

**LA (IN)TRASCENDENCIA
CONSTITUCIONAL DE LA
PERSPECTIVA DE GÉNERO:
Reflexiones a partir de las dos decisiones
del Comité CEDAW condenatorias
de España**

Octavio Salazar Benítez

© UNED. *Revista de Derecho Político*
N.º 111, mayo-agosto 2021

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL CASO DE ÁNGELA GONZÁLEZ CARREÑO. 2.1. Los hechos. 2.2. Estereotipos de género y administración de justicia. 2.3. El cumplimiento de las decisiones del Comité Cedaw. 3. EL CASO DE S.F.M. 3.1. El largo recorrido administrativo y judicial de S.F.M. 3.2. La decisión del Comité CEDAW. 3.3. La violencia obstétrica como violencia de género; 4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y PERSPECTIVA DE GÉNERO; 5. LA FORMACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LOS OPERADORES JURÍDICOS; 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 05/06/2020
Fecha aceptación: 26/01/2021

LA (IN)TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: Reflexiones a partir de las dos decisiones del Comité CEDAW condenatorias de España

Octavio Salazar Benítez ¹

1. INTRODUCCIÓN

La reciente Decisión del Comité CEDAW (en adelante, Comité), adoptada el 28 de febrero de 2020, tras la comunicación presentada por S.F.M, y por la que se condena por segunda vez al Estado español por un asunto relacionado con la violencia que sufren las mujeres², plantea varios interrogantes relacionados con la eficacia de los instrumentos garantistas de la igualdad en nuestro país, empezando por la falta

¹ Este artículo ha sido redactado en el marco del Proyecto GENDER, *Generando una interpretación del Derecho en clave de igualdad de género*, PROYECTOS DE I+D+i «RETOS INVESTIGACIÓN», DEL PROGRAMA ESTATAL DE I+D+i ORIENTADA A LOS RETOS DE LA SOCIEDAD, EN EL MARCO DEL PLAN ESTATAL DE INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA Y TÉCNICA Y DE INNOVACIÓN, Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (2019-2021). Datos de contacto: Octavio Salazar Benítez. Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Córdoba. Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. C/Puerta Nueva s/n. 14071 Córdoba (España). N.º ORCID: 0000-0002-1294-8662 Email: dp1sabeo@uco.es

² El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer (CEDAW) es el órgano de 23 expertos/as independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer. Los países adheridos al Protocolo Facultativo de la CEDAW adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, entre ellos España, tienen la obligación de presentar al Comité informes periódicos relativos a la aplicación de los derechos amparados por la Convención. El Comité examina los informes y formula a cada Estado Parte sus recomendaciones en forma de observaciones finales. De conformidad con el Protocolo citado, el Comité tiene entre sus competencias: 1) recibir comunicaciones de personas o grupos de personas que le presenten denuncias sobre violaciones de los derechos amparados por la Convención; 2) iniciar investigaciones sobre casos de violaciones graves o sistemáticas de los derechos de las mujeres. Estos procedimientos son facultativos y sólo están disponibles si el Estado interesado los ha aceptado y; 3)

de perspectiva de género en los procesos judiciales y³, por ende, en la misma formación y sensibilización de los agentes encargados de interpretar y aplicar el Derecho. Incluso nos permite cuestionarnos hasta qué punto nuestro Tribunal Constitucional está actuando como máximo garante de la igualdad real de mujeres y hombres, si tenemos en cuenta que en ambos casos rechazó el correspondiente recurso de amparo, argumentando en el asunto más reciente la ausencia de «trascendencia constitucional», mientras que en el primero — Decisión del Comité CEDAW de 17 de julio de 2014, comunicación presentada por Ángela González Carreño— fue inadmitido al no haberse justificado debidamente dicha trascendencia.

De manera más específica, el caso de Angela G. C., debido al itinerario judicial seguido tras la Decisión del Comité, nos interpela sobre las obligaciones contraídas por los Estados al suscribir tratados internacionales y sobre la eficacia jurídica que pueden tener las decisiones de órganos derivados de dichas normas. A su vez, la Decisión más reciente nos sitúa frente a la necesidad de superar el limitado concepto de «violencia de género» de la legislación española, tal y como por otra parte exige el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 11 de mayo de 2011), en vigor en nuestro país desde 2014. Ambas cuestiones bastarían para avalar lo que en el primer caso no hizo la defensa jurídica y en el segundo no reconoció el TC, es decir, la trascendencia constitucional de unos asuntos en los que se ponen de manifiesto: 1º) la íntima conexión entre las violencias que sufren las mujeres y su discriminación sistémica; 2º) la necesidad de incorporar, de manera principal y transversal, la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho.

formular recomendaciones generales, que se remiten a los Estados y desarrollan los contenidos de los artículos que figuran en la Convención o materias relacionadas.

³ Uso el término perspectiva de género al ser el más extendido y consolidado entre la doctrina e incluso a nivel normativo, tanto nacional como internacional, pero asumo sus limitaciones e incluso adelanto como conclusión la necesidad de ir incorporando al ámbito jurídico la perspectiva «feminista». En este sentido, coincido con Itziar Gómez, la cual señala que «la perspectiva feminista en la exégesis de los textos legales y en su aplicación jurisprudencial ofrece una herramienta que permite valorar las medidas adoptadas para superar la superación del sesgo de género en el sistema jurídico, así como permite identificar los sesgos de género en las estructuras jurídicas. Una herramienta que exige reconocer que el conocimiento feminista es un conocimiento situado, como lo es el conocimiento generado por los hombres, pero situado en un espacio, y a veces en unos tiempos distintos. Una herramienta que exige la capacidad de desmotar las falacias intrínsecas de conceptos como neutralidad del derecho, análisis formal de las normas o interpretación sistemática. Una herramienta con un potencial que aún no ha sido suficientemente desarrollado». GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 11, noviembre 2019.

2. EL CASO DE ÁNGELA GONZÁLEZ CARREÑO

2.1. *Los hechos*

El 16 de julio de 2014 el Comité hizo pública la Decisión mediante la que condenaba a España a partir de la comunicación presentada por Angela González Carreño, la cual alegaba ser víctima de una violación por el Estado español de los artículos 2 a), b), c), d), e) y f); 5 a); y 16 solo y conjuntamente con los artículos 2 y 5 de la CEDAW. Recordemos cuál fue la dramática situación que llevó a esta ciudadana a acudir a esta instancia internacional, después de no haber obtenido una respuesta adecuada por parte de los Tribunales españoles, en un momento en el que nuestro país no contaba con unos instrumentos específicos de protección frente a la violencia de género, como los que se desarrollarían a partir de la entrada en vigor de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOVG).

La autora de la comunicación había sido objeto de violencia física y psicológica por parte de su marido, F.R.C., durante la convivencia, antes y después del matrimonio. Una vez separados, y teniendo ella la guarda y custodia de su hija Andrea, Angela presentó más de 30 denuncias ante la Guardia Civil y los juzgados en materia civil y penal, y solicitó repetidamente órdenes de alejamiento del marido respecto a ella y su hija. También solicitó un régimen de visitas vigilado y el pago de la pensión de alimentos. A pesar de las múltiples denuncias, F.R.C. solo fue condenado una vez, el 24 de octubre de 2000, por una falta de vejaciones. Los juzgados emitieron órdenes de alejamiento en favor de Angela. Sin embargo, solo una de ellas, emitida el 1 de septiembre de 2000 por el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Coslada y válida por dos meses, incluía a Andrea. F.R.C. la recurrió y el juzgado la dejó sin efecto respecto a Andrea, por considerar que la orden entorpecía el régimen de visitas y podía perjudicar gravemente las relaciones entre padre e hija. Otras órdenes judiciales de alejamiento en favor de la autora fueron violadas por F.R.C. sin ninguna consecuencia legal para él. El 27 de noviembre de 2001 el juzgado emitió la sentencia de separación matrimonial, la cual ignoró las múltiples denuncias por abuso formuladas por la autora y no hizo referencia a los malos tratos habituales como causa de la separación. El Juzgado núm. 1 de Navalcarnero emitió una orden el 6 de mayo de 2002 autorizando las visitas no vigiladas. La autora apeló esta decisión sin éxito.

Durante los meses que duraron las visitas no vigiladas, los servicios sociales emitieron varios informes dando cuenta del deseo de Andrea de no pasar más tiempo con su padre, más allá del régimen existente; que era probable que existieran situaciones inadecuadas consistentes en reiteradas preguntas sobre la vida privada y afectiva de la madre y comentarios confusos del padre a la menor; y que era muy necesario mantener un seguimiento continuado del régimen de visitas. El 24 de abril de 2003, tres años después de que la autora solicitara el uso de la vivienda familiar, tuvo lugar una

audiencia judicial por este asunto, al término de la cual, F.R.C. se acercó a ella y le dijo que le quitaría lo que más quería.

En la tarde de ese mismo día la autora acudió a los servicios sociales con Andrea para la visita prevista con su padre. Cuando acudió a recogerla horas más tarde no habían llegado. Después de esperar durante una hora, y ante la falta de respuesta de F.R.C. a sus llamadas telefónicas, Ángela acudió a la policía a denunciar los hechos y pedir que un agente se personara en el domicilio de F.R.C. Cuando los agentes lo hicieron encontraron los cuerpos sin vida de Andrea y su padre. Este tenía un arma en la mano. La investigación policial concluyó que F.R.C. había disparado a la niña antes de darse muerte. El 12 de junio de 2003 el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Navalcarnero exoneraba a F.R.C. de responsabilidad penal por el asesinato de su hija al haberse suicidado.

Tras estos dramáticos acontecimientos, Ángela inicia un largo recorrido en el que reclama la responsabilidad del Estado por la actitud negligente de las autoridades administrativas y judiciales. Este periplo comienza el 23 de abril de 2004, cuando presenta ante el Ministerio de Justicia una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Ante el rechazo de esta, interpone el 14 de junio de 2007 un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional, que fue rechazado el 10 de diciembre de 2008. El 27 de febrero de 2009, la autora recurrió en casación ante el Tribunal Supremo, que desestimó el recurso el 15 de octubre de 2010. Finalmente, el 30 de noviembre de 2010 la autora acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, alegando la violación de sus derechos a obtener un recurso efectivo, a la seguridad, a la vida e integridad física y moral, a no ser sometida a tratos inhumanos o degradantes, y a la igualdad ante la ley. El 13 de abril de 2011 el Tribunal rechazó el recurso, al no haberse justificado suficientemente su «trascendencia constitucional»⁴.

