



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Un método manejable para juzgar con
perspectiva de género en el orden de lo
social

Dña. Glòria Poyatos Matas
2022



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Un método manejable para juzgar con
perspectiva de género en el orden de
lo social

Doctoranda:

D^a Glòria Poyatos Matas

Dirigida por:

Dra. D^a. María del Carmen López Aniorte

Dra. D^a. Francisca Ferrando García

2022

En memoria de Ruth Bader Ginsburg

"Cuando en ocasiones me preguntan cuándo habrá suficientes (mujeres magistradas en la Corte Suprema de Estados Unidos) y yo digo 'cuando haya nueve', las personas quedan impactadas. Pero ha habido nueve hombres y nunca nadie lo ha cuestionado"

Ruth Bader Ginsburg (1933-2020)

AGRADECIMIENTOS

A M Carmen y a Paqui por su cariño, paciencia y apoyo, sin ellas nunca hubiera llegado hasta aquí.

A mi hija por todas las vacaciones hurtadas.

A mi hermana del alma por estar siempre ahí, pendiente...

A todas las mujeres de mi vida.

A nuestras abuelas, madres, tías, hermanas e hijas que desde sus hogares en silencio y anónimamente, tejen a diario el trabajo que sostiene la vida, la sociedad, la economía y el mundo.

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades autónomas
CE	Constitución Española
CEE	Comunidad Económica Europea
CEDAW	Convención sobre la eliminación de todas formas de discriminación sobre la mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CENDOJ	Centro de Documentación Judicial del CGPJ
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CP	Código Penal
CSE	Carta Social Europea
DD	Disposición Derogatoria
DDFF	Derechos Fundamentales
DF	Disposición Final
DDHH	Derechos Humanos
DT	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EBEP	Estatuto Básico del Empleo Público
ET	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
JS	Juzgado de lo Social
INE	Instituto Nacional de Estadística
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IPC	Índice de Precios de Consumo
IT	Incapacidad Temporal
LCVFL	Ley de Conciliación Vida Familiar y Laboral
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LGSS	Ley General de la Seguridad Social

LJCA	Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LO	Ley Orgánica
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LOIEMH	Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOPIVG	Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LARL	Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada
NÚM	Número
OIT	Organización Internacional de Trabajo
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas
págs	Páginas
PPDD	Protección de Datos
RAE	Real Academia de la Lengua Española
RAI	Renta Activa de Inserción
RCO	Recurso Casación Ordinaria
RCUD	Recurso Casación Unificación de Doctrina
RD	Real Decreto
RD-L	Real decreto Ley
RDL	Real decreto Legislativo
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SEC.	Sección
SEPE	Servicio Público de Empleo estatal
SJCA	Sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo
SOVI	Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
SS	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
SSTC	Sentencias del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo

SSTS	Sentencias del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TICS	Tecnología de Información y Comunicación
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TCEE	Tratado de la Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TEDH	Tribunal Europeo de derechos Humanos
TPIR	Tribunal Penal Internacional de Ruanda
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UE	Unión Europea

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	1
I. ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JUSTICIA?.....	2
II. HACIA UN MÉTODO PRÁCTICO PARA LA JURISDICCIÓN SOCIAL.....	10
CAPÍTULO I MARCO TEÓRICO FILOSÓFICO.....	17
I. TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO.....	18
II. UNA CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO.....	35
III. LAS ETAPAS DEL DERECHO: “EL DERECHO ES SEXISTA, EL DERECHO ES MASCULINO, EL DERECHO TIENE GÉNERO”..	37
1. Primera etapa. El derecho es sexista.....	38
2. Segunda etapa. El derecho es masculino.....	42
3. Tercera etapa. El derecho tiene género.....	49
IV. MÉTODOS DE ANÁLISIS JURÍDICO FEMINISTAS.....	56
V. DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	64
1. La teoría jurídica de Dworkin.....	66
2. Atienza y el derecho como argumentación.....	69
3. Ferrajoli y la “igualdad de las diferencias”.....	70
CAPÍTULO II CATEGORIZACIÓN DE GÉNERO E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.....	77
I. ESTEREOTIPO, PREJUICIO Y DISCRIMINACIÓN, DESDE LA PSICOLOGÍA.....	79
II. ESTEREOTIPACIÓN Y GÉNERO.....	92
III. MAPA DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO JURÍDICOS: UNA CLASIFICACIÓN MANEJABLE.....	105
1. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad física de las mujeres.....	108
2. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad intelectual de las mujeres.....	110
3. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad sexual de las mujeres.....	114
4. Estereotipos derivados del rol de cuidadoras y madres de las mujeres.....	117
5. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad moral.....	119

