

# La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos

## Sexual violence as gender-based violence: an international human rights law perspective

ALBA UBIETO OLIVÁN

*Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Recibido: 8/5/2018

Aceptado: 23/5/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2018.4324>

*Resumen.* A raíz de las recientes movilizaciones y reivindicaciones feministas en España y la polémica sentencia del caso *la Manada*, vuelve a surgir la necesidad de reformar el código penal en lo relativo a la violencia sexual. De acuerdo con los desarrollos del Feminismo Legal, es precisamente en los casos de violencia sexual contra las mujeres donde más interfieren los estereotipos de género, que no sólo influyen en las mentalidades y respuestas de las instituciones, sino que se encuentran enraizados en las propias leyes y normas jurídicas. Con el fin de garantizar una mayor protección a las mujeres supervivientes de violencia sexual en España, urge, por un lado, armonizar la legislación y las prácticas institucionales con los estándares mínimos establecidos en derecho internacional de los derechos humanos. Esto permitiría, de entrada, redactar una definición de violencia sexual basada en el consentimiento. Por otro lado, debería considerarse la violencia sexual como una forma de violencia de género, teniendo en cuenta que ésta afecta a las mujeres de forma desproporcionada. Dicha asimilación permitiría brindar mayor protección a las supervivientes y garantizar que sus casos sean tratados con perspectiva de género, es decir, apreciando el contexto de violencia sistémica y desequilibrio en las relaciones de poder entre géneros en los que se enmarcan. De lo contrario, se seguirá obstruyendo el derecho de las mujeres a acceder a la justicia.

*Palabras clave:* violencia sexual, violencia de género, estereotipos de género, consentimiento, victimización secundaria, control de convencionalidad.

*Abstract.* Following recent feminist demonstrations and aspirations in Spain, as well as the controversial judgment in the case *la Manada*, the necessity to reform the Spanish criminal code insofar as it refers to sexual violence becomes increasingly evident. Legal feminist theories suggest that especially cases of sexual violence against women are strongly influenced by gender stereotypes. Such stereotypes do not only influence the institutions' mentalities and responses, they are embedded in laws and judicial principles. With the purpose of ensuring better protection of sexual violence survivors in Spain it is imperative, on the one hand, to harmonise the legislation and institutional practices with minimum standards established in international human rights law. This would allow for a definition of sexual violence based on consent. On the other hand, sexual violence should be considered as a form of gender-based violence, considering that it affects women disproportionately. Such assimilation would allow

---

\* [alba.ubietoolivan@gmail.com](mailto:alba.ubietoolivan@gmail.com)

for a greater protection of survivors and guarantee that their cases would be treated from a gender perspective, in other words, taking into account the context of systemic violence against women and unequal power relations between genders in which they are inscribed. Otherwise, women's access to justice will still be obstructed.

*Keywords:* sexual violence, gender-based violence, gender stereotypes, consent, secondary victimisation, conventionality control

Sin duda el año 2018 en España va a marcar un hito en la historia de la lucha feminista y las reivindicaciones a favor de los derechos de las mujeres como una cuestión social y urgente. Evidentemente, me refiero no sólo a movilizaciones multitudinarias de impacto global como el Día Internacional de la Mujer del 8 de marzo o el 1 de mayo Día de los Trabajadores, sino también a la gran resonancia mediática e indignación popular despertada por la sentencia del caso *la Manada*.

El veredicto de los jueces y la argumentación que les llevó a considerar únicamente la existencia de “abuso sexual” y no de “agresión sexual”<sup>1</sup> vuelve a poner sobre la mesa la necesidad de llevar a cabo reformas de envergadura en el sistema judicial español. Éste es un ejemplo muy ilustrativo de que un cambio en la mentalidad y las prácticas institucionales – que también está lejos de alcanzarse– no basta para erradicar la violencia de género en todas sus manifestaciones, especialmente cuando los estereotipos de género y la discriminación se encuentran tan enraizados en las propias leyes o normas jurídicas (Douglas, 2012). Durante muchos años, las teorías del Feminismo Legal han demostrado el impacto innegable de los estereotipos de género en la tramitación de casos de violencia contra la mujer, especialmente de violencia sexual (Hunter, McGlynn y Rackley, 2010). La respuesta de las instituciones judiciales frente a estos casos también puede constituir una forma de violencia de género –indirecta–, lo que denominamos revictimización o victimización secundaria<sup>2</sup>.