2.2. Estereotipos de género y Administración de Justicia.

Como hemos apuntado, los dramáticos hechos que provocan la comunicación de Ángela G.C. ante el Comité se produjeron en un contexto en el no existían en nuestro país los instrumentos normativos que poco tiempo después entrarían en vigor, como tampoco la conciencia social en torno a la violencia de género, alentada gracias al cambio de paradigma que supuso la LOVG⁵. Una norma a la que tres años después

⁴ El argumento principal sostenido por el Estado español frente a las reclamaciones de la autora fue que la vía elegida, la exigencia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, no era la adecuada, habiéndose debido usar la del error judicial, previsto en el artículo 292.12 y siguientes de la LOPJ. El posible error judicial debería haber sido juzgado por el Tribunal Supremo, ante el que la autora no recurrió, por lo que se mantuvo que no había agotado las vías internas. El Comité mantiene lo contrario, ya que la autora había interpuesto varios recursos administrativos y judiciales reclamando la responsabilidad del Estado por anormal funcionamiento de la administración de justicia, llegando hasta el TC.

⁵ Recordemos que «antes del asesinato de la hija de la autora a manos de su excónyuge, y posterior suicidio de este, no existía en el ordenamiento jurídico español una orden de protección —aunque en la práctica judicial se dictaban órdenes de alejamiento utilizando una habilitación general contenida en el

se sumaría la LO 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH). Ambas leyes marcarían un punto de inflexión en el tratamiento jurídico de la desigualdad de género en nuestro país. Ello no quiere decir que más de una década después de su entrada en vigor, el escenario sea plenamente igualitario, o que se hayan conseguido eliminar del ámbito judicial determinadas prácticas o prejuicios de épocas anteriores, pero sí se han ido introduciendo conceptos, herramientas y prácticas que están suponiendo un lento pero significativo avance en lo que a igualdad de mujeres y hombres se refiere.

Por ejemplo, en los últimos años se ha empezado a poner el foco en la protección de los y las menores de edad en cuanto víctimas de la violencia de género, una cuestión que durante años se mantuvo invisible o en un lugar secundario, tal y como dramáticamente nos pone de manifiesto el caso analizado⁶. Una primera, y muy tímida, respuesta normativa se produjo con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (en particular, art. 11.2.i) Posteriormente, el Pacto de Estado contra la violencia de género de 2017 insistió, en su eje 4, en la necesidad de intensificar la asistencia y protección de menores: «La protección específica de los y las menores parte de su reconocimiento como víctimas directas y lleva aparejada la necesidad de ampliar y mejorar las medidas dirigidas a su asistencia y protección con la implantación de nuevas prestaciones en los casos de orfandad como consecuencia de la violencia de género; de revisar las medidas civiles relativas a la custodia de los menores; de fomentar las actuaciones de refuerzo en el ámbito educativo y de impulsar la especialización de los Puntos de Encuentro Familiar para los casos relacionados con la violencia de género»⁷. Una primera concreción de estos compromisos fue el Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, el cual incluyó entre sus medidas la modificación del artículo 156 del Código Civil, que pasó a tener la siguiente redacción: «Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por

legislación procesal para la adopción de medidas cautelares—, las vejaciones en el seno de la pareja eran faltas, no existía un marco normativo integral de protección de las víctimas de violencia de género en la relación de pareja, los medios a disposición de los órganos judiciales en relación con la violencia de género eran muy limitados, no había órganos judiciales especializados en la materia, no se impartía formación a los jueces y juezas ni a otros funcionarios/as públicos, y, dicho en líneas generales, la actuación de los tribunales tendía, en efecto, a salvaguardar en los procesos de separación y divorcio las relaciones de los padres con sus hijos/as sin atender a situaciones de violencia de género —de hecho, no era habitual establecer un régimen de custodia vigilada como la que se acordó por el órgano judicial durante tres meses, y que más adelante acordó levantar—.» LOUSADA AROCHENA, J. F. (2015), «El caso González Carreño contra España», *Aequalitas*, núm. 37, p. 12.

⁶ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2018) «Hijas e hijos víctimas de la violencia de género. Acción legislativa y hermenéutica judicial», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8, septiembre 2018.

⁷ Las medidas específicas que se contemplan en dicho eje responden en su mayoría a las deficiencias que el Comité CEDAW había señalado con respecto a la protección de las menores de edad en situaciones de violencia doméstica.

atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos.»⁸ A todo ello habría que añadir las previsiones de la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

Más allá de la debida protección de los y las menores de edad en cuanto víctimas de la violencia de género, buena parte de los lastres de nuestro sistema judicial, y que tienen que ver con aplicación todavía muy limitada de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación de las normas, fueron puestos en evidencia en la comunicación que Angela planteó ante el Comité. Así, la autora insistió en cómo buena parte de las decisiones erróneas tomadas por las autoridades españolas estuvieron marcadas por estereotipos de género, tales como que «cualquier padre, incluso el más abusador, debe gozar de derechos de visita y de que siempre es mejor para un niño ser educado por su padre y su madre; ello sin realmente valorar los derechos de la menor e ignorando que ésta había manifestado tener miedo de su padre y rechazaba el contacto. Los tribunales dieron por sentado que es mejor tener contacto con un padre violento que no tener ningún contacto con él». Es decir, más que la valoración del riesgo evidente de la hija hubo una insistencia continua por parte de los servicios sociales y los tribunales para que se «normalizara» la relación con su agresor, sin tomar en consideración ni sus intereses ni sus opiniones. Es decir, las autoridades no evaluaron de manera efectiva si el agresor era una persona que merecía disfrutar del régimen de visitas, sino que asumieron el derecho de un padre a mantener contacto con su hija independientemente de sus acciones en el contexto familiar. El Comité ratifica en su Dictamen estos argumentos, al considerar que el régimen de visitas del que pudo disfrutar el padre obedeció a «una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad».

En el Dictamen se recuerda que, de acuerdo con el art. 2 (a) de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer; y que en virtud de los artículos 2 f) y 5 a) tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente las leyes y reglamentaciones existentes, sino también las costumbres y las prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. De manera más específica, tienen asimismo la obligación de adoptar todas las medidas

⁸ A ello habría que añadir las recientes reformas legislativas identifican a los y las menores de edad como víctimas de violencia de género. Así lo hace, por ejemplo, la ley andaluza 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género (art.1 bis)

adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares (art. 16.1). Al respecto, el Comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que, en consecuencia, la judicatura no debería aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica. En el presente caso, el Comité considera que las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia, incumpliendo sus obligaciones en relación con los artículos 2 a), d), e) y f); 5 a); y 16, párrafo 1 d), de la Convención⁹.

Comprobamos pues como el Comité establece una conexión íntima entre el mantenimiento de estereotipos y la actuación discriminatoria. De ahí que en las Recomendaciones que hace al Estado español insista en la necesidad de «proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19».

2.3. El cumplimiento de la Decisiones del Comité CEDAW

Junto a las que podríamos denominar cuestiones sustantivas, el caso de Angela G.C. plantea otra cuestión de carácter adjetivo pero de indudables repercusiones en cuanto a la protección de los derechos fundamentales. Me refiero a la inexistencia en nuestro ordenamiento de un cauce procesal que permita a nivel interno reclamar el cumplimiento de las medidas acordadas en su caso por el Comité, en aquellos casos en que falte la voluntad política de asumir dicho cumplimiento¹⁰. El largo periplo

⁹ A dichas obligaciones habría que añadir las obligaciones de los Estados miembros del Consejo de Europa en cuanto a la protección de los menores de edad en el contexto de situaciones de violencia de género, en virtud del art. 8 CEDH, y tal y como ha insistido la jurisprudencia del TEDH en casos como los siguientes: *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, sentencia de 12 de junio de 2008; *A. c. Croacia*, sentencia de 14 de octubre de 2010; *Hajduová c. Eslovaquia*, sentencia de 30 de noviembre de 2010; *Kalucz c. Hungría*, 24 de abril de 2012; *Kowal c. Polonia*, sentencia de 18 de noviembre de 2012; *Irene Wilson c. Reino Unido* 23 de octubre de 2012; *Eremia y otros c. la República de Moldavia*, sentencia de 28 de mayo de 2013; *C. c. Reino Unido*, sentencia de 13 de marzo de 2012.

¹⁰ Como nos recuerda Itziar Gómez, «actualmente en el ordenamiento español, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pueden ser consideradas, con algunas limitaciones, títulos que permiten la reapertura de procedimientos jurisdiccionales internos y la obtención por esa vía de resoluciones que ejecuten lo ordenado. Pero no sucede lo mismo con las resoluciones de los Comités. Ni siquiera después de la sentencia del Tribunal Supremo a la que estamos haciendo ahora referencia. Si bien la estructura y contenido de las resoluciones de los Comités, así como los procedimientos que se siguen para su adopción, permiten establecer un paralelismo claro entre las sentencias de los tribunales

judicial seguido por Angela nos ilustra a la perfección hasta qué punto la ausencia de ese mecanismo incide en una adecuada satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, el cual, a su vez, en el caso que nos ocupa, es o debería ser una dimensión esencial del derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia.

Con base en el Dictamen, Angela siguió dos vías de reclamación: 1ª) El 16 de octubre de 2014 presentó un recurso extraordinario de revisión al amparo del artículo 118.2 de la ley 30/1992, en el que solicitó que se dejase sin efecto la resolución de 3 de noviembre de 2005, que había denegado la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y se procediese a cumplir con los dispositivos del Dictamen del Comité de la CEDAW 47/2012. Tras obtener el 17 de julio de 2015 una decisión administrativa contraria a sus intereses, planteó un recurso contencioso administrativo que fue desestimado por la sección 3ª de la Sala de lo contencioso administrativo de la Audiencia Nacional (sentencia de 25 de abril de 2016), con base en una reiterada doctrina jurisprudencial que impide la compatibilidad sucesiva o simultánea entre un recurso extraordinario de revisión, como el intentado, respecto de una decisión administrativa que ha sido objeto de decisiones judiciales firmes. Esa respuesta judicial fue recurrida en casación, siendo el recurso desestimado; 2ª) El 6 de febrero de 2015 Ángela G.C. presentó una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Ante el silencio de la Administración dedujo nuevo recurso contencioso administrativo, esta vez por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, solicitando la condena de la Administración al cumplimiento de los dispositivos del Dictamen y al abono de una indemnización. El recurso fue desestimado por la sentencia de 2 de noviembre de 2016, dictada por la sección 3ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

Tras esta decisión, la demandante acude al Supremo a través de un recurso de apelación, el cual, en su sentencia 1263/2018, de 17 de julio, abre una línea jurisprudencial, a mi parecer acertada, sobre el papel del Estado como garante y promotor de los derechos humanos. La sentencia recuerda la obligación que tiene el Estado de preservar el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de género, y estima que el Dictamen del Comité sí que puede servir de presupuesto para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial. La conclusión del Supremo es tajante: «El Derecho Internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son Derecho que el Estado, como Estado democrático de Derecho, debe respetar y aplicar efectivamente de manera que los derechos y libertades que la Constitución y

regionales de los sistemas de protección de derechos humanos y estas decisiones, lo cierto es que no se trata de sentencias, ni se asocia a las mismas efecto alguno de cosa juzgada, ni se pueden utilizar para reabrir procesos judiciales internos concluidos mediante sentencia firme». GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), «Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios (comentario a la sentencia 1263/2018 del tribunal supremo)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, Número 7, julio-agosto 2019.

los tratados internacionales celebrados por España proclaman, sean reales y concretos». En consecuencia, y «dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación».

