

Estudios sobre jurisdicción
constitucional, derechos
fundamentales e igualdad.
Liber amicorum María Luisa
Balaguer Callejón

Coordinadores:
Francisco Balaguer Callejón
y Yolanda Gómez Sánchez



Derecho Constitucional
Europeo

|C|E|P|C|



ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL,
DERECHOS FUNDAMENTALES E IGUALDAD.
LIBER AMICORUM MARÍA LUISA BALAGUER
CALLEJÓN

COLECCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL EUROPEO

Directora

Yolanda Gómez Sánchez

Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, Catedrática Jean Monnet de la Unión Europea

Consejo Asesor

Eugeni Gay Montalvo, abogado y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Elisa Pérez Vera, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED y exmagistrada del Tribunal Constitucional

Manuel Aragón Reyes, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid y exmagistrado del Tribunal Constitucional

Tania Groppi, Catedrática de Derecho Público de la Universidad de Siena

Nuno Piçarra, professor of EU Justice and Home Affairs Law de la Nova Universidad de Lisboa y juez del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Enrique Arnaldo Alcubilla, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos y magistrado del Tribunal Constitucional

Francisco Balaguer Callejón, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada y Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE

Teresa Freixes Sanjuán, Catedrática de Derecho Constitucional de la Universidad Autónoma de Barcelona y Catedrática Jean Monnet, ad personam, de la UE

José María Gil-Robles Gil-Delgado, Catedrático Jean Monnet, ad personam, de la UE y Presidente de la Fundación «Jean Monnet pour l'Europe»

Miguel Recuerda Girela, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Granada

Juan Damián Moreno, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Martín Díz, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Salamanca

María José Cíaurriz Labiano, Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado de la UNED

Carlos Fernández de Casadevante Romani, Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad Rey Juan Carlos

Miguel Ángel Collado Yurrita, Catedrático de Derecho Financiero y Tributario

Diego Manuel Luzón Peña, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá de Henares

Emilio Jiménez Aparicio, abogado

José Suay Rincón, Catedrático de Derecho Administrativo y exmagistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

Antonio Torres del Moral, Catedrático Emérito de Derecho Constitucional de la UNED

Andrés Betancor Rodríguez, Catedrático de Derecho Administrativo de CUNEF Universidad

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense

**ESTUDIOS SOBRE JURISDICCIÓN
CONSTITUCIONAL, DERECHOS
FUNDAMENTALES E IGUALDAD.
LIBER AMICORUM
MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN**

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
Y YOLANDA GÓMEZ SÁNCHEZ (COORD.)



AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
MADRID, 2025

Primera edición: octubre de 2025.

En la página web de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, www.boe.es, apartado de *publicaciones*, se incluyen las instrucciones para envío de originales, normas para su presentación y modelo de solicitud de publicación en esta colección que el autor deberá cumplimentar.

La AEBOE no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los originales publicados.

© De los contenidos, sus autores.

© Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado y CEPC para esta edición.



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

<https://cpage.mpr.gob.es>

NIPO CEPC: 145-25-049-2 (edición en papel)
145-25-050-5 (edición en línea, PDF)
145-25-051-0 (edición en línea, ePUB)
NIPO BOE: 144-25-121-6 (edición en papel)
144-25-122-1 (edición en línea, PDF)
144-25-123-7 (edición en línea, ePUB)

ISBN: 978-84-340-3091-6

Depósito legal: M-19636-2025

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL
BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avenida de Manoteras, 54. 28050 Madrid

ÍNDICE

	Páginas
PRESENTACIÓN, <i>Francisco Balaguer Callejón y Yolanda Gómez Sánchez</i>	15
LA LUCHA POR LA IGUALDAD DE UNA CONSTITUCIONALISTA. SEMBLANZA DE MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN, <i>Francisco Balaguer Callejón</i>	19
MARÍA LUISA BALAGUER, UN LEGADO DE IGUALDAD, <i>Carmen Calvo Poyato</i>	25
TEORÍA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL	
1. Constitucionalismo crítico en la obra de M. Luisa Balaguer: su aportación a la categoría de sujeto. Carlos de Cabo Martín	35
2. Interpretación constitucional, <i>iusfundamentalidad</i> y cuestiones de fin de vida. Gregorio Cámara Villar	49
3. Poder constituyente, función de constituir, constitución. Una contranarrativa. Enrique Guillén López	81
4. La interpretación constitucional en la era de Ultrón. Juan Francisco Sánchez Barrilao	103
5. De la unidad y el método del Derecho Constitucional. Miguel Azpitarte Sánchez	125
6. Sobre las escuelas y las aproximaciones al Derecho Constitucional español. Itziar Gómez Fernández	147

DIGNIDAD DE LA PERSONA

- | | |
|---|-----|
| 7. Dignidad y Constitución. Antonio Torres del Moral | 177 |
| 8. La Dignidad Humana en perspectiva constitucional. Antonio Arroyo Gil | 195 |

DERECHOS FUNDAMENTALES

- | | |
|---|-----|
| 9. Estado de Derecho y arbitraje privado. Manuel Aragón Reyes | 223 |
| 10. La aplicación de la reserva constitucional de legalidad penal en la jurisprudencia del TC (y en el fundamento doctrinal de los amparos de los EREs). Juan Fernando López Aguilar | 245 |
| 11. La influencia de la magistrada Balaguer en la doctrina del tribunal constitucional sobre libertad de expresión. José Antonio Montilla Martos | 257 |
| 12. El derecho a la protección de la salud: una propuesta de reforma. José María Porras Ramírez | 279 |
| 13. Casos de derechos fundamentales. Pedro Tenorio Sánchez | 303 |
| 14. La definición de la apariencia personal como derecho fundamental. Algunas consecuencias de la incorporación a nuestro ordenamiento de un nuevo derecho. Rafael Naranjo de la Cruz | 333 |
| 15. Sobre la naturaleza jurídica y el control de las declaraciones, autorizaciones de prórroga y declaraciones de prórroga de Estado de Alarma (Cambio de criterio): Un antes y un después de la pandemia provocada por el COVID-19. Antonia Navas Castillo | 361 |
| 16. La creación del derecho a la identidad de género en el sistema interamericano: la Sentencia Vicky Hernández y otras contra Honduras de 2021. Mercedes Iglesias Báñez | 389 |
| 17. La educación para la sostenibilidad en España en el contexto Europeo e Internacional. Amalia Balaguer Pérez | 421 |
| 18. La dimensión constitucional de la interrupción voluntaria del embarazo. Marta León Alonso | 439 |
| 19. El caso Cursach y el secreto profesional de los periodistas. Javier Sierra Rodríguez | 483 |
| 20. Libertad de expresión y responsabilidad de las plataformas por comentarios de terceros. Un estudio a propósito de la STC 83/2023, de 4 de julio. Eloísa Pérez Conchillo | 499 |
| 21. El cumplimiento de las obligaciones internacionales como requisito para la constitucionalidad del rechazo en frontera. María Dolores Requena de Torre | 523 |
| 22. Maternidad subrogada y TEDH: indicios de un futuro poco esperanzador. Luis Fernando Martínez Quevedo | 547 |

IGUALDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

23. La transformación de los derechos en la sociedad digital y su impacto sobre la igualdad de género. Francisco Balaguer Callejón	571
24. Las perspectivas de género en la obra doctrinal de María Luisa Balaguer y su sello en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Pedro J. González Trevijano y Enrique Arnaldo Alcubilla	587
25. María Luisa Balaguer Callejón como magistrada del Tribunal Constitucional: sus votos particulares y los derechos de las mujeres. Yolanda Gómez Sánchez	625
26. Regulación e implementación del derecho a la igualdad de mujeres y hombres en la autonomía castellano-leonesa. Ángela Figueruelo Burrieza	655
27. Constitución y prohibición de publicidad discriminatoria. María Salvador Martínez	675
28. La perspectiva de género en la jurisprudencia constitucional: un recorrido a través de los votos particulares y la hermenéutica iusfeminista de María Luisa Balaguer. Laura Nuño Gómez	711
29. Presencia equilibrada de mujeres y hombres: de la ley de igualdad a la ley de paridad. Asunción Ventura Franch	739
30. El género en los medios de comunicación y en la publicidad. Ana Aba Catoira	761
31. Igualdad e inteligencia artificial desde una perspectiva de género. Adoración Galera Victoria	781
32. La conciliación corresponsable para el logro de la igualdad efectiva: una jurisprudencia imprescindible. Ana Marrades Puig	805
33. Perspectiva de género en la labor jurídica: necesidades, retos y cautelas. Silvia Soriano Moreno	823
34. Democracia y feminismo: mujeres ante y en el ejercicio del poder político. Leyre Burguera Ameave	859
35. La perspectiva de género en el Derecho. Reflexiones en torno al voto particular de la magistrada Balaguer en la STC 48/2024, de 8 de abril. Miguel José Arjona Sánchez	877
36. La atribución del apellido como factor de igualdad: análisis comparado de justicia constitucional entre España e Italia. Giacomo Palombino	905
37. La igualdad de género en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Daniela Dobre	925
38. Desarrollo legislativo autonómico sobre igualdad de género. Marta Lucena Pérez	947
39. El derecho a la igualdad y la dotación de recursos para el mantenimiento de un sistema de asistencia social. Amalia Lozano España	967

DEMOCRACIA

40. Del déficit democrático de la Unión al déficit democrático de los Estados miembros: las paradojas del derecho al voto. Paloma Biglino Campos	995
41. Los tribunales constitucionales y su incidencia sobre la ley electoral. Apuntes sobre el caso alemán. Carlos Vidal Prado	1015
42. «Cumpliendo»: Análisis constitucional de la rendición de cuentas de iniciativa gubernamental. Cristina Elías Méndez	1035
43. El contexto informativo, en democracia, sí importa. Argelia Queralt Jiménez	1059