Los diversos estereotipos de género que influyen en el proceso judicial reflejan concepciones falsas de cómo ocurre la violencia sexual en sus diferentes formas, por ejemplo, al considerar que una agresión sexual pueda cometerse sin violencia ni intimidación, equiparar la falta de resistencia física de la víctima al consentimiento de una relación sexual o presumir la falsedad de su testimonio. Dichos estereotipos muestran dos cosas, primero, un punto de vista masculino en la manera en que están redactadas las disposiciones y cómo se interpretan éstas; segundo, una desconexión respecto de las experiencias y formas de conocimiento femeninas, con el fin de desacreditarlas (Hunter, 2012, p.138).

Partiendo de una conjetura tan desfavorable para las mujeres, de un sistema judicial que las deja totalmente desprotegidas frente a la violencia de género y las revictimiza, ¿qué tipo de reformas podrían llevarse a cabo en el seno de nuestro sistema judicial para otorgarles una mayor protección? Existen dos aspectos principales que me gustaría enfatizar: por una parte, la armonización de la legislación penal española con los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos (1); por otra parte, la inclusión de la violencia sexual dentro de la violencia de género (2).

<sup>1</sup> Sentencia nº000038/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra (España), del 26/04/2018

<sup>2</sup> Gutiérrez de Piñeres Botero, Carolina, Coronel, Elisa y Andrés Pérez, Carlos (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria, *Liberabit*, 15(1), 49-58.

## 1/ La armonización de la legislación penal española con los estándares mínimos del derecho internacional de los derechos humanos.

La necesidad de reformar la legislación española no es ninguna novedad: un gran número de principios y estándares mínimos respecto de la violencia sexual contra las mujeres ya han sido desarrollados en los tratados de derecho internacional de los derechos humanos y a través de la jurisprudencia de sus órganos de monitoreo y jurisdicciones, tanto de las Naciones Unidas como de instituciones regionales. Asimismo, en virtud del control de convencionalidad, los jueces nacionales –y el personal institucional– de un Estado que ha aceptado la competencia de un tribunal internacional, pongamos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, están obligados a aplicar la jurisprudencia desarrollada a nivel internacional o regional en cada materia<sup>3</sup>.

Sabemos que la gran mayoría de legislaciones nacionales relativas a la violencia sexual no basan sus definiciones en la idea del consentimiento, ni lo nombran siquiera, provocando que legalmente se asimile la falta de resistencia de la víctima a una relación sexual consentida<sup>4</sup>. A este respecto, las convenciones internacionales, como es el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y Violencia de Género de 2011, también conocido como Convenio de Estambul, basan toda definición de la violencia sexual en la ausencia de consentimiento. Y digo “violencia sexual” porque este texto no diferencia el abuso de la agresión como hace el código penal español, sino que trata la “violencia sexual” en su sentido amplio, lo cual da más cabida a criminalizar este tipo de agresiones. Dichos estándares quedan reflejados y asentados por la jurisprudencia internacional. En 2003, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó en un caso búlgaro (*M.C. v. Bulgaria*, 39272/98) sobre una violación infligida a una menor de 14 años por parte de dos hombres adultos, que existía una “tendencia universal” a considerar la falta de consentimiento como un criterio esencial para caracterizar la violación o el abuso sexual. Esta tendencia la observamos en España a la hora de caracterizar la agresión sexual. El Tribunal Europeo señaló que en la mayoría de casos las víctimas de violencia sexual no se resisten a tal violencia por “razones psicológicas” de sumisión pasiva o por miedo a sufrir otras violencias, y por ello condenó al Estado búlgaro, haciendo hincapié en la obligación de los Estados miembros de sancionar a los culpables de agresiones sexuales impuestas **incluso en la ausencia de resistencia física de la víctima**<sup>5</sup>. La misma visión se desprende de las decisiones y recomendaciones generales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW)<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Jimena Quesada, Luis (2010) p.5; Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Almonacid Arellano vs. Chile*, §124

<sup>4</sup> Amnistía Internacional (2018). El sexo sin consentimiento es violación. ¿Por qué sólo nueve países europeos lo reconocen? Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-por-que-solo-nueve-paises-europeos-lo-reconocen/>

<sup>5</sup> European Court of Human Rights (2018). Factsheet, Violence against women, [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Violence\\_Woman\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Violence_Woman_ENG.pdf), p.5

<sup>6</sup> CEDAW (2010). Comunicación No.18/2008, [http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW.C.46.D18.2008\\_en.doc](http://www2.ohchr.org/english/law/docs/CEDAW.C.46.D18.2008_en.doc).