Como señala Itziar Gómez, «resulta interesante como el Tribunal Supremo <<transforma>> el incumplimiento de las obligaciones positivas respecto del art. 14 CE (o el 2 de la CEDAW), en un incumplimiento de las obligaciones negativas respecto de la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), argumentando que en los procedimientos <<judiciales que revisaron la práctica administrativa no se dio amparo efectivo al derecho de la recurrente a no ser discriminada, todo ello con indudable y grave afectación de su dignidad humana y de su derecho a la integridad moral — artículo 15 de la Constitución Española — que, como derecho esencial y básico de toda persona, es la base ontológica que hace posible todos los demás>>. De este modo, la lesión de un privado, a la que se asocia la desatención de la posición de garante de los derechos atribuida al Estado, transmuta en lesión directa del poder público, incapaz de reparar el derecho fundamental a la igualdad efectivamente conculcado»¹¹.

En todo caso, entiendo que, más allá de la apertura de una línea jurisprudencial que está por ver si se consolidará en el futuro, nuestro ordenamiento sigue careciendo del cauce procesal oportuno que otorgue eficacia real a instrumentos jurídicos como las Decisiones del Comité CEDAW. Ante la laguna, habría sido muy oportuno un pronunciamiento del TC al hilo de este caso¹², el cual debería haber abordado la necesidad de arbitrar mecanismos eficaces para la protección de derechos fundamentales, de acuerdo con las exigencias del art. 10.2 CE¹³. Un pronunciamiento del máximo intérprete de nuestra Constitución que podría haber dejado resueltas las dudas que, antes de la sentencia del Supremo, se planteaba el magistrado Lousada Arochena: «¿por qué el Estado español ratifica un Protocolo Facultativo que atribuye competencia al CEDAW si después no va a cumplir sus recomendaciones? ¿por qué el Estado español se molesta en defenderse frente a las comunicaciones si considera que no le vinculan las decisiones

¹¹ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), ob. Cit.

¹² Recordemos, por ejemplo, como el TC se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la ejecución de las sentencias del TEDH. Entre otras, recordemos las sentencias 245/1991, de 16 de diciembre; 197/2006, de 3 de julio; 313/2005, de 12 de diciembre, o más recientemente el ATC 131/2018, de 18 de diciembre.

¹³ «El artículo 10.2 de la Constitución, en fin, genera una obligación de resultado, que impone el que la atribución de significado a los derechos y libertades constitucionales realizada por los órganos del Estado (a todos ellos, judiciales o no) se ajuste al significado de lo interpretado de dichos tratados» GUTIÉRREZ ESPADA, C. (2018), «La aplicación en España de los dictámenes de Comités Internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2018), Vol. 10, nº 2, pág. 847.

del CEDAW? ¿dónde está la lógica de que en el Protocolo Facultativo se exija agotar las vías internas cuando esas vías internas, precisamente por haberse agotado y haber recaído sentencias firmes, son inatacables por lo que resuelva el CEDAW?»¹⁴. Es evidente que nuestro sistema constitucional sigue sin «tomarse en serio» el valor de los Tratados como canon hermenéutico de la Constitución en materia de derechos, lo cual exigiría no solo mecanismos procesales que permitieran la ejecución de resoluciones de organismos internacionales, sino también la debida formación/sensibilización de los operadores jurídicos en cuanto a la virtualidad del art. 10.2 CE. Ello, a su vez, nos remite a una cuestión que por su relevancia excede de los límites de este trabajo, y que no es otra que cómo articular el diálogo entre tribunales y cómo resolver lo que podríamos llamar «derecho a la última palabra». Este diálogo, inevitable y deseable incluso si pensamos en un contexto global en el que no deja de ampliarse el contenido de los derechos fundamentales y en el que aparecen «nuevos» derechos¹⁵, no ha de entenderse como una limitación de la autonomía del juez nacional sino en todo caso como un proceso de revisión de una Administración de Justicia, y de una cultura jurídica en general, que ha de responder con eficacia a la lógica compleja de un sistema multinivel de protección de derechos¹⁶. Este reto no es más que la traducción en términos de la función que implica «juzgar y ejecutar lo juzgado» de una teoría de la democracia que en el siglo XXI no puede ser sino «compleja», lo cual implica la irremediable intervención en los procesos democráticos de múltiples actores e instancias¹⁷.

3. EL CASO DE S.M.F.

3.1 *El largo recorrido administrativo y judicial de S.M.F.*

La más reciente condena a España por incumplimiento de las obligaciones a que debe atender al ser parte de la CEDAW plantea, entre otras muchas cuestiones jurídicas de interés, la necesidad de ampliar el concepto de violencia que sufren las

¹⁴ LOUSADA AROCHENA, J.F. (2015), ob. Cit., pág. 15.

¹⁵ Sobre el diálogo judicial en materia de derechos, véase GÓNZALEZ HERRERA, D. (coord.) (2015), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch. Sobre la importancia de dicho diálogo en cuanto a la protección de nuevos derechos véase BARRERO ORTEGA, A. (2019), *Nuevos derechos y garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch.

¹⁶ Sobre esta cuestión, se ha discutido si el Protocolo nº 16 al CEDH, el cual incorpora una «vía incidental de diálogo», implica o no una limitación de la autonomía de los jueces y las juezas nacionales. Véase RUIZ RUIZ, J. J. (2018), «El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicial en la protección de los derechos fundamentales: de torno al Protocolo nº 16 al CEDH», *Teoría y realidad constitucional*, nº 42, 2018, págs. 453-482.

¹⁷ Véase INNERARITY, D. (2019), *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg.

mujeres, introduciendo, como de hecho ya lo hace alguna ley autonómica¹⁸, el más amplio que nos ofrece el Convenio de Estambul. Además, y tal como ya había puesto de manifiesto el caso de Ángela G.C., nos plantea hasta qué punto la perspectiva de género continúa estando ausente no solo en los procesos jurídicos, sino también en otros ámbitos como puede ser el sanitario. Todo ello, a su vez, nos permite interrogarnos una vez más sobre cómo entiende nuestro TC la trascendencia constitucional de una presunta violación de derechos fundamentales.

Tal y como se relata en la comunicación, su autora fue objeto de unas prácticas en el momento del parto que consideró lesivas de derechos y que podrían identificarse como un claro ejemplo de violencia obstétrica¹⁹. Dichas prácticas tuvieron una serie de consecuencias, físicas pero también psicológicas y emocionales, tanto en la madre como en la recién nacida. Tras esta lamentable experiencia, S.M.F. inició un larguísimo recorrido por instancias, administrativas y judiciales, las cuales respondieron o bien con el silencio, o bien con la negación de que hubiese habido una mala praxis y, por lo

¹⁸ Es el caso de la Ley andaluza 7/2018, de 30 de julio, por la que se modifica la Ley 13/2007, de 26 de noviembre, de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género.

¹⁹ En concreto, los hechos fueron los siguientes: Al llegar al hospital, el 26 de septiembre de 2009, fue sometida a una serie de intervenciones, todas innecesarias y realizadas sin prestarle información ni contar con su consentimiento. Dichas intervenciones afectaron muy negativamente su salud física y psíquica, su integridad moral y la salud de su bebé. En concreto, tras ser ingresada, de inmediato se le realizó un primer tacto vaginal. En total, en las 48 horas siguientes, fue objeto de diez tactos vaginales. 25 minutos después de realizar el octavo, se le suministró oxitocina intravenosa para inducir, estimular o adelantar el parto, sin requerir su consentimiento sin informarle sobre sus efectos adversos. La comunicación indica que la oxitocina produjo en la autora aumento del dolor, convulsiones, vómitos frecuentes de color oscuro, escalofríos y fiebre, y que los registros de monitorización fetal pasaron a ser preocupantes. Se le realizó el noveno tacto vaginal mientras seguía sufriendo de vómitos y fiebre. Ya en el paritorio fue sometida a un último tacto vaginal y solicitó incorporarse para dar a luz, pero no le fue permitido. Sin mediar información, el personal sanitario le cortó la vagina con una tijera y extrajo a su hija mediante ventosa. A los pocos segundos del nacimiento, se llevaron a su hija y le dijeron que no podría verla hasta las 12 del mediodía del día siguiente. La hija fue llevada a la unidad de neonatología con 38, 8° de fiebre, causada por la bacteria *E. coli*. La autora sostiene que, tal y como ha sido resaltado por estudios científicos que previenen en contra de los tactos vaginales excesivos, este tipo de contaminación probablemente resultó de los diez tactos vaginales que le impusieron. La autora quedó en estado de shock mientras le cosían la episiotomía y extraían la placenta. La comunicación sostiene que la extracción manual de la placenta puede ser lesiva para el suelo pélvico y los órganos internos de la madre, por lo que debe realizarse únicamente tras más de 30 minutos después del nacimiento, únicamente cuando no se produjese de forma natural, y tras haber intentado aplicar maniobras de ayuda. En el caso de la autora, ni se esperaron los 30 minutos preceptivos, ni se realizaron las maniobras previas. La hija permaneció siete días ingresada en la unidad de neonatología para recibir un tratamiento antibiótico que podría haberse administrado sin separarla de su madre. Durante esos siete días, solamente permitieron el acompañamiento materno durante 15 minutos cada tres horas, y paterno durante dos únicos intervalos de 30 minutos al día. Además, le dieron biberones sin el permiso de la madre, quien quería dar de lactar a su hija, cosa que no le fue permitida. Lo ocurrido le provocó a la autora un trastorno de estrés postraumático, para el cual tuvo que acudir a terapia psicológica. En particular, la separación de su hija tras el nacimiento causó estragos en la relación entre el bebé y sus progenitores. La autora necesitó además tratamiento de fisioterapia especializada en rehabilitación del suelo pélvico para la recuperación de los daños producidos por la episiotomía, imposibilitándole mantener relaciones sexuales durante dos años.

tanto, rechazando la exigencia de responsabilidad que planteaba. Inicialmente presentó quejas ante tres instancias administrativas — el Hospital Xeral-Calde de Lugo, el área de calidad y atención al paciente del Servicio Gallego de Salud y el Comité de ética del hospital — que quedaron sin respuesta. Posteriormente, el 21 de diciembre de 2011, presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial de la administración pública por el funcionamiento de los servicios sanitarios, la cual fue rechazada por la Consejería de Sanidad de la Junta de Galicia el 18 de septiembre de 2013. El 8 de enero de 2014, la autora interpuso un recurso contencioso-administrativo, siendo desestimado el 5 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santiago de Compostela. El 27 de noviembre de 2015, apeló la resolución anterior considerando que la sentencia de instancia no había respondido al deber de motivación de las resoluciones judiciales y que había obviado completamente la valoración de la prueba documental y pericial en materia de obstetricia y cuidados neonatales. El 23 de marzo de 2016, el recurso de apelación fue desestimado por la sección primera del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En todos estos pronunciamientos los Tribunales insistieron en confirmar que no había habido una mala praxis sanitaria. Finalmente, el 25 de abril de 2016, la autora presentó un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual fue inadmitido el 21 de febrero de 2017, al considerar que el caso no presentaba «especial transcendencia constitucional».

