

# EL DERECHO FUNDAMENTAL A VIVIR SIN VIOLENCIA DE GÉNERO

The Fundamental Right to Live Without Violence Against Women

José Fernando LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia  
Doctor en Derecho / Graduado Social  
*josefernandolousada@gmail.com*

Fecha de recepción: 30/09/2014

Fecha de aceptación: 15/11/2014

## RESUMEN

La teorización sobre el género, desarrollada por el discurso ideológico feminista, ha permitido visibilizar la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer en todas sus formas —acoso sexual y acoso sexista; violencia doméstica, delitos sexuales ...— y ha determinado la aparición de un tratamiento legal específico dirigido a la prevención y lucha contra la violencia de género, que se concreta en instrumentos internacionales y regulaciones internas que se analizan en el estudio. Nos detendremos en el reciente Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, pues aporta una serie de conceptos de interés —violencia contra las mujeres, doméstica y de género—. Toda esta normativa permite construir un auténtico derecho fundamental a vivir sin violencia de género, analizándose en último lugar su dimensión subjetiva y su dimensión objetiva.

**Palabras clave:** Violencia de género, contra la mujer y doméstica; acoso sexual y acoso sexista; discriminación sistémica; principio de transversalidad.

## ABSTRACT

Theorizing on gender, developed by the feminist ideological discourse, has helped to explain violence against women by the fact to be women in all its forms —sexual harassment and gender-based harassment; domestic violence, sexual offenses ... — and determined the appearance of a specific legal treatment aimed at preventing and combating violence against women, as embodied in international instruments and national regulations that are analyzed in this study. We will focus our attention at the recent Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, as it provides a number of concepts of interest—violence against women, domestic violence and gender-based violence. All these regulations build in gain an authentic fundamental right to live without violence, which will be analyzed on its subjective and objective dimension.

**Key words:** Gender-based violence; violence against women; domestic violence; sexual harassment and gender-based harassment; systemic sex discrimination; gender mainstreaming principle.

## I. VIOLENCIA DE GÉNERO, DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA Y PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD

No se comprende la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer en ninguna de sus manifestaciones primarias<sup>1</sup> o secundarias<sup>2</sup> si no es atendiendo al concepto de género. El término proviene del inglés “gender”. Conviene precisar que, ni en inglés ni en español, la utilización del término género en las modernas teorizaciones feministas se emparenta con la división lingüística entre el género masculino y el género femenino, ni tampoco es consecuencia de un supuesto empeño puritano para evitar la utilización de la palabra sexo con todas sus connotaciones sexuales. A lo que se alude con el término género es al conjunto de estereotipos sociales y culturales asociados al sexo de una persona, y, con este significado, se puede considerar como un neologismo. La distinción con el término sexo se encuentra en que el sexo alude a las diferencias físicas entre hombres y mujeres o, en algunas expresiones, a las diferencias físicas y a las social y culturalmente adquiridas —por ejemplo, la tradicional expresión contenida en documentos oficiales de épocas no tan lejanas para reflejar la profesión de las amas de casa

---

1. Un recordatorio no exhaustivo de sus manifestaciones primarias permite comprender lo arraigado del problema: maltrato físico, psíquico, sexual, social o económico por la pareja o familiares; matrimonios forzados; matrimonios infantiles; violencia relacionada con la dote; lapidación u otros castigos de las adúlteras; crímenes de honor; inmolación de la viuda —sati hindú—; muerte civil de las viudas; abortos forzados; abortos selectivos e infanticidio femenino; abandono de niñas; sustracción de bebés a madres solteras; violaciones, agresiones, abusos sexuales e imposición de relaciones sexuales no deseadas; raptos; tournantes, o violaciones múltiples; escisión, infibulación u otra mutilación de la totalidad o parte de los labios mayores, labios menores o clitoris de una mujer; esterilización forzada; segregación de mujeres con fistula obstétrica; abuso de medicalización de procesos naturales; trata de mujeres, adolescentes y niñas; venta de niñas; prostitución; esclavitud sexual; violaciones de guerra, campos de violación y mujeres de solaz; feminicidio íntimo directo —homicidio de una mujer por su cónyuge, pareja, familiar o similar— o relacional —se mata a una persona por su relación con la mujer cónyuge, pareja, familiar o similar—, y feminicidio no íntimo —cuando el homicida no tiene relación con la mujer—, denominándose generocidio cuando se busca la exterminación deliberada de mujeres —como la masacre de Montreal o los crímenes de Ciudad Juárez—; lesbofobia y violaciones o agresiones sexuales para “corregir” la orientación lésbica; acoso sexual y acoso sexista en el trabajo o en otras relaciones sociales, incluso de personas desconocidas.

2. Todas las manifestaciones primarias pueden ir —y de hecho suelen ir— acompañadas de manifestaciones secundarias, como la violencia estructural —dirigida a mantener la sumisión de la mujer al hombre, lo que incluye la incitación a no denunciar la violencia—, la violencia normativa —cuando el ordenamiento no ofrece una respuesta adecuada a la violencia, por ejemplo no penaliza o infrapenaliza la violencia—, la violencia institucional —cuando las instituciones no ofrecen una respuesta adecuada a la violencia, por ejemplo, la banalización de denuncias por policía, fiscalía o judicatura—, la victimización secundaria —es la violencia dirigida contra la víctima por el hecho de haber denunciado la violencia, lo que incluye el culpabilizarla de la propia situación, por ejemplo, porque provocó al hombre que la violó—, la reacción ideológica —por ejemplo, la crítica a la ideología de la igualdad—, o los ataques a los sujetos defensores de la igualdad. Las manifestaciones secundarias de violencia de género pueden ser padecidas tanto por la mujer como por otras personas con ella relacionadas, y, singularmente, sus familiares cuando ella fallezca, por ejemplo, frenando la investigación policial —es lo que se conoce como violencia de género indirecta—.

como “las labores propias de su sexo”—. Pero —de ahí la utilidad del término género— el término sexo nunca se refiere solo a las diferencias social y culturalmente adquiridas.