de las mujeres.....	
6. Estereotipos múltiples.....	121

CAPÍTULO III LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ¿UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA?..... 131

I. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL.....	131
1. El sistema de Naciones Unidas.....	132
1.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	132
1.2 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	133
1.3 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y culturales.....	141
1.4 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres.....	152
1.5 Las Recomendaciones Generales nº 19 y 35 sobre violencia de género.....	162
1.6 La Organización Internacional del Trabajo.....	179
2. El Consejo de Europa.....	185
2.1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Protocolo nº 12.....	187
2.2 Sentencias Relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	188
2.3 El Convenio de Estambul.....	211
2.4 La Carta Social Europea.....	217
2.5 La Recomendación sobre la protección de las mujeres contra la violencia.....	219
2.6 La Recomendación sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres y Recomendación sobre transversalidad de género.....	222
II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.....	223
1. Derecho originario.....	223
2. Derecho derivado y jurisprudencia del TJUE.....	225
2.1 La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006.....	225
2.2 La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012.....	248
2.3 La Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019.....	248
III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO INTERNO.....	253
1. Constitución Española de 1978: la triple dimensión de la igualdad.....	253
2. La igualdad como valor superior.....	253
3. La igualdad como principio jurídico informador.....	255
4. Igualdad como derecho fundamental.....	261
5. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.....	266
6. Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de	268

Mujeres y Hombres.....	
6.1 Mandato de transversalidad del principio de igualdad: análisis de los arts. 4 y 15 LOIEMH.....	269
6.2 Proyección jurisprudencial del mandato de transversalidad.....	275
6.3 Mandato vinculante de nulidad y reparación frente a los actos de discriminación: análisis del art. 10 LOIEMH.....	282
7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.....	286
8. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.....	289
9. El pacto de Estado en materia de violencia de género de 2017.....	291
10. LO 5/2018 de reforma de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio sobre medidas urgentes en aplicación del pacto de Estado en materia de violencia de género.....	292
11. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.....	293
 IV. LAS TRES ETAPAS DEL DERECHO A LA IGUALDAD SEXO/GÉNERO: IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL E IGUALDAD ESTRUCTURAL.....	 295
 V. EL ORIGEN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: GENDER MAINSTREAMING.....	 305
 VI. PARTICULAR ATENCIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO INSTITUCIONAL.....	 309
1. Naciones Unidas.....	310
2. Consejo de Europa.....	312
3. Unión Europea.....	314
4. Resoluciones de interés sobre violencia de género institucional.....	316
4.1-Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de abril de 2001 (María da Penha vs. Brasil) en materia de violencia de género y omisión de la diligencia debida.....	316
4.2-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009 (González y otras “Campo Algodonero” vs México).....	318
4.3-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 marzo de 2018 (V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua).....	325
 CAPÍTULO IV ARGUMENTOS PARA LA FORMACIÓN Y GUÍA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO.....	 331
I. PLANTEAMIENTO: JUSTICIA Y ESTEREOTIPIA.....	331
II. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE ESTEREOTIPIA EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES.....	336
1. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 19 de enero de 2001 sobre roles en el Código civil de Guatemala.....	336
2. Dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014 (R.P.B. vs. Filipinas), sobre el estereotipo de “víctima ideal” en delitos sexuales	337