Tras este largo periplo judicial, S.M.F. acudió al Comité CEDAW alegando que la patologización de su parto mediante un abuso de medicación e intervencionismo médico había vulnerado sus derechos reconocidos por los artículos 2, 3, 5 y 12 CEDAW. En concreto, la autora alegó no solo lesión de su integridad física y moral, sino también de su autonomía personal y del derecho a acceder a unos servicios sanitarios de calidad y libres de violencia.

3.2. *La decisión del Comité CEDAW*

La comunicación de M.S.F al Comité CEDAW fundamenta la exigencia de responsabilidad del Estado español en dos argumentos principales: 1) la consideración de la obstétrica como un tipo de violencia que sólo puede ejercerse sobre las mujeres y que constituye una de las formas más graves de discriminación; 2) la discriminación basada en estereotipos de género, cuyo propósito es perpetuar estigmas relacionados con el cuerpo de la mujer y sus funciones tradicionales en lo que respecta a la sexualidad y a la reproducción. Además, la autora insiste en cómo se le ha negado un derecho esencial de cualquier persona, cual es el de prestar su consentimiento ante cualquier práctica sanitaria, contemplado tanto en el Derecho Interno — Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica —, como en varios instrumentos

internacionales²⁰. Tal y como se planteó en el caso de Ángela G.C., también en éste es una parte esencial de la argumentación de la autora la persistencia de estereotipos de género en las decisiones de los Tribunales españoles — la mujer callada y sumisa, entre ellos —, los cuales habrían distorsionado la percepción de los hechos y habrían dado lugar a una decisión basada en creencias preconcebidas y mitos. Asimismo, llama la atención sobre como España, a diferencia de otros países, todavía no ha identificado la violencia obstétrica como una forma de violencia de género.

El Comité aborda, en primer lugar, la cuestión relativa a la admisibilidad de la comunicación ya que el Estado español argumenta la falta de agotamiento de recursos internos, al no haber la autora presentado una demanda por vulneración de derechos fundamentales, sino una reclamación de responsabilidad patrimonial seguida de un contencioso-administrativo y de un recurso de amparo. El Comité insiste en que «la vía seguida por ella se configura como una vía legal y legítima para agotar la vía interna, y que el requisito de agotamiento de los recursos internos no implica que deba agotar todos los recursos disponibles sino solamente asegurar que el Estado parte tenga la posibilidad de conocer y eventualmente reparar una violación a los derechos reconocidos por la Convención antes de que el Comité considere la comunicación». Al respecto, el Comité recuerda la jurisprudencia del TEDH, según la cual los autores de una comunicación individual no tienen la obligación de agotar todas las vías disponibles, sino que deben dar al Estado parte la oportunidad, a través de un mecanismo pertinente elegido, de remediar la cuestión en su jurisdicción.

Con relación a la violencia obstétrica, el Comité, basándose en el Informe que sobre la misma publicó la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra la mujer en 2019, afirma que prácticas como la episiotomía «puede tener efectos físicos y psicológicos en la madre, puede ocasionar la muerte y puede constituir vio-

²⁰ La autora cita los siguientes: La Recomendación general núm. 24 (1999) del Comité sobre la mujer y la salud, indica que solo son aceptables los servicios que se prestan si se garantiza el consentimiento previo de la mujer con pleno conocimiento de causa, se respeta su dignidad, se garantiza su intimidad y se tienen en cuenta sus necesidades y perspectivas, insistiendo en la importancia del acceso a la información para garantizar la realización plena del derecho a la salud sexual y reproductiva; el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la observación general núm. 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y la observación general núm. 22 (2016) sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, en las que establece que la falta de información sobre cuestiones relacionadas con la salud sexual y reproductiva de las mujeres impide que sus derechos humanos se realicen de forma efectiva. Además, recuerda cómo para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, , sentencia de 29 de octubre de 1992, párr. 77; *R.R. c. Polonia*, , sentencia de 26 de mayo de 2011, párr. 197), la restricción a otorgar la información de manera adecuada y efectiva pone en peligro el derecho a la salud física y psicológica de las mujeres, con efecto nocivo en situaciones tan sensibles como el embarazo; y el acceso a la información sobre el estado de salud de una persona resulta de aplicación y protección inmediata en aquellas situaciones en las que hay una rápida evolución de la enfermedad del individuo y donde su capacidad para tomar decisiones relevantes se ve reducida , como puede ser un embarazo o un parto con complicaciones.

lencia de género y un acto de tortura y tratamiento inhumano y degradante»²¹. En este sentido, el Comité recuerda que, como hizo en el caso de Ángela G.C., de acuerdo con el art. 2.a CEDAW, los Estados parte tienen la obligación de asegurar la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer, y que, en virtud de los artículos 2 f) y 5, tienen la obligación de adoptar medidas apropiadas a fin de modificar o abolir no solamente leyes y reglamentaciones, sino también costumbres y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Al respecto, el Comité considera que la aplicación de estereotipos afecta el derecho de la mujer a ser protegida contra la violencia de género y que las autoridades encargadas de analizar la responsabilidad por tales actos deben ejercer especial cautela para no reproducirlos. En el presente caso, el Comité observa que existía una alternativa a la situación vivida por la autora, y que las autoridades administrativas y judiciales del Estado español aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias.

En consecuencia, el Comité, además de reconocer los daños sufridos por la autora y de pedir una reparación apropiada, plantea al Estado español las siguientes recomendaciones:

- 1) Asegurar los derechos de la mujer a una maternidad sin riesgo y el acceso de todas las mujeres a una atención obstétrica adecuada, en consonancia con la recomendación general núm. 24 (1999) sobre la mujer y la salud; en particular, proporcionar a la mujer información adecuada en cada etapa del parto y requerir su consentimiento libre, previo e informado en todos los tratamientos invasivos durante la atención del parto, excepto en situaciones en las cuales la vida de la madre y/o del bebé esté en riesgo, respetando la autonomía de la mujer y su capacidad para tomar decisiones informadas sobre su salud reproductiva;
- 2) Realizar estudios sobre la violencia obstétrica en el Estado parte que permitan visibilizar la situación y así orientar las políticas públicas de lucha contra dicha violencia;
- 3) Proporcionar capacitación profesional adecuada a los trabajadores obstétricos y otros trabajadores de la salud en materia de derechos de salud reproductiva de la mujer;
- 4) Asegurar el acceso a recursos eficaces en los casos en que los derechos de salud reproductiva de la mujer hayan sido violados, incluido en casos de violencia obstétrica, y proporcionar capacitación al personal judicial y al personal encargado de velar por el cumplimiento de la ley.

²¹ El Informe, titulado «Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica» puede consultarse en <https://undocs.org/es/A/74/137> (consultada: 25/07/20).

3.3. La violencia obstétrica como violencia de género

Además de la recomendación relativa a la capacitación del personal judicial, entendemos que en materia de igualdad de género, y por tanto como garantía frente los tratos discriminatorios y violentos que lesionan los derechos fundamentales de las mujeres, y que ya vimos cómo también se planteó en el caso de Ángela G.C., el Comité insiste en la necesidad de que se visibilice la violencia obstétrica como una forma más de violencia contra las mujeres²². Para ello es fundamental partir del presupuesto de que las violencias, que de manera genérica podríamos llamar machistas o patriarcales, son el producto y la expresión de unas estructuras sociales, culturales y políticas, e incluso económicas, que mantienen a las mujeres en una situación de *subdiscriminación*²³. Este cambio de paradigma, en el que lleva década insistiendo el iusfeminismo, implica superar un Derecho antidiscriminatorio basado en la concepción liberal e individualista de la igualdad, asumiendo que el género nos remite a relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, o, lo que es lo mismo, al eje opresión/dominio como sustentador del estatuto devaluado de aquéllas. Solo desde este cambio de paradigma será posible luchar de manera eficaz contra las violencias que sufren las mujeres, las cuales constituyen en sí mismas una forma de discriminación y afectan de manera singular al dominio que se sigue ejerciendo sobre sus cuerpos²⁴.

²² La violencia obstétrica «puede definirse como el tipo de violencia ejercida por el profesional de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Esta clase de violencia se expresa mayoritariamente —aunque no con exclusividad— en el trato deshumanizado hacia la mujer embarazada, en la tendencia a patologizar los procesos reproductivos naturales y en múltiples manifestaciones que resultan amenazantes en el contexto de la atención de la salud sexual, embarazo, parto y post parto», BELLI, L.F. (2013), «La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos», *Revista Redbioética/UNESCO*, Año 4, 1 (7): 25-34, Enero - Junio 2013, pág. 28. Encontramos una definición legal en Venezuela, en concreto en Ley Orgánica sobre el Derecho de las mujeres a una vida libre de violencia publicada el 19 de marzo de 2007, en la que se define como: «La apropiación del cuerpo y procesos reproductivos de las mujeres por prestadores de salud, que se expresa en un trato jerárquico deshumanizador, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad impactando negativamente en la calidad de vida de las mujeres». En el art. 51 se incluyen como actos constitutivos de violencia obstétrica: 1) No atender oportuna y eficazmente las emergencias obstétricas. 2) Obligar a la mujer a parir en posición supina y con las piernas levantadas, existiendo los medios necesarios para la realización del parto vertical. 3) Obstaculizar el apego precoz del niño o niña con su madre sin causa médica justificada, negándole la posibilidad de cargarlo o cargarla y amamantarlo o amamantarla inmediatamente al nacer. 4) Alterar el proceso natural del parto de bajo riesgo, mediante el uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer. 5) Practicar el parto por vía de cesárea, existiendo condiciones para el parto natural, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer.

²³ Uso el concepto que propone BARRÈRE UNZUETA, M.A. (2019), *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubdiscriminatorio*, Santiago- Chile, Olejnik, pág. 332.

