Género, justicia y objetividad

Gender, justice and objectivity

José Fernando LOUSADA AROCHENA*

RESUMEN: La Razón es la piedra basilar del Derecho contemporáneo. De ahí la exigencia de motivación de las sentencias judiciales y su entendimiento como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva. El Feminismo ha denunciado que la Razón sobre la cual se ha construido el Derecho contemporáneo es una Razón que excluía a las mujeres. De ahí la tolerancia a la introducción de estereotipos y prejuicios de género en la motivación de las sentencias sin que ello supusiera vicio de motivación. Pero el moderno derecho antidiscriminatorio va más allá del combate contra las desigualdades de trato, y su combate se dirige también contra los estereotipos y prejuicios de género que las causan. A tales efectos, un aporte novedoso es la metodología de resolución de casos judiciales denominada enjuiciamiento de género o juzgar con perspectiva de género que pretende expulsar a los estereotipos y prejuicios de género de la motivación de las sentencias judiciales. La propuesta sostenida en el presente estudio es que el enjuiciamiento de género tanto es un instrumento en la lucha para

* Magistrado especialista de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (España). Doctor en Derecho con Premio Extraordinario. Profesor universitario de Derecho Procesal Civil y Penal. Participante en los trabajos de elaboración de la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de España (2007) y en textos legislativos sobre igualdad de mujeres y hombres en la Comunidad autónoma de Galicia. Colaborador con la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial. Copresidente de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo. Autor de más de 30 libros. ORCID: 0000-0002-4629-0539. Contacto: <fernando.lousada@udc.es>. Fecha de recepción: 29/07/2022. Fecha de aprobación: 31/08/2022.

conseguir la igualdad de género, como una necesidad exigida por la imparcialidad judicial inscrita en el derecho a la tutela judicial efectiva, donde encuentra su fundamento. Juzgar con perspectiva de género es una garantía que busca que la motivación de las sentencias judiciales sea objetiva y fundada en Derecho.

PALABRAS CLAVE: Teoría feminista del derecho; juzgar con perspectiva de género; motivación de las sentencias judiciales; objetividad en la aplicación del derecho.

ABSTRACT: Reason is the basilar Stone of contemporary Law. Hence the requirement of motivation of judicial decisions and their understanding as a manifestation of the due process of law. Feminism has denounced that the Reason on which contemporary Law has been built is a Reason that excluded women. Hence the tolerance for the introduction of gender stereotypes and prejudices in the motivation of sentences without implying a vice of motivation. But modern anti-discrimination law goes beyond the fight against in equals treatments, and its fight is also directed against the gender stereotypes and prejudices that cause them. To this end, a novel contribution is the methodology for resolving judicial cases called judging with a gender perspective, which aims to expel gender stereotypes and prejudices from the motivation of judicial decisions. The proposal supported in this study is that judging with a gender perspective is both an instrument in the struggle to achieve gender equality, and a necessity required by judicial impartiality inscribed in due process of law, where it finds its foundation. Judging with a gender perspective is a guarantee that seeks that the motivation of judicial decisions is objective and founded on law.

KEYWORDS: Gender Jurisprudence; Judging with a gender perspective; Motivation of judicial decisions; Objectivity in the application of Law.

I. LA CRÍTICA FEMINISTA DE LA RAZÓN ¿UNIVERSAL? DE LAS REVOLUCIONES LIBERALES

A) DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PATRIARCAL FUERTE AL ORDENAMIENTO JURÍDICO PATRIARCAL MODERADO: LAS LEYES DE IGUALDAD CLÁSICAS

La Razón es la piedra basilar del Derecho contemporáneo. Desde finales del Siglo XVIII, las revoluciones liberales (Estados Unidos de América, Francia) han erigido a la libertad, la igualdad y la fraternidad como los valores fundados en la Razón que sustentan el edificio del Estado. Sin embargo, dichos valores se predicaron solamente de la mitad de la Humanidad: los hombres. Cuando la Constitución de los Estados Unidos de América (1776) afirma en su comienzo que “consideramos verdades evidentes en sí mismas que todos los hombres han sido creados iguales”, y similarmente cuando la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia (1779) afirma en su artículo 1 que “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”, se refieren a los hombres en masculino propio, no inclusivo de las mujeres¹.

A pesar de sustentarse en la Razón, las revoluciones liberales justificaron el estatus de sumisión de las mujeres que acompaña a la Civilización Occidental desde sus orígenes (Grecia, Roma). En la *Odisea* de Homero (siglo VIII a. C.), en el primer canto del

¹ Sobre la evolución del concepto jurídico del derecho a la igualdad y a la no discriminación de mujeres y hombres desde las revoluciones liberales hasta la actualidad, me permito remitir al capítulo primero de LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 27-85; así como al capítulo primero de *Fundamentos del derecho a la igualdad de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch, México, 2015, pp. 17-64.

poema, Telémaco, apenas un joven imberbe, expulsa a su madre, Penélope, de la toma de decisiones, lo que “es una prueba palpable de que ya en las primeras evidencias escritas de la cultura occidental las voces de las mujeres son acalladas en la esfera pública”². En Roma, las XII Tablas (siglo V a.C.) establecían (en la Ley 5ª) la *tutela mullieris* y los jurisconsultos clásicos (Gayo³, Ulpiano⁴) la justificaban en la ligereza del juicio femenino (*propter animi levitatem*), la debilidad natural del sexo (*propter sexus infirmitatem*) o la ignorancia de las cosas del foro (*propter forensium rerum ignorantia*).

Unos prejuicios mantenidos a lo largo de la Historia, y que aparecen en la obra de los principales pensadores ilustrados inspiradores de las revoluciones liberales. John Locke, en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil* (1689)⁵, considera al hombre “más capaz y más fuerte”. Jean Jacques Rousseau, en su *Emilio o la educación* (1762), afirma que “la dependencia es el estado natural de las mujeres”⁶. Immanuel Kant, en sus *Principios metafísicos de la*

² BEARD, Mary, *Mujeres y Poder: Un manifiesto*, Editorial Crítica, Barcelona, 2018, pp. 15-16.

³ GAYO, *Gaii Institutionum*, I, 144: “féminas etiam si perfectas aetatis sint, propter animi levitatem in tutela esse”. Aunque el propio Gayo, en otro párrafo, critica la tutela de la mujer mayor de edad al afirmar que no ve ninguna razón fundada para ello: “nulla pretiosa ratio suassise videtur” (*Ibidem*, I, 190).

⁴ ULPIANO, *Reglas*, XI, 1.

⁵ LOCKE, *Segundo tratado sobre el gobierno civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil* (1689), capítulo 7 “de la sociedad política o civil”, párrafo 82: “el marido y la mujer tienen entendimientos diferentes; y habrá casos en los que, inevitablemente, sus voluntades respectivas habrán de diferir; será necesario que la última decisión, es decir, el derecho de gobierno, se le conceda a uno de los dos; y habrá de caer naturalmente del lado del varón, por ser este el más capaz y más fuerte”.

⁶ ROUSSEAU, J. J., *Emilio o la educación* (1762), capítulo 5 entero dedicado a la educación de Sofía, que es la compañera de Emilio. Allí se dice: “En la unión de los sexos, concurre cada uno por igual al fin común, pero no de

doctrina del Derecho (1797), entiende como principio natural incuestionable “la superioridad natural del hombre sobre la mujer”⁷. Friedrich Hegel, en sus *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (1821), contraponen la naturaleza infantil de las mujeres frente a la racionalidad objetiva de los hombres, destinados a las tres actividades hegemónicas de la modernidad: la Ciencia, el Estado y la Filosofía⁸.