## 2/ La inclusión de la violencia sexual dentro de la violencia de género

La segunda propuesta, que también resulta de una armonización con los estándares jurídicos internacionales es el hecho de considerar la violencia sexual como violencia de género, con el fin de otorgar a las mujeres víctimas de delitos de índole sexual una protección más específica.

Con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género se pretendió brindar mayor protección a las mujeres víctimas de la violencia de género en España, asimilando sin embargo la violencia de género a aquella ocurrida en el ámbito meramente familiar o conyugal, el ámbito privado, y perpetrada por la pareja o el cónyuge. No obstante, por medio de dicha asimilación, queda fuera de la aplicación de esta ley toda violencia o abuso sexual cometidos contra una mujer –por el hecho de ser mujer– en el ámbito público y perpetrada por un agresor que no necesariamente tiene un vínculo con ésta. Ateniéndonos a las disposiciones del artículo 1 de la Ley Orgánica 1/2004, esta última hipótesis no constituye un caso de violencia de género, la cual se define como:

“...la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”<sup>7</sup>.

Preguntémonos si acaso lo que le ocurrió a la superviviente<sup>8</sup> del caso *la Manada* no es un reflejo de las relaciones desiguales de poder entre hombres y mujeres o fruto de la discriminación ejercida contra éstas, por ejemplo, al considerar los agresores que el cuerpo de las mujeres les pertenece. Por otro lado, en este caso tampoco existía ningún tipo de vínculo entre los agresores y la superviviente.

Al contrario, observamos que en los textos de derecho internacional no se opera ninguna distinción, de entrada, entre las formas de violencia de género o el ámbito en el que ocurren. Tal y como recoge el artículo 3 del precitado Convenio de Estambul:

“Por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará **todos los actos de violencia** basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, **sexual**, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, **en la vida pública o privada;**”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Artículo 1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>

<sup>8</sup> Mujeres maltratadas piden que se les llame "supervivientes" y no "víctimas". (2013). Europapress. Disponible en: <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-mujeres-maltratadas-piden-les-llame-supervivientes-no-victimas-20131128172807.html>

<sup>9</sup> Consejo de Europa (2011). Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y Violencia de Género (Convenio de Estambul), Artículo 3.a.

Desgraciadamente es al investigar y juzgar los casos de violencia sexual contra mujeres cuando más interfieren los estereotipos de género –al culpabilizar a las supervivientes, centrar la investigación en su identidad, ritmo de vida y no en los del agresor, relacionar estos episodios con crímenes de componente pasional o restar importancia a los testimonios de las supervivientes<sup>10</sup>-. Sin embargo, las disposiciones relativas al abuso o agresión sexual en nuestro código penal no hacen ninguna diferenciación en cuanto al género. Aquí deberíamos preguntarnos, ¿es la violencia sexual un fenómeno que afecte de forma desproporcionada a las mujeres?<sup>11</sup> Por supuesto que lo es, y por ello debería considerarse jurídicamente como una forma de violencia de género<sup>12</sup>. De esta manera, además de aumentar las posibilidades de que estos casos se traten con perspectiva de género, es decir, apreciando las agresiones en el contexto de una violencia sistémica y unas relaciones de poder desiguales entre géneros, se les otorgaría una protección más amplia a las supervivientes. Por supuesto, este cambio ‘conceptual’ pasa igualmente por una modificación de la Ley sobre violencia de género, ya que ésta no ofrece una protección íntegra a las supervivientes de violencia de género y su aplicación no cuenta con la asignación de recursos económicos suficientes, que cubran el acompañamiento de las supervivientes, su asistencia psicológica y protección, entre otras.