²⁴ Véase el volumen colectivo editado por RODRÍGUEZ RUIZ, B. (2019), *Autonomía, Género y Derecho. Debates en Torno al Cuerpo de las Mujeres*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Desde esa perspectiva, es fácil deducir que las violencias que sufren las mujeres con relación a sus derechos sexuales y reproductivos, y muy especialmente durante el embarazo y en el momento del parto, podría identificarse como un tipo más de violencia machista²⁵. Estamos, por tanto, ante un problema no solo de salud pública, sino también de derechos humanos y que nos remite a una cuestión finalmente política como son las relaciones de poder que también se establecen entre los profesionales de la salud y las puérperas, desde el momento en que la autonomía de éstas queda en entredicho o es literalmente anulada²⁶. Entre otras cosas, porque con carácter habitual se vulneran derechos reconocidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, tales como el derecho a la información (art. 4) o el que se conoce como «consentimiento informado» (art. 8), el cual implica, por tanto, la negativa a cualquier tratamiento o práctica con la que la paciente no esté conforme²⁷. En estos casos, además, es más complicado que los tribunales evalúen los daños psicológicos y emocionales, en el contexto de unos litigios en los que más

²⁵ Así, por ejemplo, se desarrolla en la tesis doctoral de la que es autora Eva Margarita García, y que fue defendida en la Universidad Autónoma de Madrid en 2018 con el título «La violencia obstétrica como violencia de género. Estudio etnográfico de la violencia asistencial en el embarazo y el parto en España y de la percepción de usuarias y profesionales» (<https://repositorio.uam.es/handle/10486/684184>) El término «violencia obstétrica» se utiliza ampliamente en América del Sur, pero no se usa todavía en el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que, a fin de abordarlo en el actual marco internacional de los derechos humanos de las mujeres, la Relatora Especial también utiliza el término «violencia contra la mujer durante la atención del parto. En el plano regional, el Comité de Expertas del Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará, que fue el primer mecanismo en reconocer la violencia obstétrica como violación de los derechos humanos, recomendó a los Estados la promulgación de leyes que penalicen la violencia obstétrica. Como resultado de ello, varios países de la región de América Latina y el Caribe han promulgado leyes que tipifican como delito la violencia obstétrica.

²⁶ «Existe un proceso de amaestramiento, despersonalización, infantilización y cosificación de la mujer que comienza durante las visitas prenatales, continúa durante la preparación al parto y culmina en el momento del parto. Al final de este proceso la parturienta queda reducida, con la excusa de la obtención de un feto vivo, a un cuerpo sin alma, un simple campo de trabajo quirúrgico», FERNÁNDEZ GUILLÉN, F. (2017) «¿Qué es la violencia obstétrica? Algunos aspectos sociales, éticos y jurídicos», *Dilemata*, 7, pág. 113.

²⁷ «Las prácticas obstétricas más habituales consideran, por lo general, que las mujeres no adoptamos decisiones informadas, sino que tenemos simples «preferencias», que pueden ser graciosamente concedidas o rechazadas por el médico. Se nos excluye, por tanto, de las normas sobre consentimiento informado recogidas en la legislación nacional y en los convenios internacionales. En lugar de utilizar el concepto legal de «toma de decisiones libres e informadas» que recoge la vigente Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se usan expresiones que rebajan el poder de decisión de la mujer como «participar en la toma de decisiones» o «las decisiones se adoptarán de forma conjunta entre el médico y la paciente» o «se informará siempre a la paciente con carácter previo a la realización de...». La ley no habla de compartir las decisiones ni de «solo» informar, sino de un poder de la persona que va a someterse a un tratamiento o intervención que se ejerce libremente y de forma autónoma» FERNÁNDEZ GUILLÉN, F., ob. cit., pág. 121.

habitual es que falte la perspectiva de género²⁸. Es esta perspectiva la que nos debería llevar a conectar la violencia obstétrica con «la alta tecnificación y la concepción del parto como un proceso en cadena, que lo despersonaliza y desnaturaliza», lo cual provoca que «las mujeres no sean tratadas en su globalidad sino como enfermas a las que hay que someter a procedimientos médico-quirúrgicos²⁹. Todo ello en el marco de una relación asimétrica, que le da un singular poder a los profesionales de la salud en cuanto que son los únicos autorizados a intervenir en el cuerpo de las mujeres³⁰.

Entiendo, por tanto, que la respuesta de España a la recomendación del Comité debería suponer no solo la identificación de la violencia obstétrica como una forma más de violencia contra las mujeres, sino también la regulación expresa y detallada de cuáles son los derechos de las mujeres durante el embarazo y muy especialmente en el momento del parto³¹. Así lo dejó claro el ya citado Informe sobre violencia contra la mujer en los servicios de salud reproductiva: «El maltrato y la violencia contra las mujeres en los servicios de salud reproductiva y durante la atención del parto se examinan en el informe como parte de una forma continuada de las violaciones que se producen en el contexto más amplio de la desigualdad estructural, la discriminación y el patriarcado, y también son consecuencia de una falta de educación y formación y de la falta de respeto a la igual condición de la mujer y a sus derechos humanos. Las mujeres y las niñas sufren ese tipo de violencia cuando solicitan otras formas de aten-

²⁸ «Igual que ocurre con la violencia doméstica, la que se produce en un paritorio sólo llega a los tribunales cuando provoca lesiones físicas muy graves. El trato vejatorio que muchas veces ha precedido al daño físico queda oculto, igual que la herida emocional que acompaña estas situaciones. Una secuela típica del maltrato obstétrico es el síndrome de estrés posttraumático (...) Por lo general, los litigios por mala praxis obstétrica los llevan profesionales que se dedican a negligencias médicas y que no suelen conocer ni entrar en cuestiones de género. El proceso que ha conducido a esa mujer y a ese bebé a la situación que, finalmente, ha producido el daño, suele quedar subsumido en el resultado. (...) Otro inconveniente es que los procedimientos de responsabilidad civil y patrimonial se quedan cortos cuando hablamos de derechos humanos. Sencillamente, chocan con el estrecho concepto de «negligencia médica» y «responsabilidad civil». Por su parte, el Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa presenta inconvenientes prácticos que lo hacen inviable en muchos casos». FERNÁNDEZ GUILLÉN, F., ob. cit., pág. 125

²⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, P.A.; AGUILAERA ÁVILA, L. (2017) «La violencia obstétrica, otra forma de violencia contra la mujer. El caso de Tenerife», *Revista de Investigación en Mujer, Salud y Sociedad*, 2017, Vol. 2, Núm. 2, págs. 56-74, <https://www.raco.cat/index.php/MUSAS/article/view/327635> [Consultada: 26-05-2020].

³⁰ «La relación asimétrica que existe entre las mujeres y los profesionales de la salud revela una desigualdad, tanto simbólica como real, que dificulta el ejercicio de los derechos básicos de la mujer. La patologización del parto de bajo riesgo constituye de por sí un proceso en el que se ejerce la violencia simbólica y epistémica y se ocultan pluralidad de voces, especialmente aquellas que desafían esta mirada cientificista... Las mujeres son desplazadas por la autoridad del saber médico, De este modo, se refuerza la idea de legitimización de la intervención y control por parte de los profesionales de la salud por sobre la voluntad de las mujeres», BELLI, L.F., ob., cit, págs. 27 y 28.

³¹ Como referente tenemos el caso de Argentina, país que cuenta con la Ley 25929, del 25 de agosto de 2004, de Protección del Embarazo y del Recién Nacido, conocida con el nombre de Ley de Parto Humanizado.

ción de la salud sexual y reproductiva como exámenes ginecológicos, el aborto, tratamientos de fecundidad y anticonceptivos y en otros contextos de salud sexual y reproductiva» (punto 9).

El Informe plantea un largo listado de recomendaciones a los Estados, que parten de la urgencia de responder al «problema del maltrato y la violencia contra las mujeres en los servicios de salud reproductiva y en la atención del parto desde una perspectiva de derechos humanos». Además de la necesidad de incidir en los factores estructurales que contribuyen y en muchos casos amparan este tipo de violencia, a los que habría que sumar las limitaciones presupuestarias que en muchos casos impiden una prestación adecuada de los servicios sanitarios, se insiste en el objetivo de formar adecuadamente a todo el personal sanitario en materia de derechos humanos de las mujeres. Este objetivo está a su vez íntimamente relacionado con el que insiste en la sensibilización de «*los abogados, los jueces y los ciudadanos* acerca de los derechos humanos de las mujeres en el contexto de la atención del parto, a fin de garantizar el uso eficaz de los recursos previstos en la ley».

4. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Más allá de las cuestiones específicas que en materia de violencia machista se plantean en los dos casos analizados, resulta de interés señalar como en ambos las mujeres que acuden al Comité CEDAW, tras haber agotado las posibilidades internas de protección o en su caso reparación, habían planteado un recurso de amparo ante el TC. En el caso de Angela G.C., el recurso fue inadmitido porque el TC estimó que dicha relevancia no había sido argumentada en la demanda³², lo cual revela, como mínimo, la falta de recursos argumentativos desde el punto de vista de la transversalidad del género en quienes desde el punto de vista jurídico asesoraron a la demandante³³. Con respecto al amparo planteado por S.M.F., el TC estimó que el asunto

³² Este caso nos plantea el interrogante de si efectivamente la reforma introducida en el recurso de amparo en 2007 implica una carga pesada para quienes demandan y, en consecuencia, un obstáculo más en la garantía efectiva de los derechos fundamentales. Este interrogante nos llevaría a cuestionar el sentido de una reforma que tuvo como objetivo aligerar el trabajo del Tribunal Constitucional y no tanto desarrollar un sistema más eficaz de garantía de los derechos fundamentales, el cual pasa por convertir de una vez por todas a los tribunales ordinarios en los auténticos garantes de ellos, una cuestión pendiente desde hace más de 40 años en nuestro país y que exige reformas tanto sustantivas como procesales, además de las que habrían de incidir en la formación/sensibilización de un Poder Judicial cuya función habría de ser no solo «juzgar y ejecutar lo juzgado» (art. 117.3 CE) sino también, y de manera principal, tutelar los derechos y libertades (art. 53.2 CE).

³³ Con relación a la formación de la abogacía en la perspectiva de género, debemos destacar, a nivel europeo, el Proyecto TRAVAW, impulsado desde la Fundación Europea de la Abogacía (*European Lawyers Foundation*), para dar formación especializada en género a profesionales de la abogacía en la lucha contra la violencia machista (<https://elf-fae.eu/travaw/>). En nuestro país cabe destacar la publicación en

carecía de relevancia constitucional, si bien desconocemos los argumentos que llevaron a esta evaluación, ya que lamentablemente no se hacen públicos en las Providencias mediante las que se desestiman los recursos.

Fue la reforma de la LOTC llevada a cabo por la LO 6/2007 de 24 de mayo, la que introdujo entre los requisitos a cumplir por la demanda de amparo la justificación de «la especial trascendencia constitucional del recurso». Sin entrar en el análisis del principal objetivo perseguido con la reforma — la reducción de número de amparos presentados y la progresiva traslación a los jueces ordinarios de la función de protección de los derechos fundamentales — y mucho menos sin valorar sus limitados efectos en la práctica — entre otras cosas, porque la misma no ha conseguido cambiar una muy consolidada «cultura», especialmente en la Abogacía pero también en la Judicatura, que ha llevado a interpretar el acceso al TC como una especie de última instancia, al tiempo que se ha mantenido una cierta desconfianza con respecto a la efectiva protección de los derechos por parte de la jurisdicción ordinaria —, pasada más de una década de la entrada en vigor de la reforma todavía nos preguntamos qué ha de entenderse por «trascendencia constitucional»³⁴. El art. 50.1b) LOTC avanza algún elemento más, al señalar que la misma «se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales». Tampoco el propio TC ha sido especialmente clarificador en la jurisprudencia posterior a la reforma³⁵. Esta situación de inseguridad jurídica se acrecienta dada imposibilidad de conocer los argumentos en los que en cada caso el TC se apoya para negar la trascendencia constitucional de aquellos recursos que inadmite.

