

Llapanchikpaq: Justicia

Revista de la Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad del Poder Judicial del Perú

Vol. 1, n.º 1, julio-diciembre, 2020

Publicación semestral. Lima, Perú

ISSN: 2709-6491 (*online*)

DOI: <https://doi.org/10.51197/lj.v1i1.8>

El enjuiciamiento de género en la Cumbre Judicial Iberoamericana

The gender prosecution at the Ibero-American Judicial Summit

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Tribunal Superior de Justicia de Galicia

(Galicia, España)

Contacto: jf.lousada@poderjudicial.es

<http://orcid.org/0000-0002-4629-0539>

RESUMEN

En este trabajo se analizará la problemática de fondo sobre el enjuiciamiento de género: la utilización nociva de estereotipos de género. Por su propia definición, enjuiciar supone valorar la prueba practicada en un juicio para identificar unos hechos a los cuales se les anuda una determinada consecuencia jurídica prevista en la ley. En tal sentido, cuando en ese silogismo judicial se introduce un prejuicio de género, se distorsiona la valoración de la prueba, se yerra en la identificación de los hechos y se tuerce la recta aplicación de las normas jurídicas.

Palabras clave: Reglas de Brasilia, acceso a la justicia, debida diligencia, estereotipos, perspectiva de género.

ABSTRACT

This paper will analyze the underlying problem of gender prosecution: the harmful use of gender stereotypes. By its own definition, prosecuting involves evaluating the evidence practiced in a trial to identify facts to which a specific legal consequence provided by law is attached. In this sense, when this judicial syllogism introduces a gender prejudice, it distorts the assessment of evidence, fails to identify the facts and distorts the correct application of legal norms.

Key words: Brasilia Rules, access to justice, due diligence, stereotypes, gender perspective.

Recibido: 10/8/2020 Aceptado: 30/10/2020

1. ESTEREOTIPOS DE GÉNERO, TRANSVERSALIDAD Y JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Desde siempre en nuestra civilización occidental —y podríamos añadir sin apenas equivocarnos que desde siempre en todas las civilizaciones—, el derecho ha sido sexista. No es difícil encontrar múltiples ejemplos en la Antigüedad, sobre todo para quienes hemos estudiado el derecho romano. Y la situación no cambió ni en la Edad Media ni en la Edad Moderna ni con la Revolución francesa¹. A esta etapa del derecho, en la cual el hombre era el cabeza de familia con potestad sobre la esposa, proveía las necesidades y era el único sujeto político, se la conoce como la del derecho machista. No extraña, en

1 Si el lector o lectora tiene interés en profundizar en la evolución del concepto de igualdad de mujeres y hombres desde la Revolución francesa hasta nuestros días, me permito remitirle a mi libro *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres* (2014), que a su vez recoge con algunos retoques el contenido de mi tesis doctoral, a la que se puede acceder libremente desde el repositorio de la Universidad de La Coruña (<http://www.hdl.handle.net/2183/11720>).

consecuencia, que las primeras reivindicaciones feministas se dirigiesen a la equiparación de los derechos de las mujeres con los derechos de los hombres, reclamando el derecho al voto, al estudio, al trabajo o a la igualdad en el matrimonio.

Tal planteamiento de equiparación formal de derechos no consiguió, sin embargo, alcanzar el objetivo de igualdad efectiva entre mujeres y hombres: las mujeres podían votar, pero no llegaban a ostentar responsabilidades políticas; las mujeres podían estudiar o trabajar, pero ni accedían a trabajos masculinizados ni llegaban a cargos directivos ni tenían el mismo salario; la igualdad en el matrimonio no alteró la distribución de los roles dentro de la familia. Y es que la extensión formal de derechos es insuficiente para la igualdad efectiva porque la causa de la discriminación es más profunda que una mera segregación atendiendo al sexo, encontrándose en una distinta asignación de roles socioculturales que confina a las mujeres en el espacio doméstico y reproductivo, y atribuye a los hombres el espacio laboral, social y político.

Hemos transitado así de la etapa del derecho machista a la que se suele denominar etapa del derecho masculino. Las leyes son ya formalmente igualitarias, pero siguen construidas sobre un modelo que atribuye a los hombres un estatus superior; y además las leyes se aplican a una sociedad que también está construida sobre ese mismo modelo. Así es que los hombres, estando el modelo hecho a su medida, adquieren, por el solo hecho de serlo, el poder en la totalidad de las relaciones sociales —en la sexualidad, en la familia, en el trabajo, en el deporte, en la política—, mientras las mujeres no adquieren, por el solo hecho de serlo, ese mismo poder; al contrario, se sitúan en subordinación —en cuanto no viven la sexualidad, la familia, el trabajo, el deporte o la política, u otras relaciones sociales de la misma manera que los hombres—.

Por ello, una adecuada respuesta jurídica a la discriminación sistémica, institucional o difusa obliga a cuestionar las normas y su aplicación con una finalidad emancipadora, y a integrar de manera activa la perspectiva de género en la actividad jurídica, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos a través del empoderamiento de las mujeres, y evitando elementos donde se perpetúa la subordinación a los hombres a través de estereotipos de dominación de un sexo sobre el otro. Fruto de ello ha sido el reconocimiento de derechos —como la protección frente a la violencia de género, derechos de maternidad, conciliación corresponsable o democracia paritaria— difícil —si no imposible— de justificar aplicando el concepto tradicional de la igualdad y no discriminación basado en la comparación de los sexos.

Así las cosas, el cuestionamiento de las normas y su aplicación y la integración de la perspectiva de género (las dos operaciones básicas del análisis feminista del derecho) se han condensado conceptualmente en el principio de transversalidad de la perspectiva de género que responde con generalidad al problema también general de institucionalización de la discriminación. Tal revisión de las instituciones del ordenamiento jurídico ha llevado a la revisión del mismo principio de igualdad, que, en su concepción moderna, supera la idea de comparación en la cual se sustentaban los reclamos de igualdad de trato, para pasar a ser un mandato de antisubordinación dirigido a que los determinismos de género no sitúen a las mujeres en menor libertad que los hombres, y en suma a la consecución de una efectiva igualdad de trato y oportunidades.

Si aplicamos estas consideraciones al Poder Judicial, este, 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; se despide a la mujer por causa de la maternidad). Además, está obligado a combatir los estereotipos o prejuicios de género para garantizar una igualdad efectiva de los sexos (lo que incluye a lo anterior, pues, si en algún caso a las mujeres, en atención a un test de comparación, se les niegan los derechos que ostentan los hombres, ello obedece a un prejuicio de género, pero tal combate no se agota en el test comparativo).

Los estereotipos o prejuicios de género, que es la problemática de fondo a que se refiere el enjuiciamiento de género, son los mimbres con los que se teje el género, entendido como los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera como propios de las mujeres o como propios de los hombres. Dicho en otros términos:

Un estereotipo de género es una opinión o un prejuicio generalizado acerca de atributos o características que hombres y mujeres poseen o deberían poseer o de las funciones sociales que ambos desempeñan o deberían desempeñar. Y un estereotipo de género es nocivo cuando limita la capacidad de hombres y mujeres para desarrollar sus facultades personales (Naciones Unidas. Derechos Humanos, s. f.).

A las facultades personales podemos agregar, el acceso a los derechos, realizar una carrera profesional, o tomar decisiones en sus vidas y sus proyectos vitales.