3.	STS (Sala Penal) de 1990: El caso de la minifalda.....	338
4.	STS (Sala Social) de 19 de abril de 2011: Uniformes femeninos de las enfermeras provistos de cofia, delantal con peto, falda y medias, que no vulneran la dignidad de las trabajadoras.....	339
5.	STS (Sala Militar) de 8 de junio de 2012: reducción de la sanción impuesta a un militar que agredió físicamente a su esposa, por sus condecoraciones y misiones de paz en Afganistán.....	340
6.	Preguntas judiciales estereotipadas: ¿cerró bien las piernas?.....	341
7.	SAP Murcia de 17 de junio de 2016: Sexualización y cosificación de las trabajadoras.....	343
8.	Sentencia del Juzgado penal nº 1 de Granada de 18 de julio de 2018 (Caso Juana Rivas).....	344
9.	Sentencia del Tribunal de Apelación de Oporto de 11 de octubre de 2017, que justifica las agresiones físicas producidas a la mujer adúltera.....	346
III.	LA FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN GÉNERO, COMO ANTÍDOTO FRENTE A LA ESTEREOTIPIA JUDICIAL.....	347
IV.	PROTOCOLOS Y GUÍAS DE ACTUACIÓN PARA UNA JUSTICIA LIBRE DE ESTEREOTIPOS.....	351
1.	Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad (México,2013).....	352
2.	Guías de buenas prácticas y criterios de actuación judicial frente a la violencia de género del CGPJ.....	356
3.	Bangkok general Guidance for judges on applying a gender perspective in south east (2016).....	357
4.	Training manual for judges and prosecutors on ensuring women’s access to justice (2017).....	359
CAPÍTULO V UN MÉTODO MANEJABLE PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDEN DE LO SOCIAL.....		361
I.	CONCEPTUALIZANDO EL METODO Y SU UTILIDAD.....	361
1.	El concepto “juzgar con perspectiva de género”	361
2.	¿Por qué un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social?.....	365
II.	ESTRUCTURA, AMBITO DE APLICACIÓN Y LENGUAJE.....	371
1.	Estructura.....	372
2.	Punto de partida: estándares internacionales.....	373
3.	Ámbito jurisdiccional.....	375
4.	Ámbito objetivo.....	375
5.	Ámbito subjetivo.....	377
6.	Ámbito procesal.....	378
7.	Lenguaje judicial.....	379
	7.1. Lenguaje libre de prejuicios.....	380
	7.2. Lenguaje incluyente. Criterios y recomendaciones.....	382
	7.2.1. Criterios generales de actuación de los poderes públicos.....	383