2017, por la Fundación Abogacía Española de la Guía «Enfoque de género en la actuación letrada» (<https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2017/12/GUIA-ENFOQUE-DE-GENERO-3.pdf>), así como la labor formativa impulsada por la Comisión de Igualdad del Consejo General de la Abogacía Española. En la misma línea cabrían citar los Informes del Consejo General del Poder Judicial —Grupo de Expertos y Expertas en Violencia Doméstica y de Género— que desde hace varios años vienen insistiendo en la necesidad de capacitar profesionalmente a juezas y jueces y demás operadores que trabajan en los juzgados en perspectiva de género.

³⁴ MORALES ARROYO, J. M^a (dir), (2014), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional: (el camino hacia la objetivación del amparo constitucional en España)*, Cizur Menor, Aranzadi; NARANJO ROMÁN, R. (2019), *El recurso de amparo: la especial trascendencia constitucional en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch.

³⁵ Apenas si contamos con los muy genéricos, y en ocasiones hasta ambigüos o en el mejor de los casos obvios, criterios que ofreció en la STC 155/2009: «Que la violación denunciada haga referencia a un problema o aspecto relativo a un derecho fundamental, respecto al cual no exista jurisprudencia constitucional»; «Que el recurso ofrezca al TC la posibilidad de cambiar su propia jurisprudencia»; «Que la supuesta violación de un derecho fundamental deriva directamente de una ley o de otra disposición de carácter general»; «Que se haya formado una interpretación jurisprudencial seguida de manera constante y consolidada, la cual es considerada por el TC contraria a la Constitución»; « Que el juez haya incumplido claramente la obligación de seguir la interpretación indicada por el TC»; « Que el problema expuesto plantee una cuestión jurídica de relevancia social, económica o política general, que podrá presentarse, sobre todo, si bien no exclusivamente, en referencia a determinados recursos de amparos electorales o parlamentarios»

En los dos casos que estamos analizando, parece evidente, o debió serlo, que se planteaban lesiones de derechos fundamentales de las mujeres con entidad más que suficiente para sustentar su trascendencia constitucional. En el primer caso, la ausencia de argumentación del recurso ni siquiera permitió que el TC pudiera valorar la relevancia del asunto desde el punto de vista de la igualdad de género. Entiendo que la trascendencia constitucional del asunto era más que evidente no solo por los derechos fundamentales puestos en juego, sino porque en el momento de producirse los hechos no existían los mecanismos jurídicos protectores frente a la violencia de género que se fueron aprobando posteriormente y en cuanto que el fondo del asunto planteaba una cuestión jurídicamente relevante, y a la que el TC no se había enfrentado con anterioridad, cuál era la consideración de los hijos y de las hijas como víctimas de dicha violencia, y en consecuencia la necesidad de garantizar la protección de sus derechos fundamentales. En el segundo, en el que sí se alegó la trascendencia constitucional, resulta sorprendente que el Tribunal no la tuviese en cuenta, cuando se daban motivos sobrados para, de acuerdo con su doctrina, entender que en el mismo planteaba cuestiones relevantes e inéditas desde el punto de vista de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Ante la carencia en nuestro ordenamiento jurídico de previsiones específicas sobre la garantía de la dignidad y de la autonomía de las mujeres en el momento del parto, y ante la insuficiencia garantista que en la práctica plantean los instrumentos normativos que garantizan la autonomía del paciente, el TC habría tenido una magnífica oportunidad para definir con precisión estas cuestiones, teniendo presentes las obligaciones internacionales contraídas por España y amparándose en la necesaria interpretación «evolutiva» de nuestro marco constitucional en lo que se refiere al reconocimiento y protección de derechos de las mujeres, tales como el que otros contextos se ha definido como «a vivir una vida libre de violencia» o los que de manera genérica podríamos calificar como «derechos sexuales y reproductivos».

En todo caso, la posición del TC tal vez no resulta tan sorprendente si analizamos la escasa presencia de la perspectiva de género en sus argumentaciones jurídicas³⁶. De

³⁶ Ello contrasta con la experiencia de otros países, como por ejemplo es el caso de México, en el que la Suprema Corte de México publicó en 2013 un Protocolo para juzgar con perspectiva de género, el cual se ha integrado en varias sentencias del Tribunal, convirtiéndose en vinculante. En Colombia, el Tribunal Constitucional, que cuenta con una unidad especial de igualdad de género, ha dictado diversas sentencias aplicando la perspectiva de género. En Argentina, se estableció en la provincia de Neuquén el primer observatorio de sentencias con perspectiva de género, conectado a la oficina de la mujer del Tribunal Supremo y todo ello junto a protocolos de observación de muertes violentas de las mujeres. En Perú, la Corte Suprema también promovió el establecimiento de criterios vinculantes que jueces y juezas deben seguir en la impartición de la Justicia en casos de feminicidios. En el Sudeste asiático, los jueces y las juezas de la zona se reunieron con la Comisión Especial de ONU Mujeres para discutir sobre el acceso de las mujeres a la justicia. El resultado fue la adopción de «The Bangkok General Guidance for Judges in Applying Perspective». Se trata de un protocolo judicial que integra recomendaciones y directrices generales que orientan a la judicatura para una valoración probatoria sin estereotipos de género, a la vez que incorpora los principios de igualdad y no discriminación de acuerdo con los

hecho, apenas la encontramos, y sin que sea expresamente aludida como tal, en los pronunciamientos sobre la constitucionalidad de la LOVG — por todas, STC 59/2018 — y en los que de manera reiterada se ha enfrentado a la discriminación indirecta de las mujeres en el ámbito laboral (SSTC 145/91, 253/2004, 61/2013, 71/2013, 72/2013, 116/2013, 110/2015, 91/2019). Por el contrario, en recientes pronunciamientos sobre asuntos especialmente sensibles desde el punto de vista de la igualdad de mujeres y hombres — la venta de anticonceptivos de urgencia (145/2015); la educación diferenciada por razón de sexos (SSTC 31/2018 y 74/2018); el acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad (ATC 119/2018); la igualación de los permisos de maternidad y paternidad (SSTC 111/2018, 117/2018, 138/2018 y 2/2019) —, lo que llama más la atención es la ausencia de dicha perspectiva, que sí se encuentra presente en algunos de los votos particulares formulados en dichas decisiones³⁷. A los asuntos citados, hay que añadir las sentencias en las que el TC se ha pronunciado sobre la adopción de medidas que garantizan la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los cargos públicos representativos — por todas, STC 12/2008 —, en las que se hace una argumentación desde una perspectiva del Derecho antidiscriminatorio clásica y liberal, ya que toda la fundamentación se apoya en la búsqueda de legitimidad de las «acciones positivas» que, en virtud del art. 9.2 CE, permiten «romper» con la igualdad formal del art. 14. Sin embargo, el TC no aprovecha la ocasión para fundamentar la constitucionalidad de dichas medidas en el principio de paridad y en la necesidad de superar una discriminación de las mujeres que incluso se reproduce a nivel institucional. Es decir, el TC no usa en este caso una perspectiva feminista para abordar la infrarrepresentación femenina y, por tanto, no rompe con el «molde» masculino sobre el que los Estados constitucionales han construido la ciudadanía³⁸. Estas resistencias interpretativas se han reiterado en la última década, de forma que pareciera que el TC fuera ajeno a los mandatos de la LOIEMH, en concreto a los establecidos en sus arts. 4 — «*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*» — y 5 — «*El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter*

estándares internacionales fijados en la CEDAW. Sobre estas experiencias, véase POYATOS MATA, G. (2019) «Juzgar con perspectiva de género: Una metodología vinculante de justicia equitativa», *Igual. Revista de Género e Igualdad*, n.º 2, pág. 4.

³⁷ Véase sobre estas resoluciones y los correspondientes votos particulares, GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019). «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», cit.

³⁸ «El sujeto de derecho constitucional en el texto de 1978 es el varón, como parámetro sobre el que construir la titularidad y límites del ejercicio de los derechos fundamentales y los mecanismos de gestión y control del poder. Ello no significa que la mujer no esté incluida en ese molde del masculino universal que presupone su carácter omnicompreensivo, pero significa en cambio que es un molde que no contiene sus particularidades y que exige del legislador un trabajo de adaptación evidente que le facilita la dicción literal de los arts. 9.2 y 14 CE, y del máximo intérprete del texto constitucional una tarea creativa en la que no puede servirse exclusivamente de los métodos formales de interpretación». GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), *ibidem*.

transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

De acuerdo con la legislación consolidada en materia de igualdad, con los mandatos a los que el TC está obligado de acuerdo con las normas internacionales ratificadas por España, e incluso con su jurisprudencia en torno a la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ésta debería ser un eje esencial, principal (de acuerdo con el principio de *mainstreaming*) en la definición de la trascendencia constitucional de un asunto. Se trataría de aplicar la perspectiva de género al ejercicio de interpretación que supone medir dicha trascendencia, de tal manera que fuera determinante en la admisión de los recursos la evaluación de cómo en el asunto en cuestión se proroga la subordinación de las mujeres y, por tanto, afecta a sus derechos fundamentales y a su estatus de ciudadanas. Con ello no queremos decir que el TC esté obligado a pronunciarse sobre todos y cada uno de los asuntos que versen sobre igualdad de género, sobre todo cuando exista jurisprudencia consolidada al respecto y no planteen ninguna controversia inédita, como tampoco propugnamos que asuma un papel que corresponde al poder legislativo y en su caso al ejecutivo. Lo que estamos defendiendo es la necesidad de que el TC se tome en serio la perspectiva de género en su función de máximo intérprete de la Constitución y en cuanto garante último de los derechos fundamentales, lo cual pasa por incorporarla en toda su actividad y no solo en su obligada fundamentación jurídica de los recursos que resuelve, sino también en lo que constituye la vía de acceso a su papel de guardián de los derechos. Es decir, la afectación a la progresiva eficacia de la igualdad de género debería ser uno de los criterios para tener en cuenta por el TC a la hora de admitir a trámite o no un recurso de amparo, y por tanto, al realizar la evaluación de su trascendencia constitucional, dado que el máximo intérprete de la Constitución también está obligado a remover los obstáculos que impiden que la igualdad de mujeres y hombres sea efectiva (art. 9.2 CE).

5. LA FORMACIÓN EN PERSPECTIVA DE GÉNERO DE LOS OPERADORES JURÍDICOS

Las dos comunicaciones del Comité CEDAW analizadas coinciden en denunciar la carencia de perspectiva de género en los operadores jurídicos y la urgencia de incorporarla en las distintas fases del proceso, lo cual pasa por incidir en la formación y sensibilización de quienes tienen que interpretar y aplicar el Derecho³⁹. Así lo puso de

³⁹ Sirva como prueba de lo «novedoso» que suponte integrar la perspectiva de género, la nota de prensa emitida por el Consejo General del Poder Judicial el 28 de mayo de 2018: «El Tribunal Supremo aplica por primera vez «perspectiva de género» y condena por intento de asesinato, en lugar de homicidio, a hombre que asestó ocho puñaladas a su mujer» (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/>)

manifiesto el Pacto de Estado contra la violencia de género aprobado en 2017⁴⁰, una de cuyas consecuencias fue la reforma de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2018, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género⁴¹.

Es evidente que el TC, aun no formando parte del Poder Judicial, al ser un poder público sometido a la Constitución, de la que es el intérprete supremo, debería actuar de acuerdo con esos parámetros⁴², lo cual implica que sus magistrados y sus magis-

Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-aplica-por-primera-vez--perspectiva-de-genero--y-condena-por-intento-de-asesinato--en-lugar-de-homicidio--a-hombre-que-asesto-ochopunaladas-a-su-mujer)

⁴⁰ En concreto, en su eje 5 dispuso: «El impulso de la formación de los distintos agentes para garantizar la mejor respuesta asistencial. Para ofrecer a las víctimas de violencia de género la mejor asistencia posible es necesario que se amplíe la formación especializada de todos los profesionales que intervienen en la prevención, protección y ayuda psicosocial a las víctimas. Es por ello ineludible seguir promoviendo la formación de todos los profesionales implicados: jueces, fiscales, equipos psicosociales, médicos forenses, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, personal sanitario y personal docente, entre otros. La formación ha de incluir tanto las técnicas y procedimientos propios de su profesión, como las características, causas, efectos y consecuencias de la violencia sobre las mujeres. El compromiso estriba en que los contenidos formativos sean obligatorios, estén homologados por los organismos especializados y sean evaluables para todos los operadores.» Entre las medidas concretas de este eje se incluyeron las siguientes: Ampliar la formación especializada que reciben los y las profesionales de la Administración de Justicia, y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en materia de prevención de la violencia de género y en materia de trata, llevando estos contenidos también a los jueces y juezas de familia y de menores, además de a los juzgados especializados en violencia de género. Estructurarla en planes que contemplen una formación transversal, estable, multidisciplinar y evaluable; Introducir más temas de Derecho Antidiscriminatorio, incluyendo la perspectiva de género y la transversalidad, en las oposiciones a judicatura, Escuela Judicial, y formación continua anual, impartida por el Consejo General del Poder Judicial, pasando esta materia a ser obligatoria y evaluable. Asimismo introducir pruebas específicas en violencia de género, como requisito para concursar a órganos judiciales especializados; Proponer al Consejo General de la Abogacía Española que impulse para todos sus colegiados/as y en todos los Colegios de Abogados de España, la homogeneización de una formación de calidad en Derecho Antidiscriminatorio, que incluya la perspectiva de género y la transversalidad.

⁴¹ En concreto, el artículo 310 incorpora el siguiente contenido: «Todas las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las Carreras Judicial y Fiscal contemplarán el estudio del principio de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las medidas en materia de violencia sobre la mujer, y su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional. El temario deberá garantizar la adquisición de conocimientos sobre el principio de no discriminación y especialmente de igualdad entre mujeres y hombres y, en particular, de la normativa específica dictada para combatir la violencia sobre la mujer, incluyendo la de la Unión Europea y la de tratados e instrumentos internacionales en materia de igualdad, discriminación y violencia contra las mujeres ratificados por España.» Además, el apartado 5 del art. 433 bis especifica que «El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos».

⁴² Recordemos el mandato que establece el art. 5.a CEDAW: «Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra

tradas, además de por supuesto todo el personal a su servicio, deberían tener formación en perspectiva de género y reconocida competencia en la materia. Una formación que suponga no solo conocimientos sino también habilidades y capacidades interpretativas que deberían acreditarse y controlarse en los distintos procedimientos que regulan la incorporación a dicho órgano. De esta manera, en el procedimiento de nombramiento de los magistrados y las magistradas debería evaluarse de qué manera quienes han sido propuestos en cuanto juristas «de reconocida competencia», son igualmente competentes en materia de igualdad de género. Una cuestión que, por ejemplo, podría ser objeto del debido control en las correspondientes comparecencias parlamentarias de las personas candidatas⁴³.

Es urgente, pues, contar con unos operadores jurídicos que sepan «administrar justicia» con perspectiva de género, lo cual supone, hacerlo libres de los estereotipos y de los roles que durante siglos, y de acuerdo con la estructura patriarcal y la cultura machista, han condicionado la percepción social del estatus de mujeres y hombres, la cual también se ha proyectado en la actividad judicial y, por supuesto, en la del máximo intérprete de nuestra Constitución⁴⁴. La aplicación de la perspectiva de género es

índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres. Un mandato que se reitera en lo relativo a la educación, en el art. 10.c): La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza. Estas previsiones de la CEDAW se desarrollan de manera más específica en lo relativo al ámbito judicial en la Recomendación General n.º 33 del Comité CEDAW sobre acceso de las mujeres a la justicia (2015). Con anterioridad, en 2006, el Informe del Secretario General de Naciones Unidas —con relación a la impartición de justicia desde la perspectiva de género— ya abogaba por la necesaria formación especializada dirigida a las y los operadores jurídicos. En un sentido similar, recordemos las previsiones de los arts. 12, 14 y 15 del Convenio de Estambul. El Plan de Acción del Consejo de Europa para fortalecer la independencia judicial y la imparcialidad 2016-2021 contempla dentro de la línea de acción 2 — «proteger la independencia de los jueces individuales y asegurar su imparcialidad» — la acción 2.4, dirigida a «contrarrestar la influencia negativa de los estereotipos en la toma de decisiones judiciales»: «Se deben introducir medidas para abordar el impacto perjudicial de los estereotipos en la toma de decisiones judiciales. La educación y la capacitación de los jueces deben organizarse para garantizar que los estereotipos judiciales no comprometen los derechos de los grupos vulnerables a acceder a un tribunal imparcial. Se debe buscar un equilibrio de género en el Poder judicial y todos los esfuerzos deben emprenderse para combatir los estereotipos de género dentro del propio Poder Judicial». En la Estrategia para la igualdad de género 2018-2023, el Consejo de Europa insiste en el objetivo de «garantizar el acceso igualitario de las mujeres a la justicia » y recuerda el compromiso establecido en el Plan anteriormente citado de seguir abordando el impacto negativo de los estereotipos de género en las decisiones judiciales.

⁴³ Sobre esta cuestión, véase SALAZAR BENÍTEZ, O. (2018) «La deseable composición paritaria del Tribunal Constitucional. Una propuesta de reforma constitucional», *Revista de Derecho Político*, N.º 101, enero-abril 2018, págs. 741-774

⁴⁴ En palabras de la magistrada Gloria Poyatos, «juzgar con perspectiva de género puede definirse como una metodología de análisis de la cuestión litigiosa, que debe desplegarse en aquellos casos en los que se involucren relaciones de poder asimétricas o patrones estereotípicos de género y exige la

obligada si partimos del carácter estructural de la discriminación que sufren las mujeres y, por tanto, del diferente estatus que tienen frente a la «mitad masculina». Si el presupuesto no es tanto la discriminación sino la subordinación de las mujeres, el Derecho, entendido como un proceso que culmina con su aplicación a los casos concretos, habrá de articularse teniendo en cuenta todos los factores que inciden en esa discriminación sistémica, lo cual obliga a los operadores jurídicos a una labor mucho más compleja. Esta supone, entre otras consecuencias, tener presente que si el eje de referencia es el binomio dominio/opresión, no es necesario partir de la intencionalidad de oprimir por parte de los hombres sino de la realidad estructural de la subordinación de la mitad femenina. Hay que ir más allá por tanto de las conductas individualizadas, que por supuesto si son discriminatorias han de estar prohibidas y han de merecer sanción, y tener presente, no solo al hacer las normas, sino también al interpretarlas y aplicarlas, la desigualdad intergrupala y las jerarquías que se establecen entre hombres y mujeres. Solo así podrá abordarse realidades como la discriminación de las mujeres en el ámbito laboral o no digamos los distintos tipos de violencias que sufren. Es decir, habría que partir del presupuesto de que «lo que le ocurre al individuo representa solo el epifenómeno de una desigualdad de poder de carácter grupal»⁴⁵.

De acuerdo con estos presupuestos, entendemos que «el enjuiciamiento de género es una metodología de resolución de casos judiciales cuyo entendimiento se debe conectar con la evolución del concepto de discriminación: de un concepto clásico construido sobre la idea de comparación entre la situación de hombres y mujeres que pretendía resolver la desigualdad exclusivamente con la extensión a las mujeres de los derechos de los hombres; a un concepto moderno construido sobre la subordinación de las mujeres a los hombres a causa de los estereotipos o prejuicios de género que pretende resolver la desigualdad uniendo a lo anterior medidas transversales para que las aspiraciones, necesidades y preocupaciones de las mujeres sean satisfechas por el ordenamiento jurídico en la misma medida que lo son las de los hombres»⁴⁶.

Al interpretar y aplicar las normas, deberían desterrarse pues todos los estereotipos y prejuicios que siguen formando parte de una cultura, la más general y la estrictamente jurídica, y que sigue provocando en muchos casos una mirada sesgada sobre mujeres y hombres, así como sobre los contextos relacionales en que nos desarrollamos⁴⁷. Si quienes administran justicia no detectan esos estereotipos presentes en el imaginario social, y si además no los cuestionan, contribuyen pues a mantenerlos y reproducirlos. Ello

integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, en la búsqueda de soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género». POYATOS MATA, G., (2019), ob. Cit., pp. 7-8.

⁴⁵ BARRÈRE UNZUETA, M^a A., ob. Cit., pág. 57.

⁴⁶ LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F. (2020), *El enjuiciamiento de género*, Madrid, Dykinson, pág. 57.

⁴⁷ Sobre los estereotipos en el ámbito jurídico, véase COOK, R.J. y CUSACK, S. (2009) *Estereotipos de género. Perspectiva legales transnacionales*, University of Pennsylvania Press.

supone en muchos casos un condicionamiento en el acceso a la justicia e incluso una revictimización de las mujeres. Es decir, una forma de violencia institucional.

A nivel legal, y más allá del mandato de transversalidad de género que impone la LOIEMH, es el art. 4 de esta ley el que deja clara la obligación de todos los operadores jurídicos de integrar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres «en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas», una obligación que lógicamente cobra una singular importancia en la actividad que desempeñan los jueces y las juezas. De esta manera, «se positiviza la interpretación a favor de la igualdad de los sexos que podríamos denominar principio favor ad sexum aequalitatem, en ocasiones llamado pro muliere al ser las mujeres, como víctimas usuales de la discriminación sexista, quienes más la invocan (aunque nada impide que el favor ad sexum aequalitatem sea alegado por los hombres discriminados por no asumir sus roles de género). En ámbitos más específicos de la tutela antidiscriminatoria, se concreta en las interpretaciones a favor de la protección integral de las víctimas de violencia de género (que denominaremos interpretación contra violencia) y a favor del ejercicio corresponsable de los derechos de conciliación (que denominaremos interpretación pro-conciliación/corresponsabilidad)»⁴⁸.

En definitiva, podemos concluir que la integración de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho no es sino consecuencia de *tomarse en serio* el mainstreaming de género. Este instrumento, surgido en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing en 1995, y pese a lo perverso de su traducción al castellano (el *mainstreaming* es mucho más que la mera transversalidad), parece haberse concebido más como una herramienta para la creación del Derecho y sobre todo para el diseño de políticas públicas. Sin embargo, entiendo que el mismo, es decir, la consideración de la perspectiva de género con carácter *principal* ha de estar también presente en todos los procesos jurídicos y de manera muy especial, por tanto, en la aplicación concreta del Derecho así como en la elaboración y reflexión de la Ciencia Jurídica. Este es el sentido que habría que darle a la previsión del art. 15 LOIEMH, interpretado de manera conjunta con el art. 4 de la misma ley.

La perspectiva de género, o mejor, *feminista*, supone interpretar y aplicar el Derecho, y por tanto interpretar y aplicar también la Constitución, teniendo presente la urgencia de superar los sesgos de género del sistema constitucional y el objetivo de alcanzar «una sociedad democrática avanzada», la cual solo puede ser aquella en la que mujeres y hombres gocemos de un estatus equivalente⁴⁹. Ello pasa por incorporar el principio de paridad con carácter estructural, y con proyección por tanto en toda la parte orgánica de la Constitución, así como por realizar una

⁴⁸ LOUSADA AROHECNA, J.F. (2020), ob. Cit., p. 117.

⁴⁹ En este sentido, coincido con Itziar Gómez cuando apunta a la «interpretación evolutiva» de la Constitución, descrita por el TC en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre, en la que avaló la constitucionalidad del matrimonio igualitario. GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España», cit.

interpretación de los derechos recogidos en ella teniendo en cuenta las relaciones de género y las posiciones asimétricas que mujeres y hombres seguimos teniendo en diversos ámbitos de la vida social, política, económica y cultural⁵⁰. Esta metodología de interpretación de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, que supone al mismo tiempo una apuesta epistemológica y ética, requiere, como he señalado en las páginas anteriores, una sólida formación — y concienciación — de todos los operadores jurídicos, y muy especialmente de quienes tienen la función de juzgar y ejecutar lo juzgado. Porque solo así será posible desmontar una cultura jurídica, construida durante siglos sobre la referencia del sujeto masculino, así como unas estructuras, públicas y privadas, en las que las mujeres ocuparon siempre un lugar devaluado.

6. CONCLUSIONES

Los dos casos que han dado lugar a condenas del Estado español por parte del Comité CEDAW nos plantean complejas cuestiones jurídicas, imposibles de abordar en toda su extensión en un trabajo de estas dimensiones, y que acaban incidiendo en la eficaz protección de los derechos de las mujeres y, por tanto, en la efectividad del principio de igualdad. De manera esquemática, podemos concluir que ambas Decisiones plantean a nuestro Estado social y democrático de Derecho los siguientes retos:

- 1º) La consolidación de la línea jurisprudencial inaugurada por la STS 1263/2018, en cuanto al reconocimiento y eficacia de las decisiones de los órganos y comités internacionales de los que forma parte España, y, en su caso, la correspondiente previsión normativa, similar a la incorporada en la LOPJ con respecto a la ejecución de las sentencias del TEDH, que otorgue mayor seguridad jurídica en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos y confiera plena virtualidad y eficacia al mandato del art. 10.2 CE. Esta será una herramienta esencial para dotar de plena eficacia a la

⁵⁰ «El máximo intérprete del sistema de derechos fundamentales, inspirado por la teoría legal feminista, debiera buscar una interpretación con perspectiva de género no solo en los <<temas de mujeres>>, sino en la configuración del efectivo ejercicio de los derechos fundamentales por parte de hombres y mujeres, teniendo en cuenta la autoconciencia de las mujeres como titulares de todos y cada uno de los derechos fundamentales, desde la libertad de expresión a la libertad deambulatoria y pasando por todos los demás. Y teniendo en cuenta, asimismo, la necesidad de construir los derechos fundamentales, su contenido esencial y sus límites, en muchas ocasiones, desde planteamientos inductivos y con la voluntad pragmática de solventar las eventuales lesiones de esos derechos, planteamiento este que no parece compadecerse excesivamente bien con el refuerzo de la dimensión objetiva del recurso de amparo que actualmente predomina en la doctrina constitucional». GÓMEZ FERNÁNDEZ, I. (2019), «Perspectiva feminista en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional de España» cit.

potencialidad transformadora que en materia de igualdad de género tienen las normas internacionales ratificadas por nuestro país.

- 2º) El reconocimiento legal, con los consiguientes mecanismos de garantía, de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, los cuales han de proyectarse también durante el embarazo y el momento del parto. En este sentido, debería adoptarse una norma específica de garantía de los derechos de la mujer en dicho contexto, en la cual además se tipificase como violencia cualquier actuación que la someta a malos tratos físicos, psíquicos y emocionales. El eje vertebrador de esta regulación debería ser la efectiva garantía de la autonomía de las mujeres y, en consecuencia, su protección frente a posibles abusos de quien pretendan ejercer algún tipo de poder sobre sus cuerpos.
- 3º) La necesidad de visibilizar y reconocer la violencia obstétrica nos plantea, a su vez, la urgencia de superar el estrecho concepto de «violencia de género» que maneja la LOVG, de tal manera que se le dé debido cumplimiento a los mandatos del Convenio de Estambul y se asuma en nuestro ordenamiento un concepto amplio de violencias machistas o patriarcales.
- 4º) La ampliación del concepto de violencia hacia las mujeres debería implicar, a su vez, una superación del concepto tradicional de discriminación derivado del modelo liberal (patriarcal) y la progresiva incorporación en la Ciencia Jurídica, así como en la praxis judicial, de una concepción estructural o sistémica de la discriminación de las mujeres. Ello pasa por dotar de autoridad científica y epistemológica a las aportaciones realizadas por el iusfeminismo en cuanto teoría crítica del Derecho y de la Cultura Jurídica.
- 5º) El objetivo anterior exige incorporar el *mainstreaming* de género, es decir, la centralidad de la igualdad de mujeres y hombres no solo en la creación, sino también en la interpretación y aplicación del Derecho. Una centralidad que será solo formal sin la necesaria formación y sensibilización en dicha perspectiva de todos los operadores jurídicos y de todas las personas que intervienen directa o indirectamente en la Administración de Justicia, así como en cualquier ámbito profesional con incidencia en la protección de los derechos humanos.
- 6º) La perspectiva de género, a la que todos los poderes públicos están obligados no solo por la normativa interna sino también por los compromisos internacionales adoptados por España, debería ser un eje central en la actuación del Tribunal Constitucional, y de manera muy singular en el ejercicio de su papel de garante último de los derechos fundamentales. De ahí que dicha perspectiva debería ser un eje esencial en la valoración de la «trascendencia constitucional» de los recursos de amparo, así como en cualquier fundamentación mediante la que dicho órgano garantiza la supremacía de nuestra

Norma fundamental, asumiendo que ésta ha de ser sometida siempre en materia de igualdad a una interpretación evolutiva y, por tanto, transformadora. Esta concepción implica en definitiva asumir la revisión de paradigmas y conceptos que plantea el Feminismo jurídico, en cuanto perspectiva que, más allá del análisis crítico que nos ofrece el género, plantea una metodología para la revisión de un Derecho construido sobre las referencias masculinas. Ello exigiría, de entrada, incorporar entre los criterios mediante los que se mide la reconocida competencia de sus magistrados y magistradas la formación, sensibilización y experiencia en materia de igualdad de género, así como la singular cualificación desde esta perspectiva de todo el personal al servicio del Tribunal. Una formación y sensibilización que, en todo caso, será deficitaria si no incorporamos a la Ciencia Jurídica la perspectiva feminista como herramienta para una más justa creación, interpretación y aplicación de las leyes.

Title

The constitutional (in)significance of the gender perspective. Reflections on the two decisions of the CEDAW Committee condemning Spain

Summary

1. INTRODUCTION. 2. THE CASE OF ANGELA GONZÁLEZ CARRERÑO. 2.1. The facts. 2.2. Gender Stereotypes and Administration of Justice. 2.3. Compliance with the decisions of the CEDAW Committee. 3. THE CASE OF S.F.M. 3.1. The long administrative and judicial journey of S.F.M. 3.2. The decision of the CEDAW Committee. 3.3. Obstetric violence as gender-based violence; 4. CONSTITUTIONAL COURT AND GENDER PERSPECTIVE; 5. GENDER PERSPECTIVE TRAINING OF LEGAL OPERATORS; 6. CONCLUSIONS.

Resumen

Las dos decisiones en las que el Comité CEDAW ha exigido responsabilidades al Estado español, la primera en 2014 y la más reciente de febrero de 2020, plantean diversas cuestiones jurídicas que inciden en la protección efectiva de la igualdad de género. Además de la ausencia de un instrumento procesal que permita ejecutar dichas decisiones, los dos casos, relacionados con distintas manifestaciones de la violencia machista, nos plantean retos jurídicos como la superación del concepto legal de

violencia de género o la necesaria formación en perspectiva de género de los operadores jurídicos. De manera singular, nos interpelan sobre cómo el TC interpreta la transcendencia constitucional de los recursos de amparo y hasta qué punto dicho Tribunal tiene integrada la perspectiva de género en su función de garante de los derechos fundamentales.

Abstract

the two decisions in which the CEDAW Committee has demanded responsibility from the Spanish State, the first in 2014 and the most recent in February 2020, raise several legal issues that affect the effective protection of gender equality. In addition to the absence of a procedure for implementing such decisions, the two cases, related to different manifestations of sexist violence, we face legal challenges such as overcoming the legal concept of gender-based violence or the necessary gender-based training of legal operators. In a singular way, we are challenged about how the Constitutional Court interprets the constitutional significance of amparo appeals and how this Court has the gender perspective integrated into its role as guarantor of fundamental rights.

Palabras clave

Igualdad; violencia de género; amparo; perspectiva de género; mainstreaming; Tribunal Constitucional

Key words

Equality; gender violence; amparo; gender perspective; mainstreaming; Constitutional court.