DERECHO EUROPEO

44. Las políticas de la Unión Europea en materia de violencia de género: Directiva 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. María Concepción Pérez Villalobos	1081
45. El Derecho de la Unión Europea en la obra de la profesora María Luisa Balaguer Callejón: una aproximación con especial atención al derecho de sufragio pasivo de los ciudadanos móviles. Antonio Javier Trujillo Pérez.....	1099
46. El principio de igualdad de género en el marco del pilar europeo de derechos sociales: alcance, implementación y proyección para 2030. María Nieves Saldaña	1121
47. La Unión Europea y la participación popular: instrumentos y perspectivas. Rosa Iannaccone	1205
48. El principio de igualdad como valor fundamental de la UE: ¿Hacia una Unión de la Igualdad? Andrea Garrido Raya	1223

JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL

49. Importaba que fuera Balaguer. Ruth Rubio Marín	1247
50. El Tribunal Constitucional Español a través de sus reformas. Augusto Aguilar Calahorra	1259
51. El voto particular y las posibilidades interpretativas del Derecho: análisis de algunas discrepancias interpretativas. M. ^a Dolores Cabello Fernández	1289

LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO. REFLEXIONES EN TORNO AL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA BALAGUER EN LA STC 48/2024, DE 8 DE ABRIL

MIGUEL JOSÉ ARJONA SÁNCHEZ

Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Granada

SUMARIO: 1. Los acontecimientos procesales. 1.1 La denuncia de la Universidad de Sevilla. 1.2 La sentencia condenatoria en primera instancia. 1.3 La revocación parcial de la Audiencia Provincial de Sevilla. 1.4 El incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia Provincial de Sevilla. 1.5 El recurso de Amparo ante Tribunal Constitucional. 2. El amparo del Tribunal constitucional y la perspectiva de género. 2.1 La decisión de la Sala. 2.2 La perspectiva de género. 2.3 El alcance del fallo estimatorio. 3. La perspectiva de género en el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón. 3.1 Una definición de la perspectiva de género en el Derecho. 3.2 El papel del Derecho internacional y el europeo. 3.3 Perspectiva de género e interpretación del Derecho. 3.4 Razonabilidad del Derecho y perspectiva de género. 4. Por las que vengan. 4.1 Generar un debate. 4.2 Una violencia contra la emancipación laboral, económica y sexual de las mujeres. 4.3 La magistrada Balaguer contra el acoso sexual en el ámbito laboral.

1. LOS ACONTECIMIENTOS PROCESALES

1.1 La denuncia de la Universidad de Sevilla

Los actos que dieron lugar al caso que nos ocupa, tuvieron lugar entre los años 2006 y 2010, periodo en el que un catedrático de Educación Física, a la sazón decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de

Sevilla¹, abusó sexualmente de tres profesoras de su departamento. El procedimiento judicial arrancó el 25 de enero de 2011², cuando la Universidad presentó denuncia ante el Juzgado de Instrucción de Sevilla, mediante escrito formulado por las tres profesoras contra el citado Catedrático, por unos hechos que podían reunir caracteres de delito. Unos días antes (el 18 de enero de 2011) se había producido una resolución rectoral, por la que se acordaba incoar expediente disciplinario al profesor, y dar traslado de todo lo actuado al Ministerio Fiscal, al poder ser los hechos constitutivos de delito o falta. En la misma resolución se ordenó la suspensión de la tramitación del expediente disciplinario, hasta que recayese la resolución judicial correspondiente. Hay que decir que la actuación del equipo rectoral había sido objeto de críticas e incluso de algunas acciones sindicales de protesta³. De hecho, una de las secciones sindicales había reclamado la aplicación del régimen disciplinario del Estatuto Básico del empleado público, por faltas muy graves del Artículo 95.2 apartado o)⁴ que podían haber apartado al profesor de su puesto⁵, evitando así que las denunciadas se encontraran en una situación de vulnerabilidad, bajo las que se veían obligadas a acudir a su centro de trabajo. Tampoco el Decanato, pareció estar a la altura de las circunstancias, dado que algunos de sus miembros firmaron una carta de apoyo al acosador, que se presentaría posteriormente como prueba en el juicio⁶.

¹ Decano de la Facultad de Ciencias de la Educación, entre 1997 y 2009, y Director del Departamento de Educación Física y Deporte de la Universidad de Sevilla. De hecho, se trataba del primer catedrático de Educación Física de España, circunstancia que «no puede ser un dato irrelevante», para la sentencia, como señaló la prensa. Como muestra, véase: RAMAJO, J., «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 4 de febrero de 2020 20:16 h. Disponible en Web: https://www.eldiario.es/sevilla/abusos-sexuales-sentencia-tribunales-sevilla-andalucia_1_1149637.html.

² Asunto Penal 276/15.

³ Véase la nota al respecto del Sindicato Andaluz de Trabajadores: «Por otra parte, como quedó reflejado en la sentencia de lo penal, el exdecano abusador contaba con toda una estructura de poder que lo respaldaba, integrada por la mayor parte del profesorado del departamento, quienes «desfilan» por el juzgado con la voluntad de crear una imagen intencionalmente positiva del abusador, dejando constancia el juzgador de cómo se situaban en una situación rayana a la ignorancia deliberada. Además, el Equipo de Gobierno de la US, con el entonces Rector al frente, no apoyó a las denunciadas cuando se conocieron los hechos, lo que provocó varias movilizaciones de apoyo de la comunidad universitaria. El por entonces Rector ni siquiera se dignó a recibir, a pesar de las numerosas peticiones efectuadas por escrito y en persona, a estas tres mujeres, que actuaron con responsabilidad y valentía para contribuir a lograr una institución más digna, igualitaria y justa. El Equipo de Gobierno de la US se limitó a remitir la información reservada al juzgado de lo penal». SAT, «Se confirma la condena al catedrático S R por abusos sexuales a tres compañeras», *Comunicados del Sindicato Andaluz de Trabajadores*, núm. 16 de enero de 2020. Disponible en Web (consulta 10 de noviembre de 2024): <https://sat.us.es/se-confirma-la-condena-al-catedratico-santiago-romero-por-abusos-sexuales-a-tres-companeras/>

⁴ El artículo 95.2 apartado o) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público está dedicado al acoso laboral.

⁵ SAT, cit.

⁶ *Ibidem*.

1.2 La sentencia condenatoria en primera instancia

El 17 de febrero de 2015 se dictó, por el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Sevilla, auto de apertura de juicio oral contra el Catedrático por tres delitos continuados de abusos sexuales, un delito de lesiones, un delito de acoso laboral o, subsidiariamente, por un delito de amenazas continuadas.

El día 29 de diciembre de 2016, el juzgado de lo penal dictó sentencia condenatoria contra el encausado (Sentencia 522/16), como autor responsable de tres delitos continuados de abusos sexuales (previstos por el art. 181.1, en relación con el art. 74 del Código penal) cometidos sobre las tres profesoras, con la concurrencia de la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas del artículo 21.6 del Código Penal⁷, a las penas de dos años y tres meses de prisión por cada uno de ellos; y como autor responsable de un delito de lesiones del artículo 147.1 del Código Penal cometido sobre una de las profesoras, concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, a la pena de un año de prisión. Se condenó igualmente al acusado a abonar una serie de sumas económicas por los perjuicios físicos y psíquicos, así como por los daños morales causados⁸. Los hechos probados revelan hasta qué punto, el condenado hizo «ostentación de su poder académico», amenazando a las profesoras con acabar con sus carreras, y espetando frases de contenido sexual, besos y lame-tones no deseados, incluso en presencia de terceras personas⁹. Pero, en palabras

⁷ El artículo 21 del Código Penal establece: «Son circunstancias atenuantes: 6.ª La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculcado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa».

⁸ Se condenó igualmente a don S.R. a abonar las sumas de 50 000 € a doña L.G.A., 30 000 € a doña R.C.R. y 30 000 € a doña E.S.S. por los perjuicios físicos y psíquicos sufridos, así como por los daños morales causados. El 31 de marzo de 2017 se dictó, por el mismo Juzgado, auto de complemento de la sentencia que añadió al fallo condenatorio la imposición de la pena accesoria de prohibición de aproximarse a las tres perjudicadas, sus domicilios, lugares de trabajo o cualesquiera otros frecuentados por ellas a distancia inferior a 300 metros, o de comunicar con ellas por cualquier medio, directo o indirecto, durante un plazo de cinco años.

⁹ La prensa reproduciría a lo largo de todo el proceso judicial con sus consiguientes recursos, algunas de las escenas más escalofriantes de los abusos: «Esta es una puta, qué se va a esperar». «Tienes que follar más, que estás muy flaca»; «la abrazó de manera efusiva para, a continuación, bajar las manos hasta tocarle los glúteos mirándola de manera lasciva»; «en una ocasión una profesora se agachó a coger algo, momento en que él la empujó con el pie diciendo ‘esta es una puta, qué se va a esperar’»; «le cogió la mano y venciendo la resistencia que ella le ofrecía, la colocó sobre sus genitales»; «la besó en varias ocasiones en la boca venciendo la resistencia de la víctima»,.... Los abusos sexuales del catedrático así se especificaban en la sentencia del juzgado y se mantienen en la última de la Audiencia a la hora de la confirmación de los tres delitos continuados, rebajados como se ha dicho por el hecho del tiempo transcurrido, como así había pedido el abogado del exdecano. RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 4 de febrero de 2020 20:16h. Disponible en Web: https://www.eldiario.es/sevilla/abusos-sexuales-sentencia-tribunales-sevilla-andalucia_1_1149637.html POZAS, A. «El Constitucional establece que los jueces no pueden beneficiar a un abusador por la tardanza de las víctimas en denunciar», *elDiario.es*, núm.

de uno de los sindicatos, probablemente lo más perturbador fue que «el exdecano abusador contaba con toda una estructura de poder que lo respaldaba, integrada por parte del profesorado del departamento, quienes desfilaron por el juzgado con la voluntad de crear una imagen intencionalmente positiva del abusador, colocándose en una situación rayana a la ignorancia deliberada»¹⁰.