Todo ello cristalizaba en un ordenamiento jurídico que, en cuanto a las mujeres, no difería del existente con anterioridad a las revoluciones liberales y que podríamos calificar como patriarcal

la misma forma; de esta diversidad nace la primera diferencia notable entre las relaciones morales de uno y otro. El uno debe ser activo y fuerte, y el otro pasivo y débil. Es indispensable que el uno quiera y pueda, y es suficiente que el otro apenas oponga resistencia... La mujer está hecha especialmente para agradar al hombre... Si la mujer está hecha para agradar y ser subyugada, se debe hacer agradable al hombre... Bien dirigida, hasta la sujeción en que se la tiene, lejos de debilitar su cariño, no hará otra cosa que aumentarlo, porque siendo la dependencia el estado natural de las mujeres, propenden a la obediencia... Por la misma razón que deben tener poca libertad, se extralimitan en el uso de la que les dejan”. Sobre el pensamiento rousseaiano, véase COBO BEDIA, R., *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*, Ediciones Cátedra, Madrid, Valencia, 1995.

⁷ KANT, I., *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho* (1797), parágrafo XXVI de la parte primera “derecho privado”. Paradójicamente, ese parágrafo XXVI se titula “la relación de los cónyuges es una relación de igualdad”, aunque se acaba concluyendo que esta igualdad no es contraria a “la ley que dice del hombre con relación a la mujer: él será tu señor (el mandará, ella obedecerá) ... si la dominación de que se trata tiene por única razón la superioridad de las facultades del hombre sobre las de la mujer”.

⁸ HEGEL, F., *Fundamentos de Filosofía del Derecho* (1821), parágrafo 166 de la sección dedicada a la familia dentro de la tercera parte dedicada a la ética; de particular interés la adición al parágrafo 166 en la cual se equipara el carácter de los hombres con los animales y el carácter de las mujeres con las plantas.

fuerte⁹. Patriarcal porque legitimaba total o parcialmente la subordinación de la mujer y la violencia de género. Patriarcal fuerte porque esa legitimación se amparaba en las leyes con mayor o menor amplitud: a la mujer se le negaba el derecho a la propiedad, al voto y a la educación, el acceso al trabajo en la economía formal, o, si se le reconocía alguno de esos derechos, era bajo la tutela del padre o el esposo; se amparaban legalmente determinadas violencias, como el derecho de corrección moderado a la esposa, no se consideraba delito la violación conyugal ni a las mujeres en prostitución, o se exculpaba o atenuaba el uxoricidio *honoris causa*.

En suma, las mujeres no participaban de los logros conseguidos por la Razón. La gran paradoja es que el Feminismo como corriente ideológica nace invocando la Razón y a la vez tildando de masculina la Razón que la Ilustración concebía como Universal. Olympe de Gouges, que escribió en femenino una Declaración de los Derechos de la Mujeres y de la Ciudadana (1791), por esta y otras veleidades, acabó en la guillotina¹⁰. También seguidora de la Ilustración, Mary Wollstonecraft, por esas mismas fechas, escribe *Vindicación de los derechos de la mujer* (1791)¹¹, que es la obra considerada fundante del pensamiento feminista contemporáneo pues supera el planteamiento de lista de agravios por la crítica ge-

⁹ Sobre esta categorización entre ordenamiento jurídico patriarcal fuerte y patriarcal moderado, me remito a LOUSADA AROCHENA, J. F., *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson, Madrid, 2020, pp. 70 y ss.; asimismo véase “Evolución de la igualdad desde la Constitución de 1978: del patriarcado fuerte hacia la igualdad de género”, *Iqual: Revista de Género e Igualdad*, núm. 5, 2022, pp. 1-9.

¹⁰ Una aproximación biográfica en RON LATAS, R. P., “Olympe de Gouges (Montauban 1748 – París 1793)”, en *Hablamos de Feminismo*, Valedora do Pobo Galicia, Santiago de Compostela, 2021.

¹¹ WOLLSTONECRAFT, M., *Vindicación de los derechos de la mujer* (1791); con traducción al español en Ediciones Cátedra, Madrid, 1994; y al gallego por la Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2004.

neral del sistema establecido¹². Así, el Feminismo nace como “hijo no querido” de la misma Ilustración que justificó la sumisión de la mujer¹³.

A lo largo del Siglo XIX es cuando el Feminismo se consolida como movimiento ideológico¹⁴. La Declaración de Sentimientos de Seneca Falls (1848) se suele considerar como su carta de bautismo, y, en particular, del sufragismo en los Estados Unidos de América. Surgen en estos años las obras más relevantes de la Primera Ola del Feminismo, en el que confluyen el socialismo utópico (Flora Tristán, *La emancipación de la mujer*, 1845), el liberalismo (John Stuart Mill, *La emancipación de la mujer*, 1869¹⁵), y el socialismo científico (Friederich Engels, *El origen de la familia, de la propiedad y del Estado*, 1884), con recetas muy diferentes: el Feminismo liberal considera que, con la igualdad en la ley, la igualdad en la sociedad es cuestión de tiempo; el Feminismo socialista vincula la solución al éxito de la revolución obrera.

Gracias a la Primera Ola del Feminismo, en los países más avanzados se empiezan a reconocer, desde finales del Siglo XIX y en la primera mitad del XX, el voto femenino, el acceso a la educación, o la patria potestad conjunta, se eliminan prohibicio-

¹² “Uno de los tratados de teoría social y política más notables”, según las palabras de VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres y la Constitución de 1978*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999, p. 62.

¹³ VALCÁRCEL BERNARDO DE QUIRÓS, A., *Feminismo en el mundo global*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2009, pp. 55-76. En un sentido parecido, DE MIGUEL ÁLVAREZ, A., afirma que “el Feminismo supone la efectiva radicalización del proyecto igualitario ilustrado, “Los feminismos”, en AMORÓS PUENTE, C., (dir.), *Diez palabras clave sobre la mujer* Editorial Verbo Divino, Pamplona, 2000.

¹⁴ De interés: PÉREZ GARZÓN, J. S., *Historia del feminismo*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2011.

¹⁵ Recientemente publicado esta obra bajo el título *La esclavitud femenina* en la traducción y con el prólogo que en el Siglo XIX realizó PARDO BAZÁN, E., *La esclavitud femenina*, Artemisa Ediciones, Barcelona, 2008.

nes o restricciones para trabajar, y se reconocen algunos derechos sociales como la cobertura de la maternidad. Después de la Segunda Guerra Mundial se generaliza un reconocimiento general, también en textos constitucionales, del principio de igualdad de mujeres y hombres. A estos importantes avances normativos los denominamos leyes de igualdad clásicas, caracterizadas por las notas siguientes¹⁶:

- 1) por ser leyes sectoriales en cuanto solo se aplican a sectores de la realidad donde, a través de un juicio de comparación, se aprecia la existencia de una desigualdad irrazonable entre mujeres y hombres (lo que convierte la lucha por la igualdad en una inacabable tarea de comparación de situaciones y constante argumentación de la concreta irrazonabilidad) que se resuelve a través de la asimilación de los derechos de aquellas a los derechos de estos (asumiendo así la situación del hombre como modelo);
- 2) por estar basadas en la igualdad formal, buscando la igualdad en la letra de la ley pero sin preocuparse de la igualdad efectiva, de ahí que el reconocimiento formal del derecho puede quedarse en todo o en parte en la letra de la ley sin que tenga repercusión práctica o sin que tenga toda la repercusión práctica que debería tener; y
- 3) por construirse sobre el concepto de sexo como si los estereotipos de género no existieran (se trata de leyes *sex blind*, literalmente traducido sexo ciego), con lo cual el perjuicio de género en el cual se justificaba la diferencia de la mujer respecto al hombre permanece incólume o cuasi incólume (un efecto colateral de las leyes *sex blind* es que, en vez de eliminar o reformar los derechos protectores de las mujeres, posibilitan su extensión a ambos sexos, generando el espejismo del varón discriminado).