Este análisis no es ni mucho menos exhaustivo, únicamente pretende demostrar la falta de voluntad política de nuestro gobierno para poner en práctica una serie de estándares internacionales que fueron desarrollados hace ya décadas. No sólo se trata de incluir estos estándares mínimos en la legislación nacional, sino también de adecuar a estos principios las prácticas de las instituciones nacionales, eliminando los estereotipos de género de todas las etapas del procedimiento judicial e impulsando políticas públicas basadas en la prevención de la violencia de género, incluida la violencia sexual. Asimismo debería estrecharse la colaboración del Estado con las organizaciones especializadas de la sociedad civil y también con las supervivientes de violencia de género, que mucho pueden aportar a estos cambios legislativos y políticos. Las reformas urgen, de lo contrario se seguirá discriminando a las mujeres en su derecho de acceder a la justicia.

## Bibliografía

AMNISTÍA INTERNACIONAL (2018). El sexo sin consentimiento es violación. ¿Por qué sólo nueve países europeos lo reconocen? Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/el-sexo-sin-consentimiento-es-violacion-porque-solo-nueve-paises-europeos-lo-reconocen/>

---

<sup>10</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, del 16/11/2009; Comunicado de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Guatemala no garantizó acceso a la justicia en caso de desaparición de una mujer en investigación sesgada por estereotipos de género.

<sup>11</sup> Definición de “violencia de género” según el Artículo 3.d del Convenio de Estambul

<sup>12</sup> Asociación de Mujeres Juezas de España (2017). Comunicado con motivo del día contra la violencia de género, 16 propuestas para avanzar en la igualdad (real). Disponible en: <http://www.mujeresjuezas.es/2017/11/24/comunicado-amje-con-motivo-del-dia-contra-la-violencia-de-genero/>

- ASOCIACIÓN DE MUJERES JUEZAS DE ESPAÑA (2017). Comunicado con motivo del día contra la violencia de género, 16 propuestas para avanzar en la igualdad (real). Disponible en: <http://www.mujeresjuezas.es/2017/11/24/comunicado-amje-con-motivo-del-dia-contra-la-violencia-de-genero/>
- BAINES, BEVERLEY, BARAK-EREZ, DAPHNE, KAHANA, TSVI (2012). *Feminist constitutionalism: global perspectives*, New York: Cambridge University Press
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER (CEDAW) (2010). Comunicación No.18/2008. Disponible en: <http://juris.ohchr.org/Search/Details/1700>
- Comunicado de prensa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Guatemala no garantizó acceso a la justicia en caso de desaparición de una mujer en investigación sesgada por estereotipos de género. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp\\_32\\_17.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_32_17.pdf)
- CONSEJO DE EUROPA (2011). Convenio sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y Violencia de Género (Convenio de Estambul). Disponible en: <https://rm.coe.int/1680462543>
- DOUGLAS, HEATHER (2012). Battered Women's Experiences of the Criminal Justice System: Decentring the Law, *Feminist Legal Studies*, 20, 121-134
- EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018). Factsheet, Violence against Women. Disponible en: [https://www.echr.coe.int/Documents/FS\\_Violence\\_Woman\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Violence_Woman_ENG.pdf), p.5
- GUTIÉRREZ DE PIÑERES BOTERO, CAROLINA, CORONEL, ELISA y ANDRÉS PÉREZ, CARLOS (2009). Revisión teórica del concepto de victimización secundaria, *Liberabit*, 15(1), 49-58.
- HUNTER, ROSEMARY (2012). The Power of Feminist Judgments? *Feminist Legal Studies*, 20 (2) 135-148
- HUNTER, ROSEMARY, MCGLYNN, CLARE y RACKLEY, ERIKA (2010). *Feminist Judgments, From Theory to Practice*, Oxford; Portland: Hart
- JIMENA QUESADA, LUIS (2010). El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15, 41-74
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, Artículo 1. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>
- MACKINNON, CATHARINE (1989). *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, MA: Harvard University Press
- Mujeres maltratadas piden que se les llame "supervivientes" y no "víctimas". (2013). *Europapress*. Disponible en: <http://www.europapress.es/sociedad/noticia-mujeres-maltratadas-piden-les-llame-supervivientes-no-victimas-20131128172807.html>
- Sentencia nº000038/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra, (España) del 26/04/2018
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *Almonacid Arellano vs. Chile*, del 26/09/2006, §124
- Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México*, del 16/11/2009
- SMART, CAROL (1989) *Feminism and the power of law*, London: Routledge.