1.3 La revocación parcial de la Audiencia Provincial de Sevilla

La sentencia del juzgado de primera instancia fue recurrida ante la Audiencia Provincial de Sevilla que, en diciembre de 2019 (tres años después de la primera sentencia) desestimó íntegramente los recursos de apelación formulados por las representaciones procesales de dos de las profesoras, estimando parcialmente el recurso formulado por la representación procesal del condenado en primera instancia. La sentencia núm. 554/2019 del tribunal provincial confirmó los hechos probados y, con ellos, la condena por abusos sexuales; sin embargo, la Audiencia redujo la condena inicial impuesta por el juzgado de primera instancia, por la apreciación de la atenuante del artículo 66.1.2.^a del Código Penal¹¹ de dilaciones extraordinarias como muy cualificada, para el caso de los tres delitos de abusos sexuales; rebajando así en dos grados la pena impuesta por estos delitos (que quedaron en un año de prisión por el cometido sobre una de las profesoras, y diez meses por cada uno de los cometidos sobre las otras dos docentes); y absolvió al profesor del delito de lesiones psíquicas sobre una de ellas, al que también había sido condenado por el juzgado de lo penal.

1.3.1 LA APRECIACIÓN DE LA ATENUANTE POR DILACIONES EXTRAORDINARIAS

En este punto, no está de más recordar la diferencia que existe entre la atenuante de dilaciones extraordinarias simples y las muy cualificadas. Punitivamente el tratamiento es distinto, de modo que cuando se aprecia en su forma

8 de abril de 2024 15:17 h Actualizado el 08/04/2024 17:40 h. Disponible en Web (consulta 11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/andalucia/constitucional-establece-jueces-no-beneficiar-abusador-tardanza-victimas-denunciar_1_11270726.html.

¹⁰ SAT, cit.

¹¹ El artículo 66.1. 2.^a del Código Penal establece: 1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas: 2.^a Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por la ley, atendidos el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes».

simple, se aplica la pena inferior en grado; mientras que cuando se aprecia como muy cualificada, se reduce la pena inferior en uno o dos grados. La segunda –como es natural– requiere de una dilación mayor que la primera; de hecho, deberían tratarse de unas dilaciones verdaderamente clamorosas, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Esta fue establecida, entre otras, por la Sentencia de 23 de enero de 2020 de su Sala de lo Penal que estableció que: «Si para apreciar la atenuante genérica o simple se requiere una dilación indebida y extraordinaria en su extensión temporal, para la muy cualificada siempre se requerirá un tiempo superior al extraordinario, esto es, supuestos excepcionales de dilaciones verdaderamente clamorosas y que se sitúan muy fuera de lo corriente o de lo más frecuente (STS 652/2018, de 14 de diciembre y 554/2014, de 16 de junio)»¹². En cuanto a su apreciación en segunda instancia, también hay jurisprudencia; así, la reciente sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2023 concluyó que, tras haber agotado la fase de investigación y enjuiciamiento, también cabe apreciarla en segunda instancia¹³.

En el caso que nos ocupa, los magistrados de la Audiencia Provincial de Sevilla consideraron que la duración del proceso justificaba la apreciación de la dilación indebida como muy cualificada, aunque en primera instancia se hubiera estimado como simple. Para ello argumentaron que «la concreta extensión de la pena impuesta [...] resulta desproporcionada al concurrir la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que, en este caso, consideramos debe apreciarse como muy cualificada [...] no solo en atención al tiempo transcurrido desde la comisión del primer episodio en el año 2006, sino porque la denuncia fue interpuesta dos años después aproximadamente de la comisión del último hecho imputado al recurrente y constan paralizaciones relevantes en la tramitación de esta causa no provocadas por la actuación del acusado».

Esta singular exégesis responsabilizaba a las víctimas por el retraso del pleito (cuya demora se debería a la tardanza en la presentación de las respectivas denuncias) y, por consiguiente, de la aplicación de la atenuante en grado de muy cualificada. Para justificarse, la Audiencia apelaba a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; según la cual, la atenuante del artículo 21.6 del Código Penal debía apreciarse en grado de muy cualificada cuando superase «objetivamente el concepto de extraordinaria, es decir, [resultara] manifiestamente

¹² OLIVAS RUBIO, T. «Atenuante de dilaciones indebidas simple y muy cualificada en primera y segunda instancia», *LegalToday*, 18 de mayo de 2023. Disponible en Web (consulta 24 de noviembre de 2024): <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-penal/penal/atenuante-de-dilaciones-indebidas-simple-y-muy-cualificada-en-primera-y-segunda-instancia-2023-0-18/>

¹³ *Ibidem*.

desmesurada por paralización del proceso durante varios años [...], o cuando la dilación materialmente extraordinaria viniera acompañada de un plus de perjuicio para el acusado, superior al propio que irroga la intranquilidad o incertidumbre de la espera, como podía ser la generación en el interesado de una conmoción anímica relevante debidamente contrastada, o que durante ese extraordinario periodo de paralización el acusado lo haya sufrido en situación de prisión provisional [...] u otras similares. Más concretamente, el tribunal sevillano citaba la Sentencia del Tribunal Supremo 360/2014, de 21 de abril afirmando que esta atenuante se aprecia como muy cualificada en las sentencias de casación «en las causas que se celebran en un periodo que supera como cifra aproximada los ocho años de demora entre la imputación del acusado y la vista del juicio oral»; añadiendo que «el periodo de siete años para un proceso conlleva ínsita, conforme al criterio anterior, la calificación de duración irrazonable, si bien no es tal entidad como para la apreciación de la atenuante como muy cualificada». En efecto, desde la comisión del primer hecho declarado probado a finales de 2006, hasta que se dictó la sentencia impugnada (el 16 de diciembre de 2016) había transcurrido un plazo superior a los ocho años sobre los que se justificaba la apreciación muy cualificada de la atenuante. Una interpretación que iba a resultar controvertida.

1.3.2 LA ABSOLUCIÓN POR EL DELITO DE LESIONES PSÍQUICAS

En cuanto a la absolución por el delito de lesiones psíquicas sobre una de las profesoras, esta se justificó apelando, de nuevo, al Tribunal Supremo. Según la Audiencia provincial, la jurisprudencia del alto tribunal señalaba que las alteraciones psíquicas ocasionadas a la víctima de una agresión sexual, ya han sido tenidas en cuenta por el legislador al tipificar la conducta y asignarle una pena, de suerte que ordinariamente quedan consumidas en el tipo delictivo, salvo supuestos excepcionales en que los resultados psíquicos de la agresión, abuso o acoso sexual adquieran una magnitud desproporcionada a la que puede haber sido tomada en cuenta al penalizar el acto contra la libertad sexual. Siguiendo esta interpretación, las consecuencias psíquicas padecidas por la víctima no habían llegado a tener categoría autónoma suficiente como para ser sancionada de manera independiente al delito de abusos sexuales; en sus propias palabras: «consideramos que no concurren los requisitos exigidos para penar por separado las lesiones psicológicas sufridas por la Sra. Víctima 1 por no constar acreditado que éstas alcancen una naturaleza autónoma a los episo-

dios de abuso sufridos en el entorno laboral descrito en el relato fáctico de la sentencia impugnada por las razones que pasamos a exponer».

Con esta revocación parcial de la sentencia de primera instancia, la Audiencia Provincial reducía la condena de siete años y nueve meses a dos años y nueve meses de cárcel, lo que eximía al condenado de entrar en prisión. Ello contrastaba con la propia declaración de la Sección Primera de la Audiencia Provincial que expresamente se había preocupado por señalar que el condenado merecía una pena privativa de libertad: «[...] consideramos que la opción del Juzgador de imponer la pena privativa de libertad está debidamente motivada y justificada en la resolución impugnada y ello, como consta en el fundamento décimo de dicha resolución, no solo por el respeto a las víctimas, sino por la gravedad de la conducta del recurrente y por el impacto que dichas conductas realizadas por el acusado han supuesto para las víctimas. Así las cosas, es claro que se dan razones suficientes y proporcionadas para operar con la pena de prisión en lugar de la alternativa de multa [...]».

Además, el tribunal anulaba la indemnización de 50.000 euros a una de las víctimas, y de 30.000 euros a cada una de las otras dos denunciadas, por los perjuicios físicos y psíquicos, y los daños morales causados.

1.4 El incidente de nulidad de actuaciones ante la Audiencia provincial de Sevilla

El 28 de enero de 2020, la representación procesal de la profesora que había sufrido el delito de lesiones (del que había sido condenado el catedrático en primera instancia y absuelto en segunda) presentó un incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, por la vulneración de derechos fundamentales. La parte recurrente argumentaba que la atenuante muy cualificada no se estaba aplicando correctamente, y vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de su cliente. Técnicamente el razonamiento radicaba en que, si bien es cierto que nuestro ordenamiento establece la atenuante de dilaciones indebidas y, en concreto, ante ciertos retrasos procesales en grado muy cualificado, la Audiencia no había debido aplicarla empezando a contar desde el momento en que sucedió el primer hecho punible, sino teniendo en cuenta, la duración del procedimiento. La decisión de la Audiencia era fuertemente criticada por la letrada defensora que la calificó ante los medios de comunicación como «demencial, demoledora, [que] no tenía ni pies ni cabeza». La Audiencia estaba

aplicando un argumento nuevo, que vulneraba derechos fundamentales» y que tenía como resultado evitar la entrada en prisión del condenado¹⁴.

Por auto de 5 de mayo de 2020, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Sevilla acordó no admitir a trámite el incidente de nulidad de actuaciones; para ello rechazaba los argumentos invocados por la parte actuante, por ser sustancialmente idénticos, a los ya recogidos en el recurso de apelación. Para el tribunal provincial, el carácter excepcional del incidente expulsaba de su ámbito el enjuiciamiento de las discrepancias presentadas contra la fundamentación jurídica impugnada, puesto que aquellas ya se habían hecho valer en el recurso de apelación, momento en el que habían sido rechazadas, por las razones expuestas en la propia sentencia, a la que se remitía expresamente. Sin embargo, el propio auto sí admitía que la recurrente había hecho valer un nuevo argumento en su recurso, el de la «insuficiente aplicación del enfoque de género» de la sentencia en casación. Sin embargo, este argumento no pareció tener el peso suficiente para admitir el incidente.

De hecho, la abogada de la parte recurrente reconoció no haber tenido grandes esperanzas en el incidente, manifestando a los medios de comunicación que este se había presentado con la intención principal de cumplir con el requisito previo «para poder ir al Tribunal Constitucional», y así «promover una reflexión al más alto nivel judicial sobre los abusos sexuales y cómo se está aplicando el Código Penal, el tema de las dilaciones indebidas, etc.», añadiendo: «es una cuestión de reivindicación y de justicia en general [...] queremos generar un debate sobre esto porque nos parece que es sangrante»¹⁵.

1.5 El recurso de amparo ante Tribunal Constitucional

1.5.1 LA ADMISIÓN POR LA ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL

El 24 de enero de 2022 la Sala Primera del Tribunal Constitucional dictó providencia en la que acordó admitir a trámite el recurso de amparo, apreciando que revestía especial trascendencia constitucional. De entre las distintas causas de admisión, que el propio Tribunal Constitucional ha señalado en su

¹⁴ Y así lo manifestó a los medios de comunicación, véase: RAMAJO, J. ««Por mí y por las que vengán»: el valiente camino para que los tiempos de la Justicia no corran a favor de los abusos sexuales», *el-Diario.es*, núm. 14 de abril de 2024 06:01 h Actualizado el 14 de abril de 2024 06:01 h. Disponible en Web (11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/sevilla/vengan-valiente-camino-tiempos-justicia-no-corran-favor-abusos-sexuales_1_11274213.html.

¹⁵ RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», cit.

doctrina (STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2 b)) la Sala decidió acogerse a la referida a aquellos casos que pudieran dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental.

1.5.2 LAS ALEGACIONES DE LA RECURRENT EN AMPARO

El recurso de amparo presentado por la víctima de las lesiones seguiría una doble estrategia; por un lado «atacaría» la argumentación seguida por la Audiencia provincial, en base a errores puramente técnicos de interpretación del Derecho, tanto en el caso de la atenuante de las dilaciones indebidas, como en el del delito de lesiones; y, por otro, achacaría estos errores a una interpretación jurídica en la que se había hecho evidente la ausencia de perspectiva de género, violando el artículo 14 de la Constitución.

Respecto, a la apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado muy cualificado; el recurso, la tacharía de incoherente y contraria a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El recurso afearía que la sentencia de casación tomara la fecha del primero de los hechos cometidos por el condenado, para el inicio del cómputo del tiempo de tramitación de la causa a efectos de determinar la aplicabilidad de la atenuante. La alegación haría hincapié en que la sentencia se apartó, en perjuicio de las víctimas y sin razonamiento alguno, de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ella misma había citado. El plazo total de duración del procedimiento, desde su incoación hasta el dictado de sentencia en primera instancia, fue –en realidad– de tan solo cinco años y once meses, y no de más de ocho años como erróneamente se afirmó en la sentencia de apelación. Además, se argumentaba, que en el caso de autos no se daba la situación que el legislador pretende reparar con la atenuante de dilaciones indebidas, a saber, compensar al condenado que ha padecido perjuicios extraordinarios con ocasión del retraso en el procedimiento y que, durante su tramitación, se ha rehabilitado.

El recurso afirmaba que la sentencia no había tenido en cuenta que, durante la tramitación de la causa, el catedrático no había estado sujeto a ninguna medida cautelar, disfrutó de su puesto en la universidad con remuneración completa y pleno apoyo de su grupo de afines, mantuvo su posición de poder, y alcanzó una edad próxima a la jubilación que, además, le favorecía a efectos de solicitar la suspensión de su condena o beneficios penitenciarios. Además, la sentencia pasaba por alto la conducta procesal del condenado que, en todo mo-

mento, dentro y fuera del proceso, vino manteniendo –incluso de forma pública a través de un blog– que la culpa era de las víctimas que habían organizado un complot contra él, no mostrando signo alguno de arrepentimiento.

Pero más allá de estas consideraciones legales, el recurso ahondaba en ciertos argumentos constitucionales alrededor de la igualdad. Siguiendo esta senda, calificaba a la sentencia como contraria al principio de igualdad entre hombres y mujeres, vulnerando así los artículos 14 y 9 de la Constitución Española, así como al necesario enfoque de género, al exigir a las mujeres una conducta heroica consistente en denunciar a su victimario desde el primer abuso sufrido, obviando la dificultad que supone la denuncia en los casos de acoso y abuso sexual y, en particular, las dificultades de denunciar al hombre con mayor poder en su Facultad.

Respecto a la absolución por el delito de lesiones, el recurso calificaba a la argumentación de la Audiencia provincial (que recordemos consideraba que estas lesiones no alcanzaban la categoría necesaria para ser penadas de manera autónoma) como irrazonable y carente de la motivación exigida por el artículo 24.1 de la Constitución, en conexión con el derecho a la integridad física y moral de la demandante del artículo 15 de la Constitución. Para los recurrentes, no es posible considerar que el legislador haya incorporado al tipo de abuso sexual el enorme daño causado en la salud de la víctima.

1.5.3 LA POSICIÓN DE LA FISCALÍA

En cuanto a la Fiscalía, esta censuraba la inaplicación, por parte de la Audiencia Provincial, de la perspectiva de género (como incluso recogía en un comunicado dado a conocer a los medios de comunicación)¹⁶; entendiendo que los argumentos judiciales relacionados con el tiempo en que las profesoras tardaron en denunciar los hechos «solo permite pensar en la presencia de una inequívoca voluntad de beneficiar al acusado-varón y minimizar la consecuencia penológica que habría de sufrir por el delito continuado de abusos sexuales».

En cuanto al delito de lesiones, los argumentos usados por la Sala resultaban «irrazonables si se considera la duración de los padecimientos psíquicos sufridos por la hoy recurrente (determinada por el relato de hechos probados de la sentencia de instancia asumidos íntegramente por la sala de apelación)».

¹⁶ POZAS, A. «La Fiscalía pide al Constitucional anular la rebaja de condena a un abusador por no haberse aplicado la perspectiva de género», *elDiario.es*, núm. 25 de noviembre de 2022 14:11 h Disponible en Web (10 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/politica/fiscalia-pide-constitucional-anular-rebaja-condena-abusador-no-haberse-aplicado-perspectiva-genero_1_9743600.html.

En definitiva, a juicio de la fiscalía: «los dos pronunciamientos combatidos de la sentencia de apelación responden a una motivación carente de toda lógica, irrazonable, contraria a la obligación de los órganos judiciales de integrar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres)¹⁷ y, en consecuencia, vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su modalidad de derecho a obtener una resolución debidamente fundada en Derecho, esto es, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente, en relación con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE)».

Como reforzamiento de estas indicaciones interpretativas, la fiscalía se preocupó por desplegar todo un detallado estudio sobre el concepto de perspectiva de género, su evolución histórica e incorporación a los textos legales (tanto nacionales como internacionales), así como su encaje constitucional a partir de los artículos 1.1, 9.2 y 14 de la Constitución, y su aplicación por los órganos judiciales y el Tribunal Constitucional. Terminó el informe de la fiscalía interesando el otorgamiento del amparo.

1.5.4 LAS ALEGACIONES DEL CONDENADO

La respuesta de la parte condenada alegaba de forma genérica que el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución no ampara el derecho a la obtención de una condena, una vez el acusado ha sido absuelto en el proceso, ni la imposición de una más grave; salvo en supuestos absolutamente excepcionales de arbitrariedad, con «una total y absoluta irracionalidad e incompatibilidad con los más elementales principios de la lógica», lo que –en su opinión– no era el caso.

Más particularmente, en cuanto a la atenuante de dilaciones indebidas en grado de muy cualificada alegaba que se trataba de una mera cuestión de legalidad ordinaria (referida a la valoración de la prueba e interpretación de la norma) que no habilitaba la intervención del Tribunal Constitucional, incluso aunque hubiera habido un error, cosa que negaba. En cuanto a la absolución por el delito de lesiones, igualmente consideraba que no podía ser corregida en

¹⁷ El artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres establece: «Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. 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».

el recurso de amparo, a menos que –de nuevo– resultara contrario a toda lógica e incurriera en verdadera arbitrariedad, lo que negaba.

Otro de los argumentos, muy relacionado con el primero expuesto, iba referido a que la sentencia impugnada ya había sido completamente ejecutada en todos sus aspectos, obstáculo –en su opinión– insalvable para estimar las pretensiones del amparo.

Pero lo más llamativo de la respuesta vino cuando se refirió a la ausencia de perspectiva de género. Al respecto, el escrito de alegaciones señaló que: «no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué consiste la aplicación de la referida perspectiva de género, lo que conduce a una incertidumbre que dificulta notablemente su incorporación por los órganos judiciales. Ante tal incertidumbre, no tiene sentido esgrimir la ausencia de perspectiva de género como fundamento de todo el recurso de amparo por cuanto no cabe reprochar al tribunal sentenciador el haber prescindido de ella». Es decir, para la defensa del acusado no parecía existir tal obligación de aplicarla, ya que no solo no había una norma al respecto, sino que ni siquiera existía una definición clara de en qué consiste la perspectiva de género.

2. EL AMPARO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

2.1 La decisión de la Sala

El Tribunal Constitucional comenzó haciendo hincapié en los hechos probados en la primera instancia, que no habían sido cuestionados por la Audiencia Provincial. El alto tribunal se detuvo describiendo la relación de poder con el que el catedrático había intentado someter a las jóvenes profesoras, lo que relató con un cierto detenimiento, señalando que este: «vino realizando ostentación de su poder académico desde un primer momento, dejando claro a las mismas que él era quien mandaba en el Departamento de Educación Física de la Facultad de Ciencias de la Educación, que fuese o no el director del departamento y formase o no parte de las comisiones era él quien tomaba las decisiones relevantes en cuanto a docencia, investigación, contratación, etc., de modo que habían de seguirse sus indicaciones tales como nombrarle director de las tesis doctorales, hacer constar su participación en las publicaciones que cada profesora realizara o participar en las votaciones internas del consejo de departamento o de las diferentes comisiones conforme a sus deseos, crite-

rios u opiniones viniendo a transmitir que aquellos que no accedían a sus pretensiones podían tener problemas para mantener sus plazas».

Tras los hechos, el Tribunal señaló los numerosos preceptos constitucionales y de tratados internacionales presuntamente vulnerados según la demanda de amparo; en concreto señaló los artículos 3 (prohibición de trato degradante), 6 (derechos a un proceso equitativo), 13 (derecho al recurso), 14 y 1 del Protocolo 12 (prohibición de discriminación), del Convenio Europeo de Derechos Humanos; los artículos 5 y 6 del Convenio de Estambul; y de los artículos 1 y 2 CEDAW. En cuanto a la eventual vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género del artículo 14 de la Constitución, también señaló como esta no se había invocado en la demanda de manera autónoma, sino en conexión con las atribuidas a la motivación de la sentencia de apelación; esto es, con la vulneración relativa al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución, en su modalidad de derecho a obtener de los tribunales una resolución fundada en Derecho, no incurso en arbitrariedad, irrazonabilidad o error fáctico patente.

2.1.1 ANÁLISIS DE LAS QUEJAS POR DILACIONES INDEBIDAS Y PERSPECTIVA DE GÉNERO

A este respecto la sentencia del Tribunal Constitucional fue contundente en la calificación de la argumentación de la Audiencia provincial de Sevilla como «del todo irrazonable». Para ello, comenzó con una contundente crítica a la decisión de la Audiencia de considerar como «dies a quo» la fecha de la comisión del primer hecho delictivo, pues suponía, en palabras del interprete constitucional: «por una parte, desconocer el objeto y la razón de ser de las dilaciones indebidas y, por otra, incurrir en la incoherencia de condenar por un delito continuado y, a su vez, apreciar su actuación delictiva continuada [...] como una circunstancia atenuante de la pena»; señalando finalmente que: «resulta incontrovertible, a partir de lo dispuesto en el artículo 21.6 del Código Penal, que para determinar si se ha incurrido en dilaciones indebidas hay que tomar en cuenta únicamente la duración del proceso judicial». Si bien «estos argumentos bastarían por sí solos para estimar esta queja», el Tribunal Constitucional decidió examinar también las sucesivas «contradicciones internas» y «quebras lógicas» en las que incurrió el órgano judicial señalando como la Audiencia las hubiera evitado tan solo aplicando correctamente la doctrina jurisprudencial sobre la que pretendía basar su juicio.

Si el primer calificativo utilizado por el Tribunal Constitucional respecto de la decisión de la Audiencia sobre las dilaciones indebidas había sido el «del todo irrazonable», esta opinión se reafirmaría más adelante al describir la argumentación sustentada en la tardanza en la denuncia como «manifiestamente irrazonable». El Tribunal pedagógicamente explicó como «lo previsto dentro de nuestro ordenamiento jurídico es que quien resulte perjudicado por un delito tiene el derecho a denunciarlo en cualquier momento, con el límite de la prescripción regulada en el artículo 131 del Código Penal, que trae consigo la extinción de la responsabilidad criminal del artículo 130.1.6 del Código Penal, prescripción que la propia sentencia impugnada descarta en el presente caso (fundamento jurídico noveno)». De este modo dejó claro que las dilaciones indebidas» deben referirse exclusivamente a la tramitación del proceso judicial y a la diligencia de los órganos judiciales a la hora de llevar a cabo esta tarea», sin que quepa responsabilizar a las víctimas. Además, el Tribunal Constitucional criticó que la Audiencia no hubiera tenido en cuenta los hechos probados, en los que se señalaba que la recurrente en amparo había comunicado los hechos al director del departamento mucho antes de la presentación de la denuncia. Fue precisamente la ineficacia de este lo que motivó la presentación, junto con las otras dos víctimas, de la denuncia formal ante el vicerrectorado. Finalmente, fue la propia universidad la que formuló la denuncia penal tres meses después.

2.1.2 ANÁLISIS DE LAS QUEJAS POR LESIONES PSICOLÓGICAS

En relación con las lesiones psicológicas, el Tribunal Constitucional comienza analizando la pretensión de la parte recurrente y del Ministerio Fiscal, quienes sostienen que la sentencia de apelación vulnera la obligación de los órganos judiciales de integrar el principio de igualdad entre mujeres y hombres en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas (art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres).

La sentencia de apelación justificó su pronunciamiento absolutorio en la doctrina del Tribunal Supremo que citó, para la que las lesiones psicológicas solo merecerían un reproche penal autónomo si adquirieran una magnitud desproporcionada respecto a la tomada en cuenta por el legislador penal. Proyectando tal doctrina al caso concreto, la sentencia de apelación determinó la absolu-

ción del acusado por aplicación del principio *in dubio pro-reo*¹⁸, considerando que «no consta acreditado el conocimiento y la voluntad del acusado de causar las lesiones como las descritas en los informes ratificados en el plenario, ni la fecha en que se produjeron dichas lesiones, ni los días de impedimento para sus ocupaciones habituales, ni el tratamiento psiquiátrico prescrito para curar de las mismas».

Esta interpretación de los hechos por parte de la Audiencia le impedía al Tribunal Constitucional estimar la queja por el delito de lesiones, ya que ello exigiría «una nueva valoración de los hechos probados [...] a fin de determinar si de ellos se desprenden todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos propios del tipo de lesiones». Para el alto tribunal, dicha apreciación «excede[ría] del ámbito del proceso de amparo [...] debido a que son los tribunales penales los únicos competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal». El control constitucional «debe limitarse a constatar que el órgano judicial no ha incurrido en arbitrariedad, error patente o irrazonabilidad manifiesta», lo que no sería el caso, ya que: «la sentencia está fundada en razones jurídicas, sin que a este tribunal le corresponda verificar su corrección». Tampoco apreció que incurriera en irrazonabilidad, «toda vez que la argumentación seguida por el órgano judicial no incurre en quiebras lógicas ni contiene argumentos extravagantes»; y por último «tampoco incurre en error patente; ya que para que este tenga relevancia constitucional ha de tener carácter fáctico y ha de verificarse de forma indubitada por el mero examen de las actuaciones». En cambio, el error alegado en el recurso «es un error en la calificación jurídica, cuyo examen excede de la jurisdicción de este tribunal».

2.2 La perspectiva de género

Como vemos, la concesión del amparo se habría abierto paso, aunque solo fuera parcialmente, a través de un análisis meramente técnico del fallo provincial; sin embargo, el requisito de especial trascendencia constitucional - indispensable para la admisión de cualquier recurso de amparo - debió haberse vinculado a la inaplicación, por parte de la Audiencia, de la perspectiva de género, lo que habría suscitado la inquietud del alto tribunal por precisar su doctrina. Al

¹⁸ «Sin perjuicio de la indemnización por las secuelas sufridas por del delito continuado de abusos sexuales».

respecto, el Tribunal Constitucional circunscribió dicha cuestión a la decisión respecto de los delitos continuados de abusos sexuales.

A juicio del Tribunal Constitucional la sentencia impugnada no había tenido en cuenta el contexto en el que se produjeron los hechos delictivos, desoyendo así, la obligación de tener en cuenta la perspectiva de género para estos delitos, como establece el artículo 49.2 del Convenio de Estambul, que garantiza así un procedimiento efectivo para este tipo de violencia. Esta afirmación la fundamentó en la forma de razonar de la Audiencia «que desconoc[ió] las repercusiones específicas que los delitos relacionados con la violencia sexual tienen sobre sus víctimas, y cómo afectan a su conducta en relación con la denuncia y persecución del delito». Por otra parte, también ignoró «la situación de desventaja y desprotección de las víctimas», que «podían temer, de forma racional que, si denunciaban, podrían perder incluso su empleo»; una situación de vulnerabilidad derivada que debió ser tenido en cuenta en la sentencia, evitando responsabilizar a las perjudicadas por la demora en denunciar, lo cual «no solo es irrazonable desde la perspectiva del artículo 24.1 CE, sino que desconoce también el mandato de prohibición de discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14 CE».

El alto tribunal calificó al abuso de carácter sexual como «la forma más grave de discriminación contra la mujer»; lo cual fue obviado injustificablemente por la Audiencia, que violó así la prohibición de discriminación por razón de sexo establecida en el artículo 14 de la Constitución.

Siguiendo esta misma argumentación reprochó la consecuencia derivada de la actuación judicial, que condujo a la no entrada en prisión del condenado, recordando la reciente sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de diciembre de 2023, asunto Vucković c. Croacia, que en relación con la investigación, enjuiciamiento y castigo de delitos de violencia sexual declaró que: «los tribunales nacionales no deben estar dispuestos en ningún caso a permitir que queden impunes graves atentados contra la integridad física y mental, ni a permitir que delitos graves sean castigados con sanciones excesivamente indulgentes». Valoración que el propio Tribunal de Estrasburgo se arrogó como parte de sus competencias de control jurisdiccional en materia de derechos fundamentales. Así, dicho Tribunal se considera competente para juzgar en este tipo de delitos, si las consecuencias penales resultan «adecuados para asegurar que el castigo se mantiene proporcionado a la naturaleza y gravedad del maltrato ínsito en los actos criminales cometidos contra la demandante como víctima».

2.3 El alcance del fallo estimatorio

Pese a esta última apelación a la obligación del control jurisdiccional para evitar sanciones excesivamente indulgentes en este tipo de delitos, el Tribunal Constitucional aplicó su doctrina respecto a «evitar la anulación de fallos penales absolutorios firmes o de modificación de fallos penales condenatorios que impliquen un aumento de la condena». Hacía así referencia (como expresamente señaló) a una línea jurisprudencial bien asentada, como ya expuso en la STC 41/1997, de 10 de marzo (fundamento jurídico sexto), la STC 218/1997, de 4 de diciembre (fundamento jurídico segundo), y la STC 21/2000, de 31 de enero (fundamento jurídico segundo), basada en la salvaguarda del principio de seguridad jurídica, que apreció «se encuentran particularmente presentes en el caso examinado», y no forman parte de las excepciones puntuales que ha a veces ha reconocido.

Por tal motivo, la sentencia limitó el alcance de la estimación del recurso de amparo a la declaración de la lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución Española, en relación con el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, consagrado en el artículo 14. Como medio indispensable para reparar dicha vulneración, se acordó la nulidad y el levantamiento de los efectos de la sentencia recurrida en lo relativo a la reducción de la pena, efectuada mediante la aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas en grado muy cualificado, restableciendo así la condena inicial impuesta por el juzgado de lo penal.

3. LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL VOTO PARTICULAR DE LA MAGISTRADA MARÍA LUISA BALAGUER CALLEJÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional vino acompañada por el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer¹⁹, cualificada representante del denominado feminismo jurídico o –si preferimos– del constitucionalismo feminista, perspectiva que se caracteriza por su búsqueda de la igualdad, a través de la interacción «con las necesidades de quienes conforman la mitad de la población históricamente excluida²⁰». Este voto particular constituye, a nuestro

¹⁹ Así como un voto concurrente conjunto que formulan los magistrados don César Tolosa Tribiño y don Enrique Arnaldo Alcubilla respecto de la sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 2975-2020.

²⁰ La cita textual y completa es: «Así pues, el constitucionalismo feminista acerca el derecho a la realidad social recogiendo e interactuando con las necesidades de quienes conforman la mitad de la población históricamente excluida». GARAY MONTAÑEZ, N., «Constitucionalismo feminista. Evolución de los derechos funda-

juicio, una verdadera hoja de ruta de cómo abordar la perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer: Su definición, el mandato constitucional y el papel del Derecho internacional, la labor hermeneútica de la perspectiva de género, y su rol respecto de la razonabilidad del Derecho.

La magistrada comienza su voto señalando su principal diferencia respecto a la argumentación seguida en la sentencia de amparo, que no es otra sino respecto a «la aplicación de la perspectiva de género, tan necesaria y oportuna en un amparo como el que resolvíamos en esta ocasión, que entiendo que debería haber sido más extensa». Reprochaba así, a la sala segunda del Tribunal Constitucional, como ya desde los antecedentes de hecho apenas había dedicado un párrafo a esta exigencia, muy al contrario de «el esfuerzo de conceptualización que había formulado muy acertadamente el Ministerio Fiscal sobre la perspectiva de género en un asunto que, como sí se reconoce, viene directamente relacionado con formas de violencia contras las mujeres».

3.1 Una definición de la perspectiva de género en el Derecho

Para completar esta laguna, la propia magistrada, autora de la celebrada monografía «Mujer y Constitución. La Construcción jurídica del género»²¹ se ocupó de definir en qué consiste esa perspectiva de género, definiéndola en términos sencillos pero precisos como «un método de interpretación de un conflicto jurídico a través de un análisis que tenga como referencia a las mujeres en un juicio en el que el hecho de ser mujer es determinante y, por tanto, no cabe acudir a la supuesta neutralidad del Derecho».

El voto particular señaló a continuación como dicha perspectiva resulta una exigencia de la propia Constitución y, en concreto, de sus artículos 14 y 9.2, que reconocen el derecho a la igualdad, desarrollado legislativamente a través de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres,

mentales en el constitucionalismo oficial». En: Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino, Corts Valencianes, 2014, pp. 268-269. Disponible en Web (consulta 15 de noviembre de 2024): https://d1wgtxts1xze7.cloudfront.net/33647028/00_Igualdad_y_democracia_l libre_homenatge_JS-libre.pdf?1399442313=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DMujeres_y_constitucionalismo_transforma.pdf&Expires=1731698990&Signature=Z-m2sSirgeWwz3A7i3DYFsPvcQPQKdlFD-E2QmdxuqjFrglPd0joMTYYnT2aShJSeVGtTCiEmtjlOheIjA5R-mHxVnxXku7dqYOb4ohhQxS17nqqK9OhFVvGVE9kwfNJ~O3v9fmCB9-XX--fUVuRur8hCNjsvjP-gUK4-xV1q2qfUS2wwHN~9GaYZlIfurNlw9SUHcJ-cNKky4elfUalNUj2WvLHHZJ4N-MXsoFh1dQuh9NawrpoxCGQliS7omj3l7Uhn~0MASKouKQRafAC6O1xe9TMXOtZhpXxlZGrSmxKER4VR00FsyHbUU56-kgRQ-EAJsAX4My9BvEbyErlAQ__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA.

²¹ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Cátedra, 2005.

en cuyo artículo 4 se impone la integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas estableciendo: «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». Pedagógicamente, la magistrada señaló como ello significa, por un lado, que la igualdad entre mujeres y hombres constituye valor supremo del ordenamiento jurídico; y, por otro, que consecuentemente, la aplicación de tal principio debe considerarse un criterio hermenéutico imprescindible para la interpretación de las normas jurídicas. No podemos olvidar, en este punto, como la defensa del condenado había afirmado sin rubor en su contestación al amparo, que «no existe ni una norma, ni jurisprudencia del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional que indiquen en qué consiste la aplicación de la referida perspectiva de género», de lo que pretendía derivar la no exigencia de su aplicación.

3.2 El papel del Derecho internacional y el europeo

La argumentación de la magistrada también le dedicó tiempo a recordarnos como dicha obligación interpretativa deriva directamente del artículo 10.2 de la Constitución, que remite en materia de derechos fundamentales y libertades a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, que –como es sabido– obligan a los poderes públicos «incluidos los órganos del poder judicial, como ha recordado el Tribunal Supremo». En este sentido, no olvidó hacer una mención específica a algunas sentencias del Tribunal Supremo, como la STS 576/2022, de 23 de junio de 2022, del Pleno de Sala de lo Social, en cuyo fundamento jurídico 4, bajo el título «Doctrina general sobre la interpretación con perspectiva de género» recordaba que «ninguna duda cabe sobre la obligación de jueces y tribunales de incorporar la perspectiva de género en lo que constituye su actuación como Poder del Estado, esto es, en la interpretación y aplicación de las normas. Así lo hemos sostenido, por ejemplo, en las SSTs de 26 septiembre 2018 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1352-2017) y 13 noviembre 2019 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 75-2018)».

3.3 Perspectiva de género e interpretación del Derecho

Una vez señalada la obligación de la aplicación de la perspectiva, el voto particular entraría a fondo en el tema, haciendo hincapié en las obligaciones

concretas derivadas especialmente de dos normas internacionales. Por un lado, el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (conocido como el Convenio de Estambul); y, por otra, por la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de las Naciones Unidas; tratado que instauró un comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer que, entre otras actuaciones de tutela, elabora recomendaciones para la adopción de medidas de erradicación de la discriminación para los Estados parte.

Al respecto, la magistrada traería a colación la recomendación general núm. 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, que señala específicamente la obligación de las autoridades públicas de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar, castigar y ofrecer la reparación por todos los delitos cometidos contra mujeres; debiendo adoptar medidas que tengan en cuenta el derecho a un juicio justo de las víctimas, asegurando que no se restrinjan excesivamente los requisitos probatorios, y que no sean excesivamente inflexibles o estén influenciados por estereotipos de género. La recomendación apremia a los Estados a revisar y supervisar todos los procedimientos judiciales, para garantizar así que no discriminen directa o indirectamente a las mujeres; y actúen con la debida diligencia para prevenir y proporcionar los debidos recursos, para los delitos que afectan desproporcionada o exclusivamente a las mujeres.

Por consiguiente, en los casos de violencia sexual contra la mujer, la perspectiva de género implica que los juzgadores deben ser conscientes de que están en un contexto delictivo en el que las mujeres son las víctimas propiciatorias, porque «las conductas penadas se llevan a cabo por hombres que se prevalecen de su posición de poder, privilegio o superioridad». No cabe en estos casos –recuerda el voto particular– acercarse al estudio de estos supuestos de una forma falsamente neutral, pues esto solo supondrá la revictimización de las mujeres. Ello «implica saber que sufrir violencia sexual no solo afecta física y psicológicamente a las mujeres, sino que, además, puede impactar gravemente en el bienestar psicosocial de la víctima, su entorno y relaciones familiares, a su vida íntima y su carrera profesional». En definitiva, «interpretar y aplicar la norma con perspectiva de género es, por lo tanto, reconocer la plenitud de los derechos de las mujeres a desarrollar su personalidad de forma autónoma, en libertad y exenta de violencia»; señalando que «desde este enfoque metodológico y, por tanto, condicionante de la interpretación del Derecho, la respuesta del Tribunal debería haber sido diferente».

3.4 Razonabilidad del Derecho y perspectiva de género

Respecto al delito de lesiones, la magistrada Balaguer señaló «la coincidencia en este punto entre el Ministerio Fiscal y la sentencia, en que no existe un desarrollo suficiente en la demanda de amparo que permita enjuiciar dicha queja, puesto que el Tribunal no dispone de las razones por las que entiende la parte que este derecho ha sido vulnerado». Por tanto, también a juicio de la magistrada la valoración de la prueba realizada por la Audiencia Provincial de Sevilla queda fuera del alcance del Tribunal Constitucional, pero discrepa cuando afirma que esto no es óbice para haber apreciado como la sentencia de apelación «se construyó sobre un sesgo de género que discriminó a la recurrente en amparo y víctima en el proceso penal». Para la profesora Balaguer cabe deducir sin mucho esfuerzo que el derecho a la integridad física y moral, recogido en el artículo 15 de la Constitución, se vio directamente afectado por «una interpretación del Código penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo poco acorde y carente de toda perspectiva de género, pues un análisis desde esta categoría analítica habría permitido llevar a la conclusión de que las lesiones producidas eran una consecuencia inescindible de los acosos producidos». Un sesgo discriminatorio que «convierte los argumentos sobre los que basa su sentencia la Audiencia Provincial de Sevilla en irrazonables y, por tanto, contrarios al derecho a la integridad de la recurrente, a la luz también de su derecho a la libertad (art. 17 CE) y al libre desarrollo de su personalidad, en una interpretación constitucional, informada por los textos internacionales antes citados, en virtud del art. 10.2 CE».

Para demostrar esta irracionalidad, el voto particular se detiene en la secuencia argumental de la Audiencia. Así, parte de cómo el juzgado de primera instancia, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional —que exige que los efectos psíquicos de la agresión, el abuso o el acoso sexual superen la mera conturbación anímica y alcancen una entidad autónoma que justifique un reproche penal específico, distinto al del abuso sexual (véase, entre otras, la STS de 22 de octubre de 2015)—, declaró como hechos probados que la magnitud de los daños psicológicos causados fue tan desproporcionada que merecía un reproche penal específico y autónomo, subsumible en este caso en el tipo de lesiones previsto en el artículo 147.1 del Código Penal. Una declaración de hechos probados, que fue aceptada plenamente por la Audiencia provincial, por lo que «resulta tan sorprendente que en la sentencia aprobada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional se afirme que no se observa irrazonabilidad ni arbitrariedad en la decisión de la Audiencia Provincial de Sevilla, pese a que, sobre el mismo relato fáctico se llega a una conclusión contra-

ria, estimando la absolución del delito de lesiones psíquicas del agresor condenado». Para el voto particular, «desde una aproximación neutral y aséptica a los razonamientos de la audiencia provincial, cabría defender la corrección de la motivación de su decisión para descartar la concurrencia del delito de lesiones psicológicas, [mientras que, por el contrario] el examen de dicha motivación con una perspectiva de género impide defender dicha conclusión».

En base a dicho error la magistrada califica la decisión de la Audiencia sevillana como irrazonable, «en tanto que, pese a compartir sustrato fáctico con la primera instancia, deconstruyó su argumentario a través de una nueva interpretación que perpetuaba la situación de poder socio-sexual inherente a la discriminación entre hombres y mujeres, sin poner en duda que exista un daño psicológico común y estándar también inherente a todos los abusos sexuales, y, que, por el contrario, la afectación impacta en toda la esfera de bienestar psico-social de la mujer». «La audiencia provincial situó a la víctima y al criminal en una posición de falsa igualdad que acabó agravando y revictimizando» a la víctima, concluyó.

4. POR LAS QUE VENGAN

4.1 Generar un debate

«Queremos generar un debate sobre esto porque nos parece sangrante»; esa fue la principal razón –en palabras de la representación legal de la recurrente– por la que se produjo la interposición del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional²². Una frase que se complementaría con una expresión que expresaba toda la tensión que se acumula tras todo este largo proceso, que concluyó con una victoria parcial ante el alto tribunal: «Por mí y por las que vengan»²³, mostrando el carácter performativo de la jurisprudencia constitucional.

Y es que, si la victoria ante el Tribunal Constitucional fue parcial, sí que puede decirse que fue total en cuanto al objetivo inicial de generar un debate en torno a este tipo de violencia. Así, la sociedad andaluza en general, y sevillana, en particular, se estremeció ante lo que les ocurrió a las tres profesoras.

²² RAMAJO, J. «Una víctima del ex decano de Educación de la Universidad de Sevilla irá al Constitucional para «generar un debate» sobre los abusos sexuales», cit.

²³ RAMAJO, J. ««Por mí y por las que vengan»: el valiente camino para que los tiempos de la Justicia no corran a favor de los abusos sexuales», *elDiario.es*, núm. 14 de abril de 2024 06:01 h Actualizado el 14 de abril de 2024 06:01 h. Disponible en Web (11 de noviembre de 2024): https://www.eldiario.es/sevilla/vegan-valiente-camino-tiempos-justicia-no-corran-favor-abusos-sexuales_1_11274213.html.

Por eso, la abogada mostró su satisfacción, aunque moderada, ante la resolución de la Sala Segunda del Constitucional, tras veinte años transcurridos de aquellos abusos sexuales continuados: «Nosotras sabíamos que, pese a llevar el recurso al Constitucional, él no iba a entrar en prisión. El argumento que utilizó la Audiencia era muy perjudicial, para mí y para todas las víctimas de abusos. La motivación fue esa: vimos que había que generar ese debate, para que, cuando haya otras víctimas, den el paso. Que no le pasara a otra mujer, que no se viera con una posible reducción de condena para su agresor»²⁴. La propia víctima recurrente quiso celebrar especialmente el voto particular de la magistrada Balaguer: «Me alegra saber que haya sido un debate controvertido también, y me alegra saber que haya un voto particular concurrente, el de María Luisa Balaguer, que decía que se tenía que haber estimado la totalidad y que se tenía que haber aplicado la perspectiva de género en el análisis completo. Que eso se esté debatiendo, se hable y se ponga en la mesa del Constitucional es un avance. España tiene leyes muy avanzadas, pero luego cuesta ponerlas en práctica a veces, y esto forma parte de ese proceso»²⁵.

4.2 Una violencia contra la emancipación laboral, económica y sexual de las mujeres

Para entender mejor el caso resulta interesante analizar cuál fue el entorno en el que tuvo lugar todo el proceso penal que finalmente acabó en amparo; porque este —como tantos otros procesos relativos a la violencia contra la mujer— tuvo lugar en una sociedad en el que el movimiento feminista estaba luchando concienzudamente contra las estructuras patriarcales que aún amparan este tipo de violencias. En febrero de 2019, en la Revista universitaria de cultura, la profesora Balaguer había hecho un análisis de la situación del movimiento feminista en España. Dicho análisis describió como este movimiento estaba siendo dibujado como «minoritario [...], mediatizado por una ideología trasnochada, escasamente práctica en la solución de los problemas reales de las mujeres, extremista y enfrentada a los hombres, y arrinconada»²⁶; y, lo que, es más, compuesto por «mujeres fracasadas en su feminidad, y que han encontrado en esta militancia un modo de vida»²⁷. La profesora, luego magistrada,

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «El feminismo de hoy», *Revista universitaria de cultura*, núm. 22, 2019, pp. 140-143, p. 141.

²⁷ *Ibidem*.

indicaba como el Derecho, en este caso a través de la actividad legislativa a favor de los derechos de las mujeres, había logrado «sitúa[r] a la mujer en un relativo equilibrio de género en las instituciones de representación»²⁸.

Su análisis hacía referencia al factor internacional, en el que estaban teniendo lugar protestas específicamente «referidas (..) al acoso sexual en el trabajo y la discriminación laboral de las mujeres en función de su edad o aspecto físico en el cine y el arte»²⁹; una cuestión que de alguna manera parece también presente en el caso. La profesora analizaba como este dibujo estaba muy alejado de la realidad, pues el movimiento feminista estaba siendo aceptado en «sus supuestos metodológicos y su acción colectiva, como una cuestión de justicia social, de manera equivalente a otras conquistas sociales»³⁰, «universalizando sus reivindicaciones», «uniendo a todos los feminismos en una acción común, la de mantener una agenda social de mínimos, con independencia de las diferencias ideológicas»³¹, lo que ya se mostraba «de manera casi espontánea en movilizaciones masivas posteriores en torno a las violaciones o violencia de género, en meses sucesivos, exigiendo cambios legislativos en las normas penales»³².

Paradójicamente, en opinión de algunos autores, el avance de las mujeres en muchos ámbitos sociales (como los profesionales) ha tenido un coste enorme para las mujeres; no solo porque en muchos casos tengan que simultanear su papel tradicional en la familia con su nuevo papel en el mundo laboral, sino porque su emancipación laboral, económica y sexual, las han hecho nuevamente víctimas de la violencia. Como se ha señalado, la adquisición de derechos por parte de las mujeres podría haber venido acompañada de un agravamiento de la violencia contra las mujeres (al menos esa es una impresión que existe entre algunos sectores en los países desarrollados)³³, porque un sector de la población se estaría resistiendo a perder su estatus de predominio y dominación, reaccionado con extrema violencia frente a la pérdida de sus prerrogativas tradicionales³⁴.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem.*, p. 142.

³⁰ *Ibidem.*, p. 143.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ Sin embargo, hay que tratar esta afirmación con precaución porque bien podría tratarse de una mayor alarma social ante estos hechos, que incluso parece ser más denunciados.

³⁴ CASTRESANA, C. «Derechos fundamentales de la mujer y violencia de género». En: ARANDA V., y MONTAÑO, S. *Reformas constitucionales y equidad de género: informe final seminario internacional*, CEPAL, 2006, pp. 207-211, p. 209.

En cualquier caso, como señaló el Comité de la Convención contra toda forma de Discriminación hacia la Mujer³⁵, esta violencia que padecen las mujeres en este contexto patriarcal no supone únicamente ataques a su derecho a la vida, a la libertad o a la integridad física o moral, sino que, el hostigamiento de carácter sexual en el trabajo³⁶, tiene como objetivo perpetuar la situación de dominación y, por tanto, deben ser entendidos como verdaderos ataques a la igualdad³⁷. La Recomendación número XIX de 1992 de la Convención constató que el grado de violencia que soportan muchas mujeres, inutiliza la capacidad de transformación de la mayor parte de los derechos que se proclaman, pues de poco les sirven a las mujeres que sufren dicha violencia derechos tan importantes con la educación o la salud, si no se garantiza previamente su derecho a la vida, a la libertad, a la integridad física y psíquica. Aunque todos los derechos son igualmente importantes, el Comité proclamó así, la equiparación de violencia y discriminación, considerando que las situaciones de violencia contra las mujeres son per se, esencialmente, situaciones de discriminación³⁸.

La Recomendación XIX de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer relaciona los derechos de este tratado con aquellos reconocidos en otros convenios. Así, el Artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 impone a los Estados un doble deber respecto de los derechos humanos: el de respetarlos y el de asegurarlos. Siguiendo esta obligación, a partir de 1992, el Comité de la Convención recuerda a los Estados parte que estos deben responder tanto por la violencia del Estado, como por la ejercida por los particulares, ya que es su deber evitar ambas. Si el Estado no consigue evitar la violación, es su deber

³⁵ El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), que está formado por veintitrés expertos independientes en los derechos de la mujer de todo el mundo, es el órgano que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Los Estados parte de la Convención (aquellos que han ratificado el tratado) deben presentar informes periódicos al Comité sobre cómo se están aplicando los derechos de la Convención. El Comité examina el informe de cada Estado parte y le hace llegar sus preocupaciones y recomendaciones en forma de observaciones finales.

³⁶ En su recomendación XIX, el Comité señalaba algunos de los principales ataques que llevan implícita una forma de perpetuación de dominación de la mujer. Estos son la violencia familiar; los matrimonios forzosos; los ataques a las mujeres por dote insuficiente en las sociedades tradicionales, los ataques con ácidos, la circuncisión femenina, la ablación del clítoris, la prostitución forzada, el turismo sexual, las violaciones sistemáticas de la vida, la libertad, la integridad sexual, física y moral de las mujeres en los conflictos armados, el hostigamiento de carácter sexual en el trabajo y la preferencia de los varones respecto de la natalidad y la subordinación sistemática de las mujeres de las áreas rurales. La violencia de género el entorno familiar, laboral y social, en los conflictos armados y la explotación y tráfico de mujeres se trata de un fenómeno creciente. CASTRESANA, C. «*Derechos fundamentales de la mujer y violencia de género*». EN: ARANDA V., y MONTAÑO, S. *Reformas constitucionales y equidad de género: informe final seminario internacional*, CEPAL, 2006, pp. 207-211, p. 209.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 208.

castigar al victimario, para evitar la reiteración de las conductas, y procurar la reparación de las víctimas³⁹, y este es – a nuestro juicio – el verdadero sentido del voto particular de la magistrada, que aun minoritario muestra el camino a seguir para impedir que estas conductas queden impunes.

4.3 La magistrada Balaguer contra el acoso sexual en el ámbito laboral.

La jurista Balaguer no ha sido ajena a la problemática del acoso sexual en el ámbito laboral, tanto en su faceta como magistrada como a lo largo de su trayectoria investigadora. De hecho, trabajó en este tema en un artículo de la Revista de Derecho Constitucional Europeo del año 2004, a propósito de la última normativa europea en la materia, en el que defendía como a menudo la legislación europea precedía y motivaba la actividad legislativa nacional (no solo la española, sino también la de otros Estados miembros)⁴⁰, que venía precedida –a su vez– de la propia jurisprudencia del TJCE, que había venido fijando una serie de criterios acerca de la igualdad compensatoria y otros aspectos relacionados con la igualdad de género⁴¹. De hecho, uno de los aspectos más destacados de la regulación de la Directiva 2002/73/CE (y que respondía a una reivindicación de las asociaciones y colectivos feministas existentes en los Estados miembros, tras la trascendente Cumbre de Pekín de 1995⁴²) fue su apuesta por la transversalidad, señalada expresamente en su artículo 1 apartado bis referida a las políticas y las actividades públicas^{43 44}.

Aquella Directiva, sobre la que tuvo la oportunidad de manifestarse nuestro Tribunal Constitucional a raíz de otro recurso de amparo⁴⁵, afrontaba un problema cuya regulación no podía esperar mucho más en el Derecho laboral

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», *ReDCE*, núm. 1, 2004, pp. 383-390, p. 383.

⁴¹ MONTILLA MARTOS, J. A. «Comentario a la Directiva 2002/73/CE», *Revista Artículo 14*. En: BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 383.

⁴² BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴³ El artículo 1 bis establece: «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1».

⁴⁴ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴⁵ La STC 162/2016, referido al «butforbest», o criterio del factor distintivo único es muy revelador en relación con la prueba de no discriminación, estimando un recurso de amparo con remisión a la STJUE en el asunto Sarkatzis c. Imsalud resolviendo que el derecho nacional no puede ser contrario a la Directiva 2002/73/UE. BALAGUER CALLEJÓN, M. L.; BIGLINO CAMPOS, P.; FIGUERUELO BURRIEZA, A.; FREIXES SAN-

(y que se había visto empujada tanto por la jurisprudencia del TJCE, como por la del Tribunal Constitucional y, posteriormente, la ordinaria)⁴⁶ la del acoso y específicamente el acoso sexual en el trabajo⁴⁷.

En aquel momento, aunque no existía en nuestro ordenamiento jurídico un precepto específico que recogiera esta figura, la construcción jurisprudencial en el ámbito constitucional se articuló a partir del artículo 14 de la Constitución. Por su parte, la jurisprudencia ordinaria la subsumió en los artículos 175 y siguientes del Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, e incluso en el procedimiento de tutela de los derechos fundamentales en el ámbito social⁴⁸.

El acoso se definió en la Directiva como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo»; mientras que el acoso sexual «como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo»⁴⁹. El art. 3 señalaba como objeto de la protección laboral, la obligación de respetar la igualdad en el acceso al mercado laboral⁵⁰.

Aquella contribución a la revista no fue sino una más de las innumerables aportaciones de nuestra profesora, aquí homenajeadas, en su incansable lucha por la igualdad entre mujeres y hombres. El voto particular aquí analizado constituye una muestra de su perspicacia, valentía y clarividencia jurídica, orientadas a superar, de una vez por todas, un ordenamiento jurídico y una realidad que, en demasiadas ocasiones, siguen siendo profundamente patriarcales.

JUÁN, T.; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.; REY MARTÍNEZ, F., y SALAZAR BENÍTEZ, O «Encuesta sobre la igualdad entre hombres y mujeres», *Teoría y realidad constitucional*, 2019, núm. 43, pp. 15-99, p. 64.

⁴⁶ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 389.

⁴⁷ Define el acoso como «la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno humillante u ofensivo». Y el acoso sexual «como la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo».

⁴⁸ BALAGUER CALLEJÓN, M. L. «Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género», cit., p. 385.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 386.

Los *Estudios sobre jurisdicción constitucional, derechos fundamentales e igualdad* son una obra colectiva de más de cincuenta profesoras y profesores de Derecho Constitucional, que ofrecen a través de ellos un homenaje a la magistrada del Tribunal Constitucional y catedrática de Derecho Constitucional María Luisa Balaguer Callejón. Su trayectoria personal y su obra han sido la inspiración de unos textos en los que se abre un diálogo con sus trabajos académicos, con las sentencias en las que ha participado como ponente y con sus votos particulares, que ofrecen argumentos alternativos en la interpretación jurisdiccional de la Constitución Española de 1978. En el centro de la reflexión compartida que se contiene en este libro, está la lucha por los derechos fundamentales y por la igualdad, que ha sido la motivación esencial de la extraordinaria labor de María Luisa Balaguer Callejón como jurista.

Francisco Balaguer Callejón
Carmen Calvo Poyato
Carlos de Cabo Martín
Gregorio Cámara Villar
Enrique Guillén López
Juan Francisco Sánchez Barrilao
Miguel Azpitarte Sánchez
Itziar Gómez Fernández
Antonio Torres del Moral
Antonio Arroyo Gil
Manuel Aragón Reyes
Juan Fernando López Aguilar
José Antonio Montilla Martos
José María Porras Ramírez
Pedro Tenorio Sánchez.
Rafael Naranjo de la Cruz
Antonia Navas Castillo
Mercedes Iglesias Báez.
Amalia Balaguer Pérez
Marta León Alonso
Javier Sierra Rodríguez
Eloísa Pérez Conchillo
María Dolores Requena de Torre
Luis Fernando Martínez Quevedo
Pedro J. González Trevijano
Enrique Arnaldo Alcubilla

Yolanda Gómez Sánchez
Ángela Figueruelo Burrieza
María Salvador Martínez
Laura Nuño Gómez
Asunción Ventura Franch
Ana Aba Catoira
Adoración Galera Victoria
Ana Marrades Puig.
Silvia Soriano Moreno
Leyre Burguera Ameave
Miguel José Arjona Sánchez
Giacomo Palombino
Daniela Dobre
Marta Lucena Pérez
Amalia Lozano España
Paloma Biglino Campos
Carlos Vidal Prado
Cristina Elías Méndez
Argelia Queralt Jiménez
María Concepción Pérez Villalobos
Antonio Javier Trujillo
María Nieves Saldaña
Rosa Iannaccone
Andrea Garrido Raya
Ruth Rubio Marín
Augusto Aguilar Calahorro
M.^a Dolores Cabello Fernández