¹⁶ Sobre esta categorización entre leyes de igualdad clásicas y modernas, me remito a LOUSADA AROCHENA, J. F., *El derecho fundamental ...*, op. cit., pp. 76 y ss., *Fundamentos ...*, op. cit., pp. 57ss., *El enjuiciamiento ...*, op. cit., pp. 20 ss., y a “Evolución de la igualdad ...”, op. cit., pp. 3 y ss.

Un ejemplo muy claro de leyes de igualdad clásicas son las leyes de reconocimiento del derecho al sufragio femenino: son leyes sectoriales porque la igualdad la aplican solo al derecho al sufragio, de manera que con sus argumentos no se justificarían otras extensiones de derechos, sino que cada caso debería ser analizado conforme al juicio de comparación; son leyes basadas en la igualdad formal porque se ciñen a igualar legalmente pero no se preocupan de si las mujeres efectivamente votan de manera libre o si efectivamente son candidatas; y son leyes que pivotan sobre el sexo sin considerar los roles de género subyacentes que justificaban la negación del derecho al voto en la supuesta incompetencia de las mujeres en las cosas de la política, con lo cual el prejuicio permanecerá cuasi intacto y acabará manifestándose de otras maneras diferentes, como son el déficit de mujeres en cargos electos, la escasa implicación de los partidos políticos y de sus programas en las cuestiones de igualdad, o los ataques a las mujeres dedicadas a política por su supuesta incompetencia en las cosas de la política (y es la ignorancia de las cosas del foro de la que hablaban los jurisconsultos romanos el prejuicio detrás de la privación del voto que se mantiene en esas otras manifestaciones).

Algo similar se puede decir del mundo del trabajo¹⁷: las mujeres se educan e incluso obtienen títulos universitarios gracias a la igualdad proporcionada por las leyes de igualdad clásicas, pero, al mantenerse los prejuicios, son los hombres quienes acceden más fácilmente al trabajo (las mujeres acababan enfrentadas al llamado dilema de Wollstonecraft¹⁸: o trabajan renunciando a

¹⁷ Más ampliamente, FERNANDEZ GALIÑO, M. D. y LOUSADA AROCHENA, J. E., “Prejuicios de género en las relaciones laborales”, *Revista de Derecho Social y Empresa – Dykinson*, núm. 16, 2022.

¹⁸ PATEMAN identificó este dilema y le puso el nombre de la filósofa inglesa Mary Woollstonecraft (PATEMAN, C., *The Disorder of Women*, Polity Press, Cambridge, 1989, pp. 179-209). Sobre el dilema, LOMBARDO, E., “La política de género de la UE: ¿Atrapada en el «Dilema de Wollstonecraft»?”, en GARCÍA INDA, A. y LOMBARDO, E. (coords.), *Género y Derechos Humanos*,

la maternidad, o son madres renunciando al trabajo, y en ambos casos se consolida el *statu quo*; buscando evitar el dilema en sus términos más extremos, se opta por la salida temporal del mercado de trabajo para la maternidad, pero ello desprofesionaliza a la trabajadora: es el efecto grifo que gotea); también los hombres son quienes más fácilmente progresan en el trabajo (las mujeres sufren el *ceiling glass* / techo de cristal, el *sticky floor* / suelo pegajoso, o las paredes de hormigón o segregación vertical); y se enquistan las brechas salarial o pensional.

En los ordenamientos patriarcales moderados, aunque se achican los espacios de legitimación de las violencias de género, muchos se mantienen: las violencias en el matrimonio, en la relación de pareja o en la familia se invisibilizan como cuestiones privadas; el asesinato / homicidio cometido por la pareja o la ex pareja se consideran crimen pasional, sin apreciar la existencia de un componente de género; si existe provocación, si la víctima lleva una vida disoluta, o si no se resiste de una manera suficiente, se presume el consentimiento de la mujer a una agresión sexual¹⁹; el acoso sexual se considera como una forma más de acercamiento sexual, luego no es ilícito²⁰.

Mira Editores, Zaragoza, 2002, p. 226. Véase igualmente BODELÓN GONZÁLEZ, E., “Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder”, en RUBIO CASTRO A. y HERRERA FLORES, J. (coords.), *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización* Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006, pp. 219 y 220.

¹⁹ Véase GARCÍA ADÁN, A., “Xnjusticia epistémica e argumentación jurídica: especial atención nos casos de violación”, *Hablamos de Feminismo*, Valedora do Pobo Galicia, Santiago de Compostela, 2022.

²⁰ Véase LOUSADA AROCHENA, J F., *El derecho de los trabajadores a la protección frente al acoso sexual*, Editorial Comares, Granada, 1996; más recientemente (y en acceso abierto), “La problemática del acoso sexual desde una perspectiva de género”, *Portal Jurídico Interdisciplinario*, Perú, 10/08/2021.

B) HACIA UN DERECHO IGUALITARIO A TRAVÉS
DEL PRINCIPIO DE TRANSVERSALIDAD:
LAS LEYES DE IGUALDAD MODERNAS

La identificación del género como causa de la subordinación femenina obedece a las aportaciones del movimiento de liberación de la mujer (o *woman's lib*), también llamado la Segunda Ola del Feminismo. Su punto de arranque lo encontramos en la obra de Simone de Beauvoir *El segundo sexo* (1949), en la cual se sostiene que lo que se entiende por mujer no es un producto natural (“no se nace mujer, se llega a serlo” es la tan conocida afirmación con la que comienza la segunda parte de su obra) porque, aunque existan diferencias fisiológicas entre los sexos (la maternidad y una cierta inferioridad física), de ello no se deduce la jerarquía entre lo masculino y lo femenino, que es una construcción social y cultural que expulsa a la mujer del mundo del conocimiento, de la cultura o de la política (lo que se identifica a lo largo de la obra con la trascendencia), y que la recluye en las labores reproductivas, domésticas y de cuidado (lo que se identifica con la inmanencia). De ahí que las mujeres no puedan oponer un contrauniverso femenino a todo el universo masculino. Las mujeres simplemente son una alteralidad de los hombres como auténticos sujetos definidores de todo el universo.

Motivó la difusión de esta obra una nueva ola de estudios feministas entre los que destacan *La mística de la feminidad* (1963) de Betty Friedan, que es una crítica a la política de exaltación del ama de casa que lleva a las mujeres, abandonando formación y expectativas laborales, a tareas domésticas y depender de sus maridos, sin aspiraciones vitales, generando “el malestar que no tiene nombre”. O *Política sexual* (1970) de Kate Millet, para quien la sexualidad ostenta un cariz político: “lo sexual es político”.

Nace así el movimiento de liberación de la mujer, que encuentra la causa de la discriminación no en el sexo (esto es, en las diferencias físicas entre mujeres y hombres) sino en el género (esto es, el añadido sociocultural). Tradicionalmente, el sexo ha invis-

bilizado el género²¹ a través de un proceso de naturalización del añadido sociocultural (por ejemplo, considerando la sumisión de las mujeres, o que estas se encarguen de los cuidados, como unas características naturales del sexo femenino).