7.2.2. Recomendaciones del CGPJ sobre el lenguaje inclusivo.....	384
7.2.3. Recomendaciones desde la UE sobre el uso de lenguaje no sexista.....	385
7.2.4. Recomendaciones del Consejo de Europa sobre lenguaje inclusivo.....	386
III. LAS FASES DE APLICACIÓN DEL MÉTODO.....	391
1. Fase primera o de detección. Justicia analítica.....	392
1.1. ¿Procede aplicar la perspectiva de género en todos los casos?.....	392
1.1.1. Mediante la negación de un derecho.....	393
1.1.2. Imponiendo una carga añadida.....	395
1.1.3. Marginando a la persona.....	395
1.1.4. Vulnerando su dignidad.....	396
1.2. ¿Hace falta que la parte alegue vulneración de derechos fundamentales (art.14 CE) para poder aplicar la perspectiva de género?	398
1.2.1. Tribunal a quo.....	401
1.2.2. Tribunal ad quem.....	403
1.3. ¿Cuáles son los estereotipos y/o prejuicios más operativos en el orden de lo social?.....	405
1.3.1. Las trabajadoras son cuidadoras y aspiran a ser madres.....	406
1.3.2. Las trabajadoras son sexualmente pasivas.....	419
1.3.3. Devaluación de la imagen de la mujer. Acoso sexista o por razón de sexo.....	424
1.3.4. La culpabilización de las trabajadoras por la “vestimenta”.....	425
1.3.5. Las trabajadoras son mentirosas.....	427
1.3.6. Las trabajadoras son débiles, físicamente.....	432
1.3.7. Las trabajadoras están menos capacitadas para tareas resolutivas, de alta precisión o gran preparación intelectual.....	435
1.3.8. Las trabajadoras deben ser “femeninas”. Uniformes sexistas.....	438
1.4. Categorías sospechosas de subdiscriminar.....	441
2. Fase segunda o de corrección. Justicia Argumentativa.....	447
2.1. Los tres elementos básicos de actuación judicial.....	447
2.1.1. Tramitación del procedimiento.....	448
2.1.2. Práctica y valoración de la prueba.....	449
2.1.3. Aplicación e interpretación de las normas sustantivas.....	466
3. Fase tercera o de compensación. “Restitutio in integrum”.....	479
3.1. Reparación, como obligación integrada en la diligencia debida.....	479
3.1.1. Derecho internacional.....	479
3.1.2. Derecho interno.....	482
3.2. Finalidades de la compensación, con enfoque de género.....	483
3.2.1. Finalidad reparadora.....	483
3.2.2. Finalidad restitutoria.....	487
3.2.3. Finalidad rehabilitadora.....	487
3.2.4. Finalidad preventiva: no repetición y efecto disuasorio.....	488
3.2.5. Finalidad transformadora.....	491
CONCLUSIONES.....	493
I. EL DESDOBLAMIENTO DE LA IGUALDAD, COMO PROBLEMA ACTUAL.....	493
II. LAS RAÍCES DE LA DESIGUALDAD MODERNA.....	493

III.	IUSFEMINISMO Y MARCO TEÓRICO FILOSÓFICO.....	494
IV.	LA CATEGORIZACIÓN DE GÉNERO EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA.....	496
V.	MAPA DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO JURÍDICOS: UNA CLASIFICACIÓN MANEJABLE.....	497
VI.	FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	499
VII.	EL GENDER MAINSTREAMING COMO ÚLTIMA MUTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE SEXO/GÉNERO.....	503
VIII.	TAMBIÉN SE ABORDA LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL.....	504
IX.	DESDE LA PSICOLOGÍA, AÑADIMOS NUEVOS ARGUMENTOS PARA INTEGRAR EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA JUSTICIA.....	505
X.	UN MÉTODO MANEJABLE PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDEN DE LO SOCIAL.....	506
	BIBLIOGRAFÍA.....	513
	ANEXO. MAPAS JURÍDICOS DE GÉNERO.....	533
I.	MAPA PRIMERO: JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	533
1.	Derecho internacional.....	533
	1.1 ONU.....	533
	1.1.1 DUDH (art. 1).....	533
	1.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3 y 26).....	533
	1.1.3 Pacto internacional de los Derechos económicos, Sociales y Culturales (Arts. 2.2, 3).....	533
	1.1.4 CEDAW (arts. 2 c), d), y e) y 5.a) en relación con art. 1).....	533
	1.2 OIT.....	534
	1.2.1 Convenio nº100 sobre igualdad de remuneración (1951).....	534
	1.2.2 Convenio nº111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958).....	534
	1.2.3 Convenio nº156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981).....	534
	1.2.4 Convenio nº190 sobre la eliminación y la violencia en el mundo del trabajo (2019).....	534
2.	Consejo de Europa.....	534
	2.1 CEDH (arts. 14 CEDH y 5 bis LOPJ).....	534
	2.2 Protocolo 12 al CEDH (art. 1.2).....	534
	2.3 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (arts. 4.1, 5, 36 y 49).....	534