Muchos estereotipos de género son directamente hostiles hacia las mujeres (por ejemplo, las mujeres son irracionales, son débiles o no saben opinar sobre política), lo que no deja dudas de su carácter nocivo. Otros parecen intrascendentes (por ejemplo, las mujeres cuidan su aspecto físico) o, aparentemente, benignos (por ejemplo, las mujeres

son protectoras), pero 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 el concreto caso litigioso debe alertar de su nocividad, pues, aunque el estereotipo de género pueda parecer intrascendente o benigno, su juego en el concreto caso puede traer consigo una mala resolución judicial.

Por ende, una resolución judicial basada en estereotipos nocivos no solo tiene efectos negativos sobre el concreto caso litigioso. Sus efectos negativos se proyectan más allá, al atribuir al estereotipo en el cual se sustenta la resolución judicial el respaldo de un poder del Estado, y de aquel que tiene la última palabra: el Poder Judicial. 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 del Estado. La aprobación del Estado, si su ordenamiento jurídico proclama formalmente el principio de igualdad de los sexos, crea además la distorsión de que la igualdad se encuentra en la solución basada en el prejuicio, y ello podría congelar las posibilidades de un cambio legal.

¿Cómo se lleva a la práctica la obligación judicial de combatir los estereotipos o prejuicios de género? De entrada, identificándolos en el concreto caso litigioso. Resulta necesario considerar en cada litigio la diferente asignación de roles socioculturales de los sexos. A partir de tal identificación, el enjuiciamiento de género tiene dos vertientes: la primera se dirige a evitar que la distinta asignación de roles existente en el litigio trascienda al propio enjuiciamiento, o sea, evitar los estereotipos o prejuicios de género en el enjuiciamiento (vertiente prohibitiva del enjuiciamiento de género); y la segunda se dirige a promover en el caso la erradicación de los estereotipos o prejuicios de género, 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).

Ambas vertientes operan de distintas maneras. Lo iremos comprobando a lo largo del artículo. Quedémonos ahora con una diferencia de base que se refiere a sus diferentes ámbitos de aplicación. 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 normativos 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 si se trata de favorecer al reo o a la persona sancionada).

Todo lo expuesto nos permite entender la preocupación existente a nivel internacional acerca de la utilización de prejuicios en la función de juzgar como denegación del derecho de acceso a la justicia. Esta perspectiva de análisis se ha construido aplicando, originariamente, los dictámenes del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés), instaurado por la Convención CEDAW (Nueva York, 1979), y que después se ha cristalizado en la Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Analizaremos primero este referente internacional para luego analizar cómo el enjuiciamiento de género ha permeado en el ámbito regional iberoamericano, en particular a través de los instrumentos emanados de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

2. JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN DICTÁMENES Y RECOMENDACIONES DEL COMITÉ CEDAW

El enjuiciamiento de género entronca con el combate a los estereotipos de género. Por ello, su fundamentación jurídico-positiva en los textos internacionales de derechos humanos la encontramos en la convención CEDAW, que obliga a los Estados parte a tomar todas las medidas apropiadas para:

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 (artículo 5).

Bastaría con proyectar esta obligación general de la CEDAW al ámbito del acceso a la justicia y a la propia impartición de justicia para concluir con toda lógica, cuya concreción se traduce en la obligación de los Estados parte de exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y la defensa judicial de sus derechos, así como su acceso a recursos judiciales efectivos.

Y así lo ha entendido el Comité CEDAW. Varios casos resueltos desde 2010 hasta la actualidad han sentado un interesante cuerpo de doctrina sobre los estereotipos de género en la impartición de justicia, lo que ha tenido una recepción expresa en la Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015).

2.1. Los estereotipos de género en la impartición de justicia en los dictámenes sobre casos concretos del Comité CEDAW

El caso Karen Tayag vs. Filipinas en el 2010² es el primero en términos cronológicos, y es considerado uno de los más relevantes resueltos por el CEDAW en la apreciación de prejuicios de género en la impartición de justicia. Se trataba de una mujer que era directora ejecutiva en una cámara de comercio y 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 con sumisión en otro. 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 estuvo influenciada por una serie de estereotipos acerca de lo que se espera haga o no haga una víctima ideal y racional.

También resulta muy interesante el caso V. K. contra Bulgaria en el 2011³. Se cuestionaba ante el CEDAW si la denegación por parte de los tribunales nacionales de una orden de protección

2 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 18/2008, UN Doc. CEDAW/C/46/D/18/2008 (2010).

3 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 20/2008, UN Doc. CEDAW/C/49/D/20/2008 (2011).

permanente contra el esposo de la autora de la comunicación fue o no discriminatoria por sustentarse en estereotipos. El CEDAW falló a favor, entre otras razones, porque la denegación se sustentó en la ausencia de una amenaza directa contra la vida o la salud de la mujer, olvidando que el propio CEDAW no exige tal amenaza para poder apreciar la existencia de violencia de género y, en todo caso, porque la imposición de esa exigencia por los tribunales nacionales reflejaba un concepto estereotipado y excesivamente estricto del concepto de violencia doméstica.

El caso de Isatou Jallow contra Bulgaria en 2012 también es ilustrativo⁴. Para el CEDAW, las autoridades, en un supuesto de denuncias mutuas de violencia dentro del matrimonio, no actuaron con la debida diligencia para proteger a la Sra. Jallow al no tomar en consideración la situación de vulnerabilidad en que se encontraba en tanto mujer migrante de origen gambiano, analfabeta y con una hija pequeña, que desconocía el idioma y no tenía familia ni amigos que la ayudasen en Bulgaria. El CEDAW consideró que las autoridades nacionales se basaron en estereotipos sobre las relaciones matrimoniales según los cuales se percibe a los hombres como superiores y se considera que sus opiniones deben tomarse en cuenta más seriamente, sin considerar que la violencia doméstica afecta proporcionalmente en mayor medida a mujeres que hombres.

También es reseñable el caso Ángela González Carreño contra España en 2014⁵. El supuesto de hecho fue que, dentro de un proceso de ruptura matrimonial en el que la Sra. González Carreño había solicitado la restricción del régimen de visitas del padre a la hija

4 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 32/2011, UN Doc. CEDAW/C/52/D/32/2011 (2012).

5 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 47/2012, UN Doc. CEDAW/C/58/D/47/2012 (2014).

común, durante el ejercicio de ese derecho, esta fue asesinada por aquel, quien 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. Nos interesa ahora el primero, pues en relación con este el CEDAW concluye que «los estereotipos afectan al derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica» y, en el caso, que «las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de ejercer la debida vigilancia».

Otro caso actual es el de Anna Belousova contra Kasajstán en 2015⁶. La Sra. Belousova, una trabajadora de una escuela cuyo contrato se renovaba año a año, alega que el nuevo director le exigía relaciones sexuales o el pago de una cantidad para renovar el contrato, a lo que ella se negó. Luego de que la renovación le fue negada, la Sra. Belousova denunció el hecho ante diversas instancias administrativas y judiciales, pero su demanda no fue admitida por infundada. En algunas instancias administrativas ni siquiera se le dio audiencia previa al rechazo de su denuncia. También alegó que no valoraron a los testigos e inclusive una grabación. Posteriormente, el director de la escuela la demandó civilmente por haber atentado contra su honor, y la Sra. Belousova fue condenada a pagarle una indemnización y a retractarse públicamente. La Sra. Belousova cayó en depresión.

6 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 45/2012, UN Doc. CEDAW/C/61/D/45/2012 (2015).

El CEDAW concluyó 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, la denuncia de la Sra. Belousova no se investigó con prontitud ni de forma adecuada y menos efectivamente, mientras el procedimiento civil iniciado por A. contra la autora fue examinado en menos de tres semanas.

El último caso al que aludiremos es el de M.W. contra Dinamarca en 2016⁷. Se trataba de un complejo caso de custodia de un menor, cuya madre era austriaca y el padre danés. Ambos poseían resoluciones judiciales contradictorias en Austria y Dinamarca. Para el CEDAW, un examen conjunto de las circunstancias del caso «no solo explican la reticencia de la autora a volver a Dinamarca para apersonarse en los procedimientos, sino que también constituyen un obstáculo a su acceso a la justicia». También el CEDAW «sigue observando con preocupación la denegación sistemática de las solicitudes de apelación». El CEDAW no demostró dónde exactamente se concreta el argumento prejuicioso,

7 Para más información puede consultar la Comunicación n.º 46/2012, UN Doc. CEDAW/C/63/D/46/2012 (2016).

pero ese examen conjunto sí le resulta suficiente para dictaminar la existencia de discriminación y recomendar a Dinamarca:

que combata todos los estereotipos y actitudes negativas que fomenten formas entrecruzadas de discriminación contra las mujeres, en particular contra las madres de nacionalidad extranjera, y que garantice la plena efectividad del derecho de sus hijos a que se evalúe su interés superior y se tenga en cuenta como consideración primordial en todas las decisiones.

Podemos extraer algunas conclusiones a partir de la lectura de estos casos. La más sobresaliente es que los prejuicios en el enjuiciamiento se valoran como auténticas discriminaciones sexistas por vulnerar el derecho de acceso a la justicia de las mujeres, más en concreto el derecho a una sentencia imparcial. Así, el enjuiciamiento solo debe considerar los hechos del caso y el derecho que se les aplica porque la imparcialidad judicial queda distorsionada cuando se introduce un prejuicio, lo cual ni es un hecho ni un derecho, pero distorsiona la valoración de los hechos o la aplicación correcta del derecho.

Para la detección del prejuicio, el CEDAW, en ocasiones, se centra en la propia motivación de la resolución judicial (como ocurrió en el caso de Karen Tayag contra Filipinas); pero en la mayoría de los casos (realmente en todos los demás analizados, incluyendo el de Ángela González contra España) acomete un escrutinio más amplio de la actuación judicial, fiscal, policial y, en general, de todo el sistema judicial, con lo cual estaríamos más ante un funcionamiento anormal de la administración de justicia que ante un error imputable a un juez o una jueza del tribunal.

2.2. La recepción de la doctrina en la Recomendación General n.º 33 del CEDAW sobre acceso de las mujeres a la justicia (2015)
La Recomendación General n.º 33 del CEDAW comienza afirmando lo siguiente:

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 y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 1).

Se trata de una afirmación que correctamente se debe entender en los dos sentidos. Por un lado, se afirma que sin justicia nunca habrá igualdad, pues, si no se garantiza judicialmente la aplicación de las normas sustantivas, estas devendrán tan ineficaces como lo sería un cuchillo sin hoja o una campana sin badajo. Sin garantías judiciales, la igualdad de género se quedaría en una idea más o menos romántica, en una declaración vacua, en papel mojado sin ninguna efectividad, que podría ser vulnerada en la realidad de la vida sin consecuencias para quien la vulnera.

Por otro lado, se dice que sin igualdad no hay justicia, o cuando menos no hay justicia con el significado de ese término en un Estado social, democrático y de derecho. Es decir, sin igualdad de género no hay Poder Judicial con independencia, imparcialidad, integridad ni credibilidad. Se trata de una idea que conviene retener, pues el enjuiciamiento de género está vinculado a las garantías del Poder Judicial en un Estado que se quiera calificar como social, democrático y de derecho.

Bajo esta premisa inicial, el CEDAW concreta «las obligaciones de los Estados parte para asegurar que las mujeres tengan acceso a la justicia» (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 2). Entre esas obligaciones se encuentra, de acuerdo con el artículo 5.a) de la CEDAW (y habría que añadir que de conformidad con la doctrina interpretativa de esa

norma sentada en los casos analizados en las páginas precedentes), la de «exponer y eliminar los obstáculos sociales y culturales subyacentes, incluidos los estereotipos de género, que impiden a las mujeres el ejercicio y defensa de sus derechos e impiden el acceso a recursos efectivos» (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 7).

La Recomendación General n.º 33 desarrolla tal obligación de erradicar los estereotipos de género en la justicia en un apartado (que comprende los párrafos 26 al 29) precisamente titulado «Los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad». Dicho título alude al fomento de la capacidad de quienes aplican el derecho, lo que se erige en la columna vertebral de las recomendaciones dirigidas a combatir los estereotipos.

El apartado en cuestión inicia destacando las consecuencias negativas que los estereotipos y los prejuicios de género producen en el sistema judicial:

Pueden impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley afectando particularmente a las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia; distorsionan las percepciones y pueden dar lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y en mitos, en lugar de hechos, pues con frecuencia los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos; afectan también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos; pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa. Todo ello tiene consecuencias de gran alcance, por ejemplo, en la esfera del derecho penal dan por resultado que los perpetradores no sean considerados jurídicamente responsables de las violaciones de los derechos de la mujer, manteniendo de esta forma una cultura de impunidad; más ampliamente en todas las esferas de la ley, los estereotipos comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia, que a su vez puede dar lugar a la denegación de justicia a las víctimas, lo que asimismo incluye

la revictimización de las personas denunciantes (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 26).

Muy oportunamente, en el siguiente párrafo añade:

Los jueces, magistrados y árbitros no son los únicos agentes del sistema de justicia que aplican, refuerzan y perpetúan los estereotipos. Los fiscales, los encargados de hacer cumplir la ley y otros agentes suelen permitir que los estereotipos influyan en las investigaciones y los juicios, especialmente en casos de violencia basados en el género, y dejar que los estereotipos socaven las denuncias de las víctimas y los supervivientes y, al mismo tiempo, apoyan las defensas presentadas por el supuesto perpetrador. Por consiguiente, los estereotipos están presentes en todas las fases de la investigación y del juicio, y por último influyen en la sentencia (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 27).

Tras destacar las consecuencias negativas que los estereotipos y los prejuicios de género producen en el sistema judicial, destaca que:

Las mujeres tienen que poder confiar en un sistema judicial libre de mitos y estereotipos y en una judicatura cuya imparcialidad no se vea comprometida por esos supuestos sesgados. La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia es una medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 28).

Sobre la base de todo lo expuesto, el CEDAW realiza una serie de recomendaciones a los Estados parte (cuya columna vertebral es el fomento de la capacidad de quienes aplican el derecho, no solo los jueces y las juezas):

- a) Tomen medidas, incluidas las de concienciación y fomento de la capacidad de todos los agentes de los sistemas de justicia y de los estudiantes de

- derecho, para eliminar los estereotipos de género e incorporar una perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia;
- b) Incluyan a otros profesionales, en particular los profesionales de la salud y los trabajadores sociales, que cumplen una función importante en los casos de violencia contra las mujeres y en cuestiones de familia, en estos programas de concienciación y fomento de la capacidad;
 - c) Aseguren que los programas de fomento de la capacidad traten, en particular:
 - i) La cuestión de la credibilidad y la ponderación dada a las opiniones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en su calidad de partes y testigos;
 - ii) Las normas inflexibles que suelen elaborar los jueces y fiscales acerca de lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres;
 - d) Consideren la promoción de un diálogo sobre los efectos negativos de los estereotipos y los sesgos de género en el sistema judicial y la necesidad de mejorar los resultados de la justicia para las mujeres víctimas y supervivientes de la violencia;
 - e) Aumenten la comprensión de los efectos negativos de los estereotipos y los sesgos de género y alienten el fomento relacionado con la fijación de estereotipos y sesgos de género en los sistemas de justicia, especialmente en los casos de violencia basados en el género; y
 - f) Apliquen medidas de fomento de la capacidad para jueces, fiscales, abogados y funcionarios encargados de hacer cumplir la ley sobre la aplicación de los instrumentos jurídicos internacionales relacionados con los derechos humanos, incluida la Convención y la jurisprudencia establecida por el Comité, y sobre la aplicación de leyes que prohíban la discriminación contra la mujer (ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer [CEDAW], 2015, párr. 29).

3. EL ACCESO DE LAS MUJERES A LA JUSTICIA Y LA CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA

Partiendo del acervo universal de derechos humanos —y su aplicación a los casos presentados por mujeres, los cuales hemos analizado en las páginas anteriores—, la transversalidad de la perspectiva de género, y, en particular, su aplicación en el ámbito del Poder Judicial, ha permeado los sistemas regionales de derechos humanos, en lo que aquí nos interesa destacar, tanto en el iberoamericano como en el europeo⁸, que son referencias para los poderes judiciales de los Estados miembros de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

Bajo el paraguas de este contexto normativo universal y regional de derechos humanos de las mujeres y dentro de una importante actividad sobre igualdad de género, la Cumbre Judicial Iberoamericana ha adoptado dos instrumentos muy relevantes: las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia, 2008), y la Propuesta Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias (Colombia, 2015). Como se deriva de su propio título, este segundo se refiere al enjuiciamiento de género, mientras aquel es más general. Aun considerando la limitación de nuestro estudio al enjuiciamiento con perspectiva de género, debemos analizar ambos, pues conforman un grupo normativo unitario y complementario, lo que refuerza la aplicación de cada uno con la del otro.

4. LAS REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (Brasilia, 2008) se construyen, como

8 Para su análisis comparado, recomiendo el estudio de Carmona (2015).

su propia denominación delata, sobre el concepto de vulnerabilidad. Este término (*vulnerabilidad*), en la acepción recogida en el *Diccionario del español jurídico* (2016), se entiende como la condición de quien, con mayor riesgo del normal, es susceptible de ser herido o lesionado, física o moralmente. Al aplicar este concepto al sistema de justicia, las Reglas de Brasilia están reconociendo que el reclamo de un derecho se enfrenta al riesgo de no ser efectivo por las dificultades de acceso al sistema de justicia, y que ese riesgo resulta ser mayor para quien es vulnerable. Una afirmación que aparece explícitamente recogida en la misma exposición de motivos de las Reglas de Brasilia:

Si bien la dificultad de garantizar la eficacia de los derechos afecta con carácter general a todos los ámbitos de la política pública, es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad dado que estas encuentran obstáculos mayores para su ejercicio. Por ello, se deberá llevar a cabo una actuación más intensa para vencer, eliminar o mitigar dichas limitaciones (Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, 2008, p. 4).

Este documento, enumera diversas causas generadoras de la condición de vulnerabilidad, entre ellas, el género, y por partida doble. En la regla n.º 3 se establece que «se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico». Asimismo, en la regla n.º 4 se establece que «podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad».

Al incluir el género dentro de las causas susceptibles de causar vulnerabilidad, las Reglas de Brasilia están admitiendo que las mujeres encuentran más dificultades que los hombres para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. También las Reglas de Brasilia están admitiendo que esas mayores dificultades se encuentran en razones de género: la vulnerabilidad de la mujer no se encuentra en el hecho físico de ser mujer, sino en el género como conjunto de estereotipos sociales y culturales asociados al sexo, los cuales son causantes de la discriminación. En ese sentido, la regla n.º 17 menciona: «La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad».

Hágase hincapié en la idea de que la condición de vulnerabilidad no es causada por el hecho físico de ser mujer, sino por el género. Las Reglas de Brasilia no son una versión moderna de la consideración de la mujer como el sexo débil, tan arraigada en nuestra cultura occidental desde la época romana, y que a lo largo de la historia ha sido origen de tantas discriminaciones con una finalidad paternalista falsamente protectora. Al identificar la causa de la vulnerabilidad en el género, las Reglas de Brasilia sitúan las mayores dificultades de acceso a la justicia que sufren las mujeres en los estereotipos sociales y culturales asociados al sexo. Estos son los generadores de prejuicios que colocan a las mujeres en una situación de inferioridad respecto a la de los hombres. Entonces, la vulnerabilidad no está en las mujeres, sino en la sociedad que las discrimina.

De este modo, las Reglas de Brasilia se alinean con el entendimiento más moderno que de la igualdad de mujeres y hombres utilizan los instrumentos y organismos universales de derechos humanos. Así lo ratifica la definición de *discriminación contra la mujer* que aparece en

las Reglas de Brasilia, si la comparamos directamente con la definición usada en la Convención CEDAW de las Naciones Unidas:

<p>Reglas de Brasilia, regla n.º 18: Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.</p>	<p>Convención CEDAW, artículo 1: La expresión discriminación contra la mujer es toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.</p>
--	--

Considerando este alineamiento de las Reglas de Brasilia con los estándares internacionales, es muy oportuno tomar en consideración, a efectos de la interpretación de las Reglas de Brasilia, los actos emanados del CEDAW, y en particular al referirse al mismo ámbito de regulación, la ya analizada Recomendación General n.º 33 del CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015).

Una lectura comparada de las medidas adoptadas en ambos textos reguladores corrobora la existencia de numerosas coincidencias en las medidas recogidas en ambos. Por fines didácticos, podríamos clasificar dichas medidas en tres grupos:

1. El primer grupo se refiere a las normas orgánicas: organización judicial (incluyendo presupuesto), medios materiales y planta de órganos judiciales, defensa pública a las víctimas, o instauración de medios alternativos de resolución de conflictos.
2. Un segundo grupo está vinculado con las normas procesales: legitimación, actuación en juicio, carga de la prueba, valor de la declaración (podríamos denominar a este grupo como cláusulas de protección jurisdiccional efectiva de tutela de la igualdad).
3. Un tercer grupo se proyectaría no tanto sobre las normas procesales como sobre su aplicación práctica para garantizar un efectivo acceso

a la justicia (se trataría de buenas prácticas en la tramitación de los procedimientos sobre igualdad de género).

Junto a estos tres grupos de normas coincidentes entre ambos textos reguladores, la Recomendación General n.º 33 contiene un cuarto grupo que no aparece en las Reglas de Brasilia: la introducción de la perspectiva de género en el enjuiciamiento judicial. ¿Por qué esta ausencia? La respuesta salta a la vista si consideramos la diferencia temporal existente entre las Reglas de Brasilia de 2008 y el inicio de la doctrina sobre enjuiciamiento de género del Comité CEDAW, la cual inicia en el 2010.

¿Quiere esto decir que el enjuiciamiento de género no encuentra apoyo en las Reglas de Brasilia? A nuestro juicio, hay dos argumentos a favor de considerar que el lógico desarrollo de las Reglas de Brasilia conduce a juzgar con perspectiva de género. En primer lugar, las Reglas de Brasilia expresamente establecen, en su regla 20, que «se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones». Se trata de una cláusula abierta en orden a la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar el acceso a la Justicia.

En segundo lugar, las Reglas de Brasilia —según hemos detallado en las anteriores páginas—, sobre la igualdad de mujeres y hombres, se alinean con el entendimiento más moderno, puesto que utilizan los instrumentos y organismos universales de derechos humanos, entre los cuales se encuentra el juzgar con la finalidad de erradicar prejuicios según los dictámenes del Comité CEDAW y la Recomendación General n.º 33 del Comité CEDAW.

5. LA PROPUESTA MODELO DE INCORPORACIÓN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS SENTENCIAS

Si el lógico desarrollo de las Reglas de Brasilia conduce a juzgar con perspectiva de género, ese lógico desarrollo ha sido acometido, dentro del seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la Propuesta Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias (Colombia, 2015)⁹. Nos encontramos ante un texto que confiesa su inspiración en el protocolo para juzgar con perspectiva de género y que fue elaborado por la Suprema Corte de México¹⁰. Asimismo, encuentra antecedentes y también continuidades en las guías o protocolos para enjuiciar con enfoque de género aprobados o auspiciados por los máximos órganos judiciales de Colombia¹¹, Guatemala¹², Bolivia¹³ o Chile¹⁴.

La Propuesta Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias concreta un modelo de interpretación y aplicación

-
- 9 Se trata de un documento desarrollado desde la Secretaría Técnica de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana, que fue aprobado y divulgado durante la Segunda Ronda de Talleres de la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana celebrada en Bogotá-Colombia, los días 27 a 29 de mayo de 2015.
 - 10 Protocolo para juzgar con perspectiva de género. Haciendo realidad el derecho a la igualdad (Programa de Equidad de Género / Unidad de Igualdad de Género. Suprema Corte de México, 2015).
 - 11 Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género (Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial. Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, 2011).
 - 12 Herramienta para la incorporación del enfoque de derechos humanos y la perspectiva de género en la elaboración de sentencias relativas a delitos de femicidio y otras formas de violencia contra la mujer (Elaborado en acuerdo con la Corte Suprema de Justicia de Guatemala y la Escuela de Estudios, por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala –OACNUDH–, en coordinación con la Sección de Género de la Sede de OACNUDH en Ginebra, 2015).
 - 13 Protocolo para juzgar con perspectiva de género (Ministerio de Justicia del Estado Plurinacional de Bolivia, Órgano Judicial / Tribunal Supremo, Comité de Género, con apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la Cooperación de Suiza, 2017).
 - 14 Cuaderno de buenas prácticas para incorporar la perspectiva de género en las sentencias. Una contribución para la aplicación del derecho a la igualdad y la no discriminación (Autoras: Lucía Arbaláez de Tobón, Esmeralda Ruíz González. Poder Judicial de la República de Chile, 2018).

de las normas jurídicas en perspectiva de género que se resume en cinco pasos, cada uno de los cuales se desarrolla a través de preguntas (método de *woman quaestio*), cuya correcta contestación —se supone— debería erradicar los estereotipos del enjuiciamiento y favorecer la igualdad de género:

[Primer paso] Cuestiones previas al proceso:

1. ¿El caso requiere que se dicten órdenes de protección?
2. ¿La admisibilidad del asunto requiere un análisis de género?

[Segundo paso] Determinación de los hechos e interpretación de la prueba:

1. ¿Cuál es el contexto en que se desarrollan los hechos?
2. ¿Alguna de las personas involucradas se encuentra en situación de pobreza, marginación, vulnerabilidad o discriminación basada en el sexo, género o preferencia/orientación sexual?
3. ¿Entre las personas vinculadas al caso subyace una relación asimétrica de poder? ¿Cómo influye esto en la solicitud y valoración de las pruebas?
4. ¿Están involucradas personas que han sido tradicionalmente discriminadas en virtud de las llamadas categorías sospechosas?
5. ¿La persona pertenece a un grupo históricamente desventajado?
6. ¿La persona presenta características que la exponen a una doble discriminación por tratarse de un caso de interseccionalidad? Por ejemplo, en un proceso de divorcio, ser una mujer indígena, o solicitar empleo siendo lesbiana y estando embarazada.
7. ¿El comportamiento que se espera de las personas involucradas o de las víctimas en el caso obedece a estereotipos o a una de las manifestaciones del sexismo?
8. ¿La reacción esperada de la víctima cambiaría si se suplantara por un varón o una persona heterosexual? ¿Qué cambiaría en la expectativa de comportamiento si se asignara un rol estereotípicamente considerado femenino? Por ejemplo, si fuera un hombre quien solicita permisos laborales para ejercer su paternidad.

[Tercer paso] Determinación del derecho aplicable

1. ¿Cuál es el marco jurídico de origen interno e internacional aplicable al caso?

2. ¿Existen resoluciones o sentencias de organismos internacionales que brinden argumentos para resolver el asunto en cuestión?
3. ¿Existen sentencias internacionales contra el país en el que usted desempeña su cargo, que deban ser atendidas en la solución del caso?
4. ¿Las observaciones generales de los Comités de Naciones Unidas y los Criterios de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aportan elementos valiosos para la resolución del caso?
5. ¿Cuál es la concepción de sujeto que subyace al marco normativo aplicable?
6. ¿La norma responde a una visión estereotípica o sexista del sujeto?
7. ¿La aplicación de la norma genera un impacto diferenciado para la persona y el contexto en que se encuentra?
8. ¿Cuál es la norma que garantiza mejor el derecho a la igualdad de las víctimas o personas involucradas en el caso?
9. ¿Cuáles son las estrategias jurídicas con las que se cuenta para contrarrestar la norma discriminatoria por objeto o por resultado?
10. ¿El caso demanda la deconstrucción de un paradigma, de un concepto o de una institución jurídica? ¿En qué medida la sentencia puede hacerse cargo de ello?
11. ¿Cuáles son las herramientas que el marco normativo aplicable brinda para resolver las asimetrías en relación, así como la desigualdad estructural de la que derivó el caso? ¿El caso amerita un trato diferenciado?

[Cuarto paso] Argumentación

1. Aplicar los principios constitucionales de igualdad, universalidad, interdependencia, invisibilidad y progresividad.
2. Justificar el uso de la normativa que sea más protectora de la persona que se encuentra en una situación asimétrica de poder o de desigualdad estructural. Esto implica no solo la cita de, por ejemplo, tratados internacionales, sino la expresión de las razones por las cuales hay que traerlos a cuenta al caso en concreto y la resolución del caso con base en ellos.
3. Interpretar de acuerdo a los nuevos paradigmas constitucionales que dejan en desuso los criterios hermenéuticos como la literalidad, jerarquía y especialidad.

4. Detectar lo problemático que puede resultar la aplicación de criterios de integradores del derecho como la analogía, cuando se toma en cuenta la igualdad formal, material y estructural.
5. Acudir a los análisis de género contenidos en sentencia de otros países.
6. Esgrimir las razones por las que la aplicación de la norma al caso en cuestión deviene en un impacto diferenciado o discriminador.
7. Evidenciar los estereotipos y sexismos detectados en los hechos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y pretensiones de las partes, o en normas que podrían haber resultado aplicables.
8. Cuando sea necesario hacer un ejercicio de ponderación, tomar adecuadamente en cuenta las asimetrías de poder.
9. Exponer las razones por las cuales en el caso subyace una relación desequilibrada de poder y/o un contexto de desigualdad estructural.
10. Determinar la estrategia jurídica adecuada para aminorar el impacto de la desigualdad estructural en el caso específico.
11. Reconocer y evidenciar en la resolución de la sentencia los sesgos de género encontrados a lo largo del proceso.
12. Eliminar la posibilidad de revictimizar y/o estereotipar a la víctima a través de los argumentos o la resolución de la sentencia.

[Quinto paso] Reparación del daño:

1. ¿El daño causado genera un impacto diferenciado a partir del sexo, género, preferencia u orientación sexual de la persona involucrada?
2. ¿Qué tipo de medidas de reparación pueden hacerse cargo de este impacto diferenciado?
3. Si fueron detectadas relaciones asimétricas de poder y condiciones de desigualdad estructural, ¿cuáles son las medidas que la sentencia puede adoptar para revertir dichas asimetrías y desigualdades?
4. ¿La medida de reparación se basa en una concepción estereotipada o sexista de la persona en cuestión?
5. A partir del daño causado, el sexo, el género y las preferencias/orientación sexual de la víctima, ¿cuáles son las medidas más adecuadas para reparar el daño?
6. En la definición de las medidas de reparación, ¿se tomó en cuenta el parecer de la víctima?

7. ¿Cuál fue el impacto del daño causado en los roles y responsabilidades familiares, laborales y comunitarios de la víctima? ¿Cómo puede subsanarse este impacto?
8. ¿Existió un «daño colectivo»? ¿Es posible repararlo?
9. ¿Se trata de un daño producido por pertenecer a un determinado grupo?
10. ¿La reparación se hace cargo de todos los daños detectados? (Poder Judicial de México, s. f.)

Recordados los cinco pasos para la aplicación del Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias, su utilización se debe realizar bajo la premisa de que no son dogmas de fe, sino una herramienta dirigida a facilitar la detección de la discriminación, estereotipos o prejuicios de género. Por tanto, deben ser bien aplicados, pues, de lo contrario, puede haber discriminación que no se detecte (con el daño adicional de que aparenta que el litigio ha sido bien resuelto), o puede detectarse discriminación sin haberla (en perjuicio de la objetividad que es siempre exigible a la recta impartición de justicia).

6. TEORÍA Y PRÁCTICA DEL ENJUICIAMIENTO DE GÉNERO EN EL SISTEMA ESPAÑOL

La Ley Orgánica 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece, en su artículo 4, 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». ¿Se corresponde esta norma con el enjuiciamiento de género? Ciertamente, en el momento de redacción y aprobación de esta ley, el tópico del enjuiciamiento de género no se encontraba ni siquiera acuñado. Pero el enjuiciamiento de género se deduce de la propia ley en cuanto esta proyecta el principio de transversalidad de la dimensión de la igualdad

de trato y oportunidades sobre todos los poderes públicos, incluyendo al Judicial. Dicho más sencillamente, el enjuiciamiento de género le da nombre a algo que esta ley ya llevaba en su seno y que se ha plasmado en su artículo 4: la integración de la igualdad de género en la actuación del Poder Judicial.

Se analizarán a continuación algunos casos judicializados ante los tribunales españoles, en los que se argumentó aludiendo a la perspectiva de género o se invocó el artículo 4 de la mencionada ley. Vamos a analizar los argumentos utilizados para así extraer las siguientes orientaciones prácticas de enjuiciamiento de género.

1. Primera orientación: no introducir estereotipos de género en la aplicación de las normas jurídicas. En particular, ello se produce cuando, debido a prejuicios de género, no se considera la situación objetiva de los sujetos implicados al aplicar las normas jurídicas.

Ejemplo de aplicación en la jurisdicción penal: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del 24 de mayo de 2018 (Rec. 10549/2017). Se cuestiona, en supuestos de violencia de género, si la existencia de agresiones anteriores o de una inmediata discusión previa a la agresión contra la vida, conducen a excluir la agravante de alevosía en el agresor porque la víctima no se podía considerar sorprendida por el ataque. Ya la doctrina científica había criticado la solución negativa ofrecida en algunas sentencias anteriores porque hacía recaer sobre la propia víctima la obligación de permanecer alerta en todo momento para evitar cualquier resultado luctuoso y, además, la responsabilizaba de su acaecimiento sin tomar en consideración la situación real de la mujer. Por ello, la jurisprudencia empezó a admitir la aplicación de la llamada alevosía doméstica que la sentencia puesta como ejemplo consolida al considerar apreciable la alevosía con una perspectiva de género, partiendo de que el condenado realizó, sobre su mujer, en su hogar y delante de sus hijos, una serie de actos tendentes

a asegurar su resultado, ya que arrastró con violencia a la víctima, de manera que era imposible que esta se defiende ante el ataque sorpresivo de su pareja, quien puso de manifiesto su superioridad física, sabiendo que la mujer no podría defenderse ante su ataque, lo que, añadido al uso de un cuchillo de ciertas dimensiones, suponía el asegurar la muerte.

Otro ejemplo de aplicación penal: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del 21 de mayo de 2019 (Rec. 2611/2018). Esta sentencia conecta con una jurisprudencia que proviene de los últimos años del siglo XX, según la cual, dentro del matrimonio, cabe el delito de agresión sexual: «negar la posibilidad conceptual de una violación en el seno de la institución matrimonial supone tanto como afirmar que el matrimonio es la tumba de la libertad sexual de los contrayentes». Además, esta sentencia, ante la alegación de la defensa del condenado, quien creía que tenía derecho a exigir el débito conyugal, descarta la apreciación de un error de prohibición para atenuar la pena porque:

en los casos en los que la infracción se consuma de forma violenta [...] hay que deducir un pleno conocimiento de la antijuridicidad del hecho o, como mínimo, un alto grado de probabilidad sobre la conciencia de la ilicitud del comportamiento que determina, igualmente, la completa responsabilidad del autor por el delito cometido.

Nuevamente, es una interpretación de la norma —atendiendo a las circunstancias objetivas de los hechos enjuiciados (la existencia de una agresión sexual, violenta por su propia tipificación)— lo que permite desactivar el prejuicio subyacente según el cual la esposa es el objeto de un supuesto derecho del esposo al acceso carnal.

2. Segunda orientación: no introducir estereotipos de género en la valoración de la conducta de la víctima o, más ampliamente, de las

partes procesales, sobre la base de cómo debe actuar una víctima modelo o las partes procesales en la relación jurídica sustantiva o procesal.

Ejemplo de aplicación en la jurisdicción penal: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del 2 de mayo de 2019 (Rec. 2286/2018).
Leemos:

Suele alegarse en los casos de violencia de género que el retraso de la víctima en denunciar conlleva la duda acerca de su credibilidad, pero nada más lejos de la realidad, dado que se trata de supuestos con unas connotaciones especiales en donde generalmente, y en muchos casos, la denuncia se dirige contra quien es su pareja y el padre de sus hijos, que, además, posiblemente hasta puede ser su sustento económico, lo que conlleva a que las víctimas de violencia de género valoren todas estas circunstancias a la hora de decidirse sobre si denuncian o no. Y ello no se les puede volver en su contra cuando tardan en denunciar, porque hasta se sienten estigmatizadas por hacerlo y, en muchos casos, hasta culpables, cuando son víctimas, no culpables. Todo ello las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo.

El prejuicio de género que esta sentencia combate consiste en que la víctima debe denunciar de inmediato. Así, conforme a esta creencia, se llega a la conclusión de que no es víctima quien no actúa según ese patrón masculino de comportamiento, en vez de valorar si esa conclusión es razonable atendiendo a las circunstancias objetivas del caso concreto.

Otro ejemplo de aplicación en la jurisdicción laboral: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) del 20 de enero de 2016 (Rec. 3106/2014). Se considera, a efectos de acceder a una pensión de viudedad alegando violencia de género que, en supuestos de separación

o divorcio anteriores a la «Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género» (de 2004), la existencia de denuncias por actos constitutivos de violencia de género constituye un serio indicio de que la misma ha existido, sin que la sentencia absolutoria penal implique que no la ha habido cuando aquella se debe a que la propia demandante retiró la acusación. La enseñanza de esta doctrina jurisprudencial es que se debe valorar el material alegatorio y probatorio obrante en las actuaciones de los cuales en el caso se deduce la existencia de violencia de género, sin que se pueda descartar su existencia valorando (prejuiciosamente) la retirada de la acusación, ya que ello es habitual en contextos de violencia de género.

Por lo tanto, se deben valorar los hechos con objetividad y atendiendo al contexto en el cual se producen, sin que se pueda valorar con carácter prejuicioso la actuación de la víctima o de las partes, lo cual supondría una discriminación y, en contextos de violencia de género, constituiría una violencia institucional. Un ejemplo de ello, como hemos visto, es la citada sentencia del 2 de mayo de 2019 (Rec. 2286/2018): «Todo ello las convierte en más víctimas aún, porque lo son del agresor que es su propia pareja, y lo son, también, del propio sistema en quien, en muchas ocasiones, no confían si no tienen la seguridad de que denunciar va a ser algo positivo para ellas y no algo negativo».

Sobre la base de las anteriores consideraciones y aplicando este criterio general, se asumiría que una argumentación introduce prejuicios de género (i) cuando se alega ausencia de violencia de género porque ha mantenido la convivencia marital, (ii) cuando se ha tardado en denunciar al maltratador, (iii) cuando no se ha solicitado ayuda, (iv) cuando se han retirado anteriores denuncias, o (v) cuando el elevado nivel de estudios de la mujer la excluye de la situación de violencia de género.

Respecto al acoso laboral, se consideran prejuicios de género los siguientes supuestos: (i) cuando no se ha denunciado de inmediato o (ii) cuando se ha esperado la terminación de la relación laboral para denunciarlo. Y en el caso de agresión sexual, se tiene el prejuicio de argumentar la ausencia de agresión cuando la víctima no ha tenido actitud de rechazo manifiesto a la agresión sexual.

3. Tercera orientación: no introducir prejuicios de género en la valoración de las pruebas ni, en particular, en la declaración de las víctimas de delitos sexuales o de violencia de género.

Para garantizar la objetividad en la valoración de la declaración de las víctimas de delitos sexuales, la jurisprudencia penal española, desde hace décadas —como en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) del 2 de junio de 1992 (Rec. 1275/1992), una de las sentencias seminales de esta jurisprudencia— ha construido un test de valoración probatoria según el cual, cuando el delito sexual se produce en un contexto de clandestinidad preordenado por el agresor, la declaración de la víctima puede quebrar válidamente la presunción de inocencia del acusado siempre que reúna una tres exigencias básicas:

1.^a La ausencia de incredibilidad subjetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la inexistencia de características psicoorgánicas de la víctima debilitadoras de su declaración (pensemos en la existencia de trastornos mentales, cuya concurrencia, con todo, puede ser irrelevante si los ha ocasionado la agresión, abuso o acoso sexual), y otro es la inexistencia de móviles espurios que pudieran resultar de las relaciones previas entre el agresor y la víctima enturbiando su sinceridad (como animadversión, enemistad, odio, resentimiento, venganza u otros móviles semejantes). En todo caso, el legítimo interés de la víctima en la condena del agresor no resulta un argumento válido como para viciar la veracidad de la declaración.

2.^a La verosimilitud objetiva que se verifica atendiendo a dos aspectos relevantes, uno es la lógica interna de la declaración de la víctima (debilitando su fuerza de convicción si esta es insólita u objetivamente inverosímil y,

a la inversa, potenciando su fuerza de convicción si es acorde a las reglas de la común experiencia), y otro es la existencia de corroboraciones fácticas periféricas, aunque cuando la no acreditación plena de esas corroboraciones se justifica porque el ilícito no ha dejado huellas o porque se ha desarrollado en unas circunstancias concurrentes situadas bajo el dominio de hecho del agresor, este criterio no desvirtúa la credibilidad de la víctima.

3.^a La persistencia en la incriminación caracterizada por la prolongación en el tiempo de la declaración de la víctima (sin contradecirse ni desdecirse, aunque sin exigir reiteración exacta, como la de un disco o una lección memorizada, sino una identidad sustancial de las diversas declaraciones), su concreción fáctica (narrando los hechos con la precisión con la cual cualquier persona en las mismas circunstancias los hubiera narrado) y la ausencia de contradicciones (manteniendo una conexión lógica tanto entre los diversos extremos de la declaración, o coherencia interna, como entre la declaración con otros extremos derivados de los otros medios de prueba, o coherencia externa).

Se trata de unos criterios que se pueden aplicar *mutatis mutandis* en asuntos de otros órdenes judiciales sobre similares cuestiones: por ejemplo, para acreditar la existencia de acoso sexual a los efectos de un litigio laboral o contencioso-administrativo. Si bien se mira, los criterios sentados por la jurisdicción penal no son otra cosa que la aplicación de las reglas de la sana crítica en la valoración de la prueba que, por disposición de las leyes de enjuiciamiento, los jueces y las juezas de todos los órdenes jurisdiccionales deben respetar al valorar en especial las pruebas personales.

4. Cuarta orientación: ponderar la efectividad de la igualdad al interpretar las normas jurídicas flexibilizando su literalidad para potenciar los fines de la tutela antidiscriminatoria.

Ejemplo de aplicación en la jurisdicción laboral: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) del 21 de septiembre de 2009 (Rec. 201/2009). Se trata de uno de los casos judiciales más renombrados

en orden a la aplicación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad, tanto porque fue una de las primeras sentencias en que se citó la norma como por su razonada fundamentación jurídica. Según la legislación relativa a las pensiones del Sistema de Seguridad Social, las trabajadoras afiliadas tienen derecho a 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo, y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo este incluido (actual artículo 235 de la LGSS/2015). La cuestión era si este derecho se podía extender a las trabajadoras afiliadas al extinto Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). Una interpretación literal llevaría a excluir el derecho porque el SOVI no se encuentra integrado en el Sistema de Seguridad Social. Sin embargo, como se afirma en la sentencia, una norma como la analizada exige un canon de interpretación amplio de rango constitucional que permita la consecución del objetivo de efectiva igualdad, y combata el efecto negativo del embarazo y la maternidad. También se valora al respecto la marcada feminización del SOVI. Era un seguro muy deprimido, que existía desde antes de la implantación del Sistema de Seguridad Social en 1967, y se aplicaba a aquellos trabajos que no estaban organizados en mutualidades laborales, los que en 1967 recién se integraron al sistema. Típicamente cubría trabajos ocupados por mujeres, mientras que los trabajos organizados en mutualidades laborales los ocupaban los hombres.

Otro ejemplo de aplicación también social, en el que se hace prevalecer el valor de la igualdad frente a exigencias no sustanciales de acceso a una prestación del Sistema de Seguridad Social es la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) del 26 de septiembre de 2018 (Rec. 1352/2017). En este caso se dirimió si la cesión al padre de una parte del descanso por maternidad se debe realizar por la madre al iniciar el descanso, como literalmente dice la norma, o si se puede realizar con posterioridad atendiendo a una interpretación flexible acorde con la finalidad de la norma. Se resolvió a favor de esta última

solución después de argumentar que la interpretación de normas del ordenamiento jurídico debe guiarse por lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad, dado que «nos encontramos ante normas con particular y directa incidencia en los derechos de igualdad de oportunidades que se rigen por el principio de transversalidad de obligado acatamiento por todos los poderes públicos».

5. Quinta orientación: considerar en el enjuiciamiento la prohibición de discriminar por maternidad y la erradicación de las consecuencias negativas de embarazo, parto o lactancia natural.

Ejemplo de aplicación civil: Sentencia del Tribunal Supremo (Civil) del 20 de marzo de 2011 (Rec. 87/2009). Se considera, con invocación del artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad y de otras normas aplicables, la existencia de discriminación por razón de sexo en un arrendamiento de servicios al haberse modificado las condiciones de trabajo tras el embarazo y la maternidad de la demandante, ya que el demandado contrató a un nuevo médico a los pocos días de conocer la noticia del embarazo de la demandante, y lo hizo con la idea preconcebida de sustituirla indefinidamente de su puesto.

Otro ejemplo interesante de invocación del artículo 4 de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (ELOIEMH) —referida a una situación bastante habitual en la práctica judicial, como es la del embarazo y parto de la abogada, y de ahí que valga la pena traer este caso a colación— es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Tenerife (Sala de lo Civil) del 15 de septiembre de 2009 (Rec. 146/2009). En este caso, con el fin de evitar la discriminación por razón de sexo, se declara la nulidad de una vista judicial celebrada tras rechazar una solicitud de suspensión respecto a una abogada en baja por maternidad después de un embarazo de alto riesgo.

Ejemplo de aplicación administrativo: Sentencia del Tribunal Supremo (Control Administrativo) del 14 de marzo de 2014

(Rec. 4371/2012). Se realiza una interpretación de las bases de una convocatoria de un proceso selectivo de personal con la finalidad de hacer efectiva la igualdad en las condiciones de realización de la fase de oposición del proceso selectivo para aquella mujer que va a dar a luz en vísperas o coincidiendo con la fecha señalada para la prueba de oposición. La coincidencia de la fecha del parto con la señalada para pruebas selectivas es una cuestión generadora de cierta litigiosidad, cuya resolución debe conducir a salvaguardar los derechos de la mujer (por aportar un dato relativo al estatuto judicial: así se establece en los artículos 34 y 59 del Reglamento de Carrera Judicial).

El siguiente también es un caso de aplicación (administrativa): Sentencia del Tribunal Supremo (Control Administrativo) del 26 de mayo de 2017 (Rec. 1306/2017). La Seguridad Social anuló el alta de una trabajadora contratada por el Servicio Vasco de Salud (quien, además, provenía de la bolsa de trabajo temporal) porque de inmediato pasó a situación de riesgo por embarazo. El argumento de la Seguridad Social fue que no había aptitud para trabajar y que no había discriminación, puesto que la trabajadora mantuvo su puesto en la bolsa de contratación. El Tribunal Supremo consideró la existencia de discriminación invocando una «interpretación conforme con el principio de igualdad», fundamentada en los artículos 4 y 8 de la LOIEMH, y concluyó que el ordenamiento jurídico proscribía el establecimiento de limitaciones por razón de sexo a consecuencia de su carácter atentatorio de la dignidad del ser humano.

Por último, veamos un ejemplo de aplicación social: Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), del 24 de enero de 2017 (Rec. 1902/2015). En ese caso, se reconoce el derecho de una médica a percibir el plus por las guardias que había dejado de realizar durante la situación de riesgo durante el embarazo. No reconocerle ese derecho supondría una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y no

discriminación por razón de sexo. Una discriminación que resultaría directa porque:

solo respecto de las mujeres cabe exigir el cumplimiento de las obligaciones empresariales que a la postre, se derivan de las disposiciones en materia de prevención de riesgos durante el embarazo y la lactancia. Como dispone el art. 8 LOIMH señala que «constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad».

6. Sexta orientación: considerar en el enjuiciamiento la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras, potenciando la corresponsabilidad del varón.

Los ejemplos de aplicación judicial de esta orientación de enjuiciamiento los hemos encontrado mayoritariamente en la jurisdicción social. Así, se ha utilizado el artículo 4 de la Ley Orgánica de Igualdad para flexibilizar las exigencias del compromiso de actividad de las personas perceptoras de desempleo, de manera que el rechazo de una oferta de empleo no conduzca a la pérdida de las prestaciones si está justificado en razones de conciliación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 29 de febrero de 2016, Rec. 1044/2015); o para que se considere irrelevante, a los efectos de calificar un accidente de tráfico como accidente de trabajo *in itinere*, un desvío del trayecto por motivos de conciliación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, del 14 de julio de 2015, Rec. 1660/2014, en la cual se destaca que en el derecho francés y alemán los desvíos del trayecto por conciliación no rompen el nexo causal).

7. EPÍLOGO: ENJUICIAMIENTO DE GÉNERO E IMPARCIALIDAD JUDICIAL

La problemática de fondo a que se refiere el enjuiciamiento de género es la utilización nociva de estereotipos de género, como (i) negar la existencia de agresión sexual o de acoso sexual, cuando no se ha manifestado una negativa rotunda; (ii) decidir un litigio sin considerar la existencia de violencia doméstica y cómo esta condiciona a las víctimas; (iii) no valorar objetivamente el testimonio de una mujer aduciendo que se tardó en denunciar, su manera de comportarse o la imposibilidad de recrear al detalle los hechos; (iv) decidir sobre la custodia de un/a hijo/a basándose en estereotipos sobre lo que debe ser una buena madre; (v) no contratar o despedir a una trabajadora por razón de su embarazo, maternidad o, más ampliamente, por encontrarse en edad fértil; o (vi) desconocer la situación real de vulnerabilidad de una mujer en situación de discriminación múltiple.

Por su propia definición, *enjuiciar* supone valorar la prueba practicada en un juicio para identificar unos hechos a los cuales se les anuda una determinada consecuencia jurídica prevista en la norma. Cuando en ese silogismo judicial se introduce un prejuicio de género, se distorsiona la valoración de la prueba, se yerra en la identificación de los hechos y se tuerce la recta aplicación de las normas jurídicas.

En suma, a través del enjuiciamiento de género no solo se pretende erradicar los prejuicios del proceso y de las relaciones jurídicas en general, sino también reconocer su importancia como un instrumento necesario para fortalecer la imparcialidad en todas las decisiones judiciales, la independencia judicial y la más recta impartición de justicia.

REFERENCIAS

- Naciones Unidas. Derechos Humanos (s. f.). Los estereotipos de género y su utilización. <https://www.ohchr.org/sp/issues/women/wrgs/pages/genderstereotypes.aspx>
- ONU. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (2015). Recomendación General n.º 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia. CEDAW/C/GC/33 [3 de agosto de 2015]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10710.pdf>
- Poder Judicial de México (s. f.). Elementos para la aplicación de la perspectiva de género en el juzgar. http://www.stj-sin.gob.mx/assets/files/comision_derechos/perspectiva_genero.pdf
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (2008). [Aprobadas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008]. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>
- Tribunal Supremo (1992). Rec. 1275/1992. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) [2 de junio de 1992].
- _____ (2009a). Rec. 146/2009. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [15 de septiembre de 2009].
- _____ (2009b). Rec. 201/2009. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) [21 de septiembre de 2009].
- _____ (2011). Rec. 87/2009. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [20 de marzo de 2011].
- _____ (2014). Rec. 4371/2012. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) [14 de marzo de 2014].