Gracias a la aplicación del análisis de género al Derecho, se ha profundizado en las críticas al Derecho que desde siempre han acompañado al movimiento feminista desde sus mismísimos orígenes. Pero ahora las críticas no se concretan en una vindicación de derechos particulares, sino en una crítica general del Derecho a través de diversas elaboraciones encuadradas bajo el nombre de *Feminist Jurisprudence* o Teoría Feminista del Derecho. Su tesis central emparenta con los *Critical Legal Studies*, o Teoría Crítica del Derecho, que, dicho sea en unos términos muy básicos, sostiene que el Derecho no es fruto de la Razón, sino que es consecuencia del Poder. Tal tesis central es la crítica de la objetividad del ordenamiento jurídico: el Derecho no representa la Razón Universal, sino la de los hombres en cuanto detentadores del Poder. De este modo, y en la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa a través de la ley es cómo la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica: la ley neutra, general y abstracta crea el mito de una voluntad elevada y omnipresente que institucionaliza el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos²².

Ha permitido la Teoría Feminista del Derecho verificar la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa en las relaciones jurídicas: los prejuicios sociales y culturales

²¹ “El sexo ha invisibilizado el género”, en la expresión de PÉREZ DEL RIO, T., “La Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres”, *Revista de Derecho Social*, núm. 37, 2007, pp. 223-250.

²² RUBIO CASTRO, A., “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*. RUBIO CASTRO, A. (coord.) *Guía de argumentación para operadores jurídicos*, Instituto Andaluz de la Mujer (Sevilla, 2004), p. 23.

asociados al sexo sobre los cuales se sustenta el patriarcado (es decir, el género) han servido para construir la totalidad de un ordenamiento jurídico que se dice neutro, de ahí que (dada la omnipresencia y la invisibilidad de los prejuicios de género) la discriminación no sea detectable y/o corregible según unas leyes de igualdad basadas en la comparación con un modelo masculino y en la igualación de la mujer a ese modelo (comparación + asimilacionismo), entre otras razones, por las siguientes²³:

- 1) porque cuanto más lejos esté una mujer individualmente considerada del modelo masculino tomado como referencia más difícil resultará encontrar un módulo de comparación que permita la aplicación de unas leyes de igualdad basadas en la comparación (a pesar de que en esas circunstancias sería cuando más necesario resultaría aplicar la igualdad a la mujer en cuestión debido a su marginalidad); y
- 2) porque no es posible conceder a las mujeres (si no es aparentando conceder privilegios injustificados frente a la situación de los hombres) derechos inexistentes en un modelo masculino (así, la protección solo de mujeres frente a la violencia de género aún hoy día se sigue valorando por amplios sectores de la opinión pública como un privilegio injustificado; las acciones positivas se ven como situaciones excepcionales).

A estos dos grandes errores aún se puede sumar otro más (al que ya *ut supra* nos hemos referido): la extensión a las mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades. Por ejemplo, se les reconoce el derecho al voto y los derechos políticos, pero el mundo de la política, construido sobre el modelo masculino, les dificulta el acceso a cargos políticos; o se les reconoce el derecho al trabajo, pero el mundo del trabajo, construido sobre el modelo masculino, las sitúa en una desventaja.

Verificada la existencia de una discriminación sistémica, institucional o difusa basada en el género (no en el sexo), ello trae de

²³ MACKINNON, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, pp. 391-423, en especial pp. 422-423.

suyo la insuficiencia de una conceptualización de la igualdad exclusivamente basada en la comparativa para acabar con la discriminación²⁴. Se necesita, además, integrar la dimensión de género en el Derecho, incorporando elementos tendentes a la equiparación de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres y evitando elementos donde se perpetúe su subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación. Y es que una adecuada respuesta jurídica a una discriminación sistémica, institucional o difusa obliga a cuestionar el modelo de referencia para remover la situación de subordinación de las mujeres y, en su consecuencia, para empoderarla de modo efectivo frente a los hombres.

No se trata (si lo queremos decir de modo metafórico) de repartir la tarta de los hombres con las mujeres, sino de cambiar la receta de la tarta; ni de permitir a las mujeres vestir con el traje chaqueta masculino, sino de hacer un traje que les quede a las mujeres igual de bien que a los hombres a los efectos de satisfacer sus aspiraciones, necesidades y preocupaciones en una igual medida que satisface las de los hombres.

A través del cuestionamiento del modelo de referencia para remover la situación de subordinación de las mujeres y, en su consecuencia, para empoderarla frente a los hombres, el análisis de género en el Derecho ha determinado la revisión de múltiples planteamientos antes totalmente arraigados: los delitos sexuales se construyen sobre la existencia de violencia, no sobre la negativa de la víctima (no es necesario el no para que haya delito); el matri-

²⁴ Sobre esta nueva concepción del derecho antidiscriminatorio, véase en particular: BARRÈRE UNZUETA, M. A., *Feminismo y Derecho (Fragmentos para un derecho antisubordiscriminatorio)*, Editorial Olejnik, Santiago de Chile, 2019; GIL RUÍZ, J. M. (coord.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Editorial Dykinson, Madrid, 2018; VENTURA FRANCH, A. y GARCÍA CAMPÁ, S. (coords.), *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2018.

monio no priva de su capacidad a la mujer, ni justifica su violación en base a un supuesto débito conyugal; la violencia doméstica deja de ser una cuestión amparada por la intimidad familiar; la regulación del aborto se debe edificar sobre la perspectiva de la salud de las mujeres y de su autodeterminación; los deberes de cuidado de hijos/as y familiares dependientes deben asumirse en corresponsabilidad.

Como fruto de esa revisión, aparecen o se recrean derechos (como los derechos de protección frente a la violencia de género conformando un derecho fundamental a vivir sin violencia de género, los derechos reproductivos, los derechos de maternidad, la conciliación dirigida hacia la corresponsabilidad o la democracia paritaria) difícil (*rectius*, imposible) de justificar aplicando conceptos basados en la comparación / asimilación. El análisis de género en el Derecho obliga a superar la idea de que la igualdad de los sexos es solo un principio (de igualdad de trato) o una prohibición (de discriminación) para (sin dejar de operar como principio y como prohibición) ser sobre todo un derecho fundamental que, tras la aplicación del análisis de género en cada sector de la realidad se concreta en derechos a la igualdad en cada uno de esos sectores.

El cuestionamiento del modelo de referencia y la integración de la dimensión de género (que son las dos operaciones básicas de la Teoría Feminista del Derecho), se han condensado conceptualmente en el denominado principio de transversalidad de la dimensión de género, o principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres, o más sencillamente denominado perspectiva de género. Así las cosas, la integración de una manera activa de la perspectiva de género en la elaboración y en la aplicación de la totalidad de las normas jurídicas (incluyendo la aplicación judicial: enjuiciamiento de género) y, en general, de la totalidad de las políticas públicas, es la única manera de responder con igual generalidad al problema general de la discriminación sistémica, institucional o difusa.

Pero la aprobación de estas leyes de igualdad modernas no garantiza ni que todas las normas jurídicas se comprometan con la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ni que estas se apliquen adecuadamente por quienes aplican el ordenamiento jurídico, ni que toda la sociedad asuma el valor de la igualdad erradicando los estereotipos de género. De ahí que el patriarcado siga vigente, aunque se encuentre en retroceso a lo menos en los países más avanzados en materia de igualdad de género, y ello sin perjuicio de los vaivenes para atrás y para adelante que son propios de toda evolución.

En suma, el derecho igualitario, culminación de la evolución derecho machista / derecho masculino / derecho igualitario, es, aún hoy en día, un desiderátum a alcanzar más que una realidad. Y las leyes de igualdad modernas nos ponen en el buen camino.

II. LOS ESTEREOTIPOS Y LOS PREJUCIOS DE GÉNERO, Y EN PARTICULAR SU PERMANENCIA EN EL ARGUMENTARIO JUDICIAL

La evolución del concepto de discriminación analizado en las páginas precedentes ha puesto a los estereotipos y a los prejuicios de género en la primera línea de combate contra las desigualdades. El moderno concepto de discriminación supera los tradicionales test de comparación dirigidos a detectar las desigualdades de trato en forma de discriminaciones directas o indirectas. Ya no solo se busca eliminar las desigualdades de trato, se trata también de luchar contra los estereotipos y los prejuicios que las generan y que subordinan a las mujeres. De ahí la oportunidad, como término dirigido a describir en una sola palabra los cambios dogmáticos acaecidos, del vocablo “antisubdiscriminación”²⁵. También de

²⁵ BARRÈRE UNZUETA, M. A., “Iusfeminismo y Derecho Antidiscriminatorio: Hacia la Igualdad por la Discriminación”, en *Mujeres, derechos, ciudadanías*: MESTRE I MESTRE, R. M. (ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008,

ahí que los estereotipos, los prejuicios, los sesgos, el estigma y otras generalizaciones ocupen cada vez más mayor atención en los estudios sobre igualdad de mujeres y hombres, en general sobre derechos humanos²⁶, y en la actividad institucional de los organismos internacionales de derechos humanos²⁷.

Ciertamente, los estereotipos y los prejuicios de género no son una novedad en los instrumentos internacionales sobre igualdad de género. En este sentido, la Convención de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (la Convención CEDAW, por su acrónimo en inglés), obliga, en su artículo 5.a), a los Estados Partes a tomar todas las medidas apropiadas dirigidas a “modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de los hombres y las mujeres”.

Pero no es menos cierto que en el momento en que se aprobó la Convención CEDAW (recordemos: 1979) la preocupación esta-

pp. 45-71; BARRÈRE UNZUETA, M. A. y MORONDO TARAMUNDI, D., “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm, 45, 2011, pp. 15-42.

²⁶ GHIDONI, E. y MORONDO TARAMUNDI, D., “El papel de los estereotipos en las formas de la desigualdad compleja: algunos apuntes desde la teoría feminista del derecho antidiscriminatorio”, *Discusiones*, núm. 28, 1-2022, p. 38.

²⁷ El Alto Comisionado de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos (ACNUDH) facilita en su página web varios estudios de interés sobre los prejuicios de género, en particular los manejados para el presente estudio son: *Gender stereotyping as a human rights violation* (2013); *Eliminating judicial stereotyping. Equal access to justice for women in gender-based violence cases* (2014); *El papel del poder judicial en el tratamiento de los estereotipos en los casos de salud y derechos sexuales y reproductivos - una revisión de la jurisprudencia* (2017); *Gender stereotyping and the Judiciary. A workshop Guide* (2022).

ba más centrada en el reconocimiento de derechos de las mujeres a nivel universal y que toda la teorización de la transversalidad de la perspectiva de género aún estaba por elaborar (se suele considerar como decisiva la IV Conferencia Mundial de Beijing, 1995). Con todo, ahí estaba atisbada, en ese artículo 5.a), la perspectiva de género, y el Comité instaurado en la Convención CEDAW (el Comité CEDAW) le ha dado mucho juego a esa disposición.

Un estereotipo de género es, en esencia (y así además se podría deducir de la propia redacción del artículo 5.a de la Convención CEDAW), una generalización aceptada comúnmente por una sociedad concreta acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar. En principio, un estereotipo tiene un componente cognitivo neutro (es una información sobre los atributos o características generales de los hombres o las mujeres, o sus funciones sociales), pero también anudan un componente normativo (se exige a los hombres y a las mujeres que asuman unos determinados atributos o características, o unas determinadas funciones sociales).

No es clara la distinción del estereotipo de género con el prejuicio de género, que también es un sesgo fruto de generalizaciones y que se suele asociar más con lo emocional. En el estereotipo de género prevalecería lo cognitivo / normativo, en el prejuicio de género lo emocional, y el resultado final sería la discriminación de género.

Desde el punto de vista jurídico acaso no sea tan relevante la distinción (de ahí que, con todas las cautelas, utilizaremos ambos términos de una manera indistinta a lo largo del estudio), como el hecho de identificar la utilización de estereotipos y prejuicios, y de verificar su nocividad, en las actuaciones de sujetos públicos y privados.

Muchos estereotipos de género son directamente hostiles hacia las mujeres, con lo cual no planteará dudas su carácter nocivo (por ejemplo, las mujeres son irracionales, son débiles, o no saben opinar sobre política). Pero otros parecen intrascendentes

(por ejemplo, las mujeres cuidan su aspecto físico), o son aparentemente benignos (por ejemplo, las mujeres son protectoras), aunque igualmente pueden ser nocivos en su aplicación concreta (en los ejemplos, segregando a las mujeres en trabajos de atención al público con escasa responsabilidad, u obligándolas a asumir los deberes de cuidado). Por ello, la sola identificación de un estereotipo de género en una concreta situación nos debe alertar de su nocividad, pues aunque pueda parecer intrascendente o incluso parecer benigno, su juego en el concreto supuesto puede distorsionar el análisis jurídico.

Si la utilización de estereotipos en la actuación de los sujetos privados es reprobable, más lo es en la actuación de los Poderes del Estado, y más aún si los estereotipos se infiltran en la actuación del Poder Judicial pues ello confiere al estereotipo el respaldo precisamente del Poder del Estado que tiene la última palabra. El Justice Johann Krieger de la Corte Constitucional de Sudáfrica lo expresó como sigue: los jueces pueden imbuir los estereotipos de autoridad legal y añadir legitimación en virtud del hecho de que ponen en ellos el sello de aprobación de un Poder del Estado. De este modo, el prejuicio de género no se vería, por la propia autoridad de los órganos judiciales, como una manifestación de desigualdad o discriminación por razón de sexo.

Acaso las dificultades de identificación de estereotipos y prejuicios, así como de la apreciación de su nocividad, pues estamos ante “elementos muy elusivos” con “una conceptualización controvertida” y un “funcionamiento opaco”²⁸, o acaso las propias características de los estereotipos de género (son omnipresentes en todas las relaciones sociales pues en todas ellas hay o puede haber hombres y mujeres; tienden a naturalizarse con lo cual se invisibilizan; son resistentes a los cambios normativos y mutan en cuanto a sus manifestaciones), o acaso otras circunstancias, lo cierto es que, a pesar de lo nocivo de los estereotipos y prejuicios de género,

²⁸ GHIDONI, E. y MORONDO TARAMUNDI, D., “El papel ...”, *op. cit.*, p. 40.

en la aplicación judicial siguen apareciendo ejemplos llamativos de estereotipia destacados por la doctrina²⁹:

- “Es realmente peligroso condenar únicamente con base en la evidencia provista por la mujer o la niña. Es peligroso porque la experiencia humana ha demostrado que en estas cortes las niñas y mujeres en ocasiones cuentan una historia completamente falsa, que es muy fácil de fabricar, pero extremadamente difícil de refutar. Tales historias son inventadas por muchas razones, que no necesito enumerar ahora y a veces sin razón alguna” (Corte de Apelaciones de Inglaterra y Gales, Sentencia de 9 de diciembre de 1968, EWCA Crim J1209-1, Lord Justice Salmon).
- “Es un dato de experiencia comúnmente compartida que es prácticamente imposible quitar, aunque sea solo un poco, los vaqueros de una persona sin su colaboración, ya que se trata de una operación que es difícil de hacer incluso para quien los lleva puestos” (Corte de Casación de Italia, Sentencia 1636 de 6 de noviembre de 1998, rechazando la existencia de violación de una mujer con pantalones vaqueros).
- “En los casos de ruptura del matrimonio de forma más o menos traumática, sea por decisión común, sea por voluntad de uno solo de los cónyuges, la experiencia judicial lamentablemente acredita que no son infrecuentes las denuncias por supuestos malos tratos o abusos que no responden a la realidad y tienen como finalidad influir en la decisión de custodia” (Tribunal Supremo de España, Sentencia de 15 de octubre de 2009, Rec. 1407/1008, en un caso de agresión sexual y absolviendo al recurrente).
- “El comportamiento de la autora (una joven sordomuda de 17 años) no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instin-

²⁹ Tomados de POYATOS MATAS, G., Un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden social, tesis doctoral inédita, Universidad de Murcia, 2022. Salvo el caso italiano de la imposible violación con pantalón vaquero, tomado de DE GIULI, A., “Juzgar con perspectiva de género y su aplicación por el Tribunal Supremo”, *Foro Galego: Revista xurídica*, núm. 210, julio-diciembre, 2021.

to hace que recurra con toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza” (Sentencia del Tribunal Regional de Pasig City, Filipinas, de 31/01/2011; este caso fue conocido en el Dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014, Comunicación 34/2011).

- “La Sra. Morais era, en la fecha de la operación, una mujer de 50 años con dos hijos, una edad en la que la sexualidad no es tan importante”; “no necesitaría realmente una empleada del hogar a tiempo completo porque, dada la edad de sus hijos, solo tenía que cuidar a su esposo” (Tribunal Supremo de Portugal, Sentencia de 9 de octubre de 2014; argumentos utilizados para reducir la indemnización por responsabilidad médica debida a la lesión del nervio pudendo de la Sra. Morais que le privaba de la satisfacción sexual y le dificultaba la realización de las tareas domésticas; este caso fue conocido en la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de julio de 2017, Caso Carvalho Pinto de Sousa Morais vs. Portugal, Req. 17484/15).
- “El adulterio de la mujer es un gravísimo atentado a la honra y a la dignidad del hombre. En la Biblia podemos leer que la mujer adúltera debe ser castigada con la muerte (...) Hace no mucho tiempo la ley penal castigaba con una pena poco más que simbólica al hombre que, creyendo a su mujer en adulterio, la mataba” (Tribunal de Apelación de Oporto, Sentencia de 11 de octubre de 2017, en un proceso donde se solicitaba la suspensión de la pena del marido y el ex amante por secuestro y lesiones).
- “La máxima de experiencia indica que el uso de este tipo de atuendo interior femenino (una trusa femenina de color rojo con encaje en zona delantera y blondas en contorno de pierna, según la define la propia sentencia) suele usarse en ocasiones especiales para momentos de intimidad ... Por lo que conlleva inferir que la agraviada se había preparado o estaba dispuesta a mantener relaciones sexuales con el imputado” (Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial transitorio de la Zona Sur, Perú, Sentencia de 08/10/2020; esta sentencia absolutoria del delito de violación fue anulada por la Primera Sala Penal de Apelaciones y Flagrancia de Ica, al considerar la

existencia vulneración del derecho al debido proceso y la exigencia de motivación de sentencias).

III. EL ENJUICIAMIENTO DE GÉNERO EN LA CONVENCIÓN CEDAW Y SU APLICACIÓN POR EL COMITÉ CEDAW

El enjuiciamiento de género, o juzgar con perspectiva de género con la finalidad de combatir los estereotipos y prejuicios de género, no es más que la aplicación al Poder Judicial de la obligación impuesta a los Estados parte en el artículo 5.a) de la Convención CEDAW. Así, el Poder Judicial de los Estados parte, a través de sus sentencias y demás resoluciones, no solo está obligado a extender a las mujeres los derechos de los hombres cuando en algún caso a las mujeres, en atención a un test de comparación, se les nieguen derechos que ostentan los hombres (se les exigen diferentes primas en un contrato de seguro; se les pagan distintas retribuciones por un trabajo de igual valor; o se despiden a la mujer por su embarazo); además está obligado a combatir los estereotipos o prejuicios de género para garantizar una igualdad efectiva (evitando la utilización de estereotipos en el enjuiciamiento y corrigiendo aquellos prejuicios que pudieran haber sufrido las partes litigantes en el contexto fáctico de cada caso litigioso).

Hay un número significativo de casos del Comité instaurado por la Convención CEDAW (Comité CEDAW) que, en atención a la disposición contenida en el artículo 5.a), de la Convención CEDAW, han apreciado la existencia de estereotipos en la argumentación judicial y, en aplicación del Protocolo facultativo de la Convención CEDAW, ha decidido el incumplimiento de los Estados parte. Veamos cinco de ellos.

- Caso Karen Tayag Vertido vs. Filipinas (2010). Es considerado en la doctrina uno de los más relevantes resueltos por el Comité CEDAW sobre apreciación de prejuicios en la función de juzgar. Se trataba de una mujer que era directora ejecutiva en la cámara de comer-

cio, y que fue violada por el presidente. Durante el juicio ante las autoridades nacionales, la jueza declaró la inocencia del acusado al cuestionar la credibilidad del testimonio de la Sra. Tayag. La Sra. Tayag, en la comunicación ante el CEDAW, alegó sufrir una revictimización por el Estado en la medida que no cumplió con su obligación de asegurar que las mujeres estuvieran protegidas contra la discriminación por las autoridades públicas, incluyendo las judiciales. Visto el caso ante el CEDAW, este falló a favor de la Sra. Tayag razonando que la jueza del caso negó credibilidad a su testimonio en función de cómo debería haber reaccionado antes, durante y después de la violación, debido a las circunstancias y a su carácter y personalidad; en concreto, la jueza valoró negativamente la existencia de una actitud contradictoria al reaccionar con resistencia en un momento y sumisión en otro momento; también la jueza valoró que la Sra. Tayag no era una mujer tímida que fácilmente podría ser acobardada. Por ello, el CEDAW considera que la valoración de la versión de los hechos de la Sra. Tayag fue influenciada por estereotipos acerca de lo que se espera de una víctima ideal y racional.

- Caso *Ángela González Carreño vs. España* (2014). Parte de un convulso proceso de ruptura matrimonial en el que la Sra. González Carreño, víctima de violencia doméstica por su cónyuge, había solicitado la restricción del régimen de visitas de este a la hija común, siendo esta asesinada por aquel durante el ejercicio de una visita no vigilada, y luego se suicidó. La Sra. González Carreño solicitó una indemnización por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, la cual le fue denegada. Para el CEDAW se produjeron dos incumplimientos al no actuar el Estado con la debida diligencia y, ya producido el daño, al no reparar debidamente a la víctima. En relación con el primero (es el que nos interesa), el CEDAW constata “un patrón de actuación (del órgano judicial) que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad”, con lo cual, en suma, “las autoridades del Estado,

al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de la debida vigilancia”.

- Caso Anna Belousova vs. Kazajstán (2015). La Sra. Belousova era una trabajadora de una escuela cuyo contrato se renovaba año a año, alega que el nuevo director le exige relaciones sexuales o el pago de una cantidad para renovar el contrato, a lo que se niega, y, tras la no renovación de su contrato, denuncia ante diversas instancias administrativas y judiciales, siendo su denuncia inadmitida por infundada; en algunas instancias administrativas ni siquiera se le dio audiencia previa al rechazo de su denuncia; también se alega no haber valorado testigos y una grabación. Posteriormente el director de la escuela la demandó civilmente por atentado a su honor y la Sra. Belousova fue condenada a pagarle una indemnización y a retractarse públicamente; la Sra. Belousova cayó en depresión. El CEDAW concluye que “las instituciones nacionales permitieron que su razonamiento se viera influenciado por los estereotipos” en atención a diversas consideraciones: “las autoridades no estudiaron los motivos por los que el contrato laboral de la autora no se había renovado tras más de diez años de servicio”; el tribunal nacional, para restarle credibilidad a las acusaciones de la Sra. Belousova adujo “que esta no se había quejado del presunto acoso sexual mientras aún era empleada de la escuela, sino que lo hizo cuando ya había sido despedida”, demostrando “una falta de sensibilidad hacia la posición vulnerable en que se encontraba la autora como única trabajadora asalariada de su familia y subordinada de A.”; “las instituciones del Estado parte no estudiaron debidamente ... la denuncia de la autora de que había sufrido violencia por razón de género en el lugar de trabajo ni las pruebas que apoyaban dicha denuncia”, y, por lo tanto, “no dieron la debida consideración a los indicios *prima facie* de que se había incumplido la obligación de igualdad de trato en materia de empleo”; finalmente, se destaca en la argumentación del CEDAW que la denuncia de la Sra. Belousova contra el Sr. A. no se investigó con prontitud y de manera adecua-

da y efectiva, mientras que el procedimiento civil del Sr. A. contra la Sra. Belousova fue examinado judicialmente en menos de tres semanas.

- Caso J.Y. vs. Finlandia (2018). La autora fue *víctima de violencia por el padre de su hijo durante* su relación y tras la separación, recibiendo tratamiento médico en varias ocasiones, aunque el padre solo fue condenado en una ocasión. Cuando acudió a una casa de acogida, las autoridades llevaron a su hijo a un orfanato. En el proceso sobre la custodia del hijo, el padre puso en dudas la estabilidad emocional de la autora, que fue sometida a examen, determinando que no padecía trastorno mental pero sí inestabilidad o nerviosismo, por lo que le fue entregada la custodia al padre. Aunque en la resolución de este Caso, el Comité no invoca explícitamente el artículo 5.a) de la Convención, sí invoca el Caso González Carreño vs. España (2014), y sus razonamientos se sitúan, además, en la línea de identificar la existencia de prejuicios de género en el enjuiciamiento, en cuanto que, a tales efectos, se llama la atención sobre que, mientras la madre fue sometida a examen sobre su estabilidad emocional, el padre no fue sometido a examen, y sobre que las acusaciones de violencia doméstica fueron consideradas como meros desacuerdos que no afectaban a la situación del hijo menor.
- Caso X. e Y. vs. Federación de Rusia (2019). En este Caso, la comunicación de las dos autoras plantea carencias de amplio alcance en relación con el tratamiento de la violencia de género en la legislación rusa, en la práctica policial y en la aplicación judicial. Argumenta el Comité CEDAW que, a falta de una ley general sobre la violencia doméstica y sin una definición legal adecuada de la violencia doméstica, exigir a las autoras que inicien un procedimiento privado, en el que deben llamar e interrogar a los testigos, reunir pruebas, asegurar su presencia constante y, por lo tanto, verse obligadas a confrontar con los responsables directamente en el juicio o correr el riesgo de que se cierre el proceso, sin que exista ningún sistema de protección cautelar para las víctimas de la violencia doméstica, no se puede considerar un mecanismo adecuado para perseguir, enjuiciar y sancionar un delito tan grave como la violencia

doméstica. Tratar los actos violencia doméstica (según concluye el Comité) como si constituyeran “un asunto privado” es un enfoque basado en opiniones estereotipadas.

Todos estos Casos, y alguno más que se podría citar, sientan una doctrina muy clara en orden a la asimilación existente entre la utilización de estereotipos en el razonamiento judicial, la apreciación de discriminación y el incumplimiento del Estado. Una doctrina reforzada a través de la Recomendación General 33 del Comité CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la Justicia (2015) en la medida en que dedica un epígrafe (comprensivo de los apartados 26 a 29) a “los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad”. Con lo cual resulta ser la capacitación de quienes operamos en el Mundo del Derecho la clave para evitar la introducción de prejuicios en el argumentario de las decisiones judiciales.

IV. UNOS APUNTES SOBRE EL ENJUICIAMIENTO DE GÉNERO EN EL DERECHO ESPAÑOL

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece, en su artículo 4 “integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas”, que “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”.

Bajo el paraguas de esta norma positiva, la doctrina científica³⁰ y últimamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de

³⁰ LOUSADA AROCHENA, J. F., *El enjuiciamiento ...*, op. cit. En particular en relación con el Derecho penal: LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Justicia con perspectiva de género*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2021. En particular en relación con el Derecho del trabajo y la Seguridad Social: MOLINA NAVARRETE, C., *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*,

España, han encontrado el fundamento positivo para acoger en el derecho interno las elaboraciones sobre juzgar con perspectiva de género. Aunque esta norma va más allá de la doctrina emanada del Comité CEDAW pues, según el artículo 4 recién transcrito (y, como hemos dicho, según lo interpreta la doctrina científica y la propia jurisprudencia), el órgano judicial se encuentra obligado:

- 1) a no reproducir en la fundamentación jurídica de su sentencia aquellos prejuicios o estereotipos de género que haya podido identificar en la actuación judicial o extrajudicial de las partes litigantes, de sus defensas o de cualquier sujeto interviniente en el proceso judicial (Policía Judicial, Médico Forense, Ministerio Fiscal), y también a no introducir *ex officio* (al socaire de máximas de experiencia o fórmulas semejantes) ningún otro estereotipo o prejuicio (vertiente prohibitiva del enjuiciamiento de género, que se corresponde con el alcance de la doctrina emanada del Comité CEDAW); y
- 2) apromover, en su caso, la erradicación de prejuicios de género en el contexto del litigio, lo que exige una cierta proactividad por parte del órgano judicial para conseguir que la igualdad y la libertad de los individuos, y de los grupos en que se integran, sean reales y efectivas (vertiente promocional del enjuiciamiento de género, que supone una mejora de la norma española que viene a concretar la idea de transversalidad de género que con carácter más general potencian las Naciones Unidas).

Operan ambas vertientes de distintas maneras. La vertiente prohibitiva es aplicable en la totalidad de las ramas del ordenamiento jurídico, incluso en aquellos ámbitos normativos en que solo cabe una interpretación estricta de las normas (como son, paradigmáticamente, el derecho penal y el sancionador). Mientras la vertiente promocional es aplicable solo en aquellos ámbitos nor-

Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2020; CAVAS MARTÍNEZ, F., *La perspectiva de género como canon de enjuiciamiento en la jurisprudencia social*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2021.

mativos donde impera el carácter protector de las normas (como el derecho laboral, el derecho de daños, el derecho de consumo, o el derecho de seguridad social). Por lo tanto, la vertiente promocional es inaplicable en el ámbito penal o sancionador (salvo para favorecer al reo o a la persona sancionada, o a la víctima del delito siempre que no afecte los derechos del procesado).

También operan de manera diferente en el supuesto de recurso judicial. Cuando una sentencia incluye un prejuicio de género en su motivación, el órgano de revisión debe proceder a su identificación (a instancia de parte o de oficio), e identificado, lo propio sería entender la existencia de un razonamiento arbitrario en cuanto no ajustado a Derecho (pues se sustenta en un estereotipo o prejuicio que no es un hecho ni tampoco una norma jurídica), con la consecuencia (siempre que ello se ajuste a las pretensiones de las partes litigantes) de nulidad de la sentencia porque se vulnera la prohibición de discriminación y también porque se vulnera la exigencia de objetividad judicial, salvo (principio de economía procesal) que el órgano judicial *ad quem* tenga base suficiente para poder decidir el asunto sin incurrir en ese mismo u otro prejuicio. Mientras que cuando se trata de la vertiente promocional, la ausencia de su consideración en la sentencia judicial no debería conducir a su nulidad, sino directamente a que el órgano judicial superior resuelva la cuestión de fondo considerando esa vertiente promocional.

V. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONCLUSIONES FINALES CON RESPECTO A ENJUICIAMIENTO DE GÉNERO, MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Volvamos a la afirmación con la cual comenzamos: la Razón es la piedra basilar del Derecho contemporáneo. De ahí que (entre otras consecuencias de esa afirmación) las sentencias judiciales deban ser motivadas (y así lo exige, en su artículo 120, la Consti-

tución Española de 1978). El Tribunal Constitucional de España se ha encargado de integrar la motivación de las sentencias dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (artículo 24.1 de la Constitución Española). Una motivación que (según establece, en su artículo 218, la Ley de Enjuiciamiento Civil de España) se sustentará (como no podría ser de otra manera) en las reglas de la lógica y la razón. Resulta además *fácil* encontrar planteamientos semejantes en otros ordenamientos jurídicos diferentes al español pues estamos ante estándares propios del Estado de Derecho: el derecho a la tutela judicial efectiva español tiene un alcance semejante al derecho al proceso debido o al derecho de acceso a la justicia que encontramos en otros ordenamientos jurídicos diferentes; y siempre incluye la motivación de las sentencias.

Sin embargo, la Razón supuestamente Universal cuyo imperio ansiaba la Ilustración dejaba fuera a las mujeres. No tenía perspectiva de género. Y eso permitió el mantenimiento de las desigualdades de los sexos en la propia ley (ordenamientos jurídicos patriarcales fuertes) y también, una vez se admitió el principio de igualdad de los sexos en la propia ley, el mantenimiento de los estereotipos y los prejuicios (ordenamientos patriarcales moderados), no solo en la sociedad, también en la actividad de los Poderes públicos, y (en lo que ahora nos interesa destacar) en la actividad del Poder Judicial, en particular a través de la motivación de sentencias y demás decisiones.

Parece como si el derecho a la tutela judicial efectiva, al proceso debido o de acceso a la justicia tolerase motivaciones estereotipadas o prejuiciosas sin mayores problemas o, como mucho, considerándolas inadecuadas para un razonamiento judicial, pero en ningún caso contrarias a la debida motivación de las decisiones judiciales, pasando por alto que una motivación no fundada en Derecho es arbitraria y una motivación con estereotipos o prejuicios no se funda en el Derecho, sino en los estereotipos y prejuicios que, aunque resulta obvio es necesario recordarlo, no son ni

hechos ni normas, de donde su introducción en el razonamiento judicial, y más cuando no la ha pedido ninguna de las partes, tergiversa la lógica propia del silogismo judicial.

Derecho y Feminismo no se han llevado históricamente bien y la tolerancia de las motivaciones judiciales basadas en estereotipos y prejuicios es otro episodio más de ese no llevarse bien. En respuesta a esa situación, el Feminismo ha elaborado una nueva visión del Derecho que no supone destrozarse la Razón ansiada por la Ilustración, sino ampliar su universalidad para integrar en ella la perspectiva de género. A esta idea es a la que obedece el enjuiciamiento de género, o enjuiciamiento con perspectiva de género.

Quienes operamos en el Mundo del Derecho y creemos en los valores del Feminismo (que no son otros que la igualdad de mujeres y hombres, según se define el término en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española), estamos obligados a tender puentes entre el Derecho y el Feminismo. Y en esa labor de tender puentes nos llama poderosamente la atención de que a estas alturas no esté todavía plenamente consolidada la integración de la perspectiva de género en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, o al debido proceso, o de acceso a la justicia.

Aunque si hay señales de que ese es el rumbo correcto. La RG 33 del CEDAW sobre acceso de las mujeres a la justicia (2015) comienza afirmando (en su apartado 1) que el derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la CEDAW y es un elemento fundamental del Estado de Derecho. Una afirmación que opera en los dos sentidos de la marcha: en un sentido, se viene a afirmar que sin justicia nunca habrá igualdad, pues sin garantías judiciales la igualdad de género se quedaría en una idea más o menos romántica que podría ser vulnerada en la realidad de la vida sin consecuencias para quien la vulnera; en el otro sentido (que es el que ahora nos interesa destacar), se viene a afirmar que sin igualdad no hay justicia, o a lo menos no hay justicia con el significado propio de tal término en un Estado de Derecho, es decir (añá-

dimos nosotros) una impartición de justicia basada en la Razón entendida en sentido integrador de la perspectiva de género.

Igual tendencia se aprecia en el Consejo de Europa. El Plan de acción para fortalecer la independencia judicial y la imparcialidad 2016-2021 contempla, dentro de la denominada *Línea de acción 2 “proteger la independencia de los jueces individuales y asegurar su imparcialidad”*, una *Acción 2.4 “contrarrestar la influencia negativa de los estereotipos en la toma de decisiones judiciales”* que aparece concretada en los siguientes términos: “Se deben introducir medidas para abordar el impacto perjudicial de los estereotipos en la toma de decisiones judiciales. La educación y la capacitación de los jueces deben organizarse para garantizar que los estereotipos judiciales no comprometan los derechos de los grupos vulnerables a acceder a un tribunal imparcial. Se debe buscar un equilibrio de género en el Poder Judicial y todos los esfuerzos deben emprenderse para combatir los estereotipos de género dentro del propio Poder Judicial”.

El enjuiciamiento de género va mucho más allá de la discriminación por razón de sexo: el enjuiciamiento de género implica con la misma intensidad a la imparcialidad judicial, el proceso debido o el juicio justo y el derecho a una sentencia motivada en Derecho. Por su propia definición, enjuiciar supone identificar unos hechos relevantes para la decisión judicial y prescindir de otros que, aún alegados por las partes, resultan ser intrascendentes, valorar la prueba practicada en juicio para verificar si *están o no probados los hechos identificados como relevantes, y anudar a los hechos probados* la consecuencia jurídica prevista en la norma. Cuando en ese silogismo judicial se introduce un prejuicio de género, que no es un hecho, ni una norma jurídica, los hechos relevantes se identifican incorrectamente, se distorsiona la valoración de la prueba, y se tergiversa la recta aplicación de la norma; en suma, se quiebra la objetividad judicial.