2.4	CSE (Protocolo Adicional a la Carta de 5/5/88).....	534
2.5	Recomendación Rec (2002)5E de 30 de abril de 2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia.....	534
2.6	Recomendación CM/ Rec (2007)17E de 21 de noviembre de 2007, sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres.....	534
2.7	Jurisprudencia TEDH.....	534
3.	UNION EUROPEA.....	535
3.1	Derecho originario.....	535
3.1.1	Art. 157 TFUE (Igualdad retributiva, acciones positivas).....	535
3.1.2	Carta de DDF de la UE (arts. 21 y 23).....	535
3.2	Derecho derivado.....	535
3.2.1	Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).....	535
3.2.2	Otras Directivas.....	535
4.	Jurisprudencia TJUE.....	536
5	Guía de buenas prácticas para jueces juezas y fiscales/as (UE + Consejo de Europa, no vinculante).....	536
6.	Derecho interno.....	536
6.1	CE - Arts. 1,9.2 y 14 (STC 216/1991, 39/2002, 26/2011) Arts. 10.2, 53.1 y 96.1 CE (STC 140/2018).....	536
6.2	LOIEMH (art. 4 en relación con art. 9.2 CE y 3.1 CC).....	536
6.3	LOPJ (arts.5.1, 7.1 y 2).....	537
6.4	LOMPIVG (arts.1 y 2).....	537
6.5	Ley 39/1999 de 5 noviembre que transpone directrices internacionales y comunitarias en materia de conciliación vida familiar y laboral.....	537
6.6	Jurisprudencia interna general.....	537
II.	MAPA SEGUNDO: IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	538
1.	Derecho internacional.....	538
1.1	CEDAW (arts. 1, 2 c) d) y d) y 5 a).....	538
1.2	Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (arts. 30 y 49).....	538
2.	Unión Europea.....	538
2.1	Art. 29 Directiva 2006/54 (transversalidad de la perspectiva de género).....	538
2.2	Guía Europea de buenas prácticas (No vinculante).....	538
3.	Derecho interno.....	538
3.1	CE (arts. 10.2 y 96.1 CE por lo que respecta a la vinculación de los Tratados Internacionales y arts. 1,9.2, 53.1 y 14).....	539
3.2	LOIEMIH (arts. 4,15 y 44).....	539
3.3	LOPJ (arts.5.1, 7.1 y 2).....	539
3.4	Jurisprudencia interna general.....	539

INTRODUCCIÓN

El Juez inglés, Lord Salmon¹ dijo en 1968 en relación con una acusación de agresión sexual:

“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”.

Cuarenta años después, en España, el Tribunal Supremo (Sala Penal) en su sentencia de 15 de octubre de 2009², también en un caso de agresión sexual dijo:

“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 sobre la decisión de custodia. Por ello, estos casos deben examinarse con suma atención y cuidado para evitar una posible condena injustificada de quien no tiene medio alguno de demostrar su inocencia enfrentado como única prueba acusatoria a las manifestaciones inculpativas del denunciante”.

¹ Caso *R. c. Henry Manning*, Cort of Appeal (Criminal Division – Lord Justice Salmon, Lord Justice Fenton Atkinson and Mr. Justice Milmo) Reports. Vol.53, p. 150 (1968).

² La STS (Sala Penal) de 15 de octubre de 2009 (Rec. 1407/2008), estima recurso de casación planteado por el acusado que fue condenado por delito de agresión sexual y falta de lesiones, siendo la víctima su pareja, frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla, que casa y anula.

I. ¿POR QUÉ ES NECESARIA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA JUSTICIA?

Tras la conquista de la igualdad jurídica en este hemisferio del mundo, el gran desafío del siglo XXI es lograr la igualdad real que se alza como un objetivo quimérico³.