De este modo, y esto es a lo que íbamos, la mujer no sufre violencia por las características físicas de su sexo, sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo —esto es por el género según lo hemos definido—, unos estereotipos que, considerados en su conjunto, constituyen una superestructura ideológica de superioridad / dominación de los hombres habitualmente denominada sistema patriarcal, o patriarcado, que justifica la inferioridad / sumisión de las mujeres en todos los ámbitos de la vida de las personas, y que, como todo sistema de organización social que quiere imponerse sobre otras alternativas, evitando desviaciones, tiene instrumentos de coerción, entre los cuales destaca, precisamente, la violencia de género, que, desde esta perspectiva, se puede catalogar como el instrumento coercitivo por excelencia del sistema patriarcal. Y es que la violencia de género no solo está causada por los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo femenino, sino que, además, los transmite y los perpetúa de la manera más reproducible, o sea de manera violenta. Género y violencia resultan, en consecuencia, dos conceptos de muy estrecha conjugación en el doble sentido de que el género crea más violencia y de que la violencia crea más género.

Aunque el patriarcado se hunde en la noche de los tiempos, la identificación del género como causa de la subordinación femenina obedece a las aportaciones del movimiento de liberación de la mujer. Simone de Beauvoir, en “El segundo sexo” (1949)<sup>3</sup>, sostiene que lo que se entiende por mujer no es un producto natural —“no se nace mujer, se llega a serlo”— porque, aunque existan diferencias fisiológicas entre sexos —la maternidad y un cierta inferioridad física—, de ahí no se deduce la jerarquía entre lo masculino y lo femenino, que es una construcción social y cultural que expulsa a la mujer del mundo de la cultura o de la política. Otras obras muy relevantes fueron la de Betty Friedan “La mística de la feminidad” (1963), que es una crítica a la política de exaltación del ama de casa que lleva a las mujeres, abandonando formación y expectativas laborales, a las tareas domésticas y a depender de sus maridos, sin otras aspiraciones vitales, generando así “el malestar que no tiene nombre”<sup>4</sup>, y la de Kate Millet “Política sexual” (1970), que considera que la sexualidad tiene un cariz político, “lo sexual es político”<sup>5</sup>. El uso del término género, que aparece en la obra de Millet, lo consolidó, en 1975, Gayle Rubin como “división de los sexos socialmente impuesta”<sup>6</sup>.

Gracias a la aplicación del análisis de género al Derecho, se ha profundizado en las críticas al Derecho que desde siempre han acompañado al movimiento feminista

---

3. Hay varias ediciones en español, y la más moderna en Ediciones Cátedra, Madrid, 1999.

4. Hay edición española en Ediciones Cátedra, Madrid, 2009.

5. Hay edición española en Ediciones Cátedra, Madrid, 2010.

6. En “El tráfico de mujeres: notas sobre la economía política del sexo” (1975), con publicación en español en la *Revista Nueva Antropología de la Universidad Nacional Autónoma de México*, Distrito Federal, volumen VIII, número 030, 1985, pp. 95 a 145, disponible en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx).

desde su nacimiento en el Siglo XIX. Pero ahora las críticas no se concretan en una vindicación de derechos particulares, sino en una crítica general del Derecho a través de diversas elaboraciones encuadradas bajo el nombre de “Feminist Jurisprudence” o Teoría Feminista del Derecho, cuya tesis central —emparentando con los Critical Legal Studies, o Teoría Crítica del Derecho, que, en términos muy básicos, sostiene que el Derecho no es Razón, sino que es Poder— es la crítica de la objetividad del ordenamiento jurídico: el Derecho no representa la Razón Universal, sino la de los hombres en cuanto detentadores del Poder. En palabras de Ana Rubio Castro, “en la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa en la ley ... es así como la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica. La norma neutra, abstracta crea, a continuación, el mito de voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos que la integran”<sup>7</sup>.

Ha permitido así la Teoría Feminista del Derecho verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas, no detectable y/o no corregible según unas leyes de igualdad basadas en la idea de comparación entre hombres y mujeres para, en cuanto haya una desigualdad, proceder a la equiparación. Catharine Alice MacKinnon concreta los dos errores de esas leyes de igualdad. Uno de los errores es el de que, para su aplicación, se exija la identidad con la situación modélica prescindiendo de las diferencias de género, porque “exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma ... significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario”. El otro de los errores es el de que, como “la línea central de la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual ... hacer algo a favor de las mujeres ... queda estigmatizado como protección especial o como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez”<sup>8</sup>.

Si la discriminación de las mujeres no es un fenómeno ocasional, sino inscrito en el sistema, su erradicación no se consigue con unas leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, sino a través de unas leyes de igualdad que integren de manera activa de la dimensión de género en la elaboración y en la aplicación de las normas jurídicas y de las políticas públicas, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha

---

7. Ana Rubio Castro, “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en la obra colectiva que ella misma coordina *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer / Junta de Andalucía, Sevilla, 2004, p. 23.

8. Catharine Alice MacKinnon, *Hacia una teoría feminista del Estado* (1989), con edición en español publicada por Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, pp. 391-423, y, en especial, pp. 422 y 423.

sido el reconocimiento de derechos —como derechos de maternidad, conciliación corresponsable, democracia paritaria o, en lo que ahora nos atañe, de protección frente a la violencia de género— difícil —sino imposible— de justificar aplicando el concepto tradicional de igualdad basado en la comparación. Así las cosas, el cuestionamiento del modelo de referencia y la integración de la dimensión de género —las dos operaciones básicas del análisis feminista del Derecho—, se ha condensado en el denominado principio de transversalidad de la dimensión de género que responde con generalidad al problema también general de la institucionalización de la discriminación.

## II. EL ACOSO SEXUAL COMO EL PROTOTIPO DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Quizás el acoso sexual sea el mejor ejemplo del esquema teórico explicativo de la violencia de género porque, siendo los estereotipos sexuales elemento fundamental del género, de manera que, en nuestro entorno sociocultural, un hombre es tratado como hombre y una mujer es tratada como mujer si su comportamiento sexual es el definido por el estereotipo sexual del hombre o de la mujer, el acoso sexual obedece, no —como aparentemente se pudiera pensar— a las apetencias sexuales del agresor, sino a un estereotipo de entendimiento de la sexualidad en el cual el hombre es el cazador —es activo— y la mujer es la presa —es pasiva—. Dicho en resumen, el acoso sexual conecta directamente con la esencia del género como superestructura de dominación. Sin un análisis de género, el acoso sexual sería invisible porque, o bien no sería nada —en cuanto se justificaría como un acercamiento sexual socialmente aceptado—, o sería otra cosa —por ejemplo, una agresión sexual—. Y, en todo caso, no sería un comportamiento discriminatorio porque no habría un elemento comparativo —las mujeres podrían realizar el mismo acercamiento que un hombre sin que ello tuviera consecuencias jurídicas, o podrían ser agresoras sexuales con las mismas consecuencias jurídicas que un hombre—.

Por ello, sin la clave de género muchos acosos sexuales serían invisibles y los visibles se canalizarían a través de otros ilícitos. Y por ello, la lucha jurídica contra el acoso sexual no comienza hasta que se elabora el concepto de género, siendo—precisamente al conectar directamente con la esencia del género como superestructura de dominación— la primera manifestación de violencia de género identificada como discriminación. Catharine Alice MacKinnon así lo calificó porque “el acoso sexual ocurre no porque (la acosada) es una persona, sino porque es mujer”, porque considerar el acoso sexual como cuestión de sexualidad “ignora la substancia del significado social de pertenecer al sexo femenino, por el cual en gran medida se define a una persona como perteneciente a dicho sexo desde la perspectiva de su sexualidad”, porque “el acoso tiene lugar principalmente porque las mujeres ocupan posiciones y funciones laborales inferiores (y) al mismo tiempo el acoso sexual coadyuva a mantener a las mujeres en tales posiciones”, y porque “el acoso sexual impone restricciones a las mujeres que no se aplican a los

hombres ... crea dos normas para el empleo: la una para las mujeres, comprensiva de exigencias sexuales, la otra para los hombres, sin ellas”<sup>9</sup>.

De las elaboraciones doctrinales pasó en los Estados Unidos de América a los reglamentos de la Equal Employment Opportunities Commission, y a la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>10</sup>, incluyendo en el concepto de acoso sexual todo acoso basado en estereotipos de género —y ello aunque la víctima fuese un hombre<sup>11</sup>—. Muy pronto la teorización recibió aportes ideológicos<sup>12</sup> y reconocimientos legales en Europa<sup>13</sup>. En el ámbito comunitario, el primer logro relevante fue la Recomendación de 27.11.1991 de la Comisión, relativa a la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo, incorporando el Código de Conducta para combatir el acoso sexual, que busca “proporcionar una orientación práctica para empresarios, sindicatos y trabajadores acerca de la protección de la dignidad de la mujer y del hombre en el trabajo”. Aún se esperaron diez años para aprobar una

9. Catharine Alice MacKinnon, “Sexual harassment of working women”, *Yale University Press*, New Haven and London, 1979, pp. 9, 147 y 193, *passim* (la traducción es propia del original en inglés).

10. Caso *Meritor Savings Bank vs Vinson*, 477 US 57 (1986). Mechelle Vinson acusó al vicepresidente del Banco de Ahorros Meritor de haberla forzado a tener relaciones sexuales entre 40 y 50 veces. Como no había pérdida tangible de derechos laborales a causa del acoso sexual, la cuestión litigiosa central era si el Título VIII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, donde se declara la ilicitud de la discriminación en el empleo, solo contemplaba actos con pérdida tangible de derechos laborales. El Tribunal Supremo —de manera unánime— considera el acoso sexual discriminación sexista aunque no haya pérdida tangible de derechos laborales siempre que sean conductas graves o frecuentes, que han creado un ambiente hostil o abusivo, que no han sido bien recibidas y que están basadas en el sexo de la víctima. MacKinnon colaboró en la defensa de Vinson. Se trata de un precedente decisivo, que influyó tanto en sentencias posteriores como en el planteamiento de asuntos públicos tan relevantes como la acusación de acoso sexual de Anita Hill sobre el entonces candidato a Magistrado del Tribunal Supremo Clarence Thomas (que fue nombrado como primer Magistrado de color del TS), o el impeachment al Presidente Clinton.

11. El Caso *Mc Williams vs Fairfax County Board of Supervisors*, 72 F.3d 1191 (4<sup>th</sup> Cir. 1996), consideró acoso un ambiente de bromas obscenas a un trabajador por sus compañeros heterosexuales. Y el Caso *Steiner vs Showboat Operating Co.*, 25 F.3d 1459 (9<sup>th</sup> Cir. 1994), se refiere a una jefa de planta en un casino de Las Vegas que era ofendida por el supervisor buscando volviera a su puesto de camarera objeto sexual de los clientes. La consideración sexista de un acoso entre hombres sin mediación de un deseo sexual —con humillaciones públicas, la sodomización con un jabón y con amenazas de violación— fue avalada por el Tribunal Supremo en el Caso *Oncale vs Sundowner Offshore Services*, 523 US 75 (1998).

12. Autoras francesas, analizando la situación de las obreras en los Siglos XIX y XX, consideraron el acoso sexual una reminiscencia del derecho de pernada medieval. Por todas, ver Marie-Victoire Louis, *Le droit de cuissage: France 1860-1930*, Editions de l’Atelier, Paris, 1984, <http://www.marievictoirelouis.net>.

13. En el Reino Unido se dictó en 1986 la primera sentencia de un tribunal de apelación amparando el acoso sexual dentro de la Sex Discrimination Act de 1975. En Europa, las primeras leyes donde se contempló el acoso sexual fueron —precedente absoluto— en España —la Ley 3/1989, de 3 de marzo—, en Suecia —la Ley de 30.5.1991—, en Bélgica —el Decreto Real de 18.9.1992—, en Francia —la Ley 92-1179, de 2 de noviembre—, y en Alemania —la Ley sobre Igualdad de Hombres y Mujeres, de 24.6.1994—. Me permito remitir a lectores y lectoras interesados en las referencias comparadas de la época a mi obra *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996.

norma comunitaria vinculante, que, además del sexual, incluyó el acoso relacionado con el sexo, y calificó ambos de discriminatorios. Tal norma fue la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, actualmente refundida en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006 —artículos 2.1.c) y d) y 2.2.a)—.

En España, la redacción originaria del Estatuto de los Trabajadores (1980) no contenía ninguna referencia al acoso sexual en el trabajo, aunque su protección se podía sustentar, al amparo de su artículo 4.2.e), en el derecho de los trabajadores “en la relación de trabajo ... al respeto a su intimidad y a la consideración debida de su dignidad”. La Ley 3/1989, de 3 de marzo, con la finalidad, declarada en su Exposición de Motivos, de dar “efectividad de estos derechos genéricos”, añadió, como un inciso final del artículo 4.2.e) del ET, “comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual”. Y algo igual se hizo en la función pública —artículo 63.1 de la vieja Ley de Funcionarios Civiles del Estado—. Con posterioridad, el Código Penal (1995) introdujo un tipo penal en el artículo 184, cuya tipificación fue ampliada en la Ley Orgánica 11/1999, de 30 de abril, viniendo la redacción actual de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Y la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, introdujo una infracción autónoma de acoso sexual tipificada dentro de las muy graves, actualmente contenida en el artículo 8.13.º de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social.

Los cambios acaecidos a nivel comunitario a través de la Directiva 2002/73/CE —con su refundición la 2006/54/CE— obligaban a una mejora de la regulación española que se acomete en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. En su artículo 7 se establece, en el apartado 1, que el acoso sexual, “sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal (y) a los efectos de esta Ley”, es “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, en el apartado 2, que el acoso por razón de sexo es “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, en el apartado 3, que “se considerarán en todo caso discriminatorios (por sexo) el acoso sexual y el acoso por razón de sexo”, y, en el apartado 4, que “el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo (esto es un chantaje) se considerará también acto de discriminación por razón de sexo”.

### III. LA CONSTRUCCIÓN DE UN CONCEPTO JURÍDICO OMNICOMPENSIVO DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Con la teorización sobre el género se visualizó, no solo el acoso sexual, sino en general la violencia de género, y, en particular, la violencia doméstica, y la

realización de estadísticas específicas periódicas sobre la violencia de género, y, en particular, sobre la violencia doméstica, sirvió como constatación práctica de la cruda realidad visibilizada por la teorización sobre el género. Tal teorización y su constatación estadística fueron los primeros pasos que condujeron al tratamiento jurídico de la violencia doméstica en la década de los ochenta del Siglo XX. Quizás no sea ocioso destacar que, en las décadas previas, la violencia de género parecía no existir en los textos jurídicos. Ni una sola palabra sobre la violencia contra la mujer se contiene ni en la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1967), ni en el Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Nueva York, 1979). Aunque, obviamente, una interpretación correcta de sus normas conduce necesariamente a la proscripción de la violencia de género, y así lo hizo el Comité instaurado por el Convenio (CEDAW) en las Recomendaciones Generales 12 (1989) y 19 (1992) sobre violencia contra la mujer.

Desde la última década del siglo XX, aparecen instrumentos supranacionales. En el ámbito universal, la Declaración de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres de 1993 se sustenta en la incompatibilidad de la violencia de género con la dignidad de la persona humana y pretende eliminarla de la vida pública y privada. La Plataforma para la Acción que sigue a la Declaración de Beijing (1995), dentro de los “objetivos estratégicos y medidas”, dedica un apartado a los relativos a “la violencia” —parágrafos 112 a 130—, definiendo “la expresión violencia contra las mujeres” como “todo acto de violencia sexista que tiene como resultado posible o real un daño de naturaleza física, sexual o psicológica, incluyendo las amenazas, la coerción o la privación arbitraria de la libertad para las mujeres, ya se produzcan en la vida pública o en la privada”. En el ámbito regional americano, es destacable la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, suscrita en Belém do Pará (Brasil, 1994), que define la “violencia contra la mujer (como) cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

También encontramos varios instrumentos en el ámbito de la Unión Europea y en el ámbito del Consejo de Europa. En el ámbito del Consejo de Europa, aparte el Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (2005) y el Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual (2007), es oportuna el recordatorio de la Recomendación del Consejo de Ministros Rec (2002)5, de 30.4.2002, sobre la protección de las mujeres contra la violencia, además de la Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec (2007) 17E, de 21.11.2007, sobre normas y mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres. En el ámbito de la Unión Europea, aparte las distintas normas sobre acoso sexual y sexista —a que hemos aludido en las páginas precedentes— existen varias Resoluciones del Parlamento Europeo, como la de 11 de junio de 1986, sobre agresiones a la mujer, la de 16 de septiembre de 1993, sobre la trata de mujeres, la de 17 de diciembre de 1993, sobre la pornografía, la de 6 de mayo de 1994, sobre las violaciones

de las libertades y los derechos fundamentales de las mujeres, la de 18 de enero de 1996, sobre la trata de personas, o la de 16 de septiembre de 1997, sobre la campaña europea sobre tolerancia ante la violencia contra las mujeres.

Simultáneamente a la efervescencia de instrumentos normativos supranacionales, los Estados europeos y americanos han adoptado medidas legislativas, en particular en el ámbito de la violencia doméstica, que, siguiendo a Inmaculada Montalbán Huertas<sup>14</sup>, se pueden categorizar conforme a dos criterios. En una perspectiva sustantiva, “los Estados suelen optar entre dos fórmulas: o bien una política criminal denominada preventiva, con posibilidad de corrección desde el ámbito de la Jurisdicción Civil; o bien desde una política predominantemente represiva o punitiva a través del Derecho Penal, que también cuenta con medidas de prevención post-delictuales”. Montalbán critica la primera posibilidad porque “aumentaría la desconfianza de las mujeres en la Administración de Justicia y en las leyes pues comprobarían que el sistema legal es más benigno y tolerante con los hechos violentos cometidos dentro del ámbito familiar”, y porque “descriminalizar estos primeros hechos violentos sería tanto como tolerarlos en base a justificaciones o principios difícilmente objetivables, como puede ser el principio de oportunidad, el interés de la familia o de la pareja que, frecuentemente, se materializan de manera más perjudicial para las personas sociológicamente más débiles”.

Y en una perspectiva formal, “los Estados pueden optar por diversas fórmulas legislativas que no necesariamente se presentan de manera exclusiva”. Una de ellas son “los Planes legislativos con vigencia temporal en ejecución de los cuales se modifican o reforman leyes que tratan de atajar las causas de la violencia doméstica y se dirigen a su represión”, una fórmula —sigue diciendo Montalbán— con dos inconvenientes: “por un lado, el fraccionamiento y dispersión en el diseño de medidas jurídicas y sociales provoca una gran complejidad en la delimitación y aplicación de las políticas de prevención y sanción; de otro lado, favorece la falta de cohesión del sistema legal de respuesta y en algunos casos provoca contradicción o descoordinación en la aplicación de los recursos”. En el extremo contrario, están las leyes transversales, que no solo regulan la respuesta civil y penal, pues “también incluyen en sus textos reformas legales que afectan a distintas áreas, como la social, educativa, administrativa e institucional, con tratamiento de cuestiones como la representación de los géneros en las instituciones, la responsabilidad de los medios de comunicación en la transmisión de imágenes perniciosas para las mujeres o el tratamiento serio y riguroso de los hechos violentos”.

En España, el Código Penal —como todo el ordenamiento jurídico— rezumaba machismo antes de la Constitución de 1978. Hasta el Código Penal de 1963 estuvo vigente el uxoricidio honoris causa, que cuasi exculpaba al marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matase o lesionase en el acto a uno o a ambos adúlteros. La Ley 22/1978, de 26 de mayo, despenalizó el adulterio y

---

14. Inmaculada Montalbán Huertas, *Perspectiva de Género: criterio de interpretación internacional y constitucional* (Premio Rafael Martínez Emperador 2003), CGPJ, Madrid, 2004, p. 211 y siguientes.

el amancebamiento —mientras el hombre solo era castigado si convivía con su amante en el hogar conyugal, la mujer adúltera era siempre castigada—, y la Ley 46/1978, de 7 de octubre, derogó el rapto consentido, eliminó el incesto como delito autónomo, y suprimió las exigencias de honestidad de la mujer para ser víctima del estupro. Pero aún eran reformas insuficientes, y así, por ejemplo, no es hasta la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que se eliminan las diferencias en la falta de malos tratos cuya aplicación facultaba al esposo a “corregir” levemente a su esposa sin incurrir en infracción penal. Tampoco era inusual en la doctrina judicial exigir resistencia activa en las agresiones sexuales para entenderlas consumidas, como si la aplicación de la violencia sobre la mujer no bastase pues se entendía que alguna violencia les gustaba a las mujeres —“vis grata mulieris”—.

La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de julio, que modificó varios artículos del Código Penal para equiparar la penetración anal y oral a la vaginal a efectos del delito de violación, y para introducir los delitos de impago de pensiones y —de manera todavía muy imperfecta desde la óptica de su efectividad práctica— de malos tratos familiares, supuso la transición del “derecho penal discriminatorio” al “derecho penal masculino”. Y es que, aunque se habían superado las normas penales con diferencias según el sexo, el Código Penal, al estar construido sobre valores masculinos, no contenía normas donde se garantizasen adecuadamente los derechos de las mujeres, lo que comenzó a acaecer en los años venideros. Así, el Código Penal de 1995 introdujo —como se analizó en páginas anteriores— el delito de acoso sexual —que fue luego mejorado en 1999 y en 2003—. Por otro lado, la regulación sustantiva y procesal de los malos tratos familiares sufrió una rápida profundización dirigida a mejorar su efectividad práctica —mejoras punitivas y ordenes de protección— a consecuencia de la creciente preocupación pública, en especial desde el asesinato de Ana Orantes —que fue asesinada por su cónyuge separado tras relatar en la televisión andaluza el historial de los malos tratos sufridos—.

Último peldaño de la evolución es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Su objeto es “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, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” —artículo 1.1—. Es una ley transversal predominantemente penal. La transversalidad se manifiesta en la afectación de numerosos sectores del ordenamiento jurídico —derecho penal, procesal, administrativo, laboral—. Y la predominancia penal se acentúa con la mayor punibilidad de la agresión cometida por el hombre contra su pareja o ex pareja, lo que es constitucional—STC 59/2008, de 14 de mayo<sup>15</sup>— porque no se vulnera (1) ni el principio de igualdad al existir

---

15. La STC 59/2008, de 14 de mayo, se refiere a una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 153.1 del Código Penal, que castiga a “*el que por cualquier medio o procedimiento causare*

una finalidad legítima de erradicación de la violencia de género, siendo la mayor punibilidad funcional a esa finalidad y no resultando desproporcionada, (2) ni el principio de culpabilidad pues el hombre que agrede a su pareja o ex pareja inscribe voluntariamente su actuar en una concreta estructura social.

A lo que respecta a la definición del artículo 1.1 de la LOPIVG, su gran acierto es catalogar la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, y, en última instancia, con los estereotipos sociales y culturales de sumisión e inferioridad asociados al sexo femenino dentro de un sistema patriarcal. De este modo, la LOPIVG conecta directamente con la ideología feminista que ha servido de sustento a los instrumentos supranacionales sobre violencia de género y a los ordenamientos jurídicos de derecho comparado de nuestro entorno más cercano. Y de este modo, la LOPIVG acentúa el rasgo diferencial de la violencia contra la mujer por el hecho de ser mujer, mandando un mensaje muy claro a quienes interpretan y aplican las normas en orden a no confundir la violencia de género con otras formas de violencia que se pueden manifestar en el ámbito de las familias, ni a considerar a aquella como una subclase de la violencia intrafamiliar. Esa confusión conduciría en última instancia a un retroceso de décadas en la lucha por la igualdad, al diluir en otros conceptos el concepto de género que ha costado tanto tiempo y tanto esfuerzo visibilizar.

No obstante, la definición del artículo 1.1 de la LOPIVG se encuentra limitada porque solo se refiere a la ejercida sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”. Así las cosas, la pomposidad de la denominación de la LOPIVG se difumina, pues, si no es una ley que regula todas las formas de violencia de género, no establece una protección integral contra todas ellas. Esto obliga a dos apreciaciones. La primera es la de que hemos de acudir a otras sedes legis distintas a la LOPIVG para verificar la adecuación de la protección legal contra otras violencias de género. Un ejemplo de la época de la LOPIVG es la Ley Orgánica 3/2005, de 8 julio, para perseguir extraterritorialmente la práctica de la mutilación genital femenina, o la LOIEMH (2007), en cuanto reguló el acoso sexual y el sexista. Y la segunda es la de que, si existe violencia de género fuera del ámbito de la LOPIVG, quienes interpretan y aplican las normas deben estar ojo avizor para evitar que esas otras formas de

---

*... menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra ... sin causarle lesión ... a quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia*”. También se plantearon cuestiones de constitucionalidad en relación con el artículo 171.4 del Código Penal, que castiga a “*el que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligado a él por una análoga relación de afectividad aún sin convivencia*”. Su resolución se acometió en la STC 45/2009, de 19 de febrero, que siguió de una manera sustancial los mismos argumentos jurídicos —y asimismo contiene unos votos particulares semejantes— que la opinión mayoritaria expresada en la STC 59/2008, de 14 de mayo.

violencia de género —que pueden ser incluso innominadas— pasen desapercibidas simplemente por no estar dentro del ámbito aplicativo de la LOPIVG<sup>16</sup>.

#### IV. VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES, DOMÉSTICA Y DE GÉNERO EN EL CONVENIO DE ESTAMBUL

A 1 de agosto de 2014 ha entrado en vigor en España el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género que se firmó el 11 de mayo de 2011 en Estambul —de ahí que se suele denominar como el Convenio de Estambul—. Si hubiéramos de resumir sus objetivos —que se detallan en su artículo 1— en uno solo de pocas palabras se podría afirmar, usando una expresión del Preámbulo, que el Convenio de Estambul “(aspira) a crear una Europa libre de violencia contra las mujeres y de violencia doméstica”. En lo que ahora nos atañe, supone un importante avance en las cuestiones conceptuales, dado que define la “violencia contra las mujeres”, la “violencia doméstica”, el “género” y la “violencia contras las mujeres por razones de género”, y dado que las define —como se verá a continuación— con una importante precisión técnica. De este modo, y aún reconociendo que el derecho español vigente cubre con bastante solvencia las exigencias del Convenio de Estambul, las definiciones que contiene servirán para la interpretación y recta aplicación de las normas internas del derecho español, según el artículo 10.2 de la Constitución Española. Tales definiciones, que están en su artículo 3, son las siguientes:

(a) Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender “una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”. Resulta importante

---

16. En la realidad judicial aparecen en muchas ocasiones situaciones que acaban en un archivo de las diligencias penales por no apreciar delito o falta, y en las cuales se desarrollan comportamientos que podríamos denominar de manera muy generalista como “contumaces intentos de cortejo con dudosa técnica amatoria”, así seguir a una mujer a la que apenas se conoce, o que era una antigua compañera de instituto, cuando sale de su casa, o en el trayecto al trabajo, enviarle flores a través de mensajería, o realizar pintadas amorosas en su coche con un pintalabios, y ello incluso estando esa mujer en una relación de pareja estable y de manifestarle el rechazo a esas aproximaciones amorosas. Aunque estas situaciones las puede crear una mujer, los estereotipos de género conducen a que usualmente las cree un hombre, y cuando las crea un hombre el componente de género introduce un elemento agresivo contextual que se debería tomar en consideración para valorar si existe delito o falta de coacciones, tanto porque ese elemento existe objetivamente en la realidad social, como porque de él se aprovecha el hombre, llenando la exigencia de culpabilidad, y además lo percibe la mujer, aumentando su sufrimiento.

destacar la conexión, que aquí está explícita, entre la violencia contra las mujeres, la protección de los derechos humanos y la tutela antidiscriminación sexista. Ya en el Preámbulo del Convenio de Estambul se reconoce “con profunda preocupación que las mujeres y niñas se exponen a menudo a formas graves de violencia como la violencia doméstica, el acoso sexual, la violación, el matrimonio forzoso, los crímenes cometidos supuestamente en nombre del honor y las mutilaciones genitales”, para concluir que dichas violencias “constituyen una violación grave de los derechos humanos de las mujeres y las niñas”. Por lo demás, se aclara, con la finalidad de que las niñas no puedan quedar fuera del ámbito del Convenio de Estambul, que “el término mujer incluye a las niñas menores de 18 años”.

(b) Por “violencia doméstica” se entenderán “todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”. Se trata de una definición caracterizada por su correcta amplitud, tanto en lo que se refiere a las formas de manifestación de la violencia —a saber, física, sexual, psicológica o económica—, como en lo que se refiere al ámbito de producción de la violencia —en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de la convivencia actual o pasada—. De este modo, no solo se contemplan las relaciones conyugales y de pareja, siendo factible la violencia doméstica en el ámbito de otras relaciones en la familia o en el hogar —de padres a hijos/as, o a la inversa, o entre hermanos—. Ahora bien, la producción de la violencia de género fuera de estos ámbitos no significa su impunidad, pues aunque esos ámbitos definen la “violencia doméstica”, la violencia de género fuera de ellos encaja en las definiciones de “violencia contra las mujeres” y “violencia contra las mujeres por razones de género”.

Obsérvese que la definición ofrecida de “violencia doméstica” no se encuentra sexuada, es decir la violencia doméstica, según se define en el artículo 3 del Convenio de Estambul, es un concepto que se aplica de una manera bilateral sea la víctima un hombre o sea la víctima una mujer, e igualmente sea el agresor un hombre o sea la agresora una mujer. Tampoco en esta definición aparece una referencia explícita o implícita al género, como sí aparece tanto en la definición de “violencia contra las mujeres” como en la definición, y además en su propio enunciado, de “violencia contra las mujeres por razones de género”. Pero, aunque en la definición de “violencia doméstica” se encuentra ausente el sexo mujer, y se encuentra asimismo ausente la referencia al género, la violencia doméstica es una violencia de género contra la mujer.

En primer lugar, porque si la violencia de género contra las mujeres —según la define el Convenio de Estambul— es “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”, la violencia doméstica entre en esa definición en la medida en que “las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género”, y en que “la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada”, como expresamente se reconoce en el Preámbulo del

Convenio de Estambul. Sin perjuicio lo expuesto de que “los hombres pueden ser también víctimas de violencia doméstica”, y de que “los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de la violencia dentro de la familia”, como igualmente se reconoce en el tan citado Preámbulo.

En segundo lugar, porque —y esta es una explicación cualitativa más profunda que va más allá de la comprobación cuantitativa de la desproporción— el componente de género aparece implícito en la propia relación de pareja o familiar que contextualiza la violencia, y ese componente obliga a las mujeres normalmente de manera más intensa y más extensa que a los hombres dado que el rol de las mujeres es de sumisión, pero también a los hombres, que, desde el momento en que se desvían de sus roles de género, pueden ser sometidos a “corrección violenta”. Nos encontramos ante el denominado “efecto oveja negra”, o marginalización de aquellos hombres que no se comportan como auténticos hombres —por ejemplo, se dedican al cuidado de su familia y su hogar, se dejan dominar por su esposa, o no castigan adecuadamente sus conductas “desviadas”—.

(c) Por “género” se entenderán “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres”. El concepto de género es decisivo en la comprensión de la violencia contra las mujeres, y de ahí la relevancia de su recepción en un texto con valor normativo, algo que hasta ahora no teníamos. Importancia del concepto que es destacada en el Preámbulo del Convenio de Estambul, donde se dice expresamente que “la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género”.

(d) Por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá “toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. Con esta definición, se admite implícitamente la existencia de violencia de género contra los hombres, que puede acaecer —aunque no sea algo tan probable como la violencia de género contra las mujeres— cuando los hombres no asumen sus roles de género —por ejemplo, hombres que se dedican al cuidado de sus hijos, o, en unos términos más generales, que presentan comportamientos feminizados—.

Esta definición de “violencia contra las mujeres por razones de género”, que se construye sobre la causa de la violencia o sus efectos desproporcionados sobre las mujeres, se solapa con la definición de “violencia contra las mujeres por razones de género”, que, aludiendo también al género como causa de la violencia, es más descriptiva de comportamientos, de manera que, si las combinamos en una definición omnicompreensiva, se podría concluir que el Convenio de Estambul está contemplando una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres comprensiva de todos los actos de violencia contra una mujer porque es una mujer o porque afecta a las mujeres de manera desproporcionada, que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Con esta definición, dada su amplitud, se incluyen comportamientos

de “violencia contra las mujeres por razones de género” que superan el ámbito de la “violencia doméstica”, y es algo a considerar en la aplicación de las normas jurídicas para no incurrir en reduccionismos injustificados.

## V. LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A VIVIR SIN VIOLENCIA DE GÉNERO

A la vista de todo lo expuesto, se aprecia la existencia de un auténtico derecho a vivir sin violencia de género —a vivir entendido esto tanto en un sentido radical de no ser privado de la vida, como en un sentido más amplio de adopción libre de decisiones vitales—, que es fundamental en cuanto vinculado con la igualdad de trato entre mujeres y hombres, con el derecho fundamental a la vida y, en general, con todos los derechos fundamentales de las personas. El Convenio de Estambul lo expresa con claridad cuando establece, en su artículo 4.1, que “las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado”. Se trata, en consecuencia, de un derecho frente al Estado, concretado en un contenido prestacional desarrollado a lo largo del Convenio. Y es que, como muy bien dice Juana María Gil Ruiz, “del concepto de violencia de género se infiere de manera automática el deber de diligencia del Estado, en tanto que garante del orden y de la paz social, y ello implicaría ... establecer medidas de protección integral cuya finalidad sea prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas”<sup>17</sup>.

Nuestro ordenamiento jurídico desarrolla ese derecho a la vida sin violencia de género en el Código Penal —a través, entre otros, de los delitos de malos tratos físicos y psíquicos, agresión sexual y acoso sexual, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas, o aborto y esterilización forzosa— y en el Estatuto de los Trabajadores y el Estatuto Básico del Empleado Público —acoso sexual y acoso sexista—, así como en las leyes procesales correspondientes —en especial, la Ley de Enjuiciamiento Criminal—, y en el conjunto de normas que regulan la prevención frente a la violencia de género y la protección de las víctimas —cuyo centro neurálgico normativo se encuentra en el LOPIVG y en las normas que la desarrollan, y, en lo referido a la prevención del acoso sexual y del acoso sexista en las relaciones laborales y en la función pública, en la LOIEMH—. Que nuestro ordenamiento jurídico cumpla sustancialmente las previsiones del Convenio de Estambul no convierte en irrelevante su entrada en vigor porque la existencia de un estándar internacional asegura unos mínimos que nunca podrían ser superados

---

17. Juana María Gil Ruiz, quien, parafraseando el artículo 16 de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, afirma que, si una sociedad no asegura la garantía de los derechos “no tiene Constitución”, *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 25-26.

a la baja en el derecho interno, y ello es aún más relevante en un momento como el actual de recesión económica donde hay un importante riesgo de involución.

Siendo un auténtico derecho subjetivo, su incumplimiento debe generar consecuencias jurídicas. A nivel universal, el Protocolo facultativo del Convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999, ratificado por España) faculta a presentar demandas ante el CEDAW a “(las) personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Convenio, o en nombre de esas personas o grupos de personas”. A nivel europeo, y además de acudir al TEDH por la eventual violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950), el Convenio de Estambul insta un mecanismo de seguimiento: el Grupo de Expertos en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (GREVIO) —artículos 66 a 70—. Y a nivel interno, se puede reclamar al Estado por funcionamiento de los servicios públicos —artículo 106.2 de la CE y leyes de desarrollo—. Precisamente, el Convenio de Estambul obliga a los Estados Parte a instaurar recursos civiles adecuados contra las autoridades estatales que hubieran incumplido su deber de tomar medidas preventivas o de protección necesarias dentro del límite de sus poderes —artículo 30.2—.

Una cuestión importante que plantea la dimensión subjetiva del derecho a vivir sin violencia de género es la trascendencia de la voluntad de la víctima sobre la respuesta judicial —requisitos de procedibilidad de la acción penal, renuncia de la acción penal y/o civil, y trascendencia del perdón de la víctima—. Al respecto, el Convenio de Estambul establece que las Partes velarán por que las investigaciones o procedimientos relativos a los delitos de violencia física, violencia sexual, incluida la violación, matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas y aborto y esterilización forzosos, no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima cuando el delito se hubiera cometido, en parte o en su totalidad, en su territorio, y que el procedimiento pueda continuar su tramitación incluso cuando la víctima se retracte o retire su denuncia —artículo 55.1—. Se trata de una norma con ciertas limitaciones. Por un lado, el verbo “velarán” apunta más hacia una admonición que hacia una obligación. Por otro lado, la existencia de infracciones contempladas en el Convenio de Estambul, pero no en la norma —a saber, violencia psicológica, acoso y acoso sexual—, permite concluir que, con relación a su respuesta judicial, puede actuar la voluntad de la víctima.

En nuestro ordenamiento jurídico, las reglas generales son la perseguibilidad de oficio de todos los delitos —artículos 100 y 308 de la LECRIM— y la irrelevancia del perdón de la persona ofendida —salvo si la ley así lo prevé, artículo 130.4.º del CP—. Tales reglas generales son aplicables a los delitos de malos tratos en el ámbito doméstico —artículos 153.1 y 171.4 del CP—. Con relación a los delitos contra la libertad sexual, para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será precisa denuncia de la persona agraviada o querrela del Ministerio Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia, o denuncia del Ministerio Fiscal cuando la víctima sea menor de edad, incapaz o

persona desvalida, sin que, en estos delitos, el perdón del ofendido o del representante legal extinga la acción penal —artículo 191 del CP—. Podemos así afirmar que, en líneas generales, la legislación bien, pero otra cosa es la realidad, donde la actitud pasiva de la víctima en orden a la prestación del testimonio unido a la excesiva sobrecarga de trabajo de los órganos judiciales, conduce inexorablemente, en muchas ocasiones, al archivo de las denuncias o a la absolución de los denunciados por ausencia de pruebas, sin intentar obtener otras pruebas de cargo.

## VI. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DEL DERECHO FUNDAMENTAL A VIVIR SIN VIOLENCIA DE GÉNERO

El derecho fundamental a vivir sin violencia de género, en cuanto vinculado con la igualdad de trato entre mujeres y hombres, con el derecho fundamental a la vida y, en general, con todos los derechos fundamentales, va más allá de su dimensión subjetiva para configurar una dimensión objetiva o, si se quiere, institucional, que se compadece —dada la vinculación del derecho fundamental a vivir sin violencia de género con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres— con la consideración de la igualdad como un valor superior del ordenamiento jurídico español y como un principio jurídico —artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución—. Así entendida, la dimensión objetiva o institucional del derecho fundamental a vivir sin violencia de género presiona sobre su parte normativizada, básicamente formada por derechos subjetivos, para su continua revisión y para su permanente mejora. Tal fuerza expansiva de la tutela frente a la violencia de género vincula de manera principal al Poder Legislativo, aunque también a los demás Poderes Públicos. Y, en consecuencia, los operadores jurídicos —y, especialmente, los jueces y las juezas— deben interpretar las normas en el sentido más favorable a la efectividad de este derecho fundamental a vivir sin violencia de género<sup>18</sup>.

La “interpretación contra violencia” encuentra, además, dos apoyos normativos explícitos. Uno es el artículo 2 de la LOPIVG, en cuanto, entre los fines que se quieren alcanzar con las medidas legales de protección integral contra la violencia de género, se contempla —en la letra k)— el de “garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia

---

18. Siguiendo una línea argumental semejante, Inmaculada Huertas Montalbán afirmó, en defensa de la utilización de la perspectiva de género en la aplicación de las normas, que “dentro del pacto constituyente español existe el compromiso de los Poderes Públicos y entre ellos el Poder Judicial, de identificar y respetar los derechos constitucionales afectados por la violencia de género ... así como la obligación y deber de implantarlos progresivamente con sus actuaciones ... en el ámbito del Poder Judicial, la llave para la implantación de los valores constitucionales se encuentra en la práctica judicial, a través de la interpretación y aplicación de las reglas de juego o normas conforme a los principios y criterios aprobados democráticamente por la sociedad española”, *Perspectiva...*, obra citada, p. 223.

de género”. Otro es el artículo 4 de la LOIMEH, según el cual “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”. Esta norma presenta una redacción mucho más precisa tanto en orden a establecer, en caso de duda jurídica, una interpretación a favor de la igualdad —“favor aequalitatis”—, como en orden a utilizar la igualdad —y, por extensión, la finalidad de tutela contra la violencia de género— como elemento integrador de las lagunas normativas, bien lagunas de regulación —es decir, ausencia de norma jurídica aplicable—, bien lagunas axiológicas —es decir, cuando la norma jurídica aplicable desconoce el valor de la igualdad de género—.

Precisamente, en el ámbito de la tutela de la violencia de género —debido sin duda a la novedad de esa institución en el ordenamiento jurídico español— aparecen numerosos ejemplos de lagunas axiológicas y, aunque se han solucionado muchas legalmente, en especial en la LOPIVG al regular la incidencia de la violencia de género sobre la relación laboral de la víctima y sobre determinadas prestaciones sociales, otras se han resuelto gracias a loables intervenciones judiciales<sup>19</sup>, y, en fin, otras están pendientes de una solución legal o judicial que debería favorecer la tutela contra la violencia: ¿es accidente de trabajo la agresión a la mujer realizada por su pareja o por su ex pareja en el tiempo y en el lugar de trabajo o al ir o al volver del trabajo? ¿puede el padre disfrutar el permiso de paternidad y devengar, en su caso, el correspondiente subsidio, si el matrimonio o la pareja se han separado por causa de violencia de género? ¿cómo influye en la configuración de la unidad económica de convivencia a los efectos de acceso a pensiones no contributivas la disgregación de la unidad por violencia de género? ¿debemos considerar desaparecidas las cargas familiares de la madre separada o divorciada cuando los hijos/as que tiene a su custodia son secuestrados por el padre?<sup>20</sup>

---

19. Así, la STSJ/Madrid de 31 de mayo de 2001, RS 2213/2001, flexibilizó el requisito del alta para el acceso a la viudedad cuando, por la denuncia de malos tratos de la viuda, el esposo —extranjero— fue expulsado de España, determinando la pérdida del trabajo y su desvinculación de la Seguridad Social, de donde la denegación de la pensión por falta de alta resultaba ser efecto perverso de la denuncia. Otro ejemplo donde la intervención judicial eliminó el efecto perverso de una normativa no contempladora de la violencia de género es la STSJ/Castilla La Mancha de 14.7.2010, RS 539/2010. La demandante reclamaba, por ser conviviente more uxorio, pensión de viudedad, la cual le fue denegada por no encontrarse conviviendo con carácter inmediato al fallecimiento del causante —según exige el artículo 174.3 de la LGSS—. Pero la causa de la no convivencia era que se acordó una orden judicial de alejamiento, de donde la pensión se concede porque la denegación supondría “un perjuicio a la persona que se quiere proteger, precisamente como consecuencia de las medidas de protección legalmente establecidas”. Y un último ejemplo donde la intervención judicial eliminó el efecto perverso de una normativa no contempladora de la violencia de género es la STSJ/Cantabria de 22 de enero de 2009, RS 1108/2008, que inaplicó el requisito legal de ser acreedor de pensión compensatoria para acceder una mujer separada a la viudedad cuando no se solicitó esa pensión compensatoria debido a la situación de violencia de género.

20. Me permito de remitir a lectores y lectoras a mi estudio “La integración de la tutela contra la violencia de género en la Seguridad Social”, en el libro dirigido por Lourdes Mella Méndez *Violencia de género y Derecho del Trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 701-719.