto provoca; la «teoría del punto de vista feminista», dedicada a aplicar una perspectiva feminista que visibilice el trabajo de las mujeres en el ámbito científico y que cuestiona los métodos de producción del conocimiento, su sujeto y su impacto para la categoría de análisis del género; recogiendo también algunas propuestas del feminismo postmoderno.

3. LAS METODOLOGÍAS DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA EN EL ESTUDIO DE LA JURISPRUDENCIA: EL ENFOQUE DE GÉNERO

Toda investigación tiene como propósito responder a una pregunta problemática o hipótesis de partida siguiendo un determinado método, previamente establecido y reconocido por la comunidad científica. La hipótesis se formula en un determinado marco teórico, partiendo de determinados conceptos o teorías, sobre los que construir el conocimiento. En el ámbito de las ciencias jurídicas no siempre hay consenso científico sobre determinados conceptos y se hace preciso determinar la concepción específica que vamos a adoptar respecto a un determinado instituto jurídico (Criado, 2021). Por «concepción» entenderemos la interpretación o significado concreto que vamos a otorgar a ese instituto (Gallie, 1956). De igual modo, en muchas ocasiones también será necesario precisar el paradigma desde el que parte o en el que se ubica nuestra investigación. Por «paradigma» entenderemos el conjunto de creencias compartidas y organizadas en una estructura o sistema, que nos servirá de base para responder a nuestra hipótesis o punto de partida (Criado, 2021)⁷.

El feminismo en el ámbito de la investigación jurídica se ha definido por algunas autoras como un paradigma crítico y transformador de la política y del derecho (De Miguel, 2000). Esto es, como un conjunto de creencias y convicciones que, a partir de una determinada concepción de la igualdad, del sexo y del género pretende la transformación de la sociedad, de la política y del derecho para lograr una igualdad real entre las personas.

Aportar el enfoque de género en una investigación jurídica implica partir del paradigma del feminismo e identificar previamente ciertas concepciones de partida, como la desigualdad entre mujeres y hombres o las relaciones de subordinación de unas respecto de los otros. ¿Significa esto que existe una metodología feminista de la investigación? No faltan referencias en la literatura académica que afirman la existencia de un método de estudio feminista, negando la investigación desde una epistemología tradicional. Entre ellas: Hill Collins (1991), Hardsock (1983), Smith (1987), citadas por Burbano y Barrero (2020: 364). En sentido contrario, tampoco faltan en la academia representantes de la postura contraria (Kaplan, 1995). Esta segunda postura sostiene que más que una metodología feminista propia de los estudios de género, lo que existe es una «aplicación en los métodos tradicionales de investigación de una determinada perspectiva y enfoque epistemológico» (Kaplan, 1995:89), que en este caso sería el paradigma feminista⁸.

De conformidad a las posibilidades del constructo teórico del género, consideramos que esta segunda opción es la más factible. El género como catego-

7. Un detallado análisis de qué es la investigación jurídica y de su tipología, métodos y técnicas en el ámbito de la práctica judicial encontramos en el análisis de Criado de Diego (2021).

8. Para profundizar sobre el método en los estudios de género, *vid.* Burbano Arroyo y Barrero Páez (2020).

ría de análisis y como criterio epistemológico no es un método en sí mismo porque no se puede aislar de los métodos tradicionales de investigación —teóricos y empíricos— ni aplicar independientemente de estos. El enfoque de género es una técnica o herramienta metodológica que se incorpora en la investigación teórica, práctica o mixta, definiendo los factores analíticos y partiendo de un paradigma determinado.

La elección del método en una investigación depende de múltiples factores, pero sobre todo depende del objeto de estudio, de los objetivos que se pretendan conforme al problema o a la hipótesis planteada, y del marco teórico de partida. También depende de la persona que investiga, cuyo bagaje intelectual, posicionamiento ideológico y sexo o género⁹ influirán, sin duda, en el método y en el discurrir de éste para lograr los objetivos propuestos.

En cuanto a los objetivos, toda investigación que incorpore el enfoque de género como herramienta metodológica o que parta de los paradigmas feministas, lleva ya ínsito un objetivo específico relacionado con la igualdad. Este objetivo puede concretarse en la visibilización del trabajo de las mujeres en las ciencias jurídicas; en el cuestionamiento del sujeto de derechos y del marco teórico tradicional; en la obtención de datos que reflejen el sesgo de género y en su interpretación; en el análisis del derecho posicionando a las mujeres y reflejando el impacto que pueden generarles determinadas decisiones políticas, legislativas o judiciales; en la creación de nuevas categorías conceptuales; en los paralelismos o diferencias con otros regímenes jurídicos del derecho comparado, etc.

La elección de un método en particular, la aplicación del enfoque de género y los objetivos concretos a los que deba responder el método es algo que corresponde definir a quien investiga. En este sentido, la investigación de la jurisprudencia puede plantearse en los mismos términos que cualquier otra investigación jurídica, definiendo los objetivos en el marco de una investigación jurídico-dogmática, socio-jurídica o filosófico-jurídica, según se enmarque la hipótesis de trabajo: i) en el terreno del análisis, interpretación y aplicación del derecho objetivo, planteándose cuestionamientos de carácter abstracto (dogmática); ii) en el terreno de los efectos que produce el derecho sobre la realidad social (lo socio-jurídico); o, iii) en el campo de la axiología, poniendo «en cuestión tanto el hecho normativo como el hecho social, para formular criterios racionales que permitan criticar el derecho existente y sus manifestaciones y efectos sociales» (Criado, 2021:49; Díaz, 1998), es decir en el campo filosófico-jurídico.

Partiendo de estas definiciones, parece que el ámbito donde mejor se mueve el análisis de la jurisprudencia constitucional, podría ser el iusfilosófico, ya que es el que aúna tanto la dimensión objetiva del derecho y su interpretación conforme a los valores, creencias y concepciones previamente establecidos, como el análisis del impacto que las normas puedan suponer en la realidad

9. Esto es tanto así que la mayoría de las personas que realizan investigaciones jurídicas aplicando un enfoque de género o una perspectiva feminista son mujeres. Como evidencia, las referencias bibliográficas de este trabajo, donde salvo tres referencias ajenas temáticamente al enfoque de género (Criado, 2021; Díaz, 1998; y, Gallie, 1956), todas son mujeres.

social. No obstante, debemos tener presente que en la práctica judicial convergen actividades que engloban recursos propios de cada uno de los tres ámbitos de la investigación jurídica. Además, en ella se combinan tanto el método teórico, como el práctico o empírico y el comparatista¹⁰, y se superponen cada una de las tres formas en las que puede manifestarse el derecho: como hecho, como norma y como valor (Criado, 2021). Según detalla Criado:

(...). Para la determinación de los supuestos de hecho, fijar el significado de las normas y modular sus consecuencias jurídicas a la luz de las condiciones del caso los jueces [y juezas] emplean métodos empíricos de análisis del contenido de las normas, métodos teóricos de descomposición de las instituciones jurídicas en los elementos que las integran, métodos sistémicos para la síntesis de los elementos analizados teniendo en cuenta las reglas estructurales del ordenamiento jurídico y razonamientos deductivos para subsumir determinados hechos en el supuesto fáctico de la norma a aplicar (Criado, 2021: 52).

Por tanto, si las personas que ejercen la función judicial con carácter general y la que ostentan las magistraturas del TC se sirven de todos estos recursos para desempeñar su labor, la investigación del producto de la función jurisdiccional y de la doctrina del TC puede focalizarse en alguna, en todas o en varias de las dimensiones del derecho, sirviendo a distintos fines y objetivos. Esto implica que la jurisprudencia constitucional puede ser objeto de la investigación jurídica desde distintas perspectivas y conforme al método teórico, al empírico o a una fórmula mixta, en cualesquiera de sus manifestaciones¹¹. Y en todas ellas puede aplicarse como categoría jurídica de análisis y herramienta metodológica el enfoque de género.

Por tanto, no existe una metodología más adecuada a la investigación de la jurisprudencia constitucional, sino que la fórmula metodológica más idónea dependerá de los objetivos y del marco teórico de la investigación.

4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COMO OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La jurisprudencia es en sí misma un objeto de estudio muy interesante para la investigación jurídica, pues se trata de un fenómeno jurídico en el que convergen las tres dimensiones del derecho: el derecho como hecho, el derecho como norma y el derecho como valor. La práctica judicial exige el conocimien-

10. Ejemplos de sentencias donde concurren el método teórico, con el empirista a través de las evidencias de los datos estadísticos y del comparatista con otras sentencias del derecho internacional de la Unión Europea, encontramos en la STC 253/2004, de 22 de diciembre, cuestión de inconstitucionalidad 2045/1998 (BOE núm. 18 de 21 de enero de 2005), FJ 7; y en la STC 59/2008, de 14 de mayo, cuestión de inconstitucionalidad 5939/2005 (BOE núm. 135 de 4 de junio de 2005), FJ 8.

11. Una descripción detallada sobre los métodos de la investigación jurídica encontramos en Criado de Diego, M. (2021), *cit.*, 37-43.

to del caso en un contexto determinado; el conocimiento técnico de las normas y del sistema normativo; y, el conocimiento axiológico para poder aplicar e interpretar las normas de forma tal que puedan lograr los valores por ellas pretendidos (Criado, 2021). La investigación de la jurisprudencia puede arrojar resultados muy interesantes sobre la interpretación del derecho y ofrecer una panorámica de la situación real y de los efectos que producen las normas.

Este interés es especialmente significativo en el caso de la jurisprudencia constitucional, pues el TC es el órgano encargado del control de constitucionalidad de las leyes y asume la misión de ser el supremo intérprete de la CE (artículo 1.1 LOTC). En el desarrollo de la actividad que le compete el TC puede expulsar normas del ordenamiento jurídico por inconstitucionales declarando su nulidad de pleno derecho. Asimismo, también puede delimitar el alcance y la interpretación de los textos normativos que llegan hasta su jurisdicción, concretando el contenido de derechos y obligaciones al sentar doctrina sobre todo aquello que es relevante desde el punto de vista constitucional. En su labor de control de la constitucionalidad, de garante de la CE y de órgano tutelar en última instancia de los derechos fundamentales ha venido aplicando la igualdad como parámetro de control de la constitucionalidad y ha desarrollado todo un cuerpo de doctrina sobre el contenido del principio de igualdad (Chano, 2022).

En lo que respecta a la igualdad entre mujeres y hombres y a la implementación de la perspectiva de género en sus decisiones, ésta ha venido estando presente desde 1987 hasta la actualidad, aunque su aplicabilidad no haya sido uniforme. Así, desde las primeras sentencias del TC, en las que cualquier diferenciación normativa por razón del sexo estaba absolutamente proscrita (STC 22/1981, de 2 de julio¹²), hasta la admisibilidad de esta diferencia (STC 128/1987, de 16 de julio¹³) y la posibilidad de introducir acciones positivas para lograr la igualdad real entre hombres y mujeres (STC 103/1993, de 22 de marzo¹⁴). También la posibilidad de identificar discriminaciones indirectas (STC 253/2004, de 22 de diciembre, cit.), o la de analizar varios factores de discriminación concurrentes con el género para determinar si se ha producido algún tipo de lesión a la igualdad constitucional (STC 69/2007, de 16 de abril¹⁵). Y, recientemente, la definición doctrinal de las categorías «sexo», «género», «orientación sexual» e «identidad de género», para poder dotar de seguridad jurídica el análisis de los efectos de las normas con las que se involucren estas categorías (STC 67/2022, cit.).

12. STC 22/1981 de 2 de julio, cuestión de inconstitucionalidad 223/1980 (BOE núm. 172 de 20 de julio de 1981).

13. STC 128/1987 de 16 de julio, recurso de amparo 1123/1985, (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 1985).

14. STC 103/1993, de 22 de marzo, recurso de amparo 1587/1990 (BOE núm. 100 de 27 de abril de 1993).

15. STC 69/2007 de 16 de abril, recurso de amparo 7084/2002 (BOE núm. 123 de 23 de mayo).

El análisis de la jurisprudencia constitucional se presta a ser enfocado desde diversas perspectivas y conforme a distintos objetivos, siendo compatible con cualquier método que sirva al objetivo pretendido. Es un ámbito de investigación donde el enfoque de género se ha tratado y donde la perspectiva feminista del derecho se ha fortalecido, sirviendo de acicate para la transformación del derecho en clave de igualdad.

5. Conclusiones

Al inicio del capítulo nos propusimos dos objetivos. El primero de ellos, determinar cómo funciona el enfoque de género como herramienta metodológica en la investigación que tiene por objeto la jurisprudencia constitucional; y, el segundo, proponer qué metodología de investigación es la más adecuada para responder a los propósitos de un análisis jurisprudencial con enfoque de género.

En lo que respecta a la primera cuestión, hemos concluido que el género es una categoría compleja sobre la que se ha problematizado jurídicamente, pero también es un concepto útil a nivel teórico y analítico porque permite:

- 1) Visibilizar la desigualdad estructural y las relaciones de poder que se han impuesto a nivel sociocultural entre hombres y mujeres, pero también entre y sobre otros colectivos no binarios, no heteronormativos, o que incluyen de forma concomitante otros elementos diferenciales o interseccionalidades.
- 2) Realizar análisis jurídicos que se focalicen en diferentes realidades de preterición histórica, conjugando diferentes factores de discriminación sobre la base de los estereotipos masculino y femenino.

El género puede funcionar como:

- 1) Categoría de análisis en la investigación jurídica, poniendo de manifiesto las desigualdades estructurales entre hombres y mujeres, analizando las relaciones de poder entre los sexos y examinando la realidad y las relaciones sociales en base al estereotipo sociocultural y a las diferentes identidades sociales. También generando evidencias cuantitativas y cualitativas de la desigualdad y midiendo el impacto de políticas públicas, legislativas y de la práctica judicial.
- 2) Criterio epistemológico, permitiendo sustentar el objeto de investigación y cuestionar las bases del conocimiento jurídico, ofreciendo nuevas perspectivas y paradigmas al campo de estudio.

La perspectiva de género como categoría de análisis y como criterio epistemológico puede integrarse en un método de investigación, funcionando en estos casos como una herramienta metodológica de la investigación. Esta herramienta metodológica que incorpora la perspectiva de género como categoría de análisis y que parte de un fundamento teórico previo de desigualdad y de

relaciones de poder y subordinación entre hombres y mujeres constituye el enfoque de género.

En cuanto al segundo objetivo, relativo a qué metodología de investigación es la más adecuada para responder a los propósitos de un análisis jurisprudencial con enfoque de género, se ha concluido que no existe una metodología más adecuada a la investigación de la jurisprudencia constitucional, sino que la fórmula metodológica más idónea dependerá de los objetivos y del marco teórico de la investigación. La jurisprudencia constitucional puede ser objeto de la investigación jurídica desde distintas perspectivas y plantearse conforme al método teórico, al empírico o a una fórmula mixta. En todos estos casos puede aplicarse como categoría jurídica de análisis y herramienta metodológica el enfoque de género. También se ha puesto de manifiesto la relevancia de la jurisprudencia constitucional como objeto de la investigación jurídica.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORÓS PUENTE, C. (1995). *Tiempo de feminismo. Sobre feminismos, proyecto ilustrado y postmodernidad*. Universidad de Valencia.
- AMORÓS PUENTE, C. y DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2005). *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización*. Minerva Editores.
- BEAUVOIR, S. (2017). *El segundo sexo*. Cátedra.
- BURBANO ARROYO, A. M. y BARRERO PÁEZ, V. F. (2020). El método en los estudios de género. En PÁRAMO BERNAL, P. F. (Ed.), *La investigación en Ciencias Sociales. La historia del método y su filosofía* (359-406). Lemoine Editores.
- CARMONA CUENCA, E. (2015). *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- CHANO REGAÑA, L. (2022). *La aplicación del principio de igualdad en el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley en España* [Tesis doctoral, Universidad de Extremadura]. Dehesa. <https://dehesa.unex.es:8443/handle/10662/14900>
- COLLINS, P. (1990). *Black Feminist Thought. Knowledge, consciousness, and the politics of empowerment*, Routledge.
- CRENSHAW, K. (1989). Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics. *University of Chicago Legal Forum*, 1, 139-167. <http://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8>
- CRiado DE DIEGO, M. (2021). Investigación en el mundo del derecho para la práctica judicial. En Novoa Moreno, M.L., Estupiñán Achury, L. y Barrios de la Cruz, C. (Ed.), *Manual de Metodología de Investigación Jurídica para la práctica judicial en la Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla»* (23-59). Consejo Superior de la Judicatura. <https://escuelajudicial.ramajudicial.gov.co/sites/default/files/Manua%20Enero%202022.pdf>

- DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2000). Movimiento feminista y redefinición de la realidad. Asamblea de mujeres de Córdoba. *Feminismo.es*, 97-104. <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/movimiento-feminista-y-redefinicion-de-la-realidad.pdf>
- DÍAZ GARCÍA, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Marcial Pons.
- GALLIE, W. B. (1965). Essentially Contested Concepts. *Proceedings of the Aristotelian Society*, 56, 167-198. <https://doi.org/10.1093/aristotelian/56.1.167>
- HANCOCK, A. M. (2007). When multiplication doesn't equal quick addition: Examining intersectionality as a research paradigm. *Perspectives on Politics*, 5 (1), 63-79. <https://doi.org/10.1017/S1537592707070065>
- IGAREDA GONZÁLEZ, N. y Cruells López. M. (2014). Críticas al derecho y el sujeto «mujeres» y propuestas desde la jurisprudencia feminista. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 30, 1-16. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/4107>
- JARAMILLO SIERRA, I. C. (2000). La crítica feminista al derecho. Estudio preliminar. En WEST, R. (Ed.), *Género y teoría del derecho* (27-66). Siglo de Hombres Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar.
- KAPLAN, G. (1995). Feminist methodology is it a fact or fiction? *Bulletin de Methodologie sociologique*, 46, 88-98. <https://www.jstor.org/stable/24311494>
- MACKINNON, C.A. (1989). *Hacia una teoría feminista del Estado*. Cátedra.
- MANTILLA FALCÓN, J. (2013). La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos. *THEMIS: Revista de Derecho*, 63, 131-146. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994>
- NIÑO PATIÑO, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: Herramienta para la toma de decisión judicial. *Revista Temas Socio Jurídicos*, 38 (77), 11-28. <https://revistas.unab.edu.co/index.php/sociojuridico/article/view/3741/3159>
- ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS (1995). *Informe de la IV Conferencia Mundial de Mujeres*. <https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/fwcwn.html>
- OSBORNE VERDUGO, R. y MOLINA PETIT, C. (2008). Evolución del concepto género. *EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, 15, 147-182. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2686277>
- POSADA KUBISSA, L. (2012). Igualdad, epistemología y género: desde un horizonte ético-político. *Quaderns de Psicologia*, 12 (2), 81-91. <http://www.quadernsdepsicologia.cat/article/view/765>
- POYATOS I MATAS, G. (2019). Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 2, 1-21. <http://dx.doi.org/10.6018/iQual.341501>
- RICOY CASAS, R. M. (2015). Teorías jurídicas feministas. En FABRA ZAMORA, J. L. y NÚÑEZ VAQUERO, A. (Ed.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. I (459-499). Universidad Nacional Autónoma de México – Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- TUBERT, S. (2003). *Del sexo al género: Los equívocos de un concepto*. Cátedra.
- Yuval-Davis, N. (2006). Intersectionality and Feminist Politics. *European Journal of Women's Studies*, 13 (3), 193-209. <https://doi.org/10.1177%2F1350506806065752>

AVANZANDO HACIA UNA JUSTICIA INTEGRAL PARA VÍCTIMAS MENORES DE EDAD

Jessica Jullien de Asís¹

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos de la infancia, y más concretamente el respeto de estos derechos a lo largo del proceso ha tomado en los últimos años una mayor relevancia, sin llegar sin embargo a una satisfacción suficiente en la práctica, acentuándose estas carencias cuando hablamos de niñas y adolescentes, que participan como víctimas a lo largo del proceso.

Los numerosos avances en derechos de la infancia en los últimos años podrían alentarnos a creer que no existen problemas urgentes en la protección de estos a lo largo del proceso. No solamente por ser la Convención de los Derechos del Niño —*y de la Niña*— (CDN) una de las más ratificadas de la historia, sino también por el importante cambio de paradigma en la participación de las víctimas en el proceso. Por otra parte, pese a encontrarse algo rezagada la protección de los derechos de la mujer, con una interpretación en España aún restrictiva de la violencia de género, no pueden negarse los importantes avances en los últimos años, lo que también podría llevarnos a concluir que se encuentran bajo este amparo también las niñas y adolescentes.

Sin embargo, resulta difícil poder afirmar que el sistema de justicia logre escapar, en su estructura y tratamiento a las víctimas, a sesgos y estereotipos de la actual cultura patriarcal y adultocentrista. Por otra parte, interesa también reflexionar si el sistema de protección de los derechos en juego es capaz de

1. Las reflexiones reflejadas en este capítulo forman parte de las conclusiones iniciales del Proyecto Europeo ENCLAVE (101005464 — ENCLAVE — JUST-AG-2020 / JUST-JACC-AG-2020), financiado por: EUROPEAN COMMISSION RESEARCH EXECUTIVE AGENCY. Más información en: https://enclaveproject.eu/?fbclid=IwAR1c4T4ajb0eQaNBE1K136sJse_JPssnj64NHsm7je7yoVNNLiaHNTGZzJg

asumir de manera armoniosa estas dos perspectivas, infancia y género, e incluso debatir si esto es necesario.

Mientras que se tuvo que esperar hasta el año 2004 para contar con una ley que regulara de manera específica la violencia de género, se ha tenido que esperar hasta el año 2021 para que finalmente se tome en serio la necesidad de crear Juzgados especializados en victimización infantil, cuestión abordada, pero no resuelta, en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (en adelante, LOPIVI). Contamos así en la actualidad únicamente con un Juzgado especializado en las Islas Canarias, como proyecto piloto, fruto de años de trabajo y experiencia. Para el resto de las víctimas menores de edad, el tratamiento procesal, pese a la reciente entrada en vigor de la mencionada ley, dependerá de los recursos disponibles y la concienciación de las personas que las atiendan, no siendo en todo caso suficiente la *buena voluntad* e incluso la *sensibilidad* en la materia, para un trato adecuado a las víctimas.

La LOPIVI recalca la relevancia de incorporar la perspectiva de género en todas aquellas medidas que establece, *sumando* a la formación especializada de operadores jurídicos en cuestiones de género, formación en derechos de la infancia, aunque de manera separada. Sin embargo, los resultados obtenidos en el Proyecto europeo ENCLAVE, focalizado en el uso de la entrevista forense en casos de victimización sexual infantil, ofrecen una visión poco optimista de la realidad actual de las víctimas, y muy especialmente de las niñas y adolescentes. Se observa que los avances obtenidos en la toma de control de las víctimas en la gestión de sus conflictos no alcanzan de manera suficiente a las personas menores de edad quienes se encuentran así inmersas en un sistema de justicia adultocentrista y androcéntrico, reflejo de la sociedad actual, existiendo medidas de adaptación que pocas veces se aplicarán desde una visión interseccional, y que además en muchas ocasiones parecen obviar la propia visión o interpretación que la víctima tiene de sí misma, del hecho delictivo, de su rol en el proceso y la sociedad, propias de sus vivencias, como ciudadanas de esta realidad.

2. LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS EN EL PROCESO JUDICIAL

El rol de la infancia en el proceso judicial muestra, como sucede con las mujeres y las niñas, un reflejo del rol que le es otorgado en la sociedad actual. Así, la participación de las niñas y adolescentes en el proceso no se entiende si no es desde el análisis previo de la concepción de las personas menores de edad, por una parte, y de su rol como víctimas en el proceso judicial, por otra.

2.1. La concepción de niños, niñas y adolescentes

La concepción de la infancia impacta en la protección de sus derechos y el ejercicio de estos. Si bien ha evolucionado enormemente a lo largo de la his-

toria, un breve recorrido por los distintos modelos de protección recuerda que los cimientos sobre los que se han desarrollado siguen marcando la interpretación de los derechos de niños, niñas y adolescentes (NNA) en la actualidad.

Desde la antigüedad hasta el siglo XVII no se encuentran apenas menciones específicas a la infancia, careciendo de interés y siendo únicamente relevante como potencial persona adulta (Platón, 1983:664e, 672c; Platón, 1989:431c)². Desde esta aproximación negativa de la infancia, se subrayan las carencias existentes en comparación con la persona adulta, destacando su carácter de ser humano imperfecto y la ausencia de valor en sí misma de la persona —hasta desterrar estas supuestas imperfecciones en la edad adulta³—. Resalta además el carácter de *propiedad* de la persona menor de edad tanto de sus progenitores/as como de terceros (Campoy Cervera, 2006:42), siendo así relevante el elemento de *poder* sobre la infancia, que se mantiene hasta la actualidad.

A partir del siglo XVII, la pésima situación de la infancia que conllevaba problemas de salud a nivel comunitario despierta cierta alarma. Da paso al modelo *proteccionista tradicional*, apostando no tanto por el reconocimiento de derechos, sino por la protección de un «proyecto» de ciudadano/a, incapaz de discernir correctamente en la toma de decisiones, sin cualidades morales y con limitadas capacidades físicas. Por ello, aunque se puede empezar a hablar del concepto de interés superior de la persona menor de edad, este será fijado por las personas reconocidas como responsables de esta. Destaca en esta época la familia —con una estructura patriarcal— como nueva organización social, trasladando así esta protección al ámbito privado.

A finales del siglo xx, en el contexto inglés y estadounidense, puede situarse el modelo *liberal*, que pone a prueba el modelo proteccionista tradicional manteniendo que la concepción manejada en el mismo oculta un deseo de mantener a este colectivo oprimido. Defiende la necesidad de superar el *double standard* por el que se reconocen derechos y un ejercicio de los mismos diferenciado según la edad de la persona, defendiendo que las características específicas atribuidas a la infancia como señas de identidad son en realidad una construcción artificial (Ariés, 1987). Se realiza un acercamiento distinto a las capacidades de la persona, debiendo valorarse de manera minuciosa si, en cada caso, la persona cuenta con capacidad suficiente para dirigir su vida, o parcelas de esta —destacando reflexiones de Cohen, Holt o Rousseau en este sentido—. Se denuncia así un sobreproteccionismo perjudicial para el propio desarrollo de la persona.

Si bien algunos de los planteamientos de este modelo suponen contradicciones y tensiones con el desarrollo progresivo y la relevancia distintiva de algunas etapas en este, permite incorporar en los debates de protección a la

2. Merece ser señalado que las reflexiones del autor son similares en cuanto a la ausencia de valor reconocida tanto a personas menores de edad como a mujeres.

3. Ello afecta de manera especial a las personas con discapacidad, ya que acorde al modelo de prescindencia, la detección de ciertas discapacidades justificaba la inviabilidad de esta deseada perfección adulta (Palacios, 2008:37-66) y por ende suponía un alto nivel de infanticidio.

infancia un valor fundamental, como es la libertad, afectando especialmente al ámbito privado al que se había relegado a este colectivo.

Se alcanza finalmente el modelo *proteccionista renovado* que, aun incorporado algunos de los grandes avances obtenidos desde el liberalismo, arrastra carencias que se reflejan especialmente en su aplicación práctica, propias de un modelo proteccionista.

Supone en cualquier caso un avanza innegable en la concepción de la persona menor de edad, que con el apoyo en otras ciencias (psicología, pedagogía, etc.), permite una mejor comprensión de la infancia y por ende el reconocimiento del valor propio de la persona en esta etapa. Esto afecta a la interpretación o definición del interés superior de la persona menor de edad. En este modelo se reconoce el desarrollo progresivo, a lo largo de la infancia, de las capacidades, facultades y experiencias, afectando a su vez a la capacidad de toma de decisiones, y cobrando mayor importancia la voluntad. Así, «(...) el respeto a la libre voluntad del menor forma parte de lo que hay que entender que es su mejor interés» (Campoy Cervera, 2006:499), pese a incorporar otros elementos en esta valoración —manteniendo un rol primordial las personas responsables en la definición del interés superior de la persona menor de edad en cada caso—. Pese a ello, esta aproximación permite reconocer la posible existencia de un conflicto de intereses, e incorporando al debate la limitación de medidas paternalistas en su caso (Picontó Novales, 2000:17).

Sin profundizar más en ello, este recorrido superficial nos permite afirmar que si bien se ha avanzado enormemente en la autonomía —teórica— de la infancia, facilitada por este cambio de concepción, el modelo actual sigue siendo marcadamente proteccionista lo que puede llevar a la asfixia de ciertos derechos de la infancia. Esto es así porque se parte de la supuesta necesidad de protección de la persona menor de edad y no de la protección de sus derechos, como se abordará más adelante.

2.2. La estructura del proceso y el rol de las víctimas: ¿dónde quedan las víctimas menores de edad?

El concepto de acceso a la justicia y la valoración de la eficacia y eficiencia del proceso también han evolucionado. En este sentido interesa atender tanto la respuesta del proceso a las víctimas como también la vivencia de estas a lo largo de dicho proceso, cuestión que ha tomado una importancia notoria en los últimos años.

En esta evolución deben mencionarse tanto las ADR's (*Alternative Dispute Resolution*) como la Justicia Restaurativa que, con objetivos y procederes distintos, han incorporado diferentes reflexiones que permiten alcanzar una justicia de mayor calidad y han devuelto a las víctimas, especialmente la segunda, el espacio que les correspondía.

Podemos situar cerca de los años 60 y 70 diferentes movimientos que van a permitir revisar el proceso como herramienta de pacificación social, debiendo

dar respuesta a las víctimas y a la ciudadanía de manera general. Destaca Soletto Muñoz (2013) diferentes hitos sobre los que analizar el nacimiento y desarrollo de la Justicia Restaurativa: corrientes retributivas, corrientes de empoderamiento social, ineficacia y búsqueda de satisfacción en la Administración de Justicia, fin de reinserción e importancia de las víctimas. Cuestiona así las limitaciones del proceso convencional y en lo que interesa en este caso, especialmente en lo referente a las víctimas.

Resulta esclarecedor acudir a las palabras de Zehr (2007) que destaca cuatro necesidades esenciales que según él pretende recoger la Justicia Restaurativa, y que no son satisfechas de manera suficiente en la justicia procesal convencional: la información, la narración de los hechos, el control y la restitución. Encontramos numerosas herramientas que pueden atender estas necesidades de manera complementaria o alternativa al proceso. Sin embargo, al trasladarse a la infancia victimizada, el mismo planteamiento restaurativo plantea obstáculos conceptuales de raíz. Recuperando las reflexiones relativas a la concepción de las personas menores de edad, la dificultad de una participación real de las mismas va a marcar de manera definitiva el resto de los elementos. Desde un acercamiento proteccionista, prepondera la protección de la infancia, y no tanto de sus derechos, de forma que limita su participación reduciendo drásticamente el control de la persona a lo largo del proceso y limitando la posibilidad de una restitución real, pudiendo deformarse el interés de la persona justamente por esta falta de participación. Esto supone una barrera en un momento incluso previo, a la hora de *devolver* a las víctimas, el espacio que les corresponde en el proceso.

La estructura misma del proceso es también un elemento clave que repercute sobre estas necesidades, y es que el proceso judicial convencional, marcadamente ritualista en pro de una alta seguridad jurídica, parece alejarse en algunos momentos del ideal de justicia de la ciudadanía que no logra encontrar en el mismo una satisfacción a sus intereses —concepto que adquiere mayor amplitud que algunos derechos, pero que permite a su vez ajustarse a la situación específica de cada persona—. Se debe resaltar en este sentido la necesidad «de flexibilizar las formalidades procesales atendiendo más a los fines que con ellas se persigue, aunque sean alcanzados de una manera diferente a las formalidades previamente establecidas (...)» (Bustamante Alarcón, 2001:54). Si bien se pone en las líneas previas el foco en la forma de alcanzar el resultado a lo largo del proceso, puede afirmarse en el caso de la infancia que ello afecta de manera irremediable al resultado en sí mismo, dada la fuerte repercusión en la participación de las personas menores de edad.

Todas estas reflexiones son atendidas de manera clara cuando hablamos de personas menores de edad infractoras; tanto en el sistema de justicia convencional, como en herramientas alternativas o complementarias. Así, cuando hablamos de sistema de justicia juvenil —sistema de justicia convencional—, la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor (LORPM) opta por un sistema mixto acorde a lo establecido en la CDN con el interés superior de la persona menor de edad como eje central, debiendo atender tanto el delito como los

factores psicosociales de la persona menor de edad (Bernuz Beneitez, 2014a). Habla así de una responsabilización desde una visión sancionadora-educativa, hacia las personas menores de edad comprendidas entre los catorce y dieciocho años. Armoniza las garantías procesales que deben acompañar a la persona menor de edad, con el respeto del interés superior de esta por medio de un procedimiento flexible que reduce costumbres formalistas a fin de facilitar sus objetivos principales, especialmente en la adopción y ejecución de medidas. Establece en esta línea que deben tenerse en cuenta los derechos reconocidos en la Constitución Española, en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y la CDN (artículo 1.2 LORPM). Acoge así cuatro elementos que se desprenden de lo establecido en la CDN (especialmente en sus artículos 37 y 40) tendiendo a la desjudicialización, la desintitucionalización, la descriminalización y el respeto del debido proceso por medio de garantías.

Por otra parte, cuando hablamos de mecanismos restaurativos, encontramos un reconocimiento temprano de estos en la LORPM (Bernuz Beneitez, 2014b). No es una cuestión excepcional del caso español, ya que uno de los primeros reflejos de experiencias restaurativas llevadas a cabo son las prácticas de Ontario (Canadá) en 1974, enfocadas a la reconciliación entre víctima y ofensor (*Victim-offenders Reconciliation Program o VORP*) o los programa de *Victim Offender Mediation (VOM)*, centradas en casos de delincuencia juvenil.

En España, las reflexiones brindadas desde la Justicia Restaurativa han permitido un análisis del tratamiento procesal de las víctimas desde un prisma renovado, desde un prisma restaurativo. Esto ha permitido una visión más crítica de la vivencia de las víctimas a lo largo del proceso, llegando incluso a alertarse en relación a la satisfacción de los intereses de las víctimas —mayormente las adultas— en el sistema de justicia juvenil, previniendo de riesgos de instrumentalización de las mismas, muy especialmente en lo relativo a la reparación de las víctimas (López-Terradas Paniagua, 2019). Sin embargo, ¿estos debates incluyen realmente a las víctimas menores de edad (Jullien de Asís, 2021)? Pese a que existe una mayor concienciación del maltrato institucional hacia estas víctimas, lo cierto es que las medidas de protección puestas en marcha a fin de acabar con esta victimización secundaria tienden más a aislar a la víctima del proceso, procurando alejarla de este sistema no adaptado, que a proteger sus derechos en el mismo por medio de adaptaciones adecuadas. Gran parte de estas tensiones se encuentran en la dificultad de facilitar una verdadera participación de las víctimas tanto en el proceso como en herramientas alternativas o complementarias (Gal, 2019; Hart, 1992).

2.3. Revisión de los derechos de la infancia desde la Teoría de los Derechos Humanos

Si parecen haberse dado cambios significativos en la concepción de las personas menores de edad y en el rol de las víctimas en el proceso ¿cómo se

encuentran en la actualidad aun tantos obstáculos en la participación de víctimas menores de edad a lo largo del proceso?

Como es sabido, los avances de los derechos se han clasificado en cuatro generaciones (Martínez de Pisón, 1997): la primera generación, donde encontramos los derechos civiles y políticos; la segunda, donde encontramos los derechos económicos, sociales y culturales; la tercera, donde se habla de derechos específicos, siendo esencial el concepto de solidaridad; y finalmente la cuarta generación más ligada a los avances tecnológicos (Rodríguez Palop, 2010). El reconocimiento de los derechos de la infancia es quizá más complejo en las dos primeras, donde el eje central son la capacidad de obrar y el peso de la autonomía de la voluntad, ambas cuestiones no exentas de debate en la infancia. Afirma Hierro Sánchez-Pescador (1999:19) que «Por eso la Historia de los Derechos Humanos en los dos últimos siglos es, en gran medida, la historia de la extensión del sujeto: de los derechos de los trabajadores, de los derechos de las mujeres y de los derechos de los niños». No se trata por tanto de excluir los derechos de la infancia de las dos primeras generaciones sino más bien que su inclusión como titulares de derechos va a ir de la mano de algunos debates que van a tener más peso en la tercera generación.

Ayuda a avanzar en este debate acudir a los procesos de evolución de los derechos fundamentales (Barraco Avilés, 1996). Y es que se tiende a reconocer los derechos de la infancia en el proceso de especificación, diferenciándose de otros tres procesos: positivación, generalización e internacionalización (Ansuátegui Roig, 2000). Esto conlleva importantes problemas que son compartidos —aunque no en su totalidad— con los derechos reconocidos a las mujeres y niñas, y es que se obvia la relevancia de la generalización de los derechos, alcanzando como no puede ser de otra manera, también a niños, niñas y adolescentes. De no ser así, se estaría hablando de una especie de subproducto de los derechos de la infancia, no plenamente coincidente con los Derechos Humanos, y no siéndoles reconocidos derechos esenciales relacionados con la libertad.

Aclarado esto, debe destacarse que el proceso de especificación supone un cambio transcendental tanto para la infancia como para las mujeres. Se cuestiona el reconocimiento que se otorgaba de manera genérica al *hombre* y posteriormente al *ciudadano*, defendiendo que dentro de este existen —nuevos— titulares que requieren derechos específicos por diferentes motivos, como una condición social o cultural —siendo el caso de la mujer—, en relaciones sociales, o por la condición física y/o psicológica, en la que se encontrarían las personas menores de edad. Siendo estos, nuevamente, los cimientos sobre los que se irgue el sistema de derechos sobre el que nos apoyamos actualmente, no es una cuestión baladí que toda aproximación exija una revisión crítica a un sistema marcadamente androcéntrico y adultocentrista.

En todo caso, retomar el debate de los derechos de la infancia o revisar su interpretación desde la Teoría de los Derechos Humanos es indispensable para evitar bloqueos e incoherencias en el ejercicio de estos derechos. Así, «no podemos establecer los derechos de los niños como si se tratara de un grupo

marginal de la sociedad humana. Se trata, por lo contrario, de *tomarse en serio que los niños son seres humanos* (Hierro Sánchez-Pescador, 1991:228), ya que de lo contrario, se les imposibilita formar parte del grupo beneficiario de los Derechos Humanos (Freeman, 2007:252).

Coherentemente con ello, resulta esencial alcanzar una equiparación en el reconocimiento de derechos generales y específicos en la infancia, superando la concepción de ser imperfecto, aun pudiendo establecer apoyos para su correcto ejercicio (Piconó Novales, 2000). Debemos ser conscientes que cuanto más se perfeccione el modelo de reconocimiento de derechos en la infancia, menores serían las limitaciones o el poder de terceras personas respecto a las decisiones tomadas.

Contemplada la infancia desde un prisma más respetuoso, se observa una incapacidad de la sociedad para articular las vías adecuadas de escucha a la infancia y apoyos para un adecuado desarrollo de sus capacidades obteniendo por medio de estas una progresiva autonomía. Se trata, así de «buscar un equilibrio a la luz de sus circunstancias concretas, entre protección y empoderamiento» (Cardona Llorens, 2015:10). Este es por tanto el paso previo para que NNA puedan beneficiarse de los numerosos avances que se han dado respecto a las víctimas y su relación con el proceso judicial.

3. LA PARTICIPACIÓN EN EL PROCESO DE NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS. INTERACCIONES Y RELATOS DE LAS VÍCTIMAS

Interesa en este punto reflexionar sobre la situación de las niñas y adolescentes víctimas en el proceso y si tiene fundamento atender a necesidades e intereses distintivos —desde un punto de vista teórico—. Para ello nos apoyaremos en algunas cifras para posteriormente analizar la participación de estas víctimas en algunos tipos delictivos.

3.1. Niñas y adolescentes víctimas en el proceso

El derecho, pese a requerir una revisión crítica por lo anteriormente señalado, muestra en su evolución algunos de los logros alcanzados desde la lucha feminista. No solo la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, sino también los avances obtenidos en el contexto de la violencia sexual o en el contexto familiar, son algunos ejemplos de un progreso gradual, pese a quedar mucho por hacer. Existiendo aun así importantes vacíos debido principalmente a la falta de especialización y las resistencias que se encuentran marcadas por los cimientos de un sistema androcéntrico, y una preservación de privilegios, no resulta extraño que al menos se incorpore de manera cada vez más frecuente dicha perspectiva en la revisión del proceso cuando se encuentran inmersas en él

víctimas adultas, muy especialmente en determinados delitos como pueden ser los sexuales.

Sin embargo, esto se da en casos aislados cuando la víctima es menor de edad. Coherentemente a la normativa española —y desoyendo lo establecido en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul)—, este debate solamente se abre en casos de *violencia de género* en el ámbito de parejas jóvenes. Sin embargo, como ya sabemos, los roles de género no se encuentran vinculados a la edad adulta y por ello las personas menores de edad, como se ve reflejado en el ámbito de la pareja, no se ven protegidas de este tipo de violencia por razón de su edad.

Las cifras al analizar las victimizaciones nos ayudan a alcanzar conclusiones más claras en esta cuestión, lo que no debe quedarse sin embargo en una lectura superficial, ya que va mucho más allá de las victimizaciones que son uno de los reflejos más extremos de este sistema patriarcal. La propia narrativa de la víctima sobre su vivencia, el contexto en el que se dé dicha violencia, los roles aprendidos, etc. Todas ellas son cuestiones que deben ser tenidas en cuenta para dar una respuesta de calidad a niñas y adolescentes victimizadas.

Encontramos de manera general carencias en la recogida de datos de la victimización infantil (Pereda Beltrán, Guilera Ferré, y Abad Gil, 2014) marcadas por la situación de dependencia de las víctimas lo que conlleva una altísima cifra negra, además de plantear no pocos debates sobre su sistematización. Como ya fue señalado por el Consejo de Europa (Ministerio de Justicia 2013) es necesario centralizar y unificar la forma de recogida y la plasmación de estos datos (Cardona Llorens, 2015), además de fomentar la colaboración y concienciación de la ciudadanía y de todos aquellos grupos profesionales que tengan contacto con la infancia en el desarrollo de sus labores profesionales.

La LOPIVI recoge esta problemática en sus artículos 44, 52 y 56 estableciendo la sustitución del RUMI (Registro Unificado de Maltrato Infantil) por el Registro Unificado de Servicios Sociales sobre Violencia contra la Infancia (RUSSVI). Los datos incluidos serán aquellos procedentes de los servicios sociales de atención primaria debiendo recoger «las notificaciones y comunicaciones recibidas, los casos confirmados y las distintas medidas puestas en marcha en relación con la intervención de dichos servicios sociales» (artículo 44.1 LOPIVI), todo ello completado con la creación por Real Decreto del Registro Central de información sobre la violencia contra la infancia y la adolescencia recogiendo también los datos registrados por el Consejo General el Poder Judicial, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y otras administraciones públicas.

Debiendo ser el Real Decreto el que determine la información que deberá ser facilitada, se señala que deberá comprender, como mínimo, los siguientes aspectos:

- Con respecto a las víctimas: edad, sexo, tipo de violencia, gravedad, nacionalidad y, en su caso, discapacidad.

- Con respecto a las personas agresoras: edad, sexo y relación con la víctima.
- Información policial (denuncias, victimizaciones, etc.) y judicial.
- Medidas puestas en marcha.

Que desde estos datos se realicen estudios especializados es muy necesario, ya que aquellos existentes en casos de violencia de género, al centrarse en la violencia en el contexto de pareja (IPV, *intimate partner violence*), ofrecen unos resultados sesgados que además mantienen vivos ciertos mitos. Atendiendo a este tipo de recogida de datos solamente se contempla la violencia sufrida por niñas y adolescentes en sus relaciones de pareja, en la que se observa un descenso dramático en la edad de las víctimas (Echeburúa y De Corral, 2009) y la violencia hacia personas menores de edad de manera directa en el contexto familiar o análogo o en casos de violencia vicaria —datos en los que se incluyen también a niños por supuesto—. Debe recordarse que estos datos no se incluyeron hasta 2013 mostrando la importante invisibilización de estas víctimas. Además, el Observatorio contra la Violencia de género recoge en dos tramos las víctimas mortales cuando son menores de edad —menores de 15 años y entre 16 y 17 años— lo que conlleva una lectura muy superficial de los hechos.

Así, puede afirmarse que son muchas las situaciones de violencia contra niñas y adolescentes que quedan fuera de estos registros y que, acorde a lo establecido en el Convenio de Estambul, deberían ser calificados como violencia contra las mujeres —niñas y adolescentes— por razones de género (artículo 3).

Para realizar una primera aproximación general que permita detectar estos casos de violencia contra las niñas y adolescentes por el hecho de serlo o les afecte de manera desproporcionada, puede acudir a los datos facilitados por el Ministerio del Interior del año 2020.

Si comparamos las victimizaciones registradas⁴ en función de la edad, realizando una comparativa entre personas adultas y personas menores de edad, se observa un porcentaje claramente mayor de victimizaciones en la edad adulta, exceptuando aquellas relacionadas con la libertad e indemnidad sexual alcanzando en el caso de personas menores de edad un 51%. También destaca aquellas en las relaciones familiares con un 23% y contra las personas con un 8%. Si en estos casos, atendemos al desglose realizado en base a la edad (tramo

4. El concepto de victimización «viene referido al número de hechos denunciados por personas en los cuales manifiestan ser víctimas o perjudicados por alguna infracción penal. Se diferencia del concepto de ‘víctima’, ya que éste se refiere a personas individuales. En una denuncia pueden darse varios hechos conjuntamente, e incluso pueden existir varias víctimas o perjudicados, siendo las victimizaciones el término que engloba a los diferentes hechos que afectan a una determinada víctima». Para una consulta más detallada de los datos reflejados véase: https://estadisticasdecriminalidad.ses.mir.es/GuiasyAyudas/04_Victimizaciones.pdf

inferior de 0 a 13 años y tramo superior de 14 a 17 años) y el sexo, se obtienen los siguientes resultados:

- En los delitos contra las personas, sube la victimización tanto para niños como para niñas en el tramo superior, salvo en los «malos tratos en el ámbito familiar» en los que las victimizaciones registradas contra niños bajan significativamente en el tramo superior mientras que aumenta en el caso de las niñas. También cabe destacar que las victimizaciones respecto al patrimonio estas van dirigidas principalmente contra niños y adolescentes con un 66%.
- Es en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en los que va a encontrarse una diferencia abrumadora: en el 79% del total de estos delitos, la víctima es una niña o una adolescente, subiendo hasta el 90% en el caso de las agresiones sexuales con penetración. En general, mientras que las cifras bajan o se mantienen en el tramo superior para los niños (salvo en agresión sexual y corrupción de menores donde sube levemente), todas las victimizaciones de esta categoría aumentan en el caso de las niñas (salvo en pornografía infantil en la que baja levemente).

Analizar y adaptar la respuesta a estas víctimas únicamente desde la perspectiva de la infancia, sin atender a otros elementos que desde la perspectiva de género destacan con facilidad, dificulta ofrecer a las víctimas una justicia de calidad. Supone además negar una evidencia, y es que la edad no protege a las niñas y adolescentes de sufrir violencia por el hecho de serlo.

3.2. Incorporación del relato de las víctimas menores de edad al proceso

Uno de los elementos esenciales en el correcto tratamiento de las víctimas a lo largo del proceso es la participación. Esta puede abordarse desde distintos prismas, pudiendo hacer alusión a la accesibilidad misma del proceso para las víctimas menores de edad o el respeto de sus intereses —que exige una adecuada información y el respeto de la toma de decisión—, entre otros. El Proyecto europeo ENCLAVE ha centrado su análisis en el uso de la entrevista forense en casos de delitos sexuales contra personas menores de edad, que como se ha destacado serán, en casi el 80% de los casos, niñas o adolescentes.

Las siguientes reflexiones se van a centrar por tanto en algunas de las conclusiones alcanzadas en este proyecto, dada la relevancia de dicha entrevista. Esta importancia se debe a que en numerosas ocasiones estos delitos se perpetrán sin testigos y dejando pocas pruebas más que el testimonio de las víctimas, es decir, es por medio de esta que se introducen los hechos al proceso. Sin embargo, no debe olvidarse que además de una prueba, es por medio de este testimonio que la víctima participa en el proceso.

3.2.1. La entrevista forense como prueba preconstituida

La entrevista forense como prueba preconstituida existía previamente a la entrada en vigor de la LOPIVI, con un uso muy deficiente. Un estudio de *Save the Children* estima que se hacía uso de esta en un 30% de los casos de delitos sexuales contra NNA que, junto a la estimación de que estos asuntos, en su total, no superaban la fase de instrucción en el 70% de los casos, alertó sobre la urgente necesidad de reforma (Save the Children, 2017).

La LOPIVI incorpora numerosos cambios entre los que destaca su nueva regulación de la entrevista forense como prueba preconstituida que hasta entonces dependía de la valoración que se hiciera en cada caso, lo que llevaba a una aplicación poco homogénea y algo debatida ya que siguiendo la jurisprudencia se trataba de una excepción. La LOPIVI modifica este enfoque y establece su obligatoriedad en los siguientes casos (artículo 449 ter LECrim):

- «Cuando una persona menor de catorce años o una persona con discapacidad necesitada de especial protección deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial...»
- «... que tenga por objeto la instrucción de un delito de homicidio, lesiones, contra la libertad, contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, contra la intimidad, contra las relaciones familiares, relativos al ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas, de organizaciones y grupos criminales y terroristas y de terrorismo (...).»

Ello con todas las garantías de la práctica de la prueba en el juicio oral, y con todas las garantías de accesibilidad y apoyos necesarios. Además, señala que deberá ser practicada por una persona experta y siempre será grabada, con el fin de ser reproducida en juicio, evitando la repetición del relato de la víctima, el contacto con el proceso judicial y por ello pretendiendo reducir la victimización secundaria —y a su vez evitar la contaminación de la prueba—.

No define sin embargo cuál es la formación que se exige a la persona experta que realizará la entrevista forense, mencionando únicamente la participación de equipos psicosociales que recogerán el trabajo realizado por otras personas expertas que hayan intervenido con anterioridad, recogiendo también las circunstancias personales, familias y sociales de la víctima.

3.2.2. El recorrido de las víctimas menores de edad a lo largo el proceso

El uso de la entrevista forense no puede entenderse como un hecho aislado en el proceso. Debe entenderse como una interacción más de la víctima con el proceso en su largo recorrido. No solamente desde la preocupación de la contaminación de la prueba, sino muy especialmente como un ejercicio de cohe-

rencia con el respeto de los derechos de las víctimas y en concreto, en atención a su bienestar.

Esto se refleja parcialmente en la redacción de los artículos 49 y 50 de la LOPIVI, que recogen la exigencia de Unidades Especializadas y protocolos de actuación. Señala además el artículo 50.2 que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán atender a ciertos criterios legales:

- Deberán tomarse las medidas provisionales de protección necesarias de manera inmediata;
- Se llevarán a cabo diligencias con la intervención de NNA solamente cuando sean estrictamente necesarias, sin dilación, pero siempre que la víctima se encuentre en disposición de ello y siempre por profesionales con formación específica para ello;
- Se impedirá el contacto directo o indirecto entre la persona investigada y la víctima;
- Se permitirá el acompañamiento de la víctima por una persona de su confianza designada libremente por ella misma en un entorno seguro, (salvo que se observe el riesgo de conflicto de intereses);
- Se adaptará el lenguaje y las formas a su edad, grado de madurez y resto de circunstancias personales.

Siendo la fase policial, en el caso de las víctimas adultas, una de las fases más críticas (Soletto Muñoz *et al.*, 2021), resulta especialmente positiva la adecuada regulación de esta cuestión. La LOPIVI destaca además el derecho a la información a NNA de su derecho a la asistencia jurídica gratuita y en su caso la designación inmediata de su abogada o abogado del turno de oficio específico para su personación en dependencias policiales. Esto es esencial ya que el artículo 17 LOPIVI reconoce el derecho a presentar denuncia la víctima por sí misma.

Los resultados del Proyecto ENCLAVE destacan pese a esta reciente regulación algunos obstáculos en la práctica entre los que destaca la falta de especialización tanto en la formación como en los protocolos. Así, respecto a la formación especializada de los/las psicólogas/as forenses que han participado en las entrevistas realizadas, mientras que el 100% aseguran tener formación específica en violencia sexual, el 77,3% cuenta con formación especializada en psicología del testimonio, solamente un 54,4% la tiene en base a la edad de la víctima, y únicamente un 9,1% tiene formación relativa a víctimas con discapacidad. Respecto a los protocolos de entrevista forense, un 66,7% afirma tener protocolos especializados en casos de delitos sexuales, un 43,6% en casos de entrevistas a personas menores de edad, un 35,9% para casos de violencia doméstica y un 25,5% incluyen especialización con perspectiva de género —no definido en la entrevista lo que no permite una interpretación clara de las respuestas—. Un 13% indica no seguir ningún protocolo, pese a ser reconocido el Protocolo NICHD como uno de los más adecuados en estos casos (Lamb *et al.*, 2018).

Finalmente, hay que señalar que el 73,9% de las personas entrevistadas afirman no tener en cuenta el sexo de la persona pese a recoger el artículo 23 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (LEVID) que la toma de declaración en fase de investigación será tomada por una persona del mismo sexo (cuando así lo solicite la víctima)⁵. Ello se justifica dando prioridad a la *sensibilidad* de la persona experta, y a su formación especializada en su caso, lo que supone una grave deformación de lo que es la atención especializada y adecuada a las niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales.

3.3. Derechos e intereses de las víctimas menores de edad en la recogida de su narrativa desde la perspectiva de género

El elemento de *poder* en este tipo de violencia —presente también en la violencia contra la infancia— requiere de unas medidas específicas para el correcto desarrollo del proceso, ya desde la fase preprocesal y hasta finalizar en proceso. La falta de comprensión de este tipo de violencias, así como la ausencia de la perspectiva de género en el tratamiento de las víctimas menores de edad en este tipo de delitos dificulta fuertemente su participación en el proceso. Esto debe además incorporarse de manera coherente de los derechos de la infancia.

Ya se ha destacado previamente la importancia de hablar en clave de derechos, desde la Teoría de los Derechos Humanos. Además, en el caso de la infancia existen algunas necesidades que justifican la incorporación de adaptaciones para una adecuada satisfacción de estos derechos —generales y específicos— (Ochaíta Alderete y Espinosa Bayal, 2004). Interesa sin embargo aquí destacar el concepto de *interés*, que incorpora la voluntad que tiene la persona en cómo satisfacer una necesidad (Daly, 2017). Esto es esencial, primeramente, porque exige la participación de la víctima en esta satisfacción de derechos y necesidades, pero también porque permite incorporar matices que no se encuentran actualmente en el derecho —desde un prisma convencional—.

Desde el Proyecto ENCLAVE, se optó por trabajar desde los Derechos de la CDN, vinculándolos a derechos e intereses de la Directiva 2012/29/UE y finalmente a medidas específicas que aseguren estos derechos e intereses. Supone un desglose algo más definido, que requiere en todo caso de la incorporación de los intereses de cada víctima en la práctica, pero que facilita ciertas reflexiones que interesan en este caso. Se opta por destacar solamente alguna de ellas a continuación, atendiendo al caso específico de niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales:

5. Se encuentran además importantes carencias en la atención ginecológica, no existiendo una especialidad pediátrica, dándose limitaciones en el material usado en algunas ocasiones.

Derecho a la participación y al fomento de la autonomía progresiva (artículo 12 CDN). Vinculado a los derechos de información adecuada, participación y apoyo, destaca la relevancia de contar con asistencia letrada especializada, y no solamente en infancia sino también en violencia sexual, y con perspectiva de género —debiendo atender también a las necesidades específicas en caso de discapacidad en su caso⁶—. Ello requiere además una evaluación individualizada del estado de la víctima para poder determinar si, efectivamente, se encuentra en condiciones de participar, debiendo adecuar en la medida de lo posible los tiempos del proceso a los tiempos de la víctima. Esto es especialmente relevante en los delitos sexuales que, además, en el caso de la infancia, provendrán en la mayoría de los casos del entorno más cercano de la víctima cobrando el elemento de poder un peso extremadamente relevante. También debe mencionarse, justamente por el tipo de delito, la complejidad de reconocerse como víctima y exponer su relato —merece ser mencionado en este caso el fenómeno denominado *namings, blaming claiming* (Felstiner, Abel, y Sarat, 1980)—. La participación de la víctima se verá por tanto altamente afectada por el significado atribuido al hecho delictivo, afectando a la narración de la víctima, que como hemos dicho es por medio de la cual va a ejercer en gran parte su participación, y por ello no pueden ser descartados los avances que se han logrado para las víctimas adulta de este tipo de delitos.

Derecho a la protección contra el abuso y la negligencia (artículo 19 CDN). Una vez han fracasado los sistemas de prevención, sobre los que se centra muy especialmente la LOPIVI, es necesario reafirmar las medidas de seguridad y protección, por medio de protocolos unificados, la coordinación de los grupos profesionales (jurídico, sanitario y social) y el refuerzo del control de la mala praxis. En este sentido, si bien no se puede fiscalizar la potestad jurisdiccional, sí puede fiscalizarse el acceso a la justicia en sentido amplio (adaptaciones necesarias, trato a las víctimas, información, etc.).

Derecho a la rehabilitación y a la reintegración desde la perspectiva del derecho a la salud física y psicológica (artículo 29 CDN). Se encuentran vinculados a la protección de la salud mental y minimización del estrés y a los servicios de apoyo a las víctimas. Estas medidas impactan de manera directa en el derecho a la participación. La prueba preconstituida es así una de las medidas destacadas, pero también es importante ofrecer a la víctima una persona de referencia fija en su contacto con el proceso judicial, y respetar su derecho a estar acompañada de la persona de su confianza —pocas veces respetado en la práctica—. Nuevamente en esta última medida, toma relevancia la comprensión de este tipo de victimizaciones suponiendo en ocasiones importantes tensiones para la víctima —ya sea por la cercanía de la persona ofensora, ya sea por la dificultad de relatar los hechos frente a determinadas personas adulta

6. La aproximación interseccional es así esencial, no pudiéndose priorizar una sobre ella, ni tampoco entenderlas como una simple suma de distintas perspectivas. Existe cierto debate sobre el concepto de la interseccionalidad, defendiéndose desde parte de la doctrina el concepto de multidimensionalidad. Véase (Villacampa Estiarte, 2018)

como pueden ser progenitores/as—. Por otra parte, el deseo del sistema de justicia de dar respuesta a delitos con un fuerte reproche social no debe provocar la instrumentalización de la víctima, debiendo siempre priorizarse su bienestar, debate en el que cobra especial relevancia además contar con unos procedimientos adecuados de participación, detección y definición de intereses y toma de decisiones.

Derecho a la dignidad y a la intimidad (artículo 16 CDN). Estos derechos encuentran nuevamente importantes tensiones con la estructura del proceso y la interpretación de los derechos invadiendo en ocasiones parcelas de la intimidad de la víctima, llegando a vaciar de contenido ciertos derechos. Esto se ve además acentuado en la infancia en la que la intimidad y la privacidad de la persona menor de edad, nuevamente desde una visión proteccionista, es muchas veces sacrificada en «pro de su protección». En este sentido, se han encontrado a lo largo de las investigaciones prácticas extremadamente preocupantes en las preguntas realizadas a las víctimas y la grabación de estas, sin tener estricta vinculación con los hechos delictivos —obstáculo superado parcialmente cuando las víctimas son adultas—. Igualmente resulta llamativo el porcentaje previamente señalado (73,9%), que resalta la falta de aplicación del artículo 23 de la LEVID que reconoce el derecho de la víctima a ser entrevistada por una persona de su mismo sexo en fase de investigación, siempre que dicha entrevista no sea por parte de Fiscalía o Judicatura, situación aplicable a la entrevista forense —prueba preconstituida—. Se observa así una drástica disminución de la protección de la dignidad de la persona menor de edad, viéndose sobreexpuestas las niñas y adolescentes víctimas de delitos que las afectan de manera desproporcionada por el hecho de serlo. Si bien es cierto que parte de estas vulneraciones se dan por la mencionada concepción tradicional de la infancia, esta se ve acentuada por la falta de incorporación de perspectiva de género en la atención de ciertos delitos⁷.

4. REFLEXIONES FINALES

Los avances que se han logrado en el tratamiento a las víctimas a lo largo del proceso, así como a los avances obtenidos desde los movimientos feministas no encuentran, pese a su relevancia, un reflejo proporcional en la infancia. La concepción de la persona menor de edad, aun proteccionista y dando un peso aun extremo a la persona menor de edad como proyecto de persona adulta, nubla tanto su rol efectivo como ciudadana, como su adecuada protección desde una perspectiva de género. Ello dificulta ver a las niñas y adolescentes como

7. Esta reflexión se ve reforzada por el enfoque claramente diferenciado que se tiene de este tipo de delitos cuando la persona infractora es también menor de edad, donde parece cobrar relevancia la comprensión de las relaciones sexuales desplazando de manera desproporcionada la reparación de las víctimas en algunas ocasiones.

víctimas directas de la violencia contra las mujeres lo que impacta también en su tratamiento procesal una vez victimizadas.

Dificulta acceder al relato de la víctima que se encuentra bajo un ejercicio de poder brutal, como persona menor de edad y como mujer o niña, tanto en su propia autopercepción como en la que se tiene de ella desde la sociedad, grupos profesionales y operadores jurídicos. Esto facilita que se perpetúe este-reotipos interiorizados por la víctima a lo largo de su vivencia en sentido amplio, es decir, desde el momento previo a la victimización hasta el momento posterior a la respuesta, en su caso, del proceso. El relato *público* que es repetido, y al que se expone a la víctima, impregna la interpretación de sus derechos y su tratamiento procesal dificultando enormemente una adecuada detección y definición de los intereses de estas víctimas.

La especialización que se requiere en la atención a la infancia no debe provocar que se obvien otras perspectivas igualmente necesarias para un pleno respeto de sus derechos y una adecuada satisfacción de sus intereses en su caso. Al igual que sucede con la discapacidad, la perspectiva de género parece difuminarse —si cabe con mayor intensidad por lo previamente señalado—, mostrando la incapacidad del sistema de justicia, en sentido amplio, para incorporar una atención interseccional —o multidimensional—.

Se hace por ello urgente aprovechar la ventana que abre la LOPIVI a una atención especializada de las víctimas, que permita superar el actual sistema parcheado y permita un pleno aprovechamiento de energías y recursos hacia a una verdadera especialización de los servicios de atención a las víctimas y del sistema de justicia. Este sistema parcheado se convierte en un elemento más que imposibilita alcanzar esta perspectiva de género en la atención a las víctimas menores de edad, agotándose todos los esfuerzos en la adaptación «sobre la marcha» del sistema en base a la edad de la víctima. Esta arriesgada «buena voluntad y sensibilidad» de muchos y muchas profesionales debe sustituirse por una adecuada formación especializada y una puesta a disposición de servicios, protocolos y herramientas basadas en evidencias científicas, que posibiliten, desde una base sólida, abordar la complejidad de una atención interseccional. Todo ello sin perder la perspectiva crítica de los logros obtenidos por medio del derecho, con unos cimientos que aun marcan la interpretación de los hechos y los derechos en juego.

Para ello, es igualmente necesario la consulta por mecanismos adecuados a las víctimas, como requisito indispensable para una comprensión real de sus vivencias a lo largo del proceso, pero también en fases preprocesales y post-procesales, potenciando su participación acorde a un fomento de la autonomía progresiva. No será así posible culminar esta revisión crítica del sistema de justicia para víctimas menores de edad sin una escucha real a las niñas y adolescentes de nuestra sociedad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANSUÁTEGUI ROIG, F. (2000). *Diccionario crítico de los Derechos Humanos*. España: Universidad Internacional de Andalucía.
- ARIÉS, P. (1987). *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*. Madrid: Taurus.
- BARRANCO AVILÉS, M.C. (1996). *El discurso de los derechos. Del problema terminológico al debate conceptual*. Madrid: Dykinson.
- BERNUZ BENEITEZ, M. J. (2014a). La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social. (1). *Revista para el Análisis del Derecho*, 1: 1-25.
- (2014b) Las posibilidades de la Justicia Restaurativa en la justicia de menores (española). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (16-14):1-27.
- BUSTAMANTE ALARCÓN, R. (2001). *El Derecho a Probar como elemento esencial de un proceso justo*. Perú: ARA.
- CAMPOY CERVERA, I. (2006). *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*. Madrid: Dykinson.
- CARDONA LLORENS, J. (2015). *La ausencia de un buen sistema de datos desagregados es un problema diagnosticado por la ONU para conocer la realidad de la infancia*. (63):9-12.
- DALY, K. (2017). Sexual violence and victims' justice interests'. *Restorative Responses to Sexual Violence. Legal, Social and Therapeutic Dimensions*. New York: Routledge.
- ECHEBURÚA, E., y DE CORRAL, P. (2009). El homicidio en las relaciones de pareja: un análisis psicológico, *Eguzkilore*, (23):139-50.
- FELSTINER, W., ABEL, R., y SARAT, A. (1980). The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming. *Law & Society Review*, 15(3/4):631-54. doi: <https://doi.org/10.2307/3053505>
- FREEMAN, MICHAEL D. A. (2007). Los derechos del niño como derechos humanos. En *Los desafíos de los derechos humanos hoy*. Madrid: Dykinson.
- GAL, T. (2019). Justicia Restaurativa inclusiva con menores: heurística para profesionales. En *Justicia Restaurativa: una justicia para las víctimas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HART, R. (1992). Children's participation from tokenism to citizenship. *UNICEF International Child development Centre* (4).
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. (1991). ¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de Educación*, (294):221-33.
- (1999). Los derechos humanos del niño. en *Derechos humanos del niño, de los trabajadores, de las minorías y complejidad del sujeto*, editado por A. Marzal. (pp.15-32) Zaragoza: J.M Bosh.
- JULLIEN DE ASÍS, J. (2021). La reparación de las víctimas en la Justicia Juvenil. Pp. 241-76 en *La víctima en el proceso penal de menores. Tratamiento procesal e intervención socioeducativa*. Madrid: Dykinson.

- LAMB, M., DEIRDRE, E, BROWN, Y., ORBACH, E y ESPLIN, P. (2018). The NICHD Investigative interview protocols for young victims and witnesses. en *Tell me what happened: Questioning children about abuse*. Wiley-Blackwell.
- LÓPEZ-TERRADAS PANIAGUA, M. (2019). La reparación en el proceso de menores. en *La reparación económica a la víctima en el sistema de justicia* (pp.489-514) Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1997). *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*. Zaragoza: Egido.
- OCHAÍTA ALDERETE, E. y Espinosa Bayal, M.A. (2004). *Hacia una teoría de las necesidades infantiles y adolescentes*. Madrid: McGrawHill.
- PALACIOS, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cinca.
- PEREDA BELTRÁN, N., Guilera Ferré, G. Y Abad Gil, J. (2014). *Victimización infanto-juvenil en España: una revisión sistemática de estudios epidemiológicos*. 35(1):66-77.
- PICONTÓ NOVALES, T. (2000). *En las fronteras del Derecho. Estudio de casos y reflexiones generales*. Madrid: Dykinson.
- PLATÓN. (1983). *Las leyes*. bilingüe. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- (1989). *La República*. Madrid: Alianza.
- RODRÍGUEZ PALOP, M.E. (2010). *La nueva generación de Derechos Humanos. Origen y justificación*. 2º. Madrid: Dykinson.
- SOLETO MUÑOZ, H. (2013). Aportaciones internacionales al desarrollo de la Justicia Restaurativa en España. en *Justicia Restaurativa, una justicia para el siglo XXI: potencialidades y retos*. Bilbao: Deusto Digital.
- SOLETO MUÑOZ, H., OUBIÑA BARBOLLA, S., JULLIEN DE ASÍS, J., GRANÉ CHAVEZ, A., DIGES JUNCO, M., PÉREZ-MATA, N., y FIODOROVA. A. (2021). *Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal. Informe Nacional España. Proyecto Europeo Re-Treat (Reshaping treatment approaches towards victims of sexual violence within criminal proceedings)*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Universidad de Burgos.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2018). *Política Criminal Española en Materia de Violencia de Género. Valoración Crítica*. 1º. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZEHR, H. (2007). *El pequeño libro de la Justicia Restaurativa*. New York: Good Books.

PROTOCOLO MEXICANO PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: REFLEXIONES Y APRENDIZAJES PARA ESPAÑA

Alicia Cárdenas Cordón

1. INTRODUCCIÓN

Los protocolos y guías dirigidas a los operadores jurídicos se han convertido en herramientas comunes en muchos países de nuestro entorno jurídico. Cada vez son más los documentos emanados de los órganos de gobierno del poder judicial, de la abogacía o de entidades sociales, entre otros, elaborados con la intención de resultar útiles en el proceso de creación, interpretación y aplicación del derecho. Estos instrumentos son resultado de la experiencia acumulada en la protección efectiva de los derechos y pretenden, por tanto, contribuir a la construcción y consolidación de prácticas que remuevan aquellas dinámicas discriminatorias o abusivas que se reproducen en la búsqueda e impartición de justicia. La introducción de la perspectiva de género (PdG) en el ámbito judicial no escapa a esta tendencia. En Latinoamérica, más del 50% de los poderes judiciales de la región cuenta con un documento que aborda la función de juzgar con perspectiva de género (Tabla 1).

Tabla 1. Poderes judiciales latinoamericanos con guías o protocolos sobre enjuiciamiento con perspectiva de género

País	Herramienta
Bolivia	Órgano Judicial de Bolivia — Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2017)
Brasil	Conselho Nacional de Justiça — Protocolo para julgamento com perspectiva de gênero (2021)
Chile	Poder Judicial de la República de Chile — Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias (2018)
Colombia	Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial: — Construcción de la justicia de género en Colombia. El Influj o de los estereotipos (2018) — Lista de verificación. Herramienta virtual de apoyo para la identificación e incorporación de la perspectiva de género desde el enfoque diferencial de las sentencias (2017) — Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género (2016)
Ecuador	Consejo de la Judicatura — Guía para administración de justicia con perspectiva de género (2018)
El Salvador	Protocolo de incorporación de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales — (Año sin información)
Guatemala	Organismo Judicial y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos — Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de feminicidio y otras formas de violencia contra la mujer (2015)
México	Suprema Corte de Justicia de la Nación* — Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020). Actualización del protocolo emitido en 2013
Perú	Poder Judicial del Perú — Protocolo para juzgar con enfoque de género
Uruguay	Centro de Estudios Judiciales del Poder Judicial y Fiscalía General de la Nación — Guía para el Poder Judicial sobre estereotipos de género y estándares internacionales sobre derechos de las mujeres (2020)
Argentina	Poder Judicial de Córdoba y Oficina de la Mujer — Compendio de Jurisprudencia de Género del Poder Judicial de Córdoba (2022)

*La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México ha dictado recientemente, además, el Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia y el Protocolo para Juzgar con perspectiva de orientación sexual, identidad y expresión de género, y características sexuales (2022)

Fuente: elaboración propia

Esto parece apuntar a la existencia de poderes judiciales que, más allá de la actividad del legislador en este sentido, y a pesar de la realidad social de la violencia de género en el continente, parecen asumir un papel activo en el avance de la igualdad desde su esfera de actuación. Por ello, consideramos que estas experiencias pueden ayudar a reflexionar sobre la oportunidad de que un instrumento de estas características esté a disposición de los jueces y juezas españolas cuando resuelven asuntos en los que el género está dando lugar a relaciones desiguales de poder. Concretamente, analizaremos el protocolo mexicano, por ser este el país pionero en la región en elaborar este tipo de herramientas, sirviendo de inspiración para sus homólogos latinoamericanos.

2. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA JUSTICIA MEXICANA

2.1. Los primeros pasos hacia la incorporación de la perspectiva de género en la justicia federal mexicana

La Ley General para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, promulgada por el legislador mexicano en 2006, marcó un hito importante en el compromiso de las instituciones mexicanas con la consecución de la igualdad sustantiva¹. Desde su entrada en vigor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) impulsó una labor de análisis de la equidad de género en el seno del Poder Judicial de la Federación que se plasma en tres informes principales. El primero, titulado *Diagnósticos realizados en la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materia de equidad de género 2008-2009*, reveló que, aunque el 67.7% de los operadores jurídicos que actuaban en la SCJN valoraban como importante la inclusión de la PdG en el análisis de los casos y en las sentencias, la mitad de ellos no sabía cómo incluirla en su labor o no la consideraba una prioridad. Varios años después se publicaron el diagnóstico *Conocimiento y percepciones sobre Género y Derechos Humanos del Personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (2012a), que sacó a la luz el déficit existente en el entendimiento de la PdG, y el conocido como *Diagnóstico sobre género y cultura laboral elaborado en 15 Tribunales Superiores de Justicia Estatales* (2012b), que mostró el profundo apego a categorías como la igualdad formal o la falta de claridad sobre el papel que la función jurisdiccional puede desempeñar en la transformación de los patrones de conducta que favorecen las desigualdades y la discriminación.

Paralelamente a la labor realizada por la SCJN, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó varias sentencias que condenaron a México, en el

1. A diferencia de España, cuando el legislador mexicano habla de igualdad de género o de igualdad entre hombres y mujeres no emplea los términos «igualdad formal» e «igualdad material», consolidados en nuestro ordenamiento jurídico, sino que se refiere a la «igualdad sustantiva», entendida esta como «el acceso al mismo trato y oportunidades para el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales» (Artículo 5. V)

marco de graves feminicidios y agresiones sexuales, por no realizar correctamente el control de convencionalidad y desproteger, por tanto, los derechos de las mujeres. Estos fueron los asuntos *Campo Algodonero* (2009), *Inés Fernández Ortega* (2010) y *Valentina Rosendo Cantú* (2010) y en todos ellos se obligó al Estado mexicano a (i) incluir la perspectiva de género en las investigaciones y que estas se realicen por funcionarios altamente capacitados, (ii) estandarizar conforme a los DDHH todos los protocolos, manuales, criterios ministeriales de investigación, servicios periciales y de impartición de justicia empleados en las investigaciones relacionadas con desapariciones, violencia sexual y homicidios de mujeres y, (iii) realizar capacitaciones con perspectiva de género desde un enfoque teórico y práctico.

Fue en este contexto donde se inició la elaboración del primer *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* (en adelante, Protocolo) que fue publicado, en su primera versión, en 2013. Este documento, de carácter orientativo, contenía la legislación internacional y nacional en la materia², así como referencias a la muy escasa jurisprudencia al respecto existente hasta el momento. Meses después la SCJN sentó las bases metodológicas para juzgar con perspectiva de género en la sentencia recaída en el amparo directo en revisión 2655/2013, definiéndola como una obligación garante del acceso a la tutela judicial efectiva sin discriminación. Esto motivó una actualización del protocolo en 2015.

2.2. Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020)

Todo este esfuerzo incentivó una segunda edición del *Protocolo para juzgar con perspectiva de género* de 2020, actualmente vigente. Este, más amplio y profundo que el primero, incluyó realidades y categorías de análisis que en 2013 y 2015 quedaron fuera, como son la identidad sexual, la discriminación estructural o la interseccionalidad, y plasmó la fecunda línea jurisprudencial que se había desarrollado desde la sentencia de la SCJN de 2013. El propósito de esta edición es materializar un método analítico que incorpore el género como categoría de análisis en la cuestión litigiosa.

2. Entre otros, el Protocolo se fundamentó en el Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CM), que en 2011 dio rango constitucional a los tratados internacionales de DDHH ratificados por México, incluida la CEDAW, y el Artículo 4 CM, que establece la igualdad entre hombres y mujeres.

Tabla 2. Esquema de la estructura del Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020)

Género e impartición de justicia: conceptos básicos	La construcción social y cultural de la diferencia sexual
	Relaciones de poder y asimetrías
	Roles de género y división sexual del trabajo
	Estereotipos
	Violencia por razón de género y sexismo
	Perspectiva de género
	Interseccionalidad
La perspectiva de género en los sistemas universal e interamericano de derechos humanos y la doctrina jurisprudencial de la SCJN	Sistema de Naciones Unidas
	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
	La obligación de juzgar con PdG en la doctrina jurisprudencial de la SCJN
Guía para juzgar con perspectiva de género	Obligaciones previas al análisis del fondo de la controversia
	Obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia
	Obligación genérica sobre el uso del lenguaje a lo largo de la sentencia

Resultan de interés, dentro del primer capítulo del Protocolo, de corte más teórico, la cantidad de conceptos, categorías y teorías fraguadas al margen del estricto ámbito jurídico que la SCJN define, desarrolla e incorpora en su razonamiento. El marco teórico del documento se elabora desde los aportes de las teorías feministas, incorporando nociones de la sociología y de la filosofía, en continuo diálogo e interacción de la Corte con autores y pensadores como Gayle Rubin, Foucault, Marcela Lagarde, Celia Amorós, Kate Millet, Ruth Bader Ginsburg, Cook y Cusack, Alda Facio, Kimberlé Crenshaw, Pierre Bourdieu o M^a Luisa Balaguer. Sin duda, llama la atención la naturalidad con la que la SCJN se refiere y cita los aportes que ha realizado la academia y que están en la base o en el corazón de las principales teorías feministas.

2.2.1. El «cuándo» y el «dónde» de la justicia con perspectiva de género

Dentro del segundo capítulo, que sistematiza las obligaciones que desde el ámbito de las Naciones Unidas (especialmente a partir de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, en ade-

lante CEDAW), del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y de la propia SCJN se han establecido en materia de justicia con PdG, nos interesa detenernos en cómo entiende y configura el máximo órgano judicial mexicano la PdG en el seno de la justicia. Así, la PdG ha sido definida como un método interpretativo que debe operar como regla general y enfatizarse cuando se esté en presencia de grupos de especial vulnerabilidad (Tesis P. XX/2015 (10ª). No es necesario que las partes lo aleguen expresamente, basta con que quien juzga advierta que puede existir una situación de violencia o vulnerabilidad originada por el género, (Tesis 1ª. XCIC/2014 (10ª). Pero esta no opera solo en casos «relativos a mujeres», sino que debe estar presente en todos los que existan relaciones de asimetría o de poder fundadas en el género, incluso en aquellos en los que, a pesar de no acreditarse una situación de poder o violencia, exista el riesgo de un impacto o trato diferenciados en base al género, ya sea mediante la manifestación de estereotipos o roles en las normas o en las prácticas institucionales y sociales. Además, la PdG no solo se despliega en la interpretación y aplicación del derecho, sino que debe estar presente en el momento procesal previo, relativo a la apreciación de los hechos y de las pruebas, y en el momento posterior de definición de las reparaciones. En definitiva, la SCJN ha configurado la PdG desde una perspectiva doble, como obligación intrínseca de la función jurisdiccional y como metodología, lo que *«permite impulsar una transformación en la práctica jurisdiccional y en el derecho, instituciones, ambas, que han desempeñado un papel central en perpetuar la subordinación de las mujeres en la vida social»* (SCJN, 2020: 133).

2.2.2. El «cómo» de la justicia con perspectiva de género

El último capítulo de la guía contiene la metodología propuesta para llevar a la práctica la obligación de juzgar con PdG. La base la componen los seis elementos clave que la SCJN señaló en la Tesis 1ª./J. 22/2016 (10ª):

- 1) Identificar si existen situaciones de poder que, por cuestiones de género, den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia.
- 2) Cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de advertir las situaciones de desventaja provocadas por esta categoría.
- 3) Ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones, siempre que el material probatorio sea insuficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género.
- 4) Cuestionar la neutralidad del derecho aplicable y evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta.
- 5) Aplicar los estándares de DDHH de todas las personas involucradas.
- 6) Evitar la utilización de lenguaje basado en estereotipos o prejuicios y, a su vez, procurar el uso del lenguaje incluyente.

Estos no son pasos secuenciales ordenados, sino un conjunto de cuestiones mínimas que todos los operadores jurídicos deben observar, sin que apliquen necesariamente ni en este orden ni juntos. Más bien, estos elementos deben abordarse dentro del momento procesal en el que su estudio resulte relevante. Por ello, la SCJN establece (i) obligaciones previas al análisis de fondo de la controversia y (ii) obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia.

2.2.3. Las obligaciones previas al análisis de fondo de la controversia

Lo primero que los jueces y juezas deben examinar es, por un lado, si en el caso concreto existen situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia derivados de desequilibrios entre los implicados y, por otro lado, si el material probatorio disponible es suficiente pues, de lo contrario, será necesario recabar todo el que sea oportuno para dilucidar si se está ante cualquier contexto de los previamente señalados.

Para saber si el género impacta o resulta relevante en el conflicto concreto y, consecuentemente, saber si debe aplicarse la PdG como metodología de análisis, la titular del órgano jurisdiccional debe determinar si alguna de las personas involucradas en el caso pertenece a sectores de la sociedad tradicionalmente discriminados (categorías sospechosas) y si presenta características que la exponen a una situación de discriminación agravada (interseccionalidad). Si se está ante alguna de las situaciones anteriores o ante ambas, lo que corresponde es realizar un análisis de contexto que permita corroborar la existencia o no, en el caso concreto, de una relación asimétrica de poder o situación de violencia. Es decir, lo anterior operaría como indicio que, en todo caso, debe ser confirmado o descartado mediante el estudio del contexto objetivo y subjetivo de las partes. Dentro del primero, cobran relevancia informaciones como datos y estadísticas oficiales, el lugar y el momento en el que sucedieron los hechos del caso o si la controversia se relaciona con otras problemáticas sociales (análisis interseccional). Dentro del segundo deben valorarse las condiciones de identidad de las partes involucradas, si se conocían previamente y el tipo de relación existente, si los hechos del caso se relacionan con roles y estereotipos de género o si en los hechos relatados o en las pruebas se advierte alguna conducta que pueda constituir violencia. En definitiva, la PdG comienza a desplegarse desde el momento en que se accede a la justicia.

Pero antes de entrar en el fondo del asunto, la autoridad judicial debe examinar si el contexto anteriormente identificado y descrito persiste. Esto obliga a los operadores jurídicos a analizar las pruebas que constan en el proceso con la atención puesta en si verifican alguna de las situaciones previamente señaladas. Si el material probatorio resultase insuficiente para corroborar o descartar lo anterior, será obligatorio recabar de oficio las pruebas necesarias para tal fin, mandato que se deriva no solo de la Constitución mexicana, sino de la Convención Belém do Para y de la CEDAW.

2.2.4. Las obligaciones específicas al momento de resolver el fondo de una controversia

Si del análisis previo de la controversia se extrae la necesidad de aplicar la PdG, esta debe estar presente en el estudio del fondo del asunto. En este sentido, existen tres obligaciones: (i) a la hora de analizar las premisas fácticas, (ii) al examinar las premisas normativas y (iii) al usar el lenguaje.

Al momento de analizar los hechos y las pruebas del caso, los operadores jurídicos y, fundamentalmente, quienes juzgan deben suprimir cualquier estereotipo o prejuicio de género y visibilizar las consecuencias desventajosas de la existencia de estos. En esta materia el Protocolo es especialmente incisivo, abordando con profundidad el papel que estos tienen en nuestra sociedad, cómo impactan y afectan a la imparcialidad de los jueces, qué ocurre cuando no se identifica su presencia en los hechos o pruebas relevantes, etc. El trabajo de la SCJN en materia de estereotipos, no solo de género, es bastante extenso y se recoge en el reciente *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia* (Arena, 2022). Asimismo, los hechos y las pruebas deben ser analizados con sensibilidad, atendiendo a las múltiples consecuencias que tiene el género en la vida de las personas.

Por su parte, en el momento de aplicar el derecho deben tenerse en cuenta los estándares internacionales de derechos humanos con enfoque interseccional, evaluarse si la solución propuesta genera un impacto diferenciado y si la norma aplicable es neutral. Para lo primero sirven de guía, entre otras, las siguientes cuestiones:

- ¿Cuáles son las condiciones de identidad y características particulares de las personas involucradas en la controversia?
- ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en la relación, así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso?
- ¿Existen pronunciamientos de organismos regionales o internacionales, como recomendaciones u observaciones generales, que hagan referencia a esos elementos o al fondo de la controversia?³
- ¿Existen recomendaciones específicas de algún órgano de tratados o comité del Sistema de Naciones Unidas al Estado mexicano sobre ello?

3. Para atender a esta pregunta son de especial interés algunas herramientas desarrolladas por otros poderes judiciales de la región, como es el caso de Argentina, que cuenta con la «Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres» de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina. Esta es una *«herramienta pensada para facilitar el acceso y conocimiento a las normas internacionales y otros documentos elaborados por organismos del sistema regional y universal de derechos humanos sobre los derechos de las mujeres. Contiene una categorización amplia de los derechos de las mujeres, que luego conduce a subcategorías más específicas donde figuran los diversos documentos mencionados, permitiendo la búsqueda rápida de normas o estándares internacionales sobre un tema concreto»*.

- Para resolver la segunda y tercera cuestión, ligada al examen de constitucionalidad de las normas que deben realizar quienes juzgan, pueden ser de utilidad las siguientes preguntas:
- ¿La norma puede interpretarse y aplicarse igual en los casos en los que existe un contexto como el que padece quien resiente los efectos adversos del género, que en aquellos en los que no?
- ¿Aplicar la norma de manera idéntica en ambos casos ocasionaría las mismas consecuencias?
- ¿El precepto normativo, al ser interpretado de una cierta forma, tendría los mismos resultados si fuese un hombre quien resiente la consecuencia jurídica, que si fuese una mujer o alguien perteneciente a una minoría sexual?
- ¿Qué tan probable es que los hechos que se tienen por probados le sucedan a un hombre?
- Por último, existe el mandato genérico de utilizar un lenguaje no sexista, libre de estereotipos de género, a lo largo de toda la sentencia, pues dentro de la obligación de juzgar con perspectiva de género se exige argumentar desde una posición de responsabilidad ante las desigualdades detectadas, sin invisibilizar ni excluir.

Tabla 3. Síntesis del contenido práctico de la perspectiva de género en la función jurisdiccional

Obligaciones previas al análisis de fondo de la controversia	Existencia de situaciones de poder, contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que deriven en un desequilibrio entre las partes	Análisis de contexto objetivo (datos estadísticos, interseccionalidad)
		Análisis de contexto subjetivo (identidad de las partes, relación existente, etc.)
	Suficiencia del material probatorio u obligación de solicitar, de oficio, material adicional (muy vinculado con el acceso a la justicia)	
Obligaciones específicas al momento de resolver el fondo del caso	Obligaciones al analizar las premisas fácticas	Desechar los estereotipos de género
		Analizar los hechos y las pruebas con sensibilidad hacia el género

Obligaciones específicas al momento de resolver el fondo del caso	Obligaciones al aplicar las premisas normativas	Aplicar estándares de DDHH e interseccionalidad
		Evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta y la neutralidad de la norma
	Obligación genérica sobre el uso del lenguaje	Hacerse cargo en la argumentación de las desigualdades existentes
		Evitar las concepciones estereotipadas

2.3. Algunas de las cuestiones pendientes en la justicia mexicana

El trabajo que se ha realizado en esta dirección por más de una década ha consolidado la justicia con perspectiva de género como una herramienta ampliamente aceptada en el seno de la SCJN. Sin embargo, esta no es, ni mucho menos, una realidad compartida en el resto de la justicia federal (tribunales de circuito y juzgados de distrito) ni en el fuero común (juzgados de primera instancia y tribunales de apelación). Tampoco es cierto que la existencia de un protocolo de estas características resuelva todos los desafíos y las carencias en esta materia. Si bien esta herramienta ha ayudado a la elaboración de sentencias judiciales que contribuyen a la remoción de discriminaciones y desigualdades de género⁴, aún existen muchas cuestiones que abordar para que la justicia mexicana sea, efectivamente, una justicia con perspectiva de género, garante de los derechos de la ciudadanía.

El Protocolo se fraguó dentro de la SCJN, cúpula del poder judicial federal. Pero este no ha permeado de la misma manera en los órganos inferiores de la justicia federal ni en el fuero común, donde esta metodología debería obser-

4. Por ejemplo, el Amparo Directo 12/2021, de 9 de febrero de 2022, Segunda Sala de la SCJN, Ponente Ministra Yasmín Esquivel Mossa, concluyó que la norma de derecho laboral que establecía la preferencia del cónyuge supérstite con vínculo matrimonial frente a la persona conviviente con este de manera permanente, en relación con el derecho a recibir indemnización en los casos de muerte, no encontraba una justificación razonable sino que responde a estereotipos de género y prejuicios sociales que ponen en desventaja a la mujer y les impide el acceso a la obtención de sus derechos. O el Amparo Directo en Revisión 4596/2021, de 9 de marzo de 2022, Primera Sala de la SCJN, Ponente Norma Lucía Piña Hernández, que revoca la sentencia de un Tribunal Colegiado que abordó un caso sobre delitos sexuales sin aplicar la perspectiva de género en el análisis de los hechos y de las pruebas.

vase con mayor urgencia, al ser estas las instancias más inmediatas a la ciudadanía (Martín, 2018). En este sentido, es relevante la labor de las organizaciones y colectivos de abogadas feministas, quienes intentan llevar las obligaciones detalladas en el Protocolo a estas sedes judiciales y supervisan el actuar de aquellos. Continúa siendo muy elevado el porcentaje de sentencias y resoluciones judiciales que no aplican la PdG, ya sea por no tomar en consideración los estereotipos o los contextos objetivos y subjetivos de violencia y desigualdad, por no valorar desde este enfoque las pruebas, por no introducir los mandatos del derecho internacional de los derechos humanos, por no argumentar correctamente ni saber desplegar los efectos de la categoría analítica género o por no incorporar la PdG en las reparaciones, entre otras (EQUIS Justicia para las mujeres [EQUIS], 2021a: 15-30)⁵. Aunque la PdG sea una realidad en la SCJN, las tesis y la jurisprudencia que esta emite en la materia son muy desconocidas en los poderes judiciales locales. Ante esto surgen iniciativas, como el Pacto Nacional por la Justicia de Género de 2021, suscrito por las 32 entidades federativas y que pretende avanzar en la introducción de la perspectiva de género en todos los órganos de impartición de justicia mexicana (Esquivel, 2021)⁶.

Otro de los desafíos de la justicia mexicana es conseguir la transparencia de las resoluciones y sentencias de los órganos jurisdiccionales. La campaña promovida por la plataforma #LoJustoEsQueSepas, impulsó la reforma de 2020 de la Ley General de Transparencia para introducir la obligación de publicar todas las sentencias emanadas de los poderes judiciales en un buscador centralizado (Plataforma Nacional de Transparencia). No obstante, aún queda camino que recorrer en esta dirección. Algunos estudios apuntan a la lenta implementación de la reforma por parte de algunos órganos jurisdiccionales, así como a las dificultades de accesibilidad a las mismas ante la ausencia de lenguaje sencillo o fichas analíticas para simplificar y comunicar el contenido, entre otras (Pantin y Quezada, 2021).

A lo anterior se suma, por un lado, el significativo incumplimiento de las sentencias de la SCJN por instancias administrativas que, por ejemplo, impide registrar uniones civiles entre personas del mismo sexo o realizar abortos, a pesar de ser constitucionales según el Tribunal (EQUIS, 2021b: 8) y, por otro, la necesidad de abordar cambios en la formación de los operadores jurídicos y, fundamentalmente, de los jueces y juezas. La Ley de Carrera Judicial establece la igualdad y la perspectiva de género como contenidos obligatorios en la

5. El informe #NoEsJusticia (2021) examina 110 resoluciones y sentencias de los poderes judiciales de ocho entidades federativas, fundamentalmente de entre los años 2019 y 2021, con base a ocho elementos: análisis de los hechos, valoración de las pruebas, detección de situaciones de riesgo y órdenes de protección, identificación de los derechos afectados, ubicar el derecho aplicable al caso, argumentación y/o razonamientos utilizados para resolver, reparación del daño y medidas de seguimiento a las sentencias.

6. Esta iniciativa cuenta con un antecedente en 2010. Junto al Paco, se ha creado un Comité de seguimiento y evaluación del pacto para introducir la perspectiva de género en los órganos de impartición de Justicia en México.

formación del personal judicial, pero en los planes anuales de capacitación no se recogía la obligatoriedad de esta (Aguilar, 2021) hasta 2022, cuando el plan formativo de la Escuela Judicial especifica que ofrecerá capacitación de manera transversal y obligatoria a todas las categorías judiciales (Escuela Federal de Formación Judicial, 2022). El reto se sitúa ahora en armonizar estas capacitaciones con los contenidos e información del Protocolo.

3. CONCLUSIONES

Lo expuesto hasta aquí no es un análisis completo de la PdG en el seno del poder judicial mexicano ni de los desafíos del mismo, lo que conllevaría abordar el estudio con una profundidad y complejidad que aquí nos resulta imposible, pero sí nos ofrece una panorámica suficiente que nos traslada, a continuación, a reflexionar sobre el estado de la cuestión dentro de nuestras fronteras.

La primera cuestión que nos llama la atención es que, a diferencia de México, donde fue la propia SCJN, máximo órgano del poder judicial, quien impulsó, a partir del compromiso firme de varias presidencias de dicho órgano, los avances y los trabajos en materia de justicia con perspectiva de género, en el caso de España no observamos el mismo impulso decidido desde estas instancias. Es imprescindible que en los órganos de gobierno de los tribunales estén magistrados y magistradas, jueces y juezas, que trabajen en esta dirección. Es cierto que, en el ámbito del poder judicial, la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) lleva años impulsando la incorporación de esta perspectiva en la formación y enjuiciamiento, especialmente a través de propuestas de formación monográfica o transversal dentro de los distintos planes de formación, aunque los obstáculos y limitaciones a su labor continúen, como se deduce de la lectura de algunas de sus actas⁷. Por otro lado, en 2014 el pleno del Tribunal Constitucional acordó otorgar a la Secretaría General las funciones de la Unidad de Igualdad⁸. Ante la inexistencia de información sobre la labor desarrollada en esta dirección, formulamos una petición de información pública que fue contestada mediante la Resolución de 16 de septiembre de 2022 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional, destacando desde la Secretaría la puesta en marcha de acciones como el acceso del personal del tribunal a cursos en materia de igualdad, el desglose por

7. Así se deduce, por ejemplo, del acta de la Comisión de Igualdad del día 8 de febrero de 2022. Disponible aquí: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Acuerdos/Acuerdos-de-la-Comision-de-Igualdad/Acuerdos-de-la-Comision-de-Igualdad-del-CGPJ-de-08-de-febrero-de-2022>

8. Acuerdo de 27 de mayo de 2014, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se acuerda configurar una Unidad de Igualdad en el Tribunal Constitucional. Disponible aquí: https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/002-Acuerdo_Pleno_20140527-Unidad%20de%20igualdad.pdf

sexo de los efectivos por categorías profesionales, el uso de lenguaje no sexista en la denominación de los puestos de trabajo, la aplicación de las medidas de conciliación previstas en el Estatuto Básico del Empleado Público, la elaboración de un protocolo frente al acoso sexual o la previsión de elaborar un Plan de Igualdad⁹.

Asimismo, es necesaria una profunda labor pedagógica dirigida a explicar que la PdG en la función jurisdiccional, además de ser obligatoria, es una metodología que permite obtener decisiones judiciales más justas y transformadoras de las realidades de desigualdad y discriminación de género. Esto resulta imprescindible para combatir la visión de la perspectiva de género como una cuestión ideológica, en sentido peyorativo, frente a una hipotética justicia objetiva y neutral que estaría en vigor. Con frecuencia escuchamos en el ámbito público la referencia a esta herramienta como una amenaza del estado de derecho y del estatuto jurídico de quienes juzgan, especialmente de la imparcialidad e independencia judicial. Así se puso de manifiesto, por ejemplo, en las declaraciones del Decano del Colegio de Abogados de Madrid en el marco de unas jornadas (Álvarez, 2022). En este sentido, sería especialmente interesante impulsar estudios e investigaciones como las que desarrolló la SCJN al inicio, con el objetivo de diagnosticar cómo se entiende este enfoque por quienes deben impartir justicia y detectar los puntos clave hacia los que enfocar esta labor pedagógica.

El II Plan de Igualdad de Género del CGPJ (2020a) incluye la elaboración de un protocolo o guía sobre enjuiciamiento con perspectiva de género, aunque consideramos que su formulación no fue del todo acertada. Esto se debe a que su redacción se prevé dentro del «debido respeto a la independencia judicial», aclaración que así hecha nos resulta innecesaria por confusa. Como cualquier protocolo, este tipo de herramienta siempre tiene un carácter orientativo, es decir, pretende ayudar, aportar, guiar en la labor jurisdiccional, pero también en la de los demás operadores jurídicos facilitando criterios y referencias para consolidar sus argumentaciones. Sería oportuno aclarar, precisamente, por qué un protocolo de estas características no supone, en ningún caso, un peligro a la independencia judicial. Esto puede hacerse incluso en el propio documento, señalando que es un elemento de apoyo a la labor jurisdiccional y definiendo en qué consiste. En cualquier caso, este debe redactarse cuanto antes, pues estos documentos han demostrado su contribución a la eliminación de prácticas y estereotipos que habitan la administración de justicia y que, lejos de combatir las desigualdades y violencias de género, las perpetúan institucionalmente.

En España existen ya varios documentos en este sentido, como la Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida (CGPJ, 2020b), la Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos

9. Tribunal Constitucional. Acceso a la información pública. Número de solicitud: 67 / 2022. Resolución de 16 de septiembre de 2022 de la Secretaría General del Tribunal Constitucional sobre actividades e iniciativas impulsadas y llevadas a cabo por la Secretaría General en cumplimiento de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

(2018) o la Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género (2018), entre otras (véase anexo I). Si bien estos esfuerzos son importantes, creemos de utilidad que el enfoque de las guías comience a ser algo más práctico, señalando a los operadores jurídicos, y especialmente a quienes juzgan, cómo pueden trasladar lo teórico a la práctica. Asimismo, aunque en varias de ellas encontramos indicaciones que forman parte de la metodología de la perspectiva de género, sigue siendo fundamental un documento que la aborde de manera sistemática e integral, un documento único que sea de referencia para todas las personas que actúan en sede judicial y que contenga, entre otros, los mandatos internacionales y nacionales que obligan a la aplicación de esta, la doctrina y la jurisprudencia significativa, los criterios hermenéuticos y los pasos para ponerla en práctica.

No obstante, la inexistencia de protocolo en este sentido no ha sido impedimento para que el enfoque de género se abriera paso en la jurisprudencia de algunos tribunales. La primera vez que esta hermenéutica aparece, integrada en el análisis objetivo del caso y en la valoración de la prueba aportada, fue en el marco de un recurso ante una sentencia que negaba el derecho de pensión de viudedad de una mujer separada que había sido víctima de violencia de género, resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Canarias en su sentencia 1/2017 de 7 de marzo. Tras esta, han sido varias las sentencias de los tribunales ordinarios que han incorporado de manera explícita en sus razonamientos las herramientas que brinda esta metodología. En otras ocasiones, sin hacer referencia expresa a la misma, vemos como se han introducido categorías y razonamientos propios de la misma, como en la reciente sentencia del Tribunal Supremo 14/2022, Sala de lo Penal, de 13 de enero, en la que la ponente identifica con claridad que los estereotipos de género que operan en el presente caso están detrás de las agresiones verbales y físicas que un hombre vierte sobre una mujer en el marco de una relación sentimental¹⁰. Esta perspectiva ha llegado, también recientemente, al Tribunal Constitucional, donde más allá de los votos particulares de algunas magistradas, donde el enfoque de género ha sido constante, la sala primera ha admitido a trámite un recurso por, entre otras razones, la necesidad de examinar si la incorporación de la perspectiva de género en el análisis judicial de unos hechos presenta trascendencia

10. «El de la pareja es uno de esos ámbitos en el que tradicionalmente han operado marcados estereotipos de género que atribuyen a la mujer un papel de subordinación y dependencia respecto del varón, relegándola a tareas esencialmente domésticas, que resultan infravaloradas. Las expresiones que el acusado profirió a su compañera como prolegómeno de la agresión, menospreciando su trabajo, imputándole el mantener relaciones sexuales con terceros o reprochándole la desatención de las tareas que tradicionalmente se han atribuido a la mujer en las relaciones de pareja, como el hacer la comida, reproducen claramente esos tradicionales roles de dominación. Patrones que el agresor conscientemente asume como propios, en su expresión más extrema, cuando acto seguido intenta disponer de su vida, lo que otorga a esta acción la consideración de un acto de subyugación machista, que confiere un plus respecto a los elementos de tipificación del asesinato, distintos de los que sustentan la agravación de parentesco, y que prestan soporte sobrado a la agravante discutida» (Fundamento de derecho 3)

constitucional¹¹. Vemos cómo, progresivamente, esta metodología comienza a tener mayor presencia en los argumentos de los tribunales y esto es resultado, sin duda, de la loable labor desarrollada por jueces y juezas —como quienes integran la Asociación de Mujeres Juezas de España—, fiscales y abogadas que han insistido en la necesidad de cumplir, con mayor o menor éxito, con las obligaciones jurídicas en la materia.

Por último, no resulta de más aclarar que la existencia de un protocolo de las características que aquí se ha defendido no implica, ni mucho menos, la solución a los problemas que los estereotipos y dinámicas patriarcales dentro de la justicia española suponen para los derechos de buena parte de la ciudadanía. Es fundamental insistir y profundizar en el trabajo formativo, reforzar las capacitaciones en materia de justicia con perspectiva de género, que estas lleguen a más operadores jurídicos y que sean obligatorias. Asimismo, se deben reforzar las colaboraciones entre instituciones y el intercambio de conocimientos y recursos y, en este sentido, consideramos de especial interés que el poder judicial español busque aprendizajes, errores y aciertos, en las experiencias de otros poderes judiciales, como el mexicano, que llevan un recorrido ya largo en esta dirección.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUILAR ARIAS, A. (19/08/2021). El poder judicial mexicano a deconstrucción desde la perspectiva de género. *Agenda Estado de Derecho*. <https://agendadestadodederecho.com/el-poder-judicial-mexicano-a-deconstruccion-desde-la-perspectiva-de-genero/>
- ÁLVAREZ, P. (20/01/2022). El decano del Colegio de Abogados de Madrid equipara machismo y feminismo en un acto con Irene Montero. *El País*. <https://elpais.com/sociedad/2022-01-20/el-decano-del-colegio-de-abogados-de-madrid-equipara-machismo-y-feminismo-en-un-acto-con-irene-montero.html>
- ARENA, F. J. (2022). *Manual sobre los efectos de los estereotipos en la impartición de justicia*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/Publicaciones/archivos/2022-03/Manual%20Estereotipos%20de%20imparticion%20de%20justicia_DIGITAL%20FINAL.pdf
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. Comisión de Igualdad. (2018). Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-frente-a-la-trata-de-seres-humanos>

11. Nota de prensa 3/2022, de 26 de enero de 2022. Disponible aquí: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2022_003/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%203-2022.pdf

- (2020a). II Plan de Igualdad de Género. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/La-igualdad-de-genero-en-la-carrera-judicial/>
- (2020b). Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida>
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. República de Argentina. (2015). *Guía interactiva de estándares internacionales sobre derechos de las mujeres*. https://www.csjn.gov.ar/om/guia_ddmm/index.html
- EQUIS Justicia para las Mujeres. (2021a). *No es justicia. Análisis de sentencias y resoluciones judiciales del país. Reporte de hallazgos del primer ejercicio de auditoría judicial ciudadana*. <https://equis.org.mx/wp-content/uploads/2021/02/noesjusticia.pdf>
- (2021b). *Defendiendo nuestra justicia. Voces ciudadanas: ausencias, peligros y ¿aciertos? De la reforma al Poder Judicial de la Federación*. <https://equis.org.mx/defendiendo-nuestra-justicia/>
- ESCUELA FEDERAL DE FORMACIÓN JUDICIAL. (2022). Plan anual de capacitación 2022 Jurisdiccional y Administrativo. https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/Sitio2016/include/sections/plan_trabajo/2022/PAC-JA.pdf
- ESQUIVEL MOSSA, Y. (12/11/2021). Pacto Nacional por la Justicia de Género, *El Universal*, <https://www.eluniversal.com.mx/opinion/yasmin-esquivel-mossa/pacto-nacional-por-la-justicia-de-genero>
- MARTÍN REYES, J. (2018). *Reforma en materia de justicia cotidiana*. Fondo de Cultura Económica.
- PANTIN, L. y QUEZADA, A. (21/10/2021). La publicidad de sentencias: primer corte de caja. *México Evalúa*. https://www.mexicoevalua.org/la-publicidad-de-sentencias-primer-corte-de-caja/#_ftn1
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2009). *Diagnósticos realizados en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en materia de equidad de género 2008-2009*. <http://www.equidad.scjn.gob.mx/spip.php?article1342>
- (2012a). *Conocimiento y percepciones sobre género y derechos humanos del personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. www.equidad.scjn.gob.mx
- (2012b). *Diagnóstico de los 15 Tribunales Superiores de Justicia Estatales sobre la percepción que tienen las personas que imparten justicia respecto de la equidad de género, los principales factores que dificultan la inclusión de los tratados internacionales y la perspectiva de los derechos humanos, y las áreas de oportunidad para avanzar hacia un acceso efectivo de justicia para hombres y mujeres*. www.amij.org.mx/site/micrositios/equidaddegenero/index.htm
- (2013). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*.
- (2015). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf

- (2020). *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf>

Anexo I: Algunos documentos que orientan la labor de los operadores jurídicos españoles en materia de igualdad de género

Consejo General de la Abogacía Española [CGAE]	La protección en Europa de «menores separados» de su acompañante adulto en movimientos migratorios (2018)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/10/Informe-Fundaci%C3%B3n-an%C3%A1lisis-sobre-menores-separados.pdf
CGAE	Enfoque de género en la actuación letrada (2019)	https://www.abogacia.es/publicaciones/informes/informes-fundacion-abogacia/enfoque-de-genero-en-la-actuacion-letrada/
CGAE	Detección y defensa de víctimas de trata (2019)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/12/GUIA-VICTIMA-DE-TRATA-VERSION-FINAL.pdf
CGAE y ACNUR	La protección internacional de los solicitantes de asilo (2019)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/07/VERSION-FINAL-GUIA-PROTECCION-INTERNACIONAL-SOLICITANTES-DE-ASILO.pdf
CGAE	Delitos de odio (2019)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2018/12/GUIA-DELITOS-DE-ODIO.pdf
CGAE	Decálogo para la protección de los derechos humanos en pandemias (2021)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2021/02/Decalogo-Resolucion-web.pdf
CGAE	Acceso a la Justicia en materia de derechos ambientales (2019)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2019/12/ACCESO-A-LA-JUSTICIA-EN-MATERIA-DE-DERECHOS-AMBIENTALES.pdf
CGAE	Actuación frente a torturas y malos tratos, inhumanos o degradantes (2019)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2014/12/GUIA-ABOGACIA.pdf
CGAE	Efectos de los dictámenes de los Comités Internacionales de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español. Guía práctica para la abogacía (2022)	https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2022/09/WEB-GUIA-EFECTOS-DE-LOS-DI%CC%81CTAMENES-DE-LOS-COMITE%CC%81S-INTERNACIONALES-DE-DERECHOS-HUMANOS-003.pdf

Observatorio de violencia de género	Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género (2018)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-buenas-practicas-para-la-toma-de-declaracion-de-victimas-de-violencia-de-genero
Observatorio de violencia de género	Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (2016)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-de-la-Ley-Organica-1-2004-de-28-de-diciembre-de-Medidas-de-Proteccion-Integral-contr-la-Violencia-de-Genero--2016-
Observatorio de violencia de género	Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género (2013)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-frente-a-la-violencia-de-genero--2013-
Observatorio de violencia de género	Guía de buenas prácticas para la elaboración de informes psicológicos periciales sobre custodia y régimen de visitas de menores adaptada a casos de violencia de género (2013)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-buenas-practicas-para-la-elaboracion-de-informes-psicologicos-periciales-sobre-custodia-y-regimen-de-visitas-de-menores-adaptada-a-casos-de-violencia-de-genero--2013-
Observatorio de violencia de género	Guía de buenas prácticas para la evaluación psicológica forense del riesgo de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja (VCMP) (2012)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-de-buenas-practicas-para-la-evaluacion-psicologica-forense-del-riesgo-de-violencia-contr-la-mujer-en-las-relaciones-de-pareja--VCMP---2012-
Observatorio de violencia de género	Guía práctica contra la violencia doméstica y de género (2005)	https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/Guia-practica-contr-la-violencia-domestica-y-de-genero--2005-

<p>Comisión de Igualdad del CGPJ</p>	<p>Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos (2018)</p>	<p>https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-frente-a-la-trata-de-seres-humanos</p>
<p>Comisión de Igualdad del CGPJ</p>	<p>Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida (2020)</p>	<p>https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Guias--estadisticas--estudios-e-informes/Guias/Guia-de-criterios-de-actuacion-judicial-en-materia-de-custodia-compartida</p>
<p>Comisión de Igualdad del CGPJ</p>	<p>Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo del CGPJ (2009)</p>	<p>https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Normas-minimas-lenguaje-inclusivo/</p>
<p>Ministerio Fiscal. Unidad de Coordinación de violencia sobre la mujer de la Fiscalía General del Estado</p>	<p>Guía de actuación con perspectiva de género en la investigación y enjuiciamiento de los delitos de violencia de género (2020)</p>	<p>https://www.fiscal.es/documents/20142/0/GUIA-DE-ACTUACION-DEL-MF-EN-VG-con-perspectiva-de-g%C3%A9nero+%281%29.pdf/ff3d65a0-0d1a-b8c3-2e24-32d07c95814e?t=1611572485866</p>

LA CONFIGURACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO Y DE CUIDADO QUE REALIZAN LAS MUJERES PARA LA FAMILIA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO CIVIL

Yaiza Gómez Yáñez

1. LA FEMINIZACIÓN DE LOS CUIDADOS: UN RETRATO DE LA REALIDAD

Cuando hablamos o pensamos en el cuidado viene a nuestra mente una imagen femenina: una madre, una abuela, una vecina, una cuidadora, o una amiga. Históricamente los cuidados han sido, y siguen siendo ejercidos mayoritariamente por mujeres¹, una realidad que no solo ocurre en España, sino en prácticamente todas las culturas del mundo. De hecho, y conforme a los datos publicados² en 2018 por la Organización Internacional de Trabajo (en adelante OIT) ningún país del mundo registra una asistencia igualitaria de cuidados no remunerados. La feminización de los cuidados es un problema estructural, que

1. Que el cuidado recaiga sobre las mujeres no significa que recaiga sobre todas por igual, ya que, como señalan Cristina Borderías, Cristina Carrasco y Teresa Torns (2019), entre otras autoras, la necesidad de cuidados puede ser solventada mediante la contratación de otras personas que los presten, que generalmente son mujeres. Esto pone de relieve otro de los característicos problemas del cuidado como las cadenas de cuidado mundiales, ya que en la mayoría de los casos estos son prestados por mujeres procedentes de países de América del Sur, y esta globalización de los cuidados requiere ser vista desde una perspectiva de una triple discriminación: clase social, etnia y raza.

2. Informe elaborado por la OIT: El trabajo del cuidado y los trabajos del cuidado para un futuro con trabajo decente

para las mujeres conlleva una subdiscriminación³ incompatible con la igualdad real y efectiva. Y desde luego que, pese a los profundos e históricos empuños en ello, no se trata de una característica natural o inherente a la biología de las mujeres, sino que es fruto de una construcción cultural y patriarcal que, en connivencia con el sistema capitalista, perpetua una evidente desigualdad de poder entre hombres y mujeres en la que los beneficios y privilegios de «unos» —los hombres— se sostienen sobre el trabajo gratuito de «otras» —las mujeres—⁴.

Que el cuidado es femenino, es una descripción de la realidad que encuentra su plena justificación, entre otros, en los datos que recoge el informe *Tiempos para el cuidado* (2020), de OXFAM internacional, en los que se estima que hay 67 millones de personas en el mundo que se dedican a los cuidados y de las cuales el 80% son mujeres. Estos datos se deben poner en relación con los 606 millones de mujeres, que, en el año 2018, no tuvieron empleo por desempeñar un trabajo de cuidados no remunerado, frente a los 41 millones de hombres que no lo tuvieron por esa misma razón⁵.

El valor económico global que generan las mujeres a través del ejercicio de estos cuidados no remunerados, de los que se beneficia la familia y la sociedad⁶, asciende a 10,8 billones de dólares anuales⁷, lo que representa un 9% del PIB mundial. Sin embargo, la realidad es que mientras el ejercicio de estos cuidados genera prosperidad y bienestar a sus miembros, a ellas las arrastra a la dependencia económica⁸, a la desigualdad cronificada y a la pobreza monetaria y de tiempo.

Esta carencia de tiempo, relacionada con la pobreza, se puede medir a través de las encuestas sobre actividades diarias o encuestas sobre el uso del

3. El término de subdiscriminación, fue acuñado por María Ángeles Barrére Unzueta (2018) que visibiliza el «poder sobre» con la partícula «subor» que fundida con la palabra discriminación evidencia que la conducta sigue siendo el elemento básico de la discriminación: «Subdiscriminación sería entonces el término para designar el conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que ese estatus cambie (es decir, que lo reproducen)».

4. La referencia de «el uno y lo Otro» es en alusión a la teoría de Simone de Beauvoir, por la que el hombre es lo universal y la mujer lo particular, él es el sujeto absoluto y ella es lo Otro.

5. Según los datos de la OIT ESPAÑA, un 25% de las mujeres desempleadas que no tienen un empleo remunerado es por el ejercicio de los cuidados no remunerados, frente al 3% de hombres que no lo tienen por esa misma razón.

6. Como expone el informe de la OIT: El trabajo del cuidado y los trabajos del cuidado para un futuro con trabajo decente, este trabajo redundaría en beneficio de toda la sociedad y es inherente al principio de justicia social y a la igualdad de género.

7. Conforme a los últimos datos que disponemos ofrecidos por OIT España, de los 130 millones de horas dedicadas al cuidado supondrían un 14,8% del PIB del cual el 10% sería aportado por este trabajo no remunerado que realizan las mujeres y pese a ello esto sigue sin recogerse en el PIB nacional.

8. Con esta referencia a la dependencia se quiere significar la dependencia de salarios tanto de otros miembros de la unidad familiar (generalmente varón) como, en su caso, la dependencia de las políticas públicas del Estado.

tiempo y, permiten mostrar el peso que tienen en la vida diaria cada una de las actividades realizadas. (Carrasco, Borderías y Torns, 2019)

Esta herramienta es de valiosa utilidad, especialmente, en el caso de las mujeres que trabajan dentro y fuera de casa, pues permite visualizar el impacto que tienen sus dos o tres jornadas de trabajo, y por tanto el tiempo que les resta disponible para sí mismas. Es decir, tiempo para dedicar a su crecimiento personal, autocuidado, o incluso desarrollo profesional. Como así señala Sumoy Gete-Alonso (2021:898) dichos cuidados, que suponen «una eterna deuda contraída con las mujeres», esconden renunciadas, desgastes, abandonos —y demás miserias— legitimando así la vulneración de uno de los derechos más fundamentales para el ser humano, como es la libertad de elegir y desarrollar el propio proyecto de vida.

El informe de la OIT antes referido, expresa esta realidad en unas estimaciones basadas en encuestas sobre el uso del tiempo⁹; se observa que al día se dedican 16.400 millones de horas al trabajo de cuidados no remunerado, de las cuales el 76,2% son realizadas por mujeres. Traducido al trabajo diario, significa que las mujeres dedican a los cuidados y a las actividades domésticas: 4 horas y 25 minutos frente a 1 hora y 23 minutos que dedican los hombres. Estos datos se deben poner en relación con los de las mujeres que, desempeñan un trabajo remunerado fuera de casa y, además, soportan la carga de los cuidados y de las actividades domésticas, ya que, en este caso, la carga total de trabajo diario asciende a 7 horas y 28 min para las mujeres, frente a 6 horas y 44 minutos para el caso de los hombres.

Si bien, pensemos que, si hay millones de mujeres que realizan el trabajo de cuidados —y doméstico—, entre otras causas que luego se tratarán, es porque hay otro tanto de millones de personas que lo necesitan: menores, mayores con o sin algún tipo de limitación y discapacidad. Así como personas con necesidades temporales que les impiden valerse por sí mismas en determinados momentos de la vida.

Por ello, es necesario plantear que uno de los problemas es la propia óptica desde la que miramos los cuidados, ya que, estos no deben ser vistos como algo específico de determinados grupos de personas, puesto que la vulnerabilidad es inherente a todos los seres humanos por lo que, la necesidad de cuidados lo será siempre y para todas las personas. Si bien, y según cada momento de la vida, estas necesidades de cuidado se irán graduando tanto en el tipo como en la intensidad (Carrasco, Borderías y Torns, 2019).

Estas circunstancias de interdependencia de cuidados, además de las ya conocidas —como el envejecimiento de la población y el aumento de la esperanza de vida— complican una realidad de necesidad de cuidados que solo irá en aumento¹⁰. Dicha demanda, choca frontalmente con los cambios en estruc-

9. Las encuestas sobre el uso del tiempo se llevaron a cabo en 64 países, lo que ha representado el 66.9% de la población mundial en edad de trabajar.

10. Según la previsión de la OIT, en 2030, los beneficiarios de cuidados ascenderán a 2300 millones (de los cuales 100 millones más de personas mayores y 100 millones más de menores)

turas sociales y familiares que, sumados a la ya, más que consolidada incorporación de la mujer al mercado laboral, agrava este desequilibrio. Es incuestionable que la incorporación de la mujer al «rol público», supuso una revolución, pero incompleta ya que no se acompañó de un cambio de paradigma ni de una nueva organización de la sociedad civil, sino que se mantuvo, en esencia, la vieja estructura tradicional patriarcal por lo que, y como es lógico, los cuidados siguen recayendo sobre las mismas. (Nuño Gómez, 2010).

Aun a riesgo de parecer insistente con los datos estadísticos, según la información ofrecida por Eurostat y el Instituto Nacional de Estadística en el 2016, en España el 95% de las mujeres de entre 15 y 49 años realizaron actividades diarias de cuidado y educación de sus hijas e hijos frente al 68% de los hombres. Es interesante resaltar que estas diferencias —entre mujeres y hombres— se amplían cuando se trata de actividades domésticas o de cocina, ya que en este caso hablamos de un 84% de mujeres frente a un 42% de hombres. Esta tendencia, que se mantiene en Europa también nos permite poner de relieve que, incluso los roles de género influyen en el tipo de tareas que se realiza. Una explicación a esta cuestión está en que las nuevas formas de entender la masculinidad se han centrado en la paternidad, pero no así en las tareas domésticas como por ejemplo la limpieza, que, asociada a tareas más desagradables, sigue teniendo un mayor carácter feminizado.

Como ya hemos apuntado, los cuidados están feminizados y desprovistos de valor, y esta unión de circunstancias no es casual. Tal como expone Amorós (1994), pese a que a lo largo de la historia y en diferentes culturas del mundo pueda haber habido una variación en la asignación de actividades o funciones entre hombres y mujeres, en todos en los casos se produce un fenómeno común, y es que el trabajo de las mujeres, el que sea, por el mero hecho de serlo, se devalúa, mientras que el de los hombres, solo por esa circunstancia, no solo se reconoce, sino que se ensalza de valor e incluso se magnifica.

Por tanto, si el cuidado carece de valor social o económico es porque se trata de una actividad asignada al género femenino y como tal jerárquicamente inferior. Es por ello que, como así acabamos de ver, la realización de estas actividades no se asigna a quién tiene tiempo, disposición o interés en cuidar, sino que se relaciona con el género, con el género femenino.

En este mismo sentido y, como expone de forma muy sencilla Nuño Gómez (2010:57-65), la devaluación del trabajo doméstico y de cuidados encuentra, su origen en el mismo instante en el que se reconoce como tal, o lo que es lo mismo «el paradigma de cómo la inferioridad se convirtió en excelencia». Tras la revolución francesa, y una vez demostrada la capacidad de producción de las mujeres en las fábricas, la «misoginia naturalista», que temía el fin del hombre como el sustentador del hogar, ya no podía sostener el argumento clásico de la inferioridad de la capacidad de la mujer, por lo que no quedó otra opción que convertir los atributos femeninos en excelencia, y con ello el centro y fin de su existencia. Esto, a su vez responde a las necesidades de un sistema capitalista y patriarcal donde la única forma de sostenimiento es oprimiendo y explotando a las mujeres a través del trabajo doméstico. No olvidemos, como

señala Hartman (1981), que el patriarcado es sustentado a través de un pacto interclasista de los hombres y actúa en una relación de apoyo mutuo con el capitalismo.

Se proclamó en los textos literarios, en la educación y en las familias que era tan virtuosa y mística su capacidad para el cuidado y la maternidad, que desperdiciarla en un trabajo «febril» supondría dilapidar su natural potencial, ya que poseía una cualidad innata que además su marido respetaba, siempre que actuara en los límites de su cometido. También disponía de una sabiduría que la situaba como la dueña de la moralidad del hogar, proveedoras de sentimientos y afectos para la familia. Nuño Gómez (2010:64) expresa, en palabras de Amelia Valcárcel, que se construyó lo que se denominó «el monumental edificio de la misoginia romántica».

De este modo, se consolida la figura del ama de casa —y la domesticidad como una proyección de lo que los hombres esperan de las mujeres y lo que las propias mujeres esperan de ellas mismas—, sensibles, afectuosas, maternales, altruistas y sobre todo dotadas de una capacidad de sacrificio innata e infinita. Esta construcción de la figura de la mujer, propia del pensamiento político ilustrado, la convierte en la «dueña de su casa» pero la despoja de toda posibilidad de «ciudadanía», ya que «siendo la artífice de la intimidad del hogar, nunca será el sujeto que disfrute de ella» (Molina Petit, 1994:210-212)

En base a ello, se construye una forma de convivencia social en la que hombres y mujeres no pelearían por un mismo espacio, porque cada cual sería titular del suyo. Ahora bien, frente a esta, aparente, «maravilla de división y de complementariedad» que solo supone beneficios para el matrimonio y la familia, se instauró la férrea división de espacios que exilió a las mujeres a la privacidad de su propia invisibilidad, y a la reclusión en los hogares. Estos espacios, como es lógico, no estaban determinados en igualdad sino que estaban condenados a una jerarquía, invisibilidad, desvalorización e inmovilidad en base a la condición de ser mujer u hombre.

Teniendo en cuenta que la infravaloración del cuidado, deriva de ser una actividad atribuida al género femenino, es una consecuencia lógica que esta devaluación se extienda a los trabajos de cuidados remunerados o profesionales. En este sentido, los datos¹¹, muestran el sector de las trabajadoras del hogar, son el colectivo más explotado del mundo tanto por ser uno de los principales trabajos que más se desarrolla en la economía sumergida; como

11. Según OXFAM (2020:15) tan solo el 10% de las personas trabajadoras del hogar están protegidas por la legislación laboral general en la misma medida que el resto de profesionales, y tan solo cerca de la mitad goza de la misma protección en términos de salario mínimo. Las legislaciones nacionales no estipulan un límite de horas para la jornada laboral de más de la mitad de las personas trabajadoras del hogar. En los casos más extremos de trabajo forzoso y tráfico de personas, las personas trabajadoras del hogar se encuentran atrapadas en las casas de sus «empleadores», que controlan absolutamente todos los aspectos de sus vidas, lo cual las deja en una situación de invisibilidad y total desprotección. El tema de la desprotección de las trabajadoras del hogar está ampliamente explicado en el artículo de Carmen Grau Pineda (2021): «El papel de la ONU (y de la OIT) en el reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidados».

porque, cuando este se desempeña en condiciones laborales legales, se hace en unas peores condiciones que otros empleos de igual valor.

2. APROXIMACIÓN AL RECONOCIMIENTO Y CONFIGURACIÓN DEL CUIDADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

La configuración del cuidado en el ámbito del Derecho Civil es un tema que, por su profundidad y extensión, supera el propósito de este trabajo y por ello tan solo se apuntarán brevemente algunas cuestiones.

Para comprender el sentido de la regulación sobre el cuidado hay que partir, tanto de los datos socio-históricos expuestos, como del hecho de que nuestro actual Código Civil, pese a que ha sido objeto de múltiples reformas, en esencia y estructura data de su origen: 1889. Lógicamente, muestra los valores sociales y culturales de la época en la que se redactó que, y tal y como se expuso en líneas anteriores, reflejan la realidad, intereses y principios de la clase dominante, en donde la mujer, que no ocupaba ni la posición real de ciudadana, cuanto menos de sujeto de derecho. En esta realidad patriarcal, fue, más en concreto la mujer casada, la que en nuestras leyes se marginó y sometió al dominio varón y así se plasmó en las bases del citado código civil que, como expresa la autora, supuso «una mera reproducción del *code* francés de 1804, con el que compartía todo su espíritu antifeminista, razones que justifican de sobra su tinte anticuado y rancio». (Vivas Tesón, 2010:1208-1213).

Conviene recordar que nuestro Código Civil, se creó respondiendo al ideal de familia burguesa, más en concreto al «ideal de hombre burgués», y los principios en los que se inspiró fueron tradicionales y basados en un fuerte orden moral bajo el único mandato del poder patriarcal. Como es lógico, bajo una jerárquica y desigual relación familiar, en la que la procreación era el fin del matrimonio y la esposa, se consideraban no solo inferior, sino sometida al deber de obediencia, y autoridad marital o paternal; tal y como constataba el Código Civil¹². La regulación de la mujer en esta normativa, se hizo en base a su consideración como esposa y el matrimonio la institución sobre la que se constituye y gira la familia (Valpuesta Fernández, 2012). Se consolidó jurídicamente la mujer «madre-esposa» o la mujer «ama de casa» y los estrechos límites domésticos se reducen al cuidado de los hijos y a su función maternal, ya que,

12. Como relata Vivas Tesón (2010), la mujer (hasta los 25 años) debía pedir consentimiento para abandonar la casa paterna, y una vez casada (para cuyo consentimiento se la consideraba incapaz) pasaba al «deber de obediencia» del marido (tanto para fijar su residencia como para su representación que era a través de su marido); asimismo, precisaba licencia marital para actuar en sus propios derechos (tanto para la administración de bienes propios o como bienes comunes) y por supuesto no era titular de la patria potestad de los hijos. La mayoría de estas normas estuvieron vigentes hasta las tímidas reformas de 1952 o 1957, si bien hubo que esperar hasta la gran reforma de 1975, donde se elimina la licencia marital.

pese a que es la encargada del hogar, las normas no le reconocen capacidad ni para la patria potestad ni para gestionar o administrar bienes propios o de la familia (Tamayo Haya, 2010).

Con el paso del tiempo, y como estas mismas autoras señalan, son los movimientos feministas los que traen la reivindicación de la igualdad, ya que sin la enorme presión social y política que se comenzó a ejercer en todo el mundo no habría habido liberación para las mujeres ni para otros colectivos que, bajo el amparo e impulso feminista, pudieron ver representados sus derechos. Con todo, en nuestro país, y pese a los avances que se produjeron para las mujeres en la II República, con la dictadura Franquista se ocasionó un enorme retroceso que «nos devolvió al rol clásico de mujer-esposa-madre». Es por ello que, debemos esperar a la promulgación de la Constitución Española de 1978, para poder encontrar un reconocimiento de la libertad personal, la dignidad de la persona y el derecho a la igualdad formal, tanto como derecho fundamental del artículo 14 de la CE como, en base al artículo 1 de valor superior del ordenamiento jurídico. Otra de las novedades que introdujo la Constitución Española, es que tras el reconocimiento y protección de la familia del artículo 39 el matrimonio «pierde el monopolio» y deja de ser el eje sobre el que gira la familia¹³.

Por ello como propone Bosch Marco (2019), uno de los puntos de partida para conocer la configuración actual del cuidado en nuestro ordenamiento jurídico es la Constitución Española, que en el artículo 39¹⁴ establece como uno de los principios rectores de la política social y económica «la protección jurídica, económica y social de la familia», en concreto refiere a la protección integral de los hijos¹⁵. A ello se añade el apartado 3 de del citado artículo 39 CE, que establece el deber de asistencia de los padres y madres con respecto a los hijos e hijas. Asimismo, en este texto constitucional, y en el artículo 50 CE, se garantiza la protección de los poderes públicos a las personas mayores con «independencia de las obligaciones familiares». En base a esta última expresión, se puede entender que está dando por hecho una prestación de cuidado o

13. Estos nuevos principios constitucionales supusieron iniciar un proceso de «constitucionalización» del derecho civil. Como resultado principal de este proceso de adaptación a la Constitución Española fueron las reformas efectuadas en 1981 (ley 11/1981, 30/1981).

14. Según el artículo 39. 1 CE: Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. La autora Bosch Marco (2019) también hace referencia al apartado 4 en cuanto a que los tratados internacionales como la Convención Internacional de los Derechos del Niño y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se refieren también al deber de crianza y cuidado que tienen los progenitores.

15. Reproducimos la expresión literal de la Constitución Española, que como es sabido, usa el masculino como genérico. Por tanto, aunque en su sentido literal dice «hijos» entendemos que las hijas no están excluidas de esta referencia.

atención por parte de la familia complementaria o accesoria a la que profiere el Estado.

Aunque la obligación de los cuidados y esta solidaridad intergeneracional, como se ha visto, es responsabilidad de la «familia», en el sentido práctico, y como por todas es sabido, el término familia se sustituye por mujeres de la familia. Una explicación, como señala Marrades Puig, es que la propia configuración del Estado de Bienestar se ha basado en un «modelo de estado patriarcal donde los cuidados son suplidos por las mujeres» (2016: 224)¹⁶. Y esto es así porque la tradicional posición de las mujeres en la familia, como cuidadoras natas, supone que cargue sobre ellas la cohesión de la familia pese a que los cuidados son un derecho de las personas y un deber de los poderes públicos. (Valpuesta Fernández, 2010)

Como apunta Flaquer (2014), el modelo de «solidaridad familiar o parentesco», característico del cuidado familiar en España y de otros países de nuestro entorno, se respalda no solo en un varón sustentador y una mujer ama de casa, sino que también precisa de una solidaridad familiar creada a partir de unos fuertes lazos intergeneracionales que se extienden más allá de la familia nuclear. Con la intención de que esta forma de cuidados cubra las carencias del Estado porque como expone Roig Berenguer este familiarismo sitúa la unidad familiar como un triángulo de «estado, mercado y familia» (2019:168).

Esta consideración del principio de solidaridad y deber familiar de cuidado, se refleja en la obligación recíproca de alimentos¹⁷ entre parientes del artículo 143 CC (cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos), que consiste en un deber de atender la subsistencia del alimentista —basado en: «lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica»— y solo en los casos en los que exista una insuficiencia de mínimos para vivir (Infante Ruiz, 2021). No exige la necesidad de convivencia, sino que es el vínculo familiar el que hace surgir la obligación. Este deber jurídico familiar, que muestra ese fuerte compromiso de solidaridad, ha sido objeto de críticas por su carácter de institución clásica y antigua que ignora una nueva realidad sociológica, así como

16. En *Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional* (2016:224), Marrades Puig expone una idea de la autora Ana Martínez que ejemplifica de una forma sencilla como se ha configurado el Estado de Bienestar, y es que tal y como expresa: «las mujeres han sido y siguen siendo el Estado de Bienestar del resto de la población».

17. Como señala Matilde Cuenca Casas en *Comentarios al Código Civil de Rodrigo Bercovitz* (2013:1454), este deber de alimentos se prestará cuando exista causa de necesidad y es esta una de las notas que lo diferencia del deber de alimentación que tienen los padres y madres con respecto a sus hijos e hijas en virtud del artículo 154CC por el que se regula la patria potestad. También se diferencia por esta misma razón del deber de socorro mutuo de los cónyuges del artículo 67 y 68 CC. Esta obligación de alimentos podrá ser exigida a quienes tengan a un menor en situación de acogimiento (artículo 173.1 CC), a quien ejerza el cargo de tutor/a (artículo 269 CC) Dicho deber de alimentos puede ser prestado tanto mediante dinero como a través de alimentos. La obligación es de tal entidad que tiene consecuencias jurídicas, su incumplimiento puede dar lugar a justa causa de desheredación (artículo 853 CC) así como de revocación de donación (648.3CC)

porque supone un traslado de la responsabilidad a la familia por una falta de actuación o de capacidad del Estado (Cuenca Casas, 2013; García Rubio, 1995)

Asimismo, dentro de la consideración de los cuidados de tipo familiaristas, y como ya se ha apuntado, el matrimonio ha ocupado una posición histórica sobre la que, se ha instituido como la «forma natural de convivencia» (Valpuesta Fernández, 2012:312) Sin perjuicio de ello, hoy en día, y pese a que siga siendo «el paradigma de las relaciones de pareja» no deja de ser una opción más, tanto por el respeto y reconocimiento a la libertad de las personas para elegir la forma de convivir, como, porque nuestra Constitución no identifica: «la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio (STC 222/1992). Ahora bien, esto no ha tenido una traducción normativa en nuestro Derecho Civil ya que actualmente la única relación de pareja regulada por nuestro código sigue siendo el matrimonio. Las parejas de hecho no cuentan con una regulación general a nivel estatal¹⁸, en cambio en el ámbito autonómico¹⁹, una regulación sobre esta modalidad familiar, principalmente en aquellas Comunidades Autónomas que tienen un derecho civil propio que ha permitido legislar sobre ello.

Dado que no es posible profundizar en las particularidades de la normativa autonómica sobre las parejas de hecho, nuestro análisis acerca de la configuración del cuidado, se limita a las disposiciones del Código Civil sobre el matrimonio.

Un importante punto de partida es el artículo 68CC sobre los deberes de los cónyuges que, tras la modificación de la ley 15/2005 de 8 de julio, añade como segundo párrafo: «(...) Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.»

Este precepto, del que trataremos de sintetizar su esencia, nace de la necesidad de «remover patrones culturales incrustados en las familias», pero no refleja, como así expresa López De La Cruz (2007:15-23), una nueva obligación para los cónyuges, algo que deriva del propio deber de socorro mutuo y el deber de actuar en interés de la familia, si bien la verdadera aportación es que la forma de llevarlo a cabo —corresponsable— debe serlo en base al principio de igualdad. Como esta misma autora señala, esta norma se debe valorar no solo desde la perspectiva de la mujer, sino también como una exigencia democrática que, con solo ser respetada podrá permitir que real y efectivamente, y en base a unas responsabilidades igualitarias, todas y todos los ciudadanos puedan participar en la vida del Estado. Esta consideración de deber social, traslada parte de la responsabilidad del cuidado al Estado de Bienestar, lo que

18. Si bien se equipara la unión de hecho al matrimonio en ciertos aspectos (entre otros, artículos 101, 175 CC)

19. En García Rubio (2012), la autora refiere a la necesidad, también manifestada por una parte importante de la doctrina, de una regulación estatal de las uniones de hecho con el objetivo de, además, aportar coherencia entre las variadas y diversas normas autonómicas.

se traduce en un mayor equilibrio de las responsabilidades de cuidado en las familias, y que en definitiva supone liberar, al menos en parte, a las mujeres.

Sin perjuicio de esto, y desde el estricto terreno de la institución matrimonial, este precepto supone un punto de inflexión para la mujer. Como responsable histórica del cuidado y de las actividades domésticas del hogar; a partir de la inclusión de este deber de «forma compartida», permite exigir a ambos cónyuges, que independientemente de cuál sea su aportación económica al sostenimiento de la familia de cada uno de ellos, los deberes de cuidado y atención sean responsabilidad y obligación de ambos²⁰.

Por otro lado, y como uno de los puntos esenciales de la norma, este precepto sienta las bases formales para una nueva configuración del cuidado, donde el verdadero ímpetu del Estado debe basarse en incidir en crear fórmulas para compartir estas responsabilidades y no tanto en valorar *a posteriori* el exceso de responsabilidad de uno de los cónyuges. Como así hemos visto a la luz de los datos ofrecidos, los efectos de la carga de cuidados son tales y sus razones tan estructurales, que a fin de ampararlos se precisa un cambio de paradigma, que no se dirija simplemente a paliar las consecuencias de este exceso de carga, sino que se centre en evitar que ocurra, identificando las razones y dirigiendo su mirada a ellas (Cremades García, 2008; López De La Cruz, 2007; Salazar Benítez, 2021).

En relación a los efectos de este precepto comentado, y al tratarse de uno de los «deberes del matrimonio» (Calzadilla Medina, 2021:117-130), se han suscitado diferentes posiciones doctrinales con respecto a su naturaleza. Tradicionalmente se ha planteado, si son deberes jurídicos —coercibles o no coercibles— o, unos deberes meramente éticos y morales. Frente a estas posturas clásicas de la doctrina civilista, esta autora expone que, pese a ser un precepto tradicionalmente catalogado como no coercitivo a razón de su carácter personalísimo el apartado referido a la corresponsabilidad no es de tal entidad, y son tales las consecuencias que produce en el principio de igualdad real, que nada obsta para que, conforme a la normativa actual, este pueda surtir efectos jurídicos derivados de un incumplimiento en los casos de crisis familiar y en términos similares a los expuestos en el artículo 1438 CC. No obstante, la autora antes citada, precisa en su propuesta que el objetivo de la valoración del trabajo doméstico debería ser medir el exceso de trabajo realizado por uno de los cónyuges para suplir el incumplimiento del otro cónyuge. Especialmente, en lo que respecta a los hogares de doble ingreso y en donde uno de los cónyuges haya realizado la totalidad de las tareas y pueda probarlo ya que son estos los supuestos que, además de ser mayoritarios conforme a la realidad social, actualmente quedan desprotegidos de consecuencias jurídicas.

En último término, conviene destacar uno de los preceptos esenciales en esta materia: el artículo 1438 CC. Esta norma regula la compensación por el

20. El contenido de estas atenciones, se refiere al terreno emocional, de afectos y a las necesidades físicas, y no tanto al sostenimiento económico.

trabajo para la casa, cuando, tras una crisis familiar, y siempre que entre las partes se hubiese pactado el régimen económico matrimonial de separación de bienes, la aportación al sostenimiento de las cargas del matrimonio haya consistido en dicho trabajo.

Según Prados García (2019), el origen de este artículo debe ponerse en relación con la realidad social del año 1981 —momento en el que se redacta y cuyo texto se mantiene hasta la actualidad— cuando tras regularse el divorcio, se planteaba la problemática de mujeres que, habiendo sido «amas de casa», y con un régimen económico de separación de bienes, quedaban en una situación desprotegida tras el fin del matrimonio.

Ahora bien, pese a la ambigüedad con la que se estableció este artículo, es la interpretación del Tribunal Supremo la que ha fijado los requisitos para su concesión. A través de una interpretación restrictiva y sin perspectiva de género (Sentencia de 14 de julio de 2011²¹ y posteriormente 26 de abril de 2017²²) el Tribunal declara, en esencia, que: se concederá la indemnización del trabajo para la casa a quienes hayan realizado este trabajo de forma exclusiva (no compatible con otro empleo remunerado ya sea a tiempo parcial o completo) pero no excluyente. Es decir, siempre que se mantenga esta nota de la exclusividad, será posible que el trabajo para la casa se realice en colaboración con el otro cónyuge o con auxilio de personal doméstico. Asimismo, el Tribunal ha introducido una llamativa excepción a esta exclusividad del trabajo doméstico o de cuidados, y es que cuando el trabajo remunerado haya sido realizado para la empresa del cónyuge o de la familia, sí será compatible con la compensación del trabajo para la casa. La razón que expone el Alto Tribunal para tal dispensa, se basa en la consideración de que, en la generalidad de dichas situaciones, se tratará de un salario abusivo o precario por lo que este trabajo podrá ser asimilado a una contribución para el sostenimiento de las cargas de la familia (Mesa Marrero, 2021).

Por tanto, se puede concluir que para el Alto Tribunal no parece relevante el tipo o cantidad de trabajo doméstico o de cuidado que se realice, sino el «cómo» se realice, exclusivo o para la empresa familiar. Dicha cuestión nos puede llevar a la primera de las preguntas, ¿es esta una norma de valoración del cuidado y trabajo doméstico?

Pese a que la realidad social de dicho momento no era la misma que la de ahora, donde son claros los datos que muestran que el cuidado lo ejercen las mujeres —trabajen o no fuera de casa—, la literalidad el precepto no parece limitar su aplicación a una situación concreta. Por tanto y en base al mandato

21. La Sentencia de 14 julio2011 (ROJ 2011/5122) fija los siguientes criterios: se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, y se excluye que sea necesario un incremento patrimonial en el otro cónyuge.

22. La sentencia de 26 de abril de 2017 (ROJ 2017/1720) añade que en una interpretación más amplia de lo que se considera trabajo para la casa, será compatible esta compensación con el trabajar para una empresa de la familia o del cónyuge.

judicial de aplicación del principio de igualdad²³, o lo que es lo mismo, en base a la perspectiva de género podemos cuestionarnos: ¿por qué una interpretación tan restrictiva? Como señala Serrano Chamorro (2021), la contribución del trabajo doméstico debe valorarse, independientemente del régimen económico matrimonial y de si este se realiza en exclusividad o no. Este punto de vista está más en consonancia con las precisiones realizadas y aspectos esenciales del artículo 68 CC que acabamos de comentar.

Por tanto, y sumándonos a la posición que defienden algunas autoras, Prados García (2019), Cabezuelo Arenas (2017), y Gutiérrez Santiago (2015), ¿qué solución jurídica tienen las mujeres que —por decisión propia o por necesidad económica— deben trabajar de forma remunerada y continúan con la carga de los cuidados?

3. LOS LÍMITES DIFUSOS DEL CUIDAR

3.1. El cuidado desde el punto de vista formal o ¿qué se entiende por «cuidado»?

La importancia de definir el cuidado, lo es tanto porque el lenguaje dota de contenido y contribuye a dar valor. Como porque permite identificar unas actividades que, tradicionalmente, se han identificado con «lo necesario para la familia», con una connotación genérica, sin precisión ni especificidad.

La tarea de concretar o cuanto menos delimitar las actividades domésticas y de cuidado, es de enorme importancia en el derecho civil, ya que para poder valorar o cuantificar estas, es condición imprescindible saber, cuáles son, en qué consisten e incluso reparar en la influencia del contexto en el que se realizan.

Dar un concepto inequívoco de cuidado no parece algo sencillo pese a la importancia que, como manifiesta Carol Thomas (2019:143-150) supondría tener un punto de partida unificado para las investigaciones, pero, y como aborda en su estudio sobre el concepto de cuidado, se trata de definiciones «polifacéticas que aún diferentes entre sí son interdependientes», lo cual se traduce en una comprensión parcial y fragmentada de los cuidados.

Como expone en su análisis, el concepto de cuidados se compone de varias categorías que a su vez se corresponden con las varias dimensiones que conforman los cuidados y, según el contenido de cada una de ellas puede dar un concepto más, o menos amplio de cuidado.

El marco analítico que propone la autora (2019:147-149), supone que, y según las variables que se tengan en cuenta, el cuidado se conceptualice sobre

23. La aplicación de la perspectiva de género es un mandato legal que vincula a todos los poderes públicos y deriva de diversa normativa internacional (entre las más relevantes: Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) y nacional (artículo 1.1, 9.2 y 14 CE, y artículo 4 y 15 de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

la base de: (1) persona que cuida²⁴ —mujeres—; (2) persona que recibe los cuidados —mayores, menores con o sin situación de diversidad funcional—; (3) carácter de la relación entre estas personas —familia y/o amistad, vecindad—; (4) naturaleza de los cuidados —afectivos y/o físicos o de actividad—; (5) dominio social —ámbito doméstico no remunerado/ ámbito público remunerado—; y (6) marco institucional —localización física de donde se presan los cuidados—.

En base a esta propuesta, la modificación o exclusión de variables nos puede llevar a ver un marco más amplio o estricto del cuidado, y como consecuencia, podría dejar fuera relaciones de cuidado entre personas, por el mero hecho de que la conceptualización de cuidado sea vista desde una visión más estricta. Un ejemplo de ello, es que si centramos nuestro concepto de cuidado en relación a un tipo de relación familiar concreta —familia tradicional o parentesco—, dejaríamos desprotegida a la persona que realice el trabajo de cuidado a favor de quien no sea su familiar —según el modelo de familia que reconoce el derecho—, lo que Valpuesta Fernández (2012) denomina «familia jurídica», es decir el modelo de familia aceptado por el derecho para darle protección y regulación jurídica.

Otro ejemplo, sería considerar que los cuidados son solo los físicos o unas actividades en concreto, por lo que en consecuencia de ello todas las acciones de cuidado que sean de tipo afectivo, apoyo moral o sentimental quedarían fuera del concepto de cuidado y en consecuencia no valoradas.

Esta cuestión puede presentar varios problemas desde la óptica del derecho civil, tanto porque puede no valorar la amplitud y complejidad de las acciones que supone cuidar, como porque, indirectamente, desde una perspectiva puramente normativa que ignora una visión sociológica, puede circunscribir el valor del cuidado a la relación interpersonal en la que se preste, que tal como hemos visto, en el Código Civil actual se ciñe al matrimonio. Resultado de esto, podría ser, excluir otro tipo de relaciones en la que existen estos cuidados pero que, al no darse en el contexto tradicional de familia quedarían desprovistos de consecuencias o efectos jurídicos.

Es por ello que el derecho de familia (Valpuesta Fernández, 2007) se enfrenta a realidades sociales en las que el reto está en dar una respuesta jurídica a las necesidades que se plantean, sin que eso suponga crear nuevos derechos rígidos ya que la flexibilidad de las relaciones nace en el propio derecho individual de las partes, y eso está por encima de la «institucionalización de los modelos familiares». Un ejemplo de ello sería, las relaciones de pareja o familias recompuestas que aportan personas menores o mayores de familias anteriores y crean una nueva unidad familiar.

A este planteamiento se podrían añadir otro tipo de situaciones que la realidad social empieza a suscitar (García Rubio, 2018), como son la convivencias

24. La autora, en esta variable siempre parte de que cuida la mujer debido a que el cuidado es generalmente femenino.

entre amigas/os, vecinas/os e incluso parientes que deciden compartir su vida, especialmente en su última etapa, que bien por decisión propia o condicionado por los múltiples cambios producidos en las estructuras sociales, viven lejos de su «familia formal» y crean unidades de convivencia —«familias informales», como denomina esta autora—. Estas formas de convivir, no siempre se basan en relaciones afectivas románticas, sino también en la necesidad de compañía, y a las que les une simplemente amistad o una necesidad de cuidados en su sentido más amplio, es decir, no solo de una asistencia física para determinadas tareas, sino también en el terreno de los afectos.

En este sentido, es interesante la visión que propone Clara Garrido (2019), quien expresa que, el cuidado se puede definir desde una perspectiva relacional (objetivo-subjetivo) —es decir, desde la perspectiva de quien cuida y de a quién se cuida—, pero no tiene por qué circunscribirse a las relaciones familiares, parentesco, afinidad o análogas relaciones de afectividad entre la persona cuidadora y la persona que recibe los cuidados. Esto es así pese a que, de forma general, los cuidados se prestan en el ámbito de la familia lo que realmente determina esta relación de cuidados es el consentimiento libre de ambos durante toda su relación y por ello su configuración debe partir del cuidado en sí mismo y no de la relación en la que se presta.

3.2. ¿Qué actividades constituyen propiamente actos de cuidado?

En términos generales delimitar el contenido de las actividades que se engloban en el trabajo doméstico y de cuidados es una labor complicada debido a la variedad de acciones que pueden suponer, si bien, dicha dificultad es todavía mayor cuando son realizadas en el ámbito de la familia ya que en este caso no solo se trata de las acciones en sí, sino de las implicaciones y el significado que tienen para quien las realiza y en relación al contexto en el que se prestan (Carrasco, Borderías y Torns, 2019). Por ello, además del factor objetivo, referido específicamente a las acciones materiales, se debe incluir el factor subjetivo, propio de una tarea en la que se mezclan los afectos, las emociones y valores u obligaciones morales, así como los mitos de la entrega, altruismo o del amor y otras construcciones culturales patriarcales como es la «mística del cuidado»²⁵.

A todo ello debe sumarse el peso del modelo de la maternidad, que se caracteriza por la dedicación, sacrificio, amor incondicional y satisfacción emocional que se les supone a las madres. Un modelo que, además, identifica estas cualidades como naturales o propias de todas mujeres, y fija el ideal a seguir, o lo que es lo mismo: lo que se espera de una buena madre, buena esposa y

25. La mística del cuidado se define como: la identidad femenina que se fija en relación al cuidado y a la maternidad.

buena cuidadora y no cumplir con ello genera sentimientos de culpa y malestar. Asimismo, esta compleja construcción propicia que se integre una actitud de responsabilidad continuada que puede llegar a determinar una identidad, es decir se definen en relación con los demás (Nuño Gómez, 2010).

Este complejo rol que recubre las expectativas sobre las mujeres y estos aspectos, consustanciales al cuidado en la familia, complican la identificación y valoración de acciones que, siendo difíciles de cuantificar por su intangibilidad, se confunden o enmascaran bajo esos sentimientos, roles y creaciones, que, como se ha puesto de manifiesto (Durán, 2011) dificulta la identificación de las actividades de cuidado hasta por las mismas personas que las realizan.

Una expresión de lo complejo que es delimitar este trabajo de cuidados lo explica Ángeles Durán (2018) quien, basándose en el *Diccionario de uso de María Moliner*, apunta que cuidar supone tener presente la situación completa del otro, una definición que lleva implícita asumir la responsabilidad de que el otro esté bien, tanto haciendo como asumiendo el tener que impedir que suceda algo a esa persona que cuida. Por lo que el cuidado, especialmente en la familia supera el plano de acciones físicas delimitadas en un espacio concreto de tiempo y lugar, y ostenta una connotación de responsabilidad extendida en el tiempo, puesto que la cuidadora se lleva esta preocupación a sus propios espacios.

En este mismo sentido, la Organización Internacional del Trabajo (2018), y en aras a visibilizar este completo trabajo de cuidados, expone una clasificación de actividades directas e indirectas que además muestra cómo actúan de forma superpuesta: las actividades de cuidado directo, personal y relacional, como dar de comer a un bebé o cuidar de un cónyuge enfermo, y las actividades de cuidado indirecto, como cocinar y limpiar. A esta propuesta se deben añadir las indispensables acciones de gestión, organización del hogar y coordinación de la familia (Carrasco, Borderías y Torns, 2019). Estas, representan un tipo de acciones que generan una fuerte carga de estrés (Calzadilla Medina, 2021) y pese a ser imprescindibles para la organización del hogar, son todavía más invisibles y menos valoradas. Como Calzadilla Medina (2021) destaca, existe un paralelismo muy gráfico y simple, que define esta cuestión a la perfección: en una empresa, las labores de dirección y planificación son apreciadas y demuestran una capacidad que se toma en valía; mientras que estas mismas capacidades en el hogar, ni se perciben, ni se valoran, ni se consideran trabajo, ¿será porque las realizan las mujeres?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMORÓS. C. (2002) Presentación. En Amorós, C. *10 palabras clave sobre mujer* (pp. 7-20) Verbo Divino.
- BARRÈRE UNZUETA.M.A (2018) Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminatorio. *AFD* (XXXIV), pp.11-42.

- BEAUVOIR, S, LÓPEZ PARDINA, M. T., y MARTORELL, A. (2005). *El segundo sexo*. Cátedra.
- BOSCH MARCO.B. (2019) Reflexiones sobre el efecto de algunas políticas de cuidado en la dignidad y la libertad de las mujeres. En Marrades Puig. A. *Retos para el estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*. (pp.122-139) Tirant Humanidades.
- CABEZUELO ARENAS A.L (2017). ¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida? *Aranzadi Doctrinal* (número 10 de noviembre de 2017)
- CALZADILLA MEDINA, M.A. (2021). La ausencia de corresponsabilidad en la realización de las tareas domésticas o de cuidados familiares en hogares de doble ingreso ante la crisis familiar. En G.TOMÁS y A. VIDU, *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (pp.103-134). Tirant lo Blanch.
- CARRASCO. C y BORDERÍAS. C. y TORNOS. T (2019) El trabajo de cuidados: antecedentes históricos y debates actuales. En CARRASCO. C y BORDERÍAS. C. y TORNOS. T, *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas* (pp.11-94) Catarata.
- CREMADES GARCÍA.P. (2008). El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar. *Diario La Ley, sección Doctrina* (Número 7079 de diciembre 2008)
- CUENA CASAS.M. (2013) Título VI De los alimentos entre parientes. En BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO. R. *Comentarios al Código Civil*. (pp.1443-1492) Tirant lo Blanch.
- DURÁN HERAS, M.A. (2018) *La riqueza invisible del cuidado*, Universidad de Valencia.
- (2011) *El trabajo del cuidado en América latina y España: el trabajo del cuidado en el marco macroeconómico*. Documento de trabajo n^o54 Fundación Carolina (CeALCI)
- FLAQUER.L. y PFAU-EFFINGER y ARTIAGA LEIRAS. A. (2014) El trabajo familiar de cuidado en el marco del estado del bienestar. (Volumen 32, número 1) *Cuadernos de Relaciones Laborales* (pp.11-32).
- GARCÍA RUBIO M.P (2018) La múltiple invisibilidad para el Derecho de la mujer de edad avanzada En LÓPEZ DE LA CRUZ. L., SABORIDO.P, CAÑIZARES. A. *El reto del envejecimiento: propuestas jurídicas de futuro* (pp. 487-508). Tirant Lo Blanch.
- (2011). La discriminación por razón de sexo en la contratación privada. En VALPUESTA, M. R., GARCÍA, M. P., y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. *El levantamiento del velo : las mujeres en derecho privado*.(pp.1073-1120). Tirant lo Blanch.
- (1995). *Alimentos entre conyuges y entre convivientes de hecho*. Civitas.
- (2012). Capítulo VI Las uniones de hecho En DíEZ-PICAZO, G. y DíEZ-PICAZO L. *Derecho de familia*. (pp.1479-1518) Thomson Reuters-Civitas
- GARRIDO CRIADO. C. (2019) Hacia un derecho fundamental al cuidado: viabilidad y conveniencia de su existencia.. En MARRADES.A. *Retos para el estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*. Tirant Humanidades. (pp. 42-69)

- GETE ALONSO SUMOY. M. (2021) En G.TOMÁS y A. VIDU, *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (pp.895-920). Tirant lo Blanch.
- GRAU PINEDA. G (2021). El papel de la ONU (y la OIT) en el reconocimiento del trabajo doméstico y de cuidados. En G.TOMÁS y A. VIDU, *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (pp.281-296). Tirant lo Blanch.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO P. (2015) Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico en el artículo 1437 del código civil español. *Actualidad jurídica iberoamericana*, (num. 3 ter, diciembre 2015) pp. 52-88.
- HEIDI HARTMANN. (1981). The Unhappy Marriage of Marxism and Feminism. <https://doi.org/10.4324/9781003001201-17>
- INFANTE RUIZ. F. (2021) Los alimentos entre parientes. En PIZARRO. E. y PÉREZ. J.P. *Derecho de Familia* (pp.35-41) Tirant Lo Blanch.
- LÓPEZ DE LA CRUZ. L. (2007). La Incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio), *Revista de Derecho Privado* ed. Reus, (Número 2), pp. 3-46.
- MARRADES PUIG. A. (2016). *Los nuevos derechos sociales: el derecho al cuidado como fundamento del pacto constitucional*. (Número 97 septiembre-diciembre 2016) *Revista de Derecho Político UNED*, pp. 209-242.
- MESA MARRERO. C. La resolución judicial de conflictos con perspectiva de género. En G.Tomás y A. Vidu, *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (pp.387-430). Tirant lo Blanch.
- MOLINA PETIT. C. (2002) Ilustración. En Amorós, C. *10 palabras clave sobre mujer* (189-216) Verbo Divino.
- NUÑO GÓMEZ. L. (2010) *El mito del varón sustentador. Orígenes y consecuencias de la división sexual del trabajo*. Icaria.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (2018) *El trabajo del cuidado y los trabajos del cuidado para un futuro con trabajo decente*. OIT.
- OXFAM (2020) *Tiempo para el cuidado. El trabajo de cuidados y la crisis global de desigualdad*. Oxfam Internacional.
- PRADOS GARCÍA, C. (2021) La incorporación de la perspectiva de género en la jurisprudencia relativa a la compensación por trabajo para la casa. En Cárdenas. A. y Salazar. O. *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género* (pp.177-208). Tirant Lo Blanch.
- ROIG BERENGER. R. (2019) El déficit del cuidado. En MARRADES. A. *Retos para el estado constitucional del siglo XXI: derechos, ética y políticas del cuidado*. (pp. 162-175). Tirant Humanidades.
- SALAZAR BENÍTEZ. O (2021). La (in)trascendencia constitucional de la perspectiva de género: reflexiones a partir de las dos decisiones del comité CEDAW condenatorias de España. *Revista de derecho político UNED*. (Número 111 de mayo agosto 2021) pp. 77-108
- SERRANO CHAMORRO. M. E. (2021). El trabajo doméstico de la mujer en el hogar familiar: ¿se considera contribución a las cargas del matrimonio? En G.TOMÁS y A. VIDU, *Mujer como motor de innovación jurídica y social* (pp.795-814). Tirant lo Blanch.

- TAMAYO HAYA.S. (2011) La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de Familia. En VALPUESTA, M. R., GARCÍA, M. P., y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. *El levantamiento del velo: las mujeres en derecho privado*. (pp.759-804) Tirant lo Blanch.
- THOMAS. C. (2019) Deconstruyendo los conceptos de cuidados. En CARRASCO. C y BORDERÍAS. C. y TORNOS. T. *El trabajo de cuidados. Historia, teoría y políticas* (pp.143-174) Catarata
- VALPUESTA FERNÁNDEZ. R. (2011) El impulso de las mujeres en la transformación del Derecho de Familia En VALPUESTA, M. R., GARCÍA, M. P., y LÓPEZ DE LA CRUZ, L. *El levantamiento del velo: las mujeres en el derecho privado*. (pp. 365-406). Tirant lo Blanch.
- (2012) *La disciplina constitucional de la familia de en la experiencia europea*. Tirant Lo Blanch.
- VIVAS TESÓN, I. (2010) La transformación del derecho de familia desde una perspectiva de género. En Vázquez. I. *Investigaciones multidisciplinares en género: II Congreso Universitario Nacional "Investigación y Género Sevilla, 17 y 18 de junio de 2010*, (pp. 1207-1231). Unidad de igualdad Sevilla.

MUJERES VÍCTIMAS Y DERECHOS PROCESALES. LA IMPORTANCIA DEL *ITER VICTIMAE* PARA EL ACCESO A LA JUSTICIA

*Cristina Ruiz López*¹

1. INTRODUCCIÓN

Numerosos organismos internacionales, Organismos No Gubernamentales, movimientos sociales e investigadores e investigadoras señalan la importancia de atender a las circunstancias, experiencias y recursos concretos de cada persona para posibilitar un disfrute de los derechos fundamentales e intereses legítimos en igualdad de condiciones. En específico y por lo que nos interesa para este trabajo, los roles y estereotipos de género imponen una determinada presencia en el mundo condicionando nuestras vidas de forma estructural. La opresión que provocan los roles y estereotipos de género se extiende en el aspecto social a las funciones y tareas atribuidas y en el aspecto personal configuran y condicionan la percepción que cada persona tiene de sí misma.

En este trabajo reflexionaremos sobre cómo el ejercicio de los derechos procesales depende en gran medida del *iter victimae* que experimente una víctima. Por *iter victimae* nos referimos al recorrido que vive la víctima desde que se producen los hechos hasta que es reparada.

Para ello manejaremos los términos *victimización* y *victimidad*, siguiendo la frase de la victimóloga Myriam Herrera Moreno (2014:346) «la victimización se sufre, mientras que la victimidad se goza». Así, utilizaremos el término *victimización* para referirnos al aspecto físico de la existencia de unas lesiones

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación *El Derecho Procesal civil y penal desde la perspectiva de la Unión Europea: la consolidación del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia* (CAJI) PID2021-124027NB-I00, Ministerio de Ciencia e Innovación. 2022/2025.

(del tipo que sean) y *victimidad* como condición de víctima declarada en sentencia tras un proceso penal.

En concreto partiremos de las siguientes premisas:

- La victimización se experimenta de forma distinta en hombres y en mujeres debido a los roles y estereotipos de género.
- Los roles y estereotipos de género están presentes en los y las profesionales de la Justicia y en la sociedad.
- Las disposiciones normativas generales han de interpretarse con perspectiva de género para descodificar los roles y estereotipos de género.
- Para garantizar el acceso a la Justicia de las víctimas de delitos los derechos procesales reconocidos a las víctimas han de interpretarse con perspectiva de género (entre otras medidas).

2. LA VICTIMOLOGÍA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

«Un estereotipo nos habla del mundo antes de que lo miremos».
Walter Lippmann

Siguiendo con la delimitación terminológica que hemos realizado entre «victimización» y «victimidad», podemos diferenciar una serie de niveles victimológicos en los que puede encontrarse una persona a lo largo de su condición de víctima.

Tabla 4. Niveles victimológicos

Nivel fáctico (1)	Nivel jurídico penal (2)	Nivel fáctico (3)	Nivel individual (4)/social (5)	Nivel jurídico procesal(6)	
Hechos	Típicos	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		No vulneración de derechos	Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	
		No típicos	Vulneración de derechos	Victimización	Victimidad
				No victimización	No victimidad
	No vulneración de derechos		Victimización	Victimidad	
			No victimización	No victimidad	

Atendiendo a los recorridos ejemplificados podemos entender que cada nivel opera de forma secuencial. El recorrido completo (sombreado de gris) sería:

- Se perpetran unos hechos.
- Están tipificados en el CP.
- Producen una vulneración de derechos o ataque a un bien jurídico protegido.
- Esa persona se autopercibe como víctima.
- La sociedad la heteropercibe como víctima.
- Se declara su victimidad en sentencia tras un proceso judicial.

De este supuesto podemos detenernos en concreto en el nivel individual y social puesto que podemos preguntarnos qué queremos decir con «autopercepción de la victimización» y «heteropercepción de la victimización». Como dijimos, ambos conceptos operan de forma independiente dado que para identificarte como víctima no es necesario que terceras personas te reconozcan o perciban o consideren víctima. Sin embargo, ambos espacios tienen vasos comunicantes entre sí de mutua injerencia.

A esta difícil tarea de separar ambos conceptos para luego analizar su mutua injerencia, se añade la complejidad de tratar de descodificar cómo influyen los estereotipos y roles de género en la autopercepción y en la heteropercepción. En una sociedad sexualizada en la que cada persona se socializa siguiendo con mayor o menor intensidad unos roles y estereotipos de género, la categoría de análisis «género» y la herramienta de interpretación que la desarrolla, la perspectiva de género, son de uso obligatorio si queremos entender el fenómeno victimal en profundidad.

2.1. Victimización: *heteropercepción* y *autopercepción*.

En este apartado nos vamos a detener en qué circunstancias han de darse para percibir a una persona como víctima y si esta heteropercepción influye en la autopercepción de la propia victimización.

2.1.1. Heteropercepción

Nils Christie (1986) diferenciaba unas características generales que hacían que una persona que hubiera sufrido un delito fuera reconocida por la sociedad con el estatus y la legitimidad de *víctima*. Así, la víctima ideal para la sociedad era «débil en relación con el delincuente. Suele ser mujer, enferma, muy anciana o muy joven (o una combinación de éstas); la víctima está, si no actuando virtuosamente, al menos haciendo sus negocios legítimos y cotidianos; la víctima no tiene culpa de lo sucedido; la víctima no tiene relación con

el 'extraño' que ha cometido el delito y no lo conoce; y el delincuente es inequívocamente grande y malo» (Christie, 1986:18).

Las características que señalaba Nils Christie han sido entendidas como válidas, pero dependiendo del tipo de delito y contexto temporal. Estudios posteriores han demostrado que la heteropercepción de la victimización está asociada a determinadas características. Así, el *Stereotype Content Model* (1999) de Susan T. Fiske, Amy Cuddy, Peter Glick y Jun Xu demuestra que cualquier persona o grupo de personas pueden ser descritas usando una combinación de niveles de amabilidad y competencia, ligada también a la incapacidad para evitar ser victimizado/a, identificadas como las dimensiones de la *estereotipicidad* (Alice Bosma, 2019:34). En este sentido, cualquier tipo de intervención de la víctima no encajaría con el ideal de víctima y desplegaría consecuencias muy negativas para él/ella al haber roto los estereotipos (Eva Mulder, 2018).

De entre las teorías sobre los factores que influyen en la percepción social de la victimización, vamos a señalar la teoría de la creencia en un mundo justo y las estrategias contra las víctimas.

En cuanto a la teoría de la creencia en un mundo justo, en 1966, Melvin J. Lerner y Carolyn H. Simmons (1986) realizaron un experimento con 72 alumnas de licenciatura/grado supuestamente para medir la percepción de las emociones, aunque lo que se analizaba eran las reacciones ante la victimización de otra persona. El experimento consistía en ver cómo una persona recibía descargas eléctricas al cometer algunos errores. Como resultados del experimento fueron resaltadas algunas circunstancias que evidenciaban que las personas observadoras experimentarían o bien sentimientos de rechazo o bien de empatía hacia las víctimas. Así, por ejemplo, en el caso de pensar que el dolor de las víctimas se iba a extender en el tiempo, que las víctimas aceptaban el castigo o que no podían ayudar a las víctimas, las participantes manifestaban sentimientos de rechazo y menosprecio hacia las víctimas. El equipo investigador concluía que estos sentimientos de rechazo y menosprecio se producen por la necesidad de «creer en un mundo mejor» (Lerner y Simmons, 1986: 203). Afirmaban que «las personas aceptan la miseria y el sufrimiento tanto como las normas y las leyes que producen estas condiciones» (Lerner y Simmons, 1986: 203). Señalan que en 1965 Melvin Lerner había demostrado que las personas creen que hay una apropiada relación entre lo que hacen y lo que ocurre, es decir, que las consecuencias se corresponden con nuestras acciones. Lo vemos en frases como «se lo merece», bajo la creencia de que la correlación implica causalidad. Dentro de la «creencia en un mundo justo» se prefiere pensar que el merecimiento se debe a los actos y no a las características, pues estos son más fáciles de cambiar y controlar, supuestamente.

Todo lo que pueda perturbar nuestra «creencia en un mundo justo» es re-interpretado ajustando lo que pensamos y lo que hacemos, lo que el psicólogo León Festinger (1957) denominó «teoría de la disonancia cognoscitiva». Esta teoría puede resumirse en la necesidad de toda persona de pensar que la relación entre sus creencias y su comportamiento es coherente. En caso de percibirse como incoherente, se genera una tensión tendente a la eliminación de

esta disonancia o bien modificando la actitud o mediante el autoengaño. De entre las estrategias que se utilizan podemos mencionar la estrategia de desear la información inconveniente, aceptar argumentos disonantes y al mismo tiempo quitarles importancia, y contrarrestar el elemento disonante con mayor número de contraargumentos consonantes.

En cuanto a las estrategias contra las víctimas, y relacionadas con esta «creencia en un mundo justo», podemos señalar cuatro:

- Culpar a las víctimas. Van Dijk identificaba la incidencia de la teología cristiana en esta culpabilización de las víctimas y la denominaba «la marca de Abel» (2006: 14). En el caso de las mujeres podríamos identificarla como «la marca de Eva».
- Menospreciarlas.
- Distanciamiento físico y psíquico.
- Reinterpretación de los hechos para que su cosmovisión sobre la Justicia del Mundo no se vea amenazada» (Van Dijk, 2006:27).

Cada una de estas estrategias sirve para dar cumplimiento al principio de «equifinality», esto es, que «la restauración del Mundo Justo».

Estas cuatro estrategias irracionales conllevan victimización secundaria definida como «la reacción social negativa como consecuencia de la primera victimización la cual se experimenta como una violación adicional de los legítimos derechos o intereses legítimos de las víctimas». (Van Dijk, 2006:15).

Estas consideraciones generales han de ser enmarcadas en un sistema patriarcal que asigna roles y estereotipos de género a mujeres y hombres. Esta categoría de análisis *género*, según el Convenio de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia de género de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul) se define como «los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres» (artículo 3.c) Recogiendo el uso de esta categoría de análisis desde los años 50 y de los estudios feministas sobre todo desde la segunda ola². Unos estereotipos que ya en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 se hacía un llamamiento «para modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres» (artículo 5).

2. Para el estudio de la teoría feminista, Celia Amorós y Amelia Valcárcel identificaron tres olas: la primera en período de la Ilustración, afirman que el Feminismo es «la hija no querida de la Ilustración» (Valcárcel, 2019:11); la segunda, período sufragista; y la tercera con el mayo del 68. Desde la perspectiva americana, la primera ola no se identifica como feminista con lo que parten del período sufragista. Es un tema de discusión si actualmente estamos aún en la tercera ola o si podemos identificar otras tendencias que hayan hecho surgir una cuarta ola (con el feminismo postmoderno, la teoría *queer* y la teoría postcolonial). Para Amelia Valcárcel estamos aún en la tercera ola y el resto de teorías serían «resultados laterales» (2019: 27), pero podemos encontrar otras autoras que identifican esta nueva cuarta ola, o una posterior siguiendo a Prudence Chamberlain (2017).

Ya en la Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025 de la Unión Europea. (en adelante UE) se subraya la pervivencia de los estereotipos de género. Así su primer punto se titula «Ni violencia ni estereotipos» y apunta la necesidad de combatir los estereotipos de género incluyendo la perspectiva interseccional. En esta estrategia se refuerza el impulso por la consideración de todas las formas de violencia contra las mujeres como *euroidelitos* y no solo la trata y la explotación sexual.

De igual forma, en la Estrategia de Igualdad de Género del Consejo de Europa 2018-2023 se marca como objetivo estratégico «prevenir y luchar contra los estereotipos de género y el sexismo» en su punto 41.

Esta percepción social puede medirse, por ejemplo, respecto de la violencia sexual. En el *Informe sobre Percepción Social de la Violencia sexual* (2018) se recogían resultados interesantes. A la afirmación «las mujeres que dicen haber sido acosadas sexualmente en el trabajo, normalmente suelen exagerar» el 25,8 de los hombres encuestados y el 17,7% de las mujeres encuestadas respondieron afirmativamente. 4 de cada 10 hombres y 1 de cada 3 mujeres respondieron afirmativamente a la frase «casi todos los tipos de acoso sexual en el trabajo terminarían si simplemente la mujer le dice al hombre que pare». Las frases elegidas por el equipo investigador ya son elocuentes de la culpabilización de las víctimas de violencia sexual³.

Y es que estos estereotipos crean mitos sobre fenómenos sociales y delitos, interpretándolos desde la mirada androcéntrica.

Rebecca Cook y Simone Cusack (2009) analizaron estos estereotipos de género y el proceso de *estereotipación*. De su interesante trabajo una de las cuestiones que subrayan es la dificultad para identificar el sexismo, tanto propio como ajeno, pues además de las actitudes evidentes, muchas otras son inconscientes. Una cuestión muy relacionada con el concepto de *micromachismos* de Luis Bonino (1995)⁴.

Las autoras identificaban diferentes razones por las que estereotipamos: para maximizar la simpleza y predictibilidad, para asignar diferencias, para formular un guion de identidades. En nuestro caso, nos interesa ese guion de

3. «Cualquier mujer que sea tan poco precavida como para andar sola de noche por callejones oscuros tiene parte de culpa si es violada», «una mujer que vista de forma provocativa no debería sorprenderse si un hombre intenta obligarle a mantener relaciones sexuales»; «una mujer que haya tenido muchas parejas sexuales tiene menos credibilidad si denuncia una agresión sexual». Estas afirmaciones proceden de la escala de Aceptación de Mitos Modernos sobre las Agresiones Sexuales basadas en el Eurobarómetro 449.

4. Definidos por el propio autor como «microabusos y microviolencias que procuran que el varón mantenga su propia posición de género creando una red que sutilmente atrapa a la mujer, atentando contra su autonomía personal si ella no las descubre (a veces pueden pasar años sin que lo haga), y sabe contramaniobrar eficazmente. Están la base y son el caldo de cultivo de las demás formas de la violencia de género (maltrato psicológico, emocional, físico, sexual y económico) y son las «armas» masculinas más utilizadas con las que se intenta imponer sin consensuar el propio punto de vista o razón» (Bonino, 1995: 191).

identidades, pues prescriben, inducen e imponen formas de pensar, de vestir, de vivir, etc.

Y con todo lo anterior, podemos preguntarnos si la *heteropercepción* de la victimización de una persona, ¿condiciona que esa persona se considere víctima?

2.1.2. Autopercepción

Es difícil establecer una conexión directa entre que una sociedad considere o no víctima a una mujer y que esa mujer se considere víctima o no como consecuencia de esa *heteropercepción*. ¿Cómo podríamos evidenciar este nexo o relación de causalidad? Sin duda, una herramienta muy importante son las macroencuestas a mujeres. En 2014 se llevó una a cargo de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos fundamentales (en adelante FRA por sus siglas en inglés) y en 2015 y 2021 se publicaron los resultados de dos macroencuestas a nivel español.

Fueron muchas las cuestiones que se pusieron de relieve, pero para los intereses de este trabajo mencionaremos dos cuestiones. De la Macroencuesta europea rescatamos el alto índice de violencia contra las mujeres que arrojan países como Suecia, Dinamarca o Países Bajos y su interpretación en clave cultural: «Un mayor grado de igualdad de género podría dar lugar a mayores niveles de comunicación de casos de violencia contra las mujeres» (2014:8). Esta interpretación es interesante porque podemos decir que, por ejemplo, en España la legislación es más rigurosa en cuanto a la tipificación del delito de violencia de género⁵. Y que también en nuestro país se darían las condiciones para que una víctima se *autoperciba* como víctima:

- Una legislación que tipifique los hechos de violencia contra las mujeres como delitos.
- Una Administración de la Justicia que actúa con la diligencia debida.

Pero los resultados de la Macroencuesta inciden en la idea de que el principal incentivo para que las mujeres víctimas verbalicen su situación y denuncien es un mayor grado de igualdad de género en el resto de las áreas de la vida (salarios, publicidad, tiempo de ocio, puestos de representación política, etc.).

Por su parte, de las tres macroencuestas subrayamos la cifra negra que se arroja en los delitos de violencia contra las mujeres y algunas las razones para no verbalizar la situación. Así, en la Macroencuesta para el año 2019 entre los

5. El Grupo de Expertos y Expertas del Convenio de Estambul, GREVIO, en su informe sobre la aplicación de este Convenio en España señalan la necesidad de ampliar el concepto de violencia de género fuera de la pareja. (Grevio, 2020:12). Esta apertura posibilitaría que, en el futuro, casos como los de Diana Quer, Laura Luelmo o Marta Calvo, sean investigados con perspectiva de género desde primera hora, juzgados por tribunales especializados en violencia de género, cuenten en las estadísticas como casos de violencia de género y se asista y repare a las víctimas (directa e indirectas) en atención a la especificidad delictiva.

motivos para no denunciar la violencia en la pareja las mujeres encuestadas en el 46,4% de los casos manifestaban que «Tuvo muy poca importancia/no era lo suficientemente grave/no era necesario/no lo consideró violencia» (2021:110).⁶ Este motivo nos habla de la lectura que cada víctima realiza de su victimización. De la resignificación y reinterpretación personal que hace de los hechos. Nos puede servir como marco para valorar esta reinterpretación que realizan las mujeres víctimas los motivos que esgrimen para retirar la denuncia⁷: «miedo» (24,7%), «es el padre de mis hijos/as» (21,9%), «le prometió que no iba a suceder más» (19%), «sentía pena por su pareja» (19%). Si estas razones aparecen en el momento de retirar la denuncia, podríamos pensar si tienen incidencia en un estado anterior, en el momento de interpretar lo que está ocurriendo.

En la Macroencuesta (2021:113) se indica que las mujeres víctimas con estudios universitarios son las que menos denuncian. Así como que las mujeres extranjeras víctimas y con discapacidad certificada denuncian con mayor frecuencia que las españolas.

Por lo que respecta a la violencia sexual fuera de la pareja, la cifra negra de estos delitos es muy alta (solo denuncian el 11,1%) y entre los motivos para no denunciar el primero es la minoría de edad (35,4%), no dar importancia a lo sucedido (30,5%), la vergüenza (25,9%), haber sucedido «en otros tiempos en los que no se hablaba de estas cosas» (2021:169) (22,1%) y el temor a no ser creída (20,8%) (2021:169). En caso de violación el principal motivo es la vergüenza (40,3%) y la minoría de edad (40,2%). Todas aquellas razones sociales, nos interpelan como sociedad. Cómo la sociedad ve y trata a las mujeres, puede que tenga incidencia directa en cómo las mujeres, cuando sean victimizadas, se tratan a sí mismas.

2.2. La victimidad es una categoría procesal

El análisis de las víctimas desde el ámbito jurídico siempre se ha presentado como problemático por dos razones principales: la presunción de inocencia y el proceso debido actúan como garantías mismas del propio Estado de Derecho;⁸ y una persona solo es víctima de un delito si así se establece en una sentencia.

Ésta última aseveración es muy criticada desde las ciencias no jurídicas pues se entiende que revictimiza a la víctima. Más allá de la polémica, en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y su transposición en España a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril del Estatuto de la víctima del delito, se condiciona el término *víctima* a la existencia de un delito. Y, dado

6. El segundo motivo más frecuente tras «haberlo resuelto sola» tanto en víctimas de la pareja actual como de la pareja anterior. En el caso de violencia en relaciones pasadas le sigue «haber terminado la relación». Carecer de recursos económicos no suele ser frecuente como motivo para no denunciar.

7. El 38,3% de las mujeres que han sufrido violencia de género de la pareja actual, 21,3% en el caso de violencia en relaciones pasadas.

8. Claus Roxin afirmaba «el proceso penal es el sismógrafo de la Constitución» (2000: 10).

que la existencia de un delito depende de que así sea declarado en sentencia, la condición de víctima está irremisiblemente unida a una resolución judicial.

Sin embargo, como adelantábamos, para salvar esta revictimización que supone para la víctima no ser reconocida como tal sino a través de sentencia, diferenciábamos entre *victimización* y *victimidad*. Y si la victimización entendimos que podría ser autopercebida y heteropercebida (no se necesita ningún acto formal que la condicione), la victimidad sí es una categoría procesal y, por tanto, ha de ser siempre heterodesignada. Por ello apuntábamos que pueden existir situaciones de victimizaciones sin victimidad como trabajamos en profundidad en trabajos anteriores (Ruiz López, 2019)

3. OBSTÁCULOS EN EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS

El Consejo de Europa publicó en 2017 un manual de entrenamiento para judicatura y fiscalía para asegurar el acceso de las mujeres a la justicia identificando una serie de obstáculos que lo dificultan o impiden en dos niveles distintos que pasaremos a enunciar brevemente por cuestiones de espacio.

3.1. Obstáculos en el nivel socio-económico y cultural

El Consejo de Europa señalaba en este nivel:

- Marcos jurídicos discriminatorios o insensibles (incluyendo: disposiciones legales explícitamente discriminatorias; disposiciones ciegas al género que no tienen en cuenta la posición social de las mujeres; lagunas en la legislación relativa a cuestiones que afectan desproporcionadamente a las mujeres).
- Interpretación y aplicación problemática de la ley.
- Procedimiento legal ineficaz o problemático (la falta de procedimientos sensibles al género en el sistema legal).
- Mecanismos de rendición de cuentas deficientes o corruptos.
- Subrepresentación de las mujeres entre profesionales del derecho.
- Estereotipos de género y prejuicios por parte de profesionales de la justicia. (Consejo de Europa, 2017: 13).

3.2. Obstáculos en el nivel institucional/legal

El Consejo de Europa señalaba en este nivel:

- Desconocimiento de los propios derechos y procedimientos legales o de cómo acceder a la asistencia jurídica (que puede derivarse de las dife-

- rencias de género en los niveles educativos, el acceso a la información, etc.).
- Falta de recursos económicos (incluidos los medios para pagar la representación legal, las tasas judiciales, el transporte a los tribunales, el cuidado de los niños, etc.).
 - Distribución desigual de las tareas en la familia.
 - Estereotipos de género y actitudes culturales. (Consejo de Europa, 2017:13).

De todos estos obstáculos nos vamos a detener brevemente en los estereotipos de género que aún perviven por parte de la judicatura.

3.3. Ejemplos. Casos judiciales

3.3.1. El estereotipo de «la buena madre». Caso Juana Rivas

El caso de Juana Rivas⁹ incluye una serie de notas que merecerían un examen muy detallado. Por falta de espacio solo nos referiremos al auto del Juzgado de lo Penal n.1 de Granada de 9 de diciembre de 2021 por el que el magistrado Manuel Piñar Díaz le deniega la suspensión de la ejecución de la condena tras el indulto parcial concedido por el Gobierno. Y en concreto, la referencia a que Juana Rivas representa un peligro para sus hijos por cuanto «estando los hijos bajo el cuidado y custodia de la madre, uno de ellos fue abusado sexualmente» (F.J.2). El magistrado razona «Tampoco consta que denunciara ese hecho como es de esperar en una madre normal» (F.J.2). La falta de diligencia en estas manifestaciones por parte del juez habla por sí misma¹⁰ pues alude a una causa que fue sobreseída en la que, además, Juana no aparecía ni como investigada.

Casos como el de María Salmerón¹¹ o Jennifer Lara contrastan entre la consideración del mito de la madre coraje y la mujer malvada que impide que un padre vea a sus hijas/os. El caso de Jennifer Lara es, además, interesante pues grabó y retransmitió en directo a través de su cuenta de Instagram cómo la policía ejecutaba una orden judicial retirando la custodia a Jennifer por haber

9. Condenada en sentencia del Juzgado n.1 de lo Penal de Granada 257/2018, de 18 de julio, a cinco años de prisión por sustracción internacional de sus dos hijos, seis de inhabilitación para la guarda y custodia y al pago de una indemnización de 30.000 euros al padre de sus hijos. Juana Rivas había obtenido una sentencia a su favor por maltrato de su marido en 2009, y había interpuesto en 2016 de nuevo una denuncia por maltrato que fue archivada por falta de competencia, según consta en los Hechos declarados probados en la Sentencia.

10. Ver este análisis de tres catedráticas y un catedrático respecto al auto en cuestión en <https://elpais.com/sociedad/2021-12-16/cuatro-catedraticos-de-penal-diseccionan-el-auto-de-juana-rivas-lo-del-juez-pinar-es-gravisimo-supura-veneno.html>.

11. Condenada en 2020 por incumplir el régimen de visitas de su hija con su padre condenado por violencia machista en 2008.

incumplido el convenio regulador. Una acción que ha sido criticada al mostrar el rostro y el momento de tensión vivido por la menor.

Todos estos casos, siendo necesarias numerosas matizaciones, nos hablan de situaciones de desprotección de los y las menores, sobre todo cuando son víctimas de violencia de género vicaria. Son numerosas las voces a favor de impedir que se otorgue la custodia compartida o un régimen de visitas si ha habido una condena por malos tratos, así como que exista coordinación entre los juzgados penales y civiles. Una cuestión que hay que analizar identificando las nuevas nomenclaturas con las que se sigue denominando al falso Síndrome de Alienación Parental, como «ganancias secundarias» o «inferencias parentales» y que se han detectado casos de mujeres que no denuncian posibles delitos cometidos sobre sus hijas/os para evitar esta alegación de alienación por su parte¹².

3.3.2. El estereotipo de la «chica honesta». Caso la manada de Pamplona

El conocido caso de la manada de Pamplona marcó un antes y un después en España y a nivel internacional en cuanto a la violencia sexual contra las mujeres. De los múltiples asuntos de los que se podrían señalar de este caso, nos interesa detenernos en cómo en la SAP de Navarra de 38/2018, de 20 de marzo, se utilizó la falta de experiencia sexual grupal de la víctima como criterio para determinar su falta de comprensión de lo que estaba sucediéndole. En concreto, alude a la personalidad de la denunciante y recoge que «nunca había tenido relaciones sexuales en grupo ni con personas desconocidas y en ningún caso había sido penetrada por vía anal» (p.32). ¿Qué hubiera ocurrido si la víctima sí hubiera tenido experiencias de sexo grupal? ¿Se habría considerado que entonces su previa experiencia le hubiera hecho identificar mejor una situación de violencia sexual?

3.3.3. El estereotipo de la «lesbiana perversa». Caso Dolores Vázquez

El conocido caso de Rocío Wanninkhof supuso la aparición de otro caso, el de Dolores Vázquez, que evidenciaba esa necesidad de abordar las discriminaciones que sufren las mujeres desde una perspectiva interseccional, en este caso una mujer lesbiana. Como señalaba Beatriz Gimeno «El prejuicio contra las lesbianas y su invisibilidad social condenaron a Dolores Vázquez por un crimen que no había cometido. Su historia ejemplifica cómo el odio atávico, el miedo y la incomprensión hacia las lesbianas pueden convertir a los aparentemente neutrales medios de comunicación en instrumentos de la construcción de un estereotipo: el de la lesbiana perversa, un blanco fácil para el linchamiento público» (2008).

12. Así en <https://www.cepaim.org/una-mirada-experta-el-falso-sindrome-de-alienacion-parental-violencia-estructural-contras-las-mujeres/>

Todos estos casos ponen sobre la mesa la importancia del papel de la judicatura en última instancia para asegurar los derechos procesales de las víctimas y, en última instancia, el acceso a la Justicia. El penúltimo eslabón del engranaje judicial (el último vendrá en sede de ejecución) que se encontrarán las mujeres víctimas se encuentra en el enjuiciamiento de los delitos. La formación en perspectiva de género de los y las magistrados y magistradas —y del resto de profesionales del sector legal— podría evitar que aún perduraran en sede judicial estos estereotipos y roles de género que impiden un razonamiento lógico y argumentado lejos de mitos, falacias y prejuicios.

3.3.4. Derechos procesales de las mujeres víctimas no autopercebidas

¿Es posible que una víctima que no se identifique como víctima ejercite sus derechos procesales? Parece evidente que no. Existe una intensa conexión entre la autopercepción de la victimización y el ejercicio de los derechos procesales. Esta ausencia de ejercicio de derechos procesales por la propia víctima no autopercebida, nos llevaría a subrayar la idea de que el acceso a la Justicia no se refiere solo a que sea eficiente sino a que el sistema judicial sea «sensible al género» y responda a las necesidades y realidades de las mujeres. Lo que implica que los/las operadores jurídicos tengan formación en perspectiva de género.

Son numerosos los organismos y los estudios sobre esta necesidad de situar a las víctimas, en general, en el centro del proceso penal. Y, específicamente, cuando las víctimas sean mujeres, atender a toda una serie de recomendaciones ante obstáculos que aparecen o se acentúan en estos casos y que impiden su ejercicio de los derechos procesales.

Pongamos dos ejemplos.

El primero, en cuanto al derecho a entender y ser entendida (artículo 5 de la Directiva 2012/29; artículo 4 Ley 4/2015) en su letra c se establece el derecho de la víctima a estar acompañada. Una interpretación ciega o miope al género no identificaría el peligro que esto representa en el caso de matrimonios forzados. Dado el alto índice de victimización por la familia que puede acompañar a la víctima durante su declaración o presentarse como traductor/a o interprete como evidencia la Agencia Europea para los Derechos Fundamentales (FRA). Así se recomienda «Realizar interrogatorios sin la presencia de miembros de la familia ni de personas del entorno, para evitar toda posible presión sobre la víctima; En el caso de víctimas menores de edad, realizar los interrogatorios solamente en presencia de un profesional de la Oficina de Protección a Menores; Si la víctima es mujer, definitivamente deben involucrarse policías e intérpretes mujeres, porque muchas víctimas, al ser interrogadas por hombres o incluso en presencia de policías e intérpretes hombres, no cuentan toda su historia» (Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/, 2017).

El segundo ejemplo es una próxima modificación en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita que incluiría en su nuevo artículo 32bis la condición de no contar con antecedentes penales por violencia machista para pertenecer al tur-

no de oficio de víctimas de violencia de género (misma previsión para víctimas de trata, de terrorismo y menores o persona con discapacidad). Una modificación tras los casos detectados en Galicia.

4. CONCLUSIONES

De lo tratado hasta ahora podemos hacer una serie de conclusiones. La principal que queremos subrayar es que, si a una víctima no autopercebida no se le atiende, asiste y protege desde la comprensión de esta complejidad, se obstaculizará su acceso a la justicia.

La segunda conclusión es que para que una víctima se identifique como tal, la opinión social sobre su victimización despliega cierta influencia. Así, las mujeres víctimas sufren toda una serie de obstáculos en su *iter victimae*. Además, no terminan judicializando el conflicto, sino que o se acentúan y/o aparecen otros nuevos obstáculos. Siendo que, y como tercera conclusión, en ese *iter procesal*, el ejercicio de los derechos procesales está condicionado por la autopercepción de la victimización. Pues difícil será que una víctima que no se identifique como víctima denuncie, declare, colabore con el proceso, se proteja y, en definitiva, vea garantizados sus derechos y libertades.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BONINO, L. (1995). «Desvelando los micromachismos en la vida conyugal», en Jorge Corsi (ed.), *Violencia masculina en la pareja. Una aproximación al diagnóstico y a los modelos de intervención* (191-208), Paidós.
- BOSMA, A. (2019). *Emotive Justice. Laypersons' and legal professionals' evaluations of emotional victims within the just world paradigm*, Wolf Legal Publishers.
- CHAMBERLAIN, P. (2017). *The Feminist fourth wave*. Palgrave Macmillan.
- CHRISTIE, N. (1986). «The ideal victim», in Ezzat Fattah (ed.), *From crime policy to victim policy*, (17-30), Macmillan.
- COOK, R. y CUSACK, S. (2009). *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*. University of Pennsylvania Press.
- FISKE, S. T., XU JUN C. A., Glick P. (1999). (Dis)respecting versus (dis) liking: Status and interdependence predict ambivalent stereotypes of competence and warmth. *Journal of Social Issues*, 55:473-491.
- GIMENO, B. (2008). *La construcción de la lesbiana perversa. Visibilidad y representación de las lesbianas en los medios de comunicación. El caso de Dolores Vázquez-Wanninkhof*, Barcelona, Gedisa.
- HERRERA MORENO, M. (2014). ¿Quién teme a la victimidad? El debate identitario en Victimología, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 12, 343-404.
- LERNER, M. J. y SIMMONS, C. H. (1966). Observer's reaction to the "innocent victim": Compassion or rejection?, *Journal of Personality and Social Psychology*, n.2, vol 4, (203-210).

- MULDER, E. (2018). «Examining negative reactions to victims of crime» en Alice K. Bosma y Sanne S. Buisman (eds.), *Methoden van onderzoek in het strafrecht, de criminologie en de victimologie*, (85-104), Kluwer, Deventer.
- ROXIN, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Del Puerto.
- RUIZ LÓPEZ, C. (2019). La victimidad como categoría procesal. La victimidad como categoría procesal. *Revista General de Derecho Procesal*, (49).
- VALCÁRCEL, A. (2019). *Ahora feminismo. Cuestiones candentes y frentes abiertos*. Cátedra.
- VAN DIJK, J.J.M. (2006). *The mark of Abel. Reflections on the social labelling of victims of crime*. Lecture on the occasion of the official acceptance of the Pieter van Vollenhoven Chair in Victimology, Human Security and Safety at Tilburg University on November 24.

LEGISLACIÓN Y OTROS DOCUMENTOS OFICIALES

- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones una Unión de la Igualdad: estrategia para la igualdad de género 2020-2025.
- Convenio de Europa de 11 de mayo de 2011, sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, n.210
- Consejo de Europa (2017), *Training Manual for Judges and Prosecutors on Ensuring Women's Access to Justice*.
- Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género (2021). *Macroencuesta de Violencia Contra la Mujer 2019*.
- Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012
por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.
- Grevio (2020). *GREVIO's (Baseline) Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention) Spain*.
- Ley 4/2015, del Estatuto de la víctima del delito, de 27 de abril. BOE de 28 de abril de 2015, n. 101, pp. 36569-36598.
- Proyecto de Real Decreto por el que se modifica el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita en relación a las víctimas de violencia de género y otras víctimas vulnerables
- Proyecto Europeo JUST/2014/RDAP/AG/HARM/ (2017). «EU FEM Roadmap forced/early marriage». «Guía de la UE sobre matrimonio forzado/precoz para profesionales de primera línea».

JURISPRUDENCIA

SAP de Navarra (Sección Segunda) de 38/2018, de 20 de marzo, ECLI:

ES:APNA:2018:86

Auto del Juzgado de lo Penal n.1 de Granada, de 9 de diciembre de 2021.

LA VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE UN ESTUDIO JURISPRUDENCIAL: ANÁLISIS CON PERSPECTIVA CRIMINOLÓGICA

Sandra López de Zubiría Díaz

1. APROXIMACIÓN TEÓRICA: DEL SILENCIO INTERNACIONAL A LA INSERCIÓN DE LA *PERSPECTIVA DE GÉNERO* NACIONAL

En la actualidad es posible advertir, con carácter general, que la sociedad española presenta altas cotas de sensibilización en cuando al ámbito de la violencia de género se refiere. Esto podría encaminar al error de considerar que la violencia de género es un fenómeno criminológico desarrollado en la actualidad, careciendo de raíces históricas. Muy al contrario, la violencia de género, pese a cierta modernidad en el concepto, como fenómeno violento ha existido durante toda la historia de la humanidad (De Miguel, 2015: 45). Pese a esto, lo cierto es que la reacción ha surgido en un momento bastante reciente, donde incluso el propio reconocimiento de este tipo de violencia ha protagonizado sonoros silencios tanto a escala internacional, como nacional.

De esta forma, no ha sido hasta fechas recientes cuando el derecho internacional ha dado un giro, pasando de la omisión a cualquier tipo de alusión a la situación específicamente vivida por las mujeres, a un reconocimiento expreso de la situación de discriminación y violencia a la que han estado tradicionalmente sometidas, situación coadyuvada por el propio derecho internacional en sí mismo, dado el característico androcentrismo que le ha impregnado históricamente (Díez Peralta, 2011:118) donde «la participación femenina en la edificación de las normas internacionales ha sido secundaria» (Saldanha y Limberger, 2019:65)

Pese a unos orígenes encarnados por una ausente perspectiva de género, lo cierto es que el desarrollo en este campo ha sido notable, dado que en la actualidad contamos con importantes instrumentos que han facilitado la identificación de esta situación, el reconocimiento de los derechos de las mujeres y una suerte de tolerancia cero con cualquier tipo de violencia de género.

Partiendo de la imposibilidad de un análisis detallado de aquellos instrumentos relevantes en este ámbito, se indicará, en esta aproximación inicial, cuáles han sido aquellos más significativos, especialmente para el contexto español.

En primer lugar, conviene destacar la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, en 1979, no solo por ser considerado como «el referente principal» (Estévez y Martín García, 2018:5) en el campo de la igualdad de género, sino por ser el primer paso que ha posibilitado la continuidad de textos internacionales con enfoque en el fenómeno de la violencia sufrida por las mujeres. En este texto se promueve una adecuada protección de los derechos de las mujeres que parte de la identificación de situaciones discriminatorias para las mujeres, tradicionalmente asentadas y, pese a que no reconocía inicialmente *la violencia* como una auténtica expresión de la discriminación sufrida (debiendo esperar a 1992 para que fuera incluida, tras el requerimiento de la CEDAW en su recomendación nº 19), lo cierto es que este texto constituye un auténtico despertar internacional que articula unos primitivos «principios de género» (Engle, 2006:72) que serían paulatinamente desarrollados en los siguientes textos.

En segundo lugar, es posible destacar la Declaración y el programa de acción de Viena, junto con la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia contra la mujer que, si bien años más tarde, supusieron un nuevo punto de inflexión en el panorama internacional en esta materia. Ambos textos son de 1993 y gracias a estos se comienza a identificar a la violencia contra las mujeres como «categoría autónoma» (Orjuela, 2012:98). Además, se exhorta a los Estados a que desarrollen actitudes activas en pro de una mayor adopción de mecanismos eficaces en la lucha contra este fenómeno violento. De esta manera, la violencia contra las mujeres adquiere relevancia pública y los Estados adquieren una posición de responsabilidad frente a la violencia. Igualmente, y pese a que no se encuentre ciertamente en el ámbito más cercano, resulta necesario hacer una referencia a la Convención de Belem do Para, de 1994, elaborado en el sistema interamericano, dado que es «la única convención que ha recogido en su texto la perspectiva de la discriminación estructural en materia de violencia de género» (Iriarte, 2018:66).

Prosiguiendo con esta aproximación, continúa la evolución internacional en esta materia con la adopción de la Declaración y plataforma de acción de Beijing, en 1995, espacio en el que se afianzan los compromisos adquiridos en la conferencia de las Naciones Unidas. Es en este texto donde se advierte con mayor claridad un enfoque de género (Román, 2006:27) a través de la incorporación del *género* como concepto que auxilie a la comprensión de este tipo de violencia como única, cuyo origen se esparce en la historia y se reproduce en

la actualidad a través de, entre otros aspectos, una socialización de género diferenciada que promueve un contexto donde la violencia encuentra cabida. Además, se advierte la necesidad de un «enfoque integral y multidisciplinario» (artículo 119 d) que debe caracterizar las políticas en esta materia.

De esta forma, se generan los cimientos necesarios para el surgimiento del que será, al menos hasta el momento, el texto internacional más relevante en esta materia, como es el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 2011, conocido generalmente como Convenio de Estambul.

Con este texto se genera, por vez primera, un instrumento de carácter vinculante en el ámbito de la violencia de género —acompañada por la violencia doméstica— en el contexto europeo. En el documento se pretende abordar lo que se conoce como las «4p» (prevención, protección de las víctimas, persecución de agresores y políticas coordinadas e integradas) lo que realiza a través de un extenso articulado que parte de la identificación de la violencia como única, con especificidades relativas al origen, contexto y consecuencias no equiparables con otra violencia. A través de un enfoque multidisciplinar consigue cristalizar los impulsos comenzados ya en 1979 y convertirse en el instrumento marco en esta materia, que no solo afianza el concepto de violencia de género (Truchero Díaz y Arnáiz, 2012:126), sino que desarrolla estrategias hacia una prevención y tratamiento más eficiente, de obligado cumplimiento por parte de los Estados parte.

Entre otros, España se encuentra dentro de este significativo número de países que han ratificado el convenio, lo que ha supuesto que el panorama nacional también haya recibido influencias del articulado previsto en dicho texto. Así, dirigiendo ya el enfoque hacia un contexto más cercano, como es el español, resulta conveniente destacar que la preocupación internacional, plasmada en los textos indicados anteriormente, ha sido esencial en el desarrollo español de políticas preventivas y de tratamiento. Sin embargo, no en todas las ocasiones han sido las directrices internacionales las que han permeado en el panorama nacional, fomentando una evolución legislativa, sino que el propio legislador español se ha adelantado a algunas previsiones, especialmente con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

Esta ley supone un punto de inflexión que permite distinguir el paso hacia una etapa marcada por la perspectiva de género, donde ya se engloban previsiones que, posteriormente, se encontrarían en el articulado del Convenio de Estambul, frente a las cuales el legislador español llevaba diez años de ventaja. Con este texto se apuntalan victorias legislativas iniciadas con anterioridad que, si bien en los años previos se limitaban a un enfoque doméstico, es en 2004 cuando se reconoce el género en la violencia como principal factor de victimización que supone la existencia de un fenómeno criminológico único.

De esta manera, en 2004 nos encontramos ante una coyuntura en pro de la prevención y de la represión de una violencia —ya considerada «de género»— donde la sensibilización y concienciación se establecen como logros esen-

ciales de su articulado, lo que ha favorecido el establecimiento de un punto de no retorno a aspectos del pasado, con marcada tendencia discriminatoria y ciegos a las situaciones de violencia estructural vividas por las mujeres.

A partir de esta fecha se establece el caldo de cultivo ideal para una evolución en la política criminal en materia de violencia de género que se ha visto desarrollado paulatinamente, entre otros aspectos, con las modificaciones legislativas del CP del año 2015 o el desarrollo del Pacto de Estado que, si bien no se ha implementado en su totalidad —ni siquiera en un escaso porcentaje— sí que ha supuesto algunos cambios, como la contabilización *total* de las víctimas año tras año o la posibilidad de acreditación de víctima por parte de los servicios sociales para el acceso a ciertos recursos a través.

2. SOBRE LAS CIFRAS OFICIALES ¿ASPECTOS DESTACABLES?

Centrando la mirada en las cifras oficiales, nos encontramos con un total de 1154 víctimas mortales donde, pese a la entrada en vigor de la LO 1/2004, la cifra anual no varía de modo relevante. Si bien es cierto que los datos muestran una leve disminución general, la reducción drástica que cabría esperar de una Ley *integral* y multidisciplinar como la acontecida en 2004 no se ha plasmado en las estadísticas oficiales.

En cuanto a un análisis más detallado de los datos, es posible señalar que el grupo de edades más acentuado es el que se encuentra en la franja de entre 31 a 41 años pues, tanto las víctimas, como los agresores, se encuentran en un porcentaje elevado en estas edades. Esto, añadido a la creciente preocupación por víctimas especialmente jóvenes —incluyendo menores— anima a pensar que las políticas planteadas hasta el momento no han sido realmente eficaces, especialmente en cuanto a la prevención se refiere.

Otro aspecto que ha sido atendido en este ámbito es el relativo a la nacionalidad, tanto de víctimas, como de agresores. Si bien los datos se recogen desde 2003, en los últimos años no se tiene en cuenta tanto la nacionalidad, como el origen. No en pocas ocasiones se ha señalado a la inmigración como explicación a las altas cuotas de violencia, en un intento de *exculpación nacional*, lo que se contradice realmente con los datos obtenidos, dado que el mayor porcentaje, tanto de víctimas, como de agresores, es de origen español. No obstante, esto debe ser puesto en perspectiva ya que, si bien el porcentaje mayoritario es español, lo cierto es que atendiendo al número total de población migrante el porcentaje de estos que engrosan las cifras es elevado.

Sin embargo, esto no debe utilizarse para tergiversar los datos en pro de un discurso xenófobo, sino para advertir que las mujeres migrantes pueden presentar una situación de especial vulnerabilidad, que debe ser atendida pues, la condición de migrante, al igual que otras, se presenta junto a la de género, como elemento fundamental de esta violencia transversal (Díez Peralta, 2011:89).

Continuando con el estudio, es preciso atender al agresor como parte del delito. Sobre este, pese a que afortunadamente se haya abandonado la idea de sujeto trastornado o anormal, además de afianzar la idea de inexistencia de un único perfil de agresor, lo cierto es que sí que es posible advertir elementos que se presentan habitualmente. Efectivamente, nos encontramos ante agresores con una socialización marcadamente patriarcal, con aspectos favorecedores de una explosión violenta y con una pauta generalizada que aboga, en no pocos casos, por el intento/consumación de suicidio (Montero, 2006).

En este sentido, los datos señalan un porcentaje elevado —que llega incluso al 30% en algunos años estudiados— donde el agresor se suicida una vez que ha terminado con la vida de la víctima, lo que debe conllevar una necesaria reflexión en torno a las políticas seguidas hasta la fecha y a las voluntades perseguidas por parte de algunos sectores que fomentan un creciente punitivismo pues, atendiendo a este patrón, no parece razonable que la respuesta institucional sea el continuado aumento de penas de prisión cuando nos encontramos ante un agresor con pauta suicida donde la pena no parece que tenga un efecto coactivo.

Por otro lado, destacan en los datos oficiales otra serie de informaciones a tener en cuenta en este contexto. Así, un elevado porcentaje de las víctimas mortales mantenía la relación afectiva con su agresor y convivían en el momento de la agresión. Esto implica que haya ciertas preguntas que deban ser resueltas para un abordaje del fenómeno con mayor acierto. Entre otras, cabría preguntarse si estos elevados porcentajes suponen que las víctimas no identifiquen adecuadamente que se encuentran en un escenario de violencia; si las medidas que se establecen son suficientes y se están desarrollando de la manera adecuada y si realmente las políticas públicas son eficaces para llegar a todas las víctimas, advirtiendo, en caso contrario, qué cambios son necesarios.

Al respecto de algunas de estas cuestiones, merece la pena resaltar el ámbito de las medidas de protección, donde las estadísticas de los últimos años señalan que la mayoría de las víctimas no las había solicitado, lo cual se derivaba de la ausencia de denuncia previa a la agresión. En la actualidad, existe cierta tendencia al descenso de solicitud de medidas, aunque como contrapartida positiva se observa un crecimiento en cuanto a las concesiones. A pesar de ello, siguen produciéndose asesinatos donde las medidas solicitadas no habían sido acordadas, lo que aboga nuevamente hacia la reflexión en torno a por qué se han rechazado medidas en un contexto en el que, a la luz del resultado finalmente producido, el riesgo era alto. De igual manera que, en aquellos casos donde sí existían medidas en vigor, pese al acierto de su concesión, la ejecución de la muerte violenta destaca un aspecto cuestionable, como es la efectividad de esas medidas lo que, en su conjunto, puede indicar cierto «estancamiento del sistema de protección de las víctimas» (Pastor-Gosálbez, Belzunegui-Eraso, Calvo Merino y Pontón Merino, 2021:117)

Sin posibilidad de una profundización mayor sobre las cifras oficiales, lo cual sería de interés, pero escapa al objetivo de este texto, no conviene finalizar el apartado sin apuntar, aunque sea sucintamente, la importancia de

centrarnos en los menores. Como resulta evidente, la vivencia de expresiones tan violentas como las tratadas, pueden suponer alarmantes consecuencias para los menores que no deben ser desatendidas. En este contexto, las cifras oficiales muestran que, desde 2013, más de 300 menores se han quedado huérfanos por violencia de género, al haber terminado con las vidas de sus madres. Sin embargo y pese a la relevancia de ese dato, lo más alarmante deviene de un problema de especial dimensión, como es el de la instrumentalización de los menores.

Al respecto, en no pocas ocasiones, nos encontramos con que los menores son víctimas de violencia vicaria, sirviéndose de ellos —y de la violencia infligida sobre los mismos— para ejercer un mayor dolor en sus madres (ONU, 2012:52). De esta manera, es posible observar el crecimiento de los datos —recogidos desde 2013— en los últimos años, encontrándonos con un total de 47 menores asesinados a manos de sus padres, integrando una violencia, también de género, pese a que la víctima inmediatamente directa de la agresión no sea la mujer.

3. LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA JURISPRUDENCIA: CONFRONTACIÓN CON LAS CIFRAS OFICIALES

Como se puede apreciar, al observar el posicionamiento adelantado que ha tenido España frente a algunos de los textos internacionales más importantes en esta materia, nos encontramos en uno de los países que más ha mostrado, tanto desde la opinión pública, como con las políticas desarrolladas, una mayor sensibilización y concienciación ante este fenómeno delictivo, pese a que los datos expuestos anteriormente puedan dibujar un panorama menos alentador.

No obstante, una de las principales críticas que se realiza ante la legislación española en esta materia se vinculan con la excesiva restricción del concepto de «violencia de género» que nos encontramos en la Ley. Así, si bien se describe una «manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres...» (artículo 1 LO 1/2004) lo cierto es que erra el legislador al circunscribir dicho contexto —acertadamente descrito—, única y exclusivamente con el ámbito afectivo de pareja. De esta forma, los datos expuestos anteriormente, emanados de las estadísticas oficiales, difieren de aquellos datos reales y completos de las víctimas pues la incorporación de la información que realiza las instituciones se hace conforme al objeto de la LO 1/2004, lo que abandona a cualquier víctima que se produzca fuera del ámbito de la pareja.

De esta manera, dado que las víctimas de esta violencia no se agotan entre las que se encuentran en el seno de la pareja, al no ser contempladas por la legislación dentro de su ley *integral*, sigue favoreciéndose una «comprensión sesgada del fenómeno, que resulta negativa no sólo porque obvia otras manifestaciones del mismo, sino porque erosiona una construcción teórica y analítica, la que se deriva de los instrumentos internacionales y los estudios que les

preceden, que ha resultado esencial para comprender las razones estructurales que explican un hecho criminal de relevancia universal, la violencia contra las mujeres. Al reducir una cuestión de tal magnitud al ámbito de la pareja, y a la larga, al familiar y al doméstico, se potencian las distorsiones y las reducciones acerca de la comprensión de estos hechos» (López de Zubiría, 2020:175).

Además, nos encontramos ante un tipo de violencia con unas altas cotas de cifra negra, que escapan a cualquier estadística, al encontrarse al otro lado de esa punta del iceberg visible pues, entre otras razones, pueden haber normalizado la violencia, no identificado la misma u oponerse a dar señales a las autoridades de estar sufriendola. Por ello, cualquier cifra que trabajemos sobre esta violencia siempre va a ser más aproximada, que real, lo que promueve la necesidad de desarrollar investigaciones que permitan un conocimiento más realista de la magnitud del fenómeno, con el objetivo de valorar estrategias preventivas y tratamientos eficaces.

Con este objetivo, se ha realizado un estudio jurisprudencial que será apuntado en este texto, con el que es posible advertir una clara confrontación entre las cifras oficiales y una cifra que, sin ser completa, al menos reconoce una magnitud de la violencia más real, mayor a la oficialmente compartida.

3.1. Planteamiento del estudio

Como se apuntaba anteriormente, pese a los esfuerzos realizados por identificar esta violencia y establecer una política criminal caracterizada por la tolerancia cero, lo cierto es que la legislación actual dista de protagonizar una adecuada prevención y tratamiento. Entre otros aspectos, pese a la multidisciplinariedad originaria de la Ley y su vocación integral, lo cierto es que el enfoque penal ha concentrado la mayor parte de las medidas, lo que ha supuesto que otros ámbitos, como el social o educativo, hayan sido relegados a un segundo plano.

Resulta necesario que el derecho penal encuentre cabida en un ámbito como el presente, dada la vulneración de bienes jurídicos que puede presentarse en este tipo de violencia. Sin embargo, no parece ser una respuesta eficaz pues, si bien sirve para dar cierta protección inmediata a las víctimas, lo cierto es que de cara a futuro no ejerce una prevención general adecuada, que necesita de mecanismos educativos, más que represivos.

Además de esta cuestión, el objeto de la Ley, como se ha señalado, se centra en un contexto afectivo de pareja, lo que no solo deja de lado al resto de víctimas, sino que desvirtúa el concepto mismo de violencia de género, promoviendo el mantenimiento de una comprensión incompleta del fenómeno, atendiendo a la parte, sin el todo.

Por ello, se ha realizado un estudio jurisprudencial que atienda a este fenómeno, pero abandonando una perspectiva centrada en el ámbito de la pareja. Además, si atendemos a la evolución legislativa en este campo, es posible advertir cómo tradicionalmente se ha prestado atención esencialmente a cierto

tipo de manifestaciones de violencia —como las lesiones o el maltrato habitual— apartándose de otras manifestaciones más graves. Por ello, en este estudio se abordará precisamente aquellos tipos menos atendidos, como el homicidio, el asesinato y las agresiones sexuales, realizando el análisis jurisprudencial en un marco temporal que abarca desde el 1 de enero de 1995 hasta el 1 de enero de 2019, abordando un periodo de tiempo suficiente para que la información extraída sea significativa. Además, el análisis se ha centrado en las sentencias emanadas del Tribunal Supremo, por ser este la cúspide del sistema judicial y entender, por tanto, que serían las sentencias más relevantes y representativas.

Por otro lado, teniendo en cuenta algunos planteamientos que postulan la existencia de una mayor preocupación por la violencia de género porque los estudios descuidan, según esta teoría, cuándo es la mujer el sujeto activo del delito —lo que supondría, entre otras cuestiones, la existencia de una violencia «similar» en la pareja, pero desatendida cuando la víctima es un hombre— se ha planteado también el estudio jurisprudencial partiendo de otro análisis, como es el de atender a aquellas sentencias condenatorias cuando la mujer es autora de los tipos ya indicados-homicidio, asesinato y agresiones sexuales.

Una vez apuntado el estudio jurisprudencial realizado, cuyo desarrollo al completo puede consultarse en López de Zubiría (2020), veamos los principales resultados obtenidos.

3.2. Resultados obtenidos

Tras la revisión de los más de 6000 resultados que emanan de la búsqueda planteada a través del CENDOJ (Centro de documentación del Consejo General del Poder Judicial)¹, se ha realizado una división de los datos atendiendo, por un lado, al sujeto activo del delito. Así, de una parte, se ha analizado la información relativa a los delitos estudiados cometidos a manos de sujetos activos hombres y, de otra, se ha atendido a aquellos casos en los que el sujeto activo del delito era una mujer. En ambos supuestos se ha incluido únicamente cuando eran autores en sentido estricto, sin atender a otras categorías como puede ser la cooperación necesaria o la complicidad. Asimismo, se ha distinguido cuándo el delito era consumado y cuándo quedaba en grado de tentativa.

1. Es preciso matizar la cifra expuesta dado que, pese a que sí se ha obtenido una magnitud de resultados elevada en la búsqueda realizada, lo cierto es que no todos ellos eran, efectivamente, sentencias condenatorias por los tipos estudiados. Cualquier investigador/a que haya realizado un análisis a través del uso del CENDOJ sabe que los resultados ofrecidos distan de ser realmente los vinculados con el objeto de estudio, dado que puede ofrecer resultados donde la palabra o el tipo buscado aparece en la sentencia, pese a que no sea lo que realmente se esté juzgando. Esto ha sido tenido en cuenta y, por tanto, se ha realizado un análisis minucioso para atender al contenido de la sentencia y valorar si, ciertamente, estaba vinculada con el estudio.

Advertidas estas cuestiones, se expondrán a continuación los datos más relevantes emanados del estudio.

Así, con relación al análisis centrado en los tipos delictivos cuyo sujeto activo era hombre y la víctima mujer (centrados estos en homicidio y asesinato) los resultados ofrecieron un total de 459 asesinatos/homicidios consumados, de los cuales 280 se presentaban en un contexto afectivo de pareja; además de un total de 267 tentativas, donde 188 se producen en el ámbito de la pareja.

Con ello, es posible advertir cómo el mayor porcentaje de víctimas mortales se encuentra, ciertamente, en el ámbito de la pareja. Sin embargo, también permite advertir cómo hay un número elevado de mujeres a las cuales les ha sido arrebatada la vida en un contexto de violencia de género externo al ámbito de la pareja y que, por ello, han sido olvidadas en las estadísticas oficiales, además de relegadas a una atención diferenciada respecto de las víctimas de la pareja.

El análisis realizado no ha atendido únicamente a una metodología cuantitativa, sino también cualitativa, dado que no era el objetivo únicamente establecer una cifra más completa de la violencia, sino atender al contenido mismo de esta. Por ello, del estudio cualitativo se emanan diversas reflexiones. Entre otras, la necesidad de atender al fenómeno del aborto producido en este contexto pues, si bien es un ámbito generalmente controvertido, lo cierto es que no se ha abordado en toda su complejidad desde una perspectiva de género. En este contexto, sorprende cuando nos encontramos ante sentencias donde además de acabar con la vida de la madre se interrumpe la gestación, al estar la mujer víctima embarazada. Así, en no pocas ocasiones el sujeto era condenado por homicidio/asesinato, además de por aborto no consentido, pero sin que en este último se advirtiera realmente que había sido realizado, también, en un contexto de violencia de género, lo que tiene un plus mayor de desvalor.

Asimismo, la investigación permite considerar la trascendencia de este tipo de violencia para terceras personas, generándose víctimas-también hombres-consecuencia de una violencia donde el género es esencial. Así, en los casos estudiados se ha advertido cómo se ha terminado con la vida de otras víctimas, como pueden ser amigos, familiares o nuevas parejas que, por unas u otras razones, se encontraban insertos en este contexto.

Por otro lado, la constatación de existencia de una cifra elevada de víctimas fuera de la pareja nos permite confirmar que estas agresiones se producen en todos los contextos, tanto en un ámbito de pareja, como en aquellos que no lo son. Entre otros, merece la pena destacar los homicidios/asesinatos que se producen tras la comisión de agresiones sexuales, aquellos que se cometen en un contexto de prostitución o los que se producen en un entorno de maltrato habitual, donde la mujer maltratada no es la pareja, sino que suele ser la madre o hija.

Igualmente, del análisis cualitativo se pueden extraer otro tipo de cuestiones, como es el mantenimiento a lo largo del tiempo del patrón de explosión de violencia (donde las agresiones más graves que finalizan en el homicidio/asesinado se producen cuando la víctima ha decidido romper la relación o

tiene una nueva pareja). Además, un estudio centrado en la aplicación del Derecho penal permite valorar cómo inicialmente, dada la consideración de *crimen pasional* este tipo de delitos venían siendo atenuados a través de atenuantes de arrebató u obcecación, entre otros, tónica que sí se ha visto modificada en los últimos años hacia una inexistente aplicación de atenuantes de este tipo, mientras que sí se han aplicado en mayor medida agravantes, como la de discriminación por género y la circunstancia de parentesco.

Atendiendo a otro de los tipos estudiados, como es el de las agresiones sexuales², los resultados extraídos contemplan un total de 1515 víctimas de agresiones sexuales en el marco temporal estudiado. De estas, más del 90% son mujeres (1367) y, en el caso de ser hombres, la mayoría son niños. Sobre la autoría de este tipo, casi el 100% de los sujetos activos son hombres, mientras que solo 12 mujeres (de un total de 1368 autores) han sido condenadas por este delito, donde se las responsabiliza por comisión por omisión y las víctimas eran, normalmente, menores (sus hijas/os).

Del estudio también es posible destacar cómo, en general, había relación previa entre víctima y agresor, especialmente cuando las víctimas son menores de edad y generalmente siendo en un ámbito familiar. Sin embargo, cuando las víctimas no son menores, sí destaca un elevado porcentaje de ataque fortuito, frente a una relación previa, pese a que nos encontremos ante casos de agresiones sexuales en todos los ámbitos de la vida —pareja, laboral, amistoso, entre otros—.

En cuanto a las tentativas de este delito, nos encontramos ante 195 víctimas, donde prácticamente el 100% son mujeres —únicamente siendo 4 hombres, menores—. Asimismo, no difiere de los delitos consumados en cuanto a la autoría protagonizada por hombres, dado que de 167 autores ninguna era mujer. Sobre el contexto, destacan aquí los encuentros fortuitos, frente a las agresiones donde existiera una relación previa.

Continuando con el análisis centrado en las mujeres-autoras, es preciso advertir en los tipos estudiados —homicidio/asesinato— cómo el porcentaje de sentencias condenatorias de mujeres, respecto de los resultados totales obtenidos de la búsqueda, es muy residual, lo cual no es algo realmente sorprendente atendiendo a los datos de instituciones penitenciarias sobre tipos delictivos habitualmente realizados por las mujeres, donde los delitos violentos no suelen ser comunes.

Con relación al sexo de las víctimas, en los delitos consumados, 51 víctimas son mujeres, mientras que 113 son hombres. En el caso de las tentativas, nos encontramos ante 21 víctimas mujeres y 27 víctimas hombres.

2. Es preciso señalar aquí que el estudio se ha realizado atendiendo solo a aquellos casos en los que ha existido un ataque a la libertad sexual, con violencia o intimidación y así se ha entendido por parte el TS. Es decir, pese a que en ciertas situaciones pudiera cuestionarse la existencia de violencia o intimidación, únicamente se ha incluido en los datos recopilados aquellas sentencias donde el TS había condenado al autor por una agresión sexual.

Al respecto, si bien es posible advertir un mayor índice de delitos donde el sujeto pasivo sea un hombre, atendiendo a un análisis cualitativo donde se ha valorado el contenido de cada sentencia, no nos encontramos ante situaciones en los que los patrones de violencia estudiados reproduzcan las situaciones de dominación existentes en la violencia de género.

Así, 42 casos se vinculan con una motivación delictiva de carácter económico, siendo en estos casos prácticamente irrelevante el género de la víctima. Con estos datos, lo cierto es que es posible confirmar la teoría de que en la mayoría de los delitos cometidos habitualmente por mujeres la motivación delictiva preponderante es el beneficio patrimonial, como así lo certifica el hecho de que el 34,6% de las mujeres internas lo están por delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico y un 32,8% por delitos contra la salud pública, generalmente realizados también para incrementar el patrimonio (Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, 2018:26).

Igualmente, pese a no poder extraer mayores conclusiones al respecto, destaca el hecho de que, en el estudio realizado, en 40 casos las víctimas del delito eran los propios descendientes de la autora. En algunas ocasiones se apunta a que el sistema patriarcal, caracterizado por relaciones desiguales de poder, podría favorecer este aprendizaje y que las propias mujeres ejercieran este sistema sobre los menores, integrando una cultura de la dominación/sometimiento que ejecuten con quienes tienen una relación jerárquica superior, como sus propios hijos/as. Sin embargo, pese a tener en cuenta este dato y la magnitud del mismo, respecto de otros contextos, lo cierto es que no puede darse una respuesta a esta teoría apuntada, pues del contenido de las sentencias no puede inferirse, lo que lleva a plantear esta línea de investigación como un ámbito de necesario estudio. Al respecto, cabría plantear la situación en la que se producen estos delitos (si se realizan, por ejemplo, inmediatamente después al parto) para atender al contexto de la autora, no para justificar su acción, pero sí para valorar el posible entorno en el que se encuentre —dificultades económicas, exclusión social, ausencia de vínculos afectivos, entre otros— para favorecer medidas preventivas de este tipo de hechos.

Sin posibilidad de realizar una profundización mayor sobre el estudio realizado y los resultados obtenidos, conviene atender a las principales conclusiones emanadas de la investigación.

4. CONCLUSIONES

Tras la realización del estudio jurisprudencial planteado en este texto ha sido posible extraer una serie de conclusiones.

En primer lugar, se puede confirmar que el género —de la mujer, entendido como roles y estereotipos asociados— se presenta como una categoría esencial del delito, en concreto, como un factor de victimización que debe ser tenido en cuenta para la comprensión del fenómeno delictivo y el establecimiento de medidas preventivas.

En este sentido, si bien es cierto que, en términos generales, los hombres tienen mayor prevalencia a ser víctimas de delito, estos delitos son igualmente provocados por ellos mismos, donde el género no se presenta como un factor determinante, tal y como se revela en el caso de las mujeres. Sin embargo, pese a que se constata la relevancia del género como factor de victimización cuando las mujeres son víctimas de un delito, no es posible defender este como único factor explicativo, sino que al mismo se le suman otras categorías —etnia, clase, migración, entre otras—.

En segundo lugar, del estudio realizado se puede derivar la constatación empírica de la violencia de género, que se produce en un contexto que respalda situaciones discriminatorias para las mujeres, al favorecer posiciones jerarquizadas que, en un último extremo, produce violencia contra las mujeres. De ello se deduce que el agresor se presente como un sujeto normal, alejado de tesis que plantean al delincuente como una persona trastornada en una situación puntual, sino que nos encontramos ante un sujeto producto natural de una sociedad patriarcal y ante una violencia sistémica (Iriarte, 2018:56). En este sentido, debemos atender a la violencia de género al completo y advertir patrones similares fundamentados por un sustrato base que permite la construcción de manifestaciones desiguales que, en ocasiones, terminan por estimular reacciones violentas. Así, se debe partir de que la violencia de género en la pareja, pese a su relevancia por el ámbito en el que se produce y la magnitud que presenta, no difiere en la base cultural que la sustenta de otras manifestaciones, como pueden ser las violaciones como arma de guerra o la trata con fines de explotación sexual, entre otros muchos ejemplos.

Tras los resultados obtenidos parece obligado realizarse una serie de preguntas. Entre otras, podríamos plantear si realmente responde a una casualidad que en las agresiones sexuales prácticamente el 100% de los autores sean hombres y la práctica totalidad de las víctimas sean mujeres. Igualmente, cabría preguntarse si ciertamente es posible defender posturas que consideran casos aislados los supuestos de violencia de género en la pareja o si sería más sensato entender esta como un patrón estructural compartido. Asimismo, si bien es innegable que existen mujeres que terminan con la vida de sus parejas, ¿es prudente decir que nos encontramos aquí una suerte de violencia «a la inversa»? ¿dar pie a ese discurso no supone una vulneración de los logros conseguidos en la identificación y sensibilización de la violencia contra las mujeres?

Por otro lado, se debe defender la necesidad de examinar los compromisos adquiridos internacionalmente para implementarlos adecuadamente en el ámbito nacional y, con ello, posibilitar un mejor tratamiento de la violencia de género. Así, la relevancia de ampliar el concepto en la Ley integral resulta innegable, entre otras cosas, por suponer una mejora en la recogida de datos que permita un conocimiento más real de la magnitud de la violencia, así como para una mejor comprensión del fenómeno en su totalidad y una protección a las víctimas de esta violencia de manera *homogénea* sin atender al ámbito afectivo o no en el que se produzcan las agresiones.

Por último, convendría reemplazar la definición jurídico-penal de la violencia de género por una concepción criminológica del fenómeno, en aras de evitar una excesiva tipificación que no suponga solución alguna a la violencia, sino promoviendo la identificación del origen de esta, en pro de una transformación de la sociedad por la comprensión del fenómeno y de las consecuencias de este y no por la amenaza de la pena.

Echando una mirada al contenido del epígrafe inicial, es posible advertir cómo en un número reducido de años la evolución en esta materia ha sido notable. Sin embargo, el camino está aún por recorrer y, pese a haber dado pasos que han dejado huella, aún queda un largo recorrido para conseguir una situación más igualitaria, una sociedad libre de violencia de género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- DE MIGUEL, A. (2015). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Madrid: ediciones cátedra.
- DÍEZ PERALTA, E. (2011). Los derechos de la mujer en el derecho internacional, *Revista Española de Derecho Internacional*, 63, 87-121.
- ENGLE, S. (2006). *Human rights & gender violence. Translating international law into local justice*. Chicago: The University of Chicago Press.
- ESTÉVEZ, R. y MARTÍN GARCÍA, I. (2018). Fundación mujeres por África. La violencia de género en el panorama internacional. Recuperado de: <https://www.mujeresporafrica.es/docs/informe-violencia-de-genero-global.pdf>
- IRIARTE, C. (2018). La discriminación estructural de género y su recepción sistémica en el sistema de derechos humanos, *anuario de derechos humanos*, 14, pp. 55-76.
- LÓPEZ DE ZUBIRÍA, S. (2020). *El tratamiento de la violencia de género desde la perspectiva criminológica*. Madrid: Wolters Kluwer.
- MONTERO, A. (agosto de 2006). El suicidio machista. Mujeres en Red. Recuperado de: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article700>
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU-Mujeres) (2012). Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer. Recuperado de: https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/library/publications/2012/12/unw_legislation-handbook_sp1%20pdf.pdf?la=es&vs=1839
- ORJUELA, A. (2012). El concepto de violencia de género en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 23, pp. 89-114.
- PASTOR-GOSÁLBEZ, I., BELZUNEGUI-ERASO, A., CALVO MERINO, M. Y PONTÓN MERINO, P. (2021). La violencia de género en España: un análisis quince años después de la Ley 1/2004, *revista española de investigaciones sociológicas*, 174, 109-128.
- ROMÁN, L. (2016). La protección jurisdiccional de las víctimas de violencia de género desde la perspectiva constitucional (tesis doctoral). Universidad Rovira i Virgili, Tarragona.

- SALDANHA, J. y LIMBERGER, T. (2019). El derecho de las mujeres en el encuentro entre el derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *opinión jurídica*, 19, pp.63-84.
- TRUCHERO DÍAZ, J. y ARNÁIZ, A. (2012). Aproximación al convenio europeo de violencia contra las mujeres y violencia doméstica, *Revista europea de derechos fundamentales*, 19, pp. 123-156.

¿QUÉ DIFICULTA LA INVESTIGACIÓN DE DELITOS DE ODIO POR MOTIVOS DE GÉNERO?: PERSPECTIVAS DE CUERPOS POLICIALES DE IRLANDA Y EL REINO UNIDO

*Silvia Gagliardi, Ana Valverde-Cano y Orlaith Rice*¹

1. INTRODUCCIÓN

El *odio por motivos de género* es una categoría ambigua y en constante evolución dentro de la criminología y del Derecho penal. Esta ambigüedad tiene, obviamente, un impacto en cómo se identifica y registra tal *odio* (ya sea como móvil interno o como criterio de selección de la víctima) por los cuerpos de policía, lo que, eventualmente, también incide de manera más general en la investigación y persecución de los delitos de odio motivados por el género (GBHC, por sus siglas en inglés). Esto se debe a que el cómo se implementa una determinada normativa viene determinado, en gran medida, por cómo lo interpretan los responsables de su aplicación en el terreno (Lipsky, 1980).

Ni Irlanda ni Inglaterra o Gales prohíben específicamente los GBHC: en Irlanda directamente no existe legislación sobre delitos de odio en general,²

1. Este trabajo ha recibido financiación de dos proyectos de investigación de Universitas 21 y University College Dublin (UCD) Sutherland School of Law en 2020-2021. Esta es una versión resumida de la original, que ha sido publicada en inglés en Gagliardi et al, 2022: 1-17.

2. Es preciso tener en cuenta que la Ministra de Justicia de Irlanda introdujo, en abril de 2021, el Proyecto de Ley de Justicia Penal (*Hate Crime*) 2021, el cual está en estado de tramitación en el Parlamento (*Oireachtas*). Si se aprueba en su versión actual, cubriría ocho características protegidas, incluido el género. En julio de 2022, la ministra anunció también su intención de actualizar las disposiciones en materia de discursos de odio del próximo Proyecto de Ley de Justicia Penal (*Incitement to Violence or Hatred and Hate Crime*) de 2022.

aunque el cuerpo de policía irlandés (*An Garda Síochána*) puede registrar incidentes como «motivados por el odio» cuando lo estime necesario;³ y en Inglaterra y Gales, aunque se castigan en distintas leyes,⁴ no incluyen el género como una de las características protegidas de las víctimas⁵.

Actualmente, no obstante, eventos como el asesinato de Ashling Murphy en enero de 2022 en Irlanda, y el de Sarah Everard en marzo de 2021 en el Reino Unido, han colocado en primera línea política la cuestión de la regulación específica de los GBHC: la Ministra de Justicia de Irlanda recordó en marzo de 2022 su intención de promulgar la *Hate Crime Bill* (que incluye el género como característica protegida),⁶ y la Cámara de los Lores ha tratado recientemente de introducir una enmienda —sin éxito— para incluir el delito de misoginia en la *Police, Crime, Sentencing and Courts Bill*.⁷

En este contexto, entender qué se quiere decir con GBHC en la práctica policial, analizando cómo registran e investigan los GBHC los oficiales de primera línea (que son los que en definitiva interpretan los hechos *prima facie*, recopilan pruebas y sientan las bases de la investigación), nos sirve para informar estas futuras leyes o políticas que se están discutiendo, o para entender o anticipar el impacto de las mismas si ya se han adoptado. Este es, precisamente, el objetivo de la investigación: arrojar luz sobre las barreras a la identificación e investigación efectiva del odio en los delitos que se cometen motivados por el género, tanto en Irlanda como en Inglaterra y Gales⁸. La comparación de estas jurisdicciones vecinas, que no sólo es más factible por compartir idioma, sistema legal y cultura jurídica, es también particularmente interesante por

3. A través del sistema «PULSE»: <https://www.garda.ie/en/about-us/online-services/online-hate-crime-reporting/administration-of-online-hate-crime-reporting-system.html> (último acceso: 18/09/2022).

4. A saber, la Ley de Delitos y Desórdenes de 1998, la Ley de Orden Público de 1986, y la Ley de Justicia Penal de 2003.

5. Tampoco es el género una de las características que debe registrarse a nivel nacional por parte de los cuerpos policiales británicos, las cuales incluyen la raza, la religión, la discapacidad, la identidad transgénero y la orientación sexual. Pese a esto, en unas directrices de 2014, la Agencia británica de Regulación de la Práctica Policial (*College of Policing*) manifestó que dichas cinco características protegidas eran las categorías mínimas, dando margen a algunos cuerpos de policía a registrar los GBHC de manera *ad hoc*: <http://library.college.police.uk/docs/college-of-policing/Hate-Crime-Operational-Guidance.pdf> (último acceso: 24/09/2022).

6. Para más información: <https://www.gov.ie/en/press-release/0f17e-minister-mcentee-to-update-new-hate-crime-legislation-to-make-it-easier-to-secure-prosecutions-and-convictions/> (último acceso: 15/07/2022).

7. <https://www.gov.uk/government/publications/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-factsheets/police-crime-sentencing-and-courts-bill-2021-making-misogyny-a-hate-crime-factsheet> (último acceso: 18/09/2022). En diciembre de 2021, la Comisión del derecho de Inglaterra y Gales (*Law Commission for England and Wales*) publicó un esperado informe acerca de los delitos de odio en el que decidió no incluir el sexo ni el género como característica protegida adicional en su legislación en dicha materia. Para más información: <https://internationalhatestudies.com/a-response-to-the-law-commissions-hate-crime-law-final-report/> (último acceso: 15/07/2022).

8. Si bien el estudio sólo abarca Inglaterra y Gales, sin incluir Irlanda del Norte y Escocia, en el texto aludimos genéricamente a Reino Unido (RU).

tratarse de dos sistemas que han seguido estrategias distintas para abordar este tipo de odio u hostilidad —uno tiene legislación específica y otro no—, por lo que puede examinarse en qué medida influye la experiencia con otras modalidades de odio en sus percepciones sobre los GBHC.

Para responder a la pregunta de investigación se efectuaron diez entrevistas semiestructuradas a miembros de cuerpos policiales que trabajan en el ámbito de los delitos de odio, cinco en Irlanda y otras cinco en el Reino Unido, entre los meses de mayo y julio de 2021. Seis de los entrevistados eran de sexo masculino y cuatro, de sexo femenino, con edades comprendidas entre los 26 y los 61 años. Ocho entrevistados eran oficiales de policía y otros dos, miembros del personal civil de los respectivos cuerpos policiales. Los entrevistados contaban con una experiencia de entre uno y 40 años trabajando en el ámbito de los delitos de odio, ya fuera en materia de políticas, formación o labores de investigación policial. Entre otras, en las preguntas de las entrevistas se incluyeron las siguientes: cómo se registran los incidentes de odio motivados por el género en ausencia de una legislación específica en la materia o de características protegidas; cómo definirían ellos los GBHC y si esta categoría les resulta útil para abordar dicho tipo de delitos; si existían protocolos para distinguir entre un delito «tradicional», como una agresión, y un delito motivado por el odio; si se ofrece formación especializada al respecto; cuáles son las principales barreras durante la investigación y el enjuiciamiento de los GBHC; y sus opiniones acerca de la lista de características protegidas a incluir en la legislación en materia de delitos de odio y, más generalmente, sobre cómo combatir mejor este fenómeno.

Las entrevistas fueron transcritas y se empleó el método de análisis temático reflexivo para analizar los datos (Braun y Clarke, 2006, 2019). Durante la primera fase se generaron de forma inductiva varios códigos iniciales, y durante la segunda las categorías y subcategorías con los principales temas identificados, que son los que, desarrollados, estructuran este artículo: en la primera sección se discute brevemente la conceptualización de los delitos de odio y del género como característica protegida; en la segunda se explica cómo las características de este tipo de delitos, entre otras razones, dificultan o directamente impiden la investigación policial de los GBHC; y en la última se ofrecen unas conclusiones finales.

2. DISCUSIÓN

2.1. La conceptualización del género y el odio o sesgo en los GBHC

La *Garda Síochána*, para registrar incidentes como «motivados por el odio» —también por razón de género—, emplea una definición operativa de delito de odio que incluye «todo delito que la víctima, o cualquier otra persona, perciban como total o parcialmente motivado por la hostilidad o el prejuicio hacia

la edad, la discapacidad, la raza, el color, la nacionalidad, la etnia, la religión, la orientación sexual o el género, ya sean reales o percibidos»⁹. El test de percepción es, según todos los entrevistados, de extrema importancia: si una víctima siente que se ha cometido un delito de odio contra ella, tiene que registrarse como tal. Asimismo, dicha percepción puede ser también la del oficial que investiga el hecho o la de cualquier otra persona. En este sentido, el elemento de los delitos de odio, de cara a su registro, no está «basado en pruebas» según el sentido tradicional (P8, sexo masculino, Irlanda). Este elemento único de «percepción» de los delitos de odio ha sido también mencionado en la bibliografía (Mason-Bish y Duggan, 2020). Como mencionamos anteriormente, en Inglaterra y Gales las leyes que conforman el régimen de los delitos de odio no incluyen el género entre las características protegidas¹⁰, pero la definición operativa que utilizan los cuerpos policiales que han decidido registrar los incidentes motivados por hostilidad hacia el género es idéntica a la irlandesa, así como lo es el test de percepción (P1, sexo masculino, Reino Unido; P2, sexo masculino, Reino Unido)

Aunque el género es un concepto amplio que engloba elementos que se entrecruzan de sexo, género, identidad y sexualidad (Yahyaoui Krivenko, 2020), con algunas excepciones, los entrevistados tendieron a interpretar los GBHC como violencia de los varones contra las mujeres a lo largo de la entrevista. Esta suele ser, de hecho, la postura de las campañas de activismo a la hora de abordar los delitos de género (Carpenter, 2006).

2.2. Obstáculos a la investigación de los GBHC

La policía desempeña el crucial papel de filtro a la hora de determinar que existen indicios de delito y que está motivado por la hostilidad hacia una determinada característica personal. Varios estudios empíricos han analizado las barreras a la investigación de los delitos motivados por sesgos de manera general, lo cual contrasta con la falta de evidencia en relación a dichos retos en el ámbito específico de los GBHC (véase Gill y Mason-Bish, 2013:5). Sin embargo, de dichos estudios se puede extraer información específica muy valiosa. Basándonos en ellos y en las respuestas de los participantes del estudio, po-

9. <https://www.garda.ie/en/crime/hate-crime/what-is-hate-crime.html> (último acceso: 2/07/2022).

10. Las leyes sobre delitos de odio pueden clasificarse en tres grupos: (1) Delitos agravados en virtud de la *Crime and Disorder Act* de 1998, que consisten en la comisión de un delito 'base', cuando el delito está motivado por hostilidad racial o religiosa. Las versiones agravadas de los delitos tienen penas máximas más altas que sus equivalentes básicos; (2) Disposiciones de agravación de la pena en virtud del *Sentencing Code*, donde no se crean nuevos delitos, cuando los tribunales consideren que el delincuente actuó movido por su hostilidad hacia la víctima por motivos de raza, religión, orientación sexual, discapacidad o identidad transgénero; (3) Delitos de incitación al odio en virtud de la *Public Order Act* de 1986, aplicados a las conductas de incitación al odio por motivos de raza, religión u orientación sexual.

demos clasificar las barreras a la investigación policial de delitos de odio en categorías: ausencia de legislación; bajo índice de denuncias; cultura institucional e infraestructura operativa; carga de la prueba; recursos y formación.

2.2.1. Ausencia de legislación

La policía es un brazo del Estado y tan solo puede operar dentro del marco jurídico existente. La ausencia de legislación específica en materia de GBHC se señaló como el mayor obstáculo para la investigación de este tipo de delitos. En palabras de los entrevistados, «solo puedes investigar aquello para lo que se ha legislado» (P7, sexo masculino, Irlanda) y «no podemos llevar a juicio un incidente porque no hay legislación» (P4, sexo femenino, Reino Unido). P8 (sexo masculino, Irlanda) lo describió como operar en un vacío. La literatura existente respalda esta afirmación: los datos sugieren que el apoyo institucional, por ejemplo, a través de una legislación específica en materia de delitos de odio y unas políticas de lucha contra el odio adecuadas mejoran significativamente la actuación policial ante los delitos de odio y su posterior enjuiciamiento (Haider-Markel, 2002:128; Nolan y Akiyama, 1999:125; Turpin-Petrosino, 2015:176), aunque también recuerda que no es suficiente (Phillips, 2009:901). Si bien los incidentes motivados por la hostilidad hacia el género pueden castigarse a través de otros delitos «base», como los de acoso o los de agresión, tal y como señaló P7 (sexo masculino, Irlanda), con este enfoque *ad hoc* actual «se diluyen los patrones [de GBHC]», al igual que «puede desaprovecharse la capacidad de poder anticiparse o de tener en cuenta la vulnerabilidad de la persona».

Este argumento también estuvo presente en las entrevistas en el Reino Unido. Los participantes señalaron como un problema grave el hecho de que los GBHC no estuvieran incluidos dentro de los cinco tipos de delito de odio que se supervisan de forma centralizada en el dicho país (P5, sexo femenino, Reino Unido). P1 (sexo masculino, Reino Unido) indicó que las políticas nacionales en materia de delitos de odio permitirían mejorar el registro de los delitos de odio y ayudarían a documentarlos: «Comenzaríamos a recibir información acerca de dichas tendencias y a discernir aquello que quizás son potenciales como precursoras de una actividad delictiva más grave».

2.2.2. Bajo índice de denuncias

El bajo índice de denuncias existente en el ámbito de la violencia de género y de carácter sexual es un fenómeno que viene de largo y que es de carácter global (Fernández-Fontelo, et al, 2019; Morabito et al, 2019), lo que también ocurre con los delitos de odio (véase Lantz et al, 2017). El problema de la falta de denuncias se mencionó en todas las entrevistas, salvo en una, y los entrevistados lo atribuyeron principalmente a dos factores: la falta de confianza en la policía y en los procesos de justicia y, de forma más general, a una falta de sensibilización por parte de la sociedad.

Seis entrevistados destacaron la falta de confianza en los cuerpos de policía. P1 (sexo masculino, Reino Unido) sacó a colación una entrevista realizada a la comunidad LGTB en la que uno de los principales hallazgos fue que los entrevistados «dijeron que no denunciarían porque no creían que la policía se lo fuera a tomar en serio o... que no confiaban en la policía». En referencia a la comunidad transgénero —a la vez la más afectada y la más reacia a denunciar dichos delitos—, P2 (sexo masculino, Reino Unido) mencionó el «pasado problemático» para explicar la falta de confianza en los cuerpos de policía. Otros problemas como el miedo a una mayor estigmatización, los traumas, una potencial exposición a otros ataques, la lentitud de la justicia penal y las barreras lingüísticas y culturales también emergieron como obstáculos a la voluntad de las víctimas de cooperar con el sistema de justicia penal en ambas jurisdicciones. P8 (sexo masculino, Irlanda) mostró su esperanza de que la puesta en marcha en Irlanda del mecanismo de denuncia en línea vería incrementado el número de denuncias entre aquellas personas que, de otro modo, no se atreverían a denunciar un GBHC a la policía de manera presencial. Este nuevo mecanismo fue puesto en marcha en julio de 2021, poco después de la entrevista a P8.

Sobre la falta de concienciación, mientras que, en relación con la *Garda*, se apuntó al escaso recorrido de la definición operativa de delito de odio, que data de 2019 (P6, sexo masculino, Irlanda), había un cierto consenso en que un motivo del bajo índice de denuncias era que las víctimas no se ven a sí mismas como sujetos de un delito de odio (P3, sexo femenino, Reino Unido). Esto puede deberse a que la propia víctima normaliza su experiencia de acoso y hostilidades constantes como un aspecto rutinario del ser «diferente» (Chakraborti, 2018:393).

2.2.3. Cultura institucional e infraestructura operativa

Los prejuicios y creencias personales de los oficiales son factores que afectan a la identificación y la investigación de los delitos motivados por sesgos (Franklin, 2002:166; King et al, 2009:292; Reiner, 2010:159; Lantz et al, 2017:200). Además, los oficiales de policía pueden mostrarse reacios a definir determinados sucesos como delitos de odio a causa de su propia creencia personal de que las leyes de delitos de odio carecen de importancia, de legitimidad o son poco frecuentes (Cronin et al, 2007:223; Boyd et al, 1996:827; Nolan y Akiyama, 1999:125). En siete de las entrevistas se mencionaron los «sesgos subconscientes» (P9, sexo masculino, Irlanda), los «sesgos inconscientes» (P8, sexo masculino, Irlanda), los «sesgos sin revisar» y la «acción de sesgos relacionados con la masculinidad» en el seno de la policía (P7, sexo masculino, Irlanda). No obstante, P1 (sexo masculino, Reino Unido) afirmó que las pruebas de percepción —de la víctima— eran una herramienta eficaz para intentar combatir el problema que suponen las creencias y los prejuicios internos de los oficiales, por ejemplo, que basta con la percepción de la víctima o de cualquier otra persona para señalar un incidente como delito de odio.

Además de los sesgos personales, sabemos que la organización social de los cuerpos policiales también tiene consecuencias sobre la manera en que los oficiales aplican las leyes en materia de delitos de odio (Martin, 1995, 1996). Según Nolan y Akiyama (1999, 2002:125), la priorización de los delitos de odio en el seno de las comisarías de policía revertía en un aumento de las denuncias de este tipo de delitos. Balboni y McDevitt (2001:15), por su parte, demostraron que «aunque los oficiales de policía, a título individual, pueden tener distintas opiniones acerca de la naturaleza de un delito, si existe una política que establezca la forma de proceder ante la investigación de un delito de odio, los oficiales van a respetar dicha política», lo cual fue también evidenciado por P2 (sexo masculino, Reino Unido). P5 (sexo femenino, Reino Unido) mostró su preocupación sobre la heterogeneidad en que los distintos cuerpos policiales abordaban los problemas sobre los que se «sigue sin legislar» en el Reino Unido. En el contexto irlandés, P7 (sexo masculino, Irlanda) también apuntó a la necesidad de establecer marcos de colaboración entre agencias en lo relativo a los GBHC en Irlanda.

2.2.4. Carga de la prueba

Para condenar a alguien por un delito de odio debe probarse, más allá de toda duda razonable, no solo que el incidente ocurrió (*actus reus*), sino también que fue motivado por el odio (*mens rea*) (Barker y Jurasz, 2019). Este extra añadido a la carga de la prueba implica, obviamente, una mayor dificultad para el enjuiciamiento de este tipo de delitos, que puede tornarse aún más complejo cuando hay varios autores implicados o múltiples motivos concurrentes (Eisenberg, 2014). Al imaginar un escenario hipotético en el que la legislación sobre delitos de odio estuviera en vigor, casi todos los entrevistados eran conscientes de la dificultad inherente en probar el elemento (subjetivo) de hostilidad en los tribunales, y los cinco participantes irlandeses en la investigación señalaron explícitamente que la prueba de percepción es insuficiente para fundamentar una condena, con las dificultades prácticas que se plantean (sobre esto, véase Menaker y Cramer, 2012; Mindthoff et al, 2019). Esto pone de manifiesto una desconexión real entre la importancia del «test de percepción» durante la investigación y la necesidad de pruebas concretas de hostilidad durante la fase de enjuiciamiento, como mencionó P8 (sexo masculino, Irlanda). P3 (sexo femenino, Reino Unido) también expresó su desilusión por esta desconexión: «Si lo denuncio y aunque se lleve a juicio, pero en realidad nunca se reconoce el elemento de odio, ¿qué sentido tiene que la víctima pase por toda esa angustia?». En cuanto al proyecto de ley irlandesa de 2021 sobre delitos de odio, los entrevistados se mostraron satisfechos con el enfoque propuesto de dos niveles, que significa que el elemento de odio del delito sería un «complemento» de un delito existente, de modo que incluso si el elemento de delito de odio no se prueba de manera suficiente en el tribunal, se podría seguir condenando por el cargo original, por ejemplo, agresión (véase P10, sexo femenino, Irlanda).

Además, la investigación de los delitos de odio suele estar guiada por la percepción de las probabilidades de éxito (Bell, 2002; Haider-Markel, 2001, 2002). Dos entrevistados, uno de cada jurisdicción (P7, sexo masculino, Irlanda; P4, sexo femenino, Reino Unido), comentaron que el proceso de filtrado interno es fundamental para llegar a la fase de enjuiciamiento: si el agente investigador es incapaz de convencer a un oficial superior del elemento de hostilidad, el asunto ni siquiera llega a la fiscalía (*Crown Prosecution Service*, en el caso de Reino Unido, o el *Director of Public Prosecutions*, en Irlanda).

2.2.5. Recursos y formación

Uno de los temas más recurrentes en las entrevistas fue la falta de recursos para *operacionalizar* los avances legislativos o políticos. Analizando críticamente la propuesta legislativa en Irlanda, P7 (sexo masculino, Irlanda) se preguntaba si la nueva legislación no acabaría «descargando el trabajo en la policía, una vez más». Describió el trabajo policial como un «cuerpo de bomberos apagando incendios», con agentes de policía que tienen un mandato imposible y la necesidad de encontrar la manera más «eficiente, eficaz y sencilla» de llevar a cabo sus numerosas tareas. Sugirió destinar recursos a la creación de unidades especializadas en la lucha contra los delitos de odio. El clásico estudio de Manning sobre el trabajo de la policía se hace eco de este punto; la policía está sujeta a «una demanda pública cada vez mayor de un nivel de orden público y prevención de la delincuencia que no pueden cumplir» (Manning, 1997:32). P9 (sexo masculino, Irlanda) también apuntó el trabajo adicional que suponía para la *Garda* investigar casos de violencia de género y se refirió a los problemas de disponibilidad de intérpretes altamente cualificados para ayudar en estos casos; y P7 (sexo masculino, Irlanda), señaló que sin una política específica y sin los recursos asociados a la GBHC, en la práctica lo que se le estaba pidiendo a los oficiales era que «aplicaran voluntariamente más papeleo, más escrutinio y más supervisión a su trabajo». P4 (sexo femenino, Reino Unido) señaló que la falta de recursos en el Reino Unido obstaculizaba directamente la capacidad de la policía para registrar y recopilar datos. También se planteó la preocupación de que incluir legislación específica sobre los GBHC, en lugar de mejorar cómo se aborda este fenómeno, supusiera una carga excesivamente onerosa para la policía y afectara a la investigación de los delitos de odio más generalmente (P1, sexo masculino, Reino Unido).

Además, varios participantes en la investigación lamentaron la falta de apoyo a las víctimas. P1 (sexo masculino, Reino Unido) se refirió a la crisis financiera de 2008, que hizo que las ayudas a las víctimas de delitos de odio en el Reino Unido cayeran en picado y nunca se recuperaran. P8 (sexo masculino, Irlanda) destacó la necesidad de una organización que pudiera ocuparse específicamente de las víctimas de los delitos de odio, aunque algunos entrevistados se mostraban pesimistas al respecto: P6 (sexo masculino, Irlanda) llegó a afirmar que «no existía un verdadero apoyo a las víctimas de los delitos por odio», lo que dificultaba aún más el éxito de los resultados.

Aparte de los recursos adicionales para los cuerpos de policía y las víctimas, la formación se menciona a menudo como una herramienta útil para identificar los delitos de odio cuando se proporciona adecuadamente y como una barrera cuando se carece de ella (véase Hardy y Chakraborti, 2020). La ambigüedad reina en ausencia de formación específica, como ilustra, por ejemplo, P10 (sexo femenino, Irlanda), cuando señala que en Irlanda los incidentes señalados como delitos por odio relacionados con la edad a menudo resultaban ser incidentes en los que la víctima simplemente era mayor, y donde la motivación del delito había sido oportunista y no motivada por el prejuicio u hostilidad. Todos los participantes en la investigación aludieron al impacto de la formación en la manera de registrar un determinado incidente, y señalaron las diferencias entre los distintos departamentos de policía —de hecho, P10 (sexo femenino, Reino Unido), esperaba que acabaran existiendo directrices a nivel nacional—: mientras que algunos parecían ir muy adelantados en cuanto a formación y disponibilidad de fondos para el desarrollo de las capacidades del cuerpo, otros se estaban quedando muy atrás en cuanto al nivel, la profundidad y el alcance de la formación y las oportunidades de financiación relacionadas. Esto se atribuyó no sólo a los diferentes niveles de formación sobre los «*bias indicators*» (por ejemplo, P10, sexo femenino, Irlanda), sino sobre todo al liderazgo individual contra los delitos de odio. P10 sugirió que formación adicional ayudaría a los agentes a tener más confianza en la investigación de dichos delitos, y P7 (sexo masculino, Irlanda) resaltó que eso podía ayudar a los agentes de policía a identificar los propios prejuicios internos y subconscientes. Este último entrevistado también mencionó que la formación en materia de violencia doméstica estaba más asentada que la formación específica en materia de violencia de género en Irlanda, apreciación compartida por otros entrevistados, que llamaron la atención de que la formación en este ámbito era muy reciente (P6, sexo masculino, Irlanda; P10, sexo femenino, Irlanda).

3. CONCLUSIÓN

En este capítulo se analizan los obstáculos a la investigación policial de los GBHC en la literatura y se contrasta con la experiencia práctica de miembros de los cuerpos de policía en Irlanda y en Inglaterra y Gales. En general, se corroboran las conclusiones de otros estudios sobre delitos de odio: los marcos legislativos aplicables —particularmente en el caso de Irlanda— son insuficientes e inadecuados para abordar los delitos de odio en general y los GBHC en particular; el bajo índice de denuncias, ya sea motivado por una falta de confianza en la policía o por una falta de concienciación sobre lo que significa ser víctima de delito de odio, impide que los oficiales puedan entrar a valorar siquiera un incidente; el fuerte componente subjetivo en este tipo de delitos hace que los propios sesgos personales influyan tanto en su identificación como en su valoración, y supone un elemento extra que debe demostrarse ante los tribunales más allá de toda duda razonable —por lo que los estándares

que sirven para registrar un incidente son demasiado bajos para justificar una condena—; la nueva legislación debe ir acompañada de un incremento de recursos para que el incremento de trabajo no sea inmanejable o no se haga en detrimento de otras áreas; y la formación adicional constituye un elemento indispensable para combatir estas dificultades inherentes al régimen de los delitos de odio.

Las dificultades conceptuales para entender y definir el concepto de GBHC fueron evidentes en toda la muestra. Los datos reflejan, además, una tendencia a asumir que la hostilidad por motivos de género se refiere exclusivamente a la violencia masculina contra las mujeres. Si bien la muestra era reducida por tratarse de un estudio piloto, y sería aconsejable una investigación basada en muestras más representativas —posiblemente a través de encuestas nacionales a gran escala de distintos grupos, como por ejemplo, entre las fuerzas del orden, el poder judicial, las víctimas de la violencia de género u otros delitos de odio, y ONGs especializadas—, lo que sí se desprende de estos datos es la dificultad de los funcionarios que pertenecen a los cuerpos policiales para delimitar y diferenciar claramente la violencia de género de los GBHC, lo que a su vez influye en cómo se efectúan las investigaciones y cómo se apoyan a las víctimas/supervivientes.

Este estudio arroja luz sobre un área del derecho y la criminología en rápida evolución que merece más atención teórica y práctica. Aunque reconocemos las dificultades que entraña dar respuestas definitivas a un problema conceptual y jurídico complejo, en este artículo se pretende contribuir tanto a la literatura científica sobre la materia con datos primarios —y, en lo que sea aplicable, a otros contextos nacionales, aunque se trate de un análisis muy influido por los contextos nacionales específicos—, como a los procesos de política pública en curso que se están produciendo mientras se escriben estas líneas tanto en Irlanda como en el Reino Unido sobras las estrategias para abordar los delitos de odio y, más específicamente, los motivados por hostilidad hacia el género.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AL-HAKIM, M., DIMOCK, S. (2012). Hate as an aggravating factor in sentencing. *New Criminal Law Review*, 15(4), 572-611. <https://doi.org/10.1525/nclr.2012.15.4.572>
- BALBONI, J., MCDEVITT, J. (2001). Hate crime reporting: Understanding police officers' perceptions, departmental protocol, and the role of the victim. Is there such a thing as a «love» crime? *Justice Research and Policy*, 3(1), 1-27. <https://doi.org/10.3818/JRP.3.1.2001.1>
- BARKER, K., JURASZ, O. (2019). *Online Misogyny as a Hate Crime. A Challenge for Legal Regulation*. Routledge.
- BBC News (2021) Police to record crimes motivated by sex or gender on 'experimental basis'. *BBC News*, 17 de marzo.

- BELL, J. (2002). *Policing Hatred: Law Enforcement, Civil Rights, and Hate Crime*. New York University Press.
- BOYD, E. A., BERK, R. A., HAMNER, K. M. (1996). 'Motivated by hatred or prejudice:' Categorization of hate-motivated crimes in two police divisions. *Law & Society Review*, 30(4), 819-850. <https://doi.org/10.2307/3054119>
- BOYLE, K. (2019). What's in a name? theorising the inter-relationships of gender and violence. *Feminist Theory*, 20(1), 19-36. <https://doi.org/10.1177/1464700118754957>
- BRAUN, V., CLARKE, V. (2006). Using thematic analysis in psychology. *Qualitative Research in Psychology*, 3(2), 77-101. <https://doi.org/10.1191/1478088706qp063oa>
- BRAUN, V., CLARKE, V. (2019). Reflecting on reflexive thematic analysis. *Qualitative Research in Sport, Exercise and Health*, 11(4), 589-597. <https://doi.org/10.1080/2159676X.2019.1628806>
- BROWN, C. (2004). Legislating against hate crime in New Zealand: The need to recognise gender-based violence. *Victoria University of Wellington Law Review*, 35(4), 591-608. <https://doi.org/10.26686/vuwlr.v35i3.5702>
- CARPENTER, R. C. (2006). Recognizing gender-based violence against civilian men and boys in conflict situations. *Security Dialogue*, 37(1), 83-103. <https://doi.org/10.1177/096701060606064>
- CHAKRABORTI, N. (2018). Responding to hate crime: Escalating problems, continued failings. *Criminology & Criminal Justice*, 18(4), 387-404. <https://doi.org/10.1177/174889581773609>
- CRONIN, S., MCDEVITT, J., FARRELL, A., NOLAN, J. J. (2007). Bias-crime reporting: Organizing responses to ambiguity, uncertainty, and infrequency in eight police departments. *American Behavioral Scientist*, 51(2), 213-231. <https://doi.org/10.1177/0002764207306054>
- EISENBERG, A. (2014). Expressive Enforcement. *UCLA Law Review*. 61, 858-926.
- FERNÁNDEZ-FONTELO, A., CABAÑA, A., JOE, H., PUIG, P., MORIÑA, D. (2019). Untangling serially dependent underreported count data for gender-based violence. *Statistics in Medicine*, 38(22), 4404-4422. <https://doi.org/10.1002/sim.8306>
- FRANKLIN, K. (2002) Good intentions: The enforcement of hate crime penalty-enhancement statutes. *American Behavioral Scientist*, 46(1), 154-172. <https://doi.org/10.1177/00027642020460010>
- GAGLIARDI, S., VALVERDE-CANO, A., RICE, O. (2022). Identifying and understanding barriers to investigation of gender-based hate crimes: Perspectives from law enforcement in Ireland and the United Kingdom. *Criminology & Criminal Justice*: 1-17. <https://doi.org/10.1177/17488958221120885>
- GILL, A. K., MASON-BISH, H. (2013). Addressing violence against women as a form of hate crime: Limitations and possibilities. *Feminist Review*, 105, 1-20. <https://doi.org/10.1057/fr.2013.1>
- HAIDER-MARKEL, D. P. (2001). Implementing controversial policy: Results from a national survey of law enforcement department activity on hate crime. *Justice Research and Policy*, 3(1), 29-61. <https://doi.org/10.3818/JRP.3.1.2001>

- HAIDER-MARKEL, D. P. (2002). Regulating hate: State and local influences on hate crime law Enforcement. *State Politics and Policy Quarterly*, 2, 126-160. <https://doi.org/10.1177/153244000200200>
- HARDY, S., CHAKRABORTI, N. (2020). *Blood, Threats and Fears. The Hidden Worlds of Hate Crime Victims*. Palgrave Hate Studies.
- HAYNES, A., SCHWEPPE, J. (2019). Protecting Commonly Targeted Groups in the Context of 'New Politics': The Case of Ireland. *Crime. Law and Social Change*, 71(1), 307-324. <https://doi.org/10.1007/s10611-019-09819-8>
- JOHN, N., CASEY, S. E., CARINO, G., et al. (2020) Lessons never learned: Crisis and gender-based violence. *Developing World Bioethics*, 20(2), 65-68. <https://doi.org/10.1111/dewb.12261>
- KING, R. D., MESSNER, S. F., BALLER, R. D. (2009). Contemporary hate crimes, law enforcement, and the legacy of racial violence. *American Sociological Review*, 74(2), 291 -315. <https://doi.org/10.1177/000312240907400207>
- LANTZ, B., GLADFELTER, A. S., RUBACK, R. B. (2017). Stereotypical hate crimes and criminal justice processing: A multi-dataset comparison of bias crime arrest patterns by offender and victim race. *Justice Quarterly*, 36(2), 193-224. <https://doi.org/10.1080/07418825.2017.1399211>
- LIPSKY, M. (1980). *Street-Level Bureaucracy*. Russel Sage Foundation.
- LOMBARDO, E, ROLANDSEN AGUSTÍN, L (2016) Intersectionality in European Union policymaking: The case of gender-based violence. *Politics* (Manchester, England), 36(4), 364-373. <https://doi.org/10.1177/0263395716635184>
- MANNING, P. K. (1997). *Police work: The Social Organization of Policing*. 2^a ed. Waveland Press.
- MARTIN, S. E. (1995). «A cross-burning is not just an arson»: Police social construction of hate crime in Baltimore County. *Criminology*, 33(3), 303-32. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9125.1995.tb01180.x>
- MARTIN, S. E. (1996). Investigating hate crimes: Case characteristics and law enforcement responses. *Justice Quarterly*, 13(5), 455-480. <https://doi.org/10.1080/07418829600093051>
- MASON-BISH, H., DUGGAN, M. (2020). «Some men deeply hate women, and express that hatred freely»: Examining victims' experiences and perceptions of gendered hate crime. *International Review of Victimology*, 26(1), 112-134. <https://doi.org/10.1177/0269758019872903>
- MCVEIGH, R., WELCH, M. R., BJARNASON, T. (2003). Hate crime reporting as a successful social movement outcome. *American Sociological Review*, 68(6), 843-867.
- MENAKER TA, CRAMER, RJ (2012) The victim as witness: Strategies for increasing credibility among rape victim-witnesses in court. *Journal of Forensic Psychology Practice*, 12(5), 424-438. <https://doi.org/10.1080/15228932.2012.713829>
- MINDTHOFF A, GOLDFARB D, BEHRE, KA (2019) How social science can help us understand why family courts may discount women's testimony in intimate partner violence cases. *Family Law Quarterly*, 53(3), 243-264. <https://doi.org/10.2307/1519748>

- MLAMBO-NGCUKA, P. (2020). *Violence against women and girls: the shadow pandemic*. UN Women 2020.
- MORABITO, M. S., PATTAVINA, A., WILLIAMS, L. M. (2019). It all just piles up: Challenges to victim credibility accumulate to influence sexual assault case processing. *Journal of Interpersonal Violence*, 34(15), 3151-3170. <https://doi.org/10.1177/0886260516669164>
- NOLAN, J. J., AKIYAMA, Y. (1999). An analysis of factors that affect law enforcement participation in hate crime reporting. *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 15(1), 111-127. <https://doi.org/10.1177/10439862990150010>
- NOLAN, J. J., AKIYAMA, Y. (2002). Assessing the climate for hate crime reporting in law enforcement organisations: A force-field analysis. *The Justice Professional*, 15(2), 87-103. <https://doi.org/10.1080/08884310214028>
- PERRY, B. (2010). Counting —and countering— hate crime in Europe. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 18(4), 349-367. <https://doi.org/10.1163/157181710X12816005399195>
- PHILLIPS, N. D. (2009). The prosecution of hate crimes: The limitations of the hate crime typology. *Journal of Interpersonal Violence*, 24(5), 883-905. <https://doi.org/10.1177/08862605083171>
- REINER, R. (2010). *The Politics of the Police*. 4^a ed. Oxford University Press.
- TURPIN-PETROSINO, C. (2015). *Understanding Hate Crimes: Acts, Motives, Offenders, Victims, and Justice*. Routledge.
- WALFIELD, S. M., SOCIA, K. M., POWERS, R. A. (2017). Religious motivated hate crimes: Reporting to law enforcement and case outcomes. *American Journal of Criminal Justice*, 42(1), 148-169. <https://doi.org/10.1007/s12103-016-9349-3>
- WALTERS, M. A., TUMATH, J. (2014). Gender 'hostility', rape, and the hate crime paradigm. *Modern Law Review*, 77(4), 563-596. <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12079>
- YAHYAOU KRIVENKO, E. (2020). *Gender and Human Rights: Expanding Concepts*. Edward Elgar Publishing Limited.