La Constitución Española elevó la igualdad a rango de principio informador (art. 9.2 CE) y a derecho fundamental junto a la no discriminación (art.14) y es, además, uno de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la libertad y el pluralismo político tal y como reza en su frontispicio (art. 1.1). En este siglo, llegaron a nuestro país las herramientas legislativas de género más potentes, como son las Leyes Orgánicas 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, y 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La UE tampoco ha permanecido impasible ante la desigualdad. Desde sus orígenes, con el Tratado de Roma de 1957, constitutivo de la entonces CEE,

³ En el Informe de la OCDE titulado “La búsqueda de la igualdad de género, una batalla cuesta arriba”, publicado en octubre de 2017 se hace una llamada a la acción, destacando que muy poco se ha avanzado desde el informe de 2012 de la OCDE: *Cerrando las brechas de género, es hora de actuar (Closing the Gap, Act Now)*. Aunque se han hecho algunos progresos, señala el informe, que persisten las diferencias entre hombres y mujeres en todos los ámbitos de la vida social y económica de los países, y el tamaño de esas brechas ha cambiado poco en los últimos años. Mientras que hoy en día las mujeres jóvenes de los países de la OCDE abandonan la escuela con mejores calificaciones que los hombres, tienen menos probabilidades de estudiar en los campos de mayor ganancia relacionados con STEM [del inglés Science, Technology, Engineering and Mathematics (ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas)]. Las tasas de participación de las mujeres en la fuerza de trabajo se han acercado a las tasas de los hombres en las últimas décadas, pero en todos los países de la OCDE las mujeres siguen teniendo menos probabilidades que los hombres de trabajar de forma remunerada. Además, suelen trabajar a tiempo parcial, con menos probabilidades de promocionar profesionalmente, son más propensas a enfrentarse a la discriminación y ganan menos que los hombres. Las mujeres, en la OCDE, en promedio ganan casi un 15% menos que sus homólogos masculinos, una tasa que apenas ha cambiado desde 2010. Las mujeres son menos propensas a ser empresarias, y las empresas propiedad de mujeres tienden a ganar menos que las que son propiedad de hombres. Las brechas de género tienden a aumentar con la edad, lo que refleja el papel crucial que desempeña la maternidad en la igualdad de género. Las desigualdades de género también prevalecen en la vida pública: las mujeres están sub-representadas en cargos políticos, con menos de un tercio de los escaños en las cámaras bajas de las legislaturas nacionales, en promedio, en la OCDE.

consagró el derecho a la igualdad retributiva entre trabajadores y trabajadoras por un mismo trabajo. Desde entonces, la legislación europea de género constituye un pilar fundamental de las políticas y la jurisprudencia europea debiendo destacar la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, de 18 de diciembre de 2000 (arts. 21 y 23).

España también ha ratificado instrumentos internacionales comprometidos en la lucha global frente a las discriminaciones de género, como es la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979, su Protocolo Facultativo de 6 de octubre de 1999 y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (*Convenio de Estambul*), los Convenios de la OIT nº 100, 156, 111 y 190⁴, o la Carta Social Europea (arts. 4.8 y 17), entre otros. Pero, a pesar de este potente marco jurídico, las brechas de género siguen presentes en todos los ámbitos sociales y se exacerban en un mercado laboral que discrimina a las mujeres, entre otras cosas, por no dejar de cuidar⁵.

Las estadísticas están ahí. Si se trata de violencia, las mujeres son más víctimas⁶; si pensamos en trabajo, las mujeres son más desempleadas⁷; en lo

⁴ Convenio nº 190, sobre violencia y acoso en el trabajo (2019) y Recomendación nº206 sobre violencia y acoso en el trabajo (2019). Este es el primer nuevo Convenio que aprueba la Conferencia Internacional del Trabajo desde 2011, año en que se adoptó el Convenio nº 189, sobre las trabajadoras y trabajadores domésticos (2011). En este punto conviene recordar que los convenios son instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes, al tiempo que las recomendaciones proporcionan asesoramiento y orientación.

⁵ Informe sobre la nómina de pensiones del Ministerio de Empleo y de la Seguridad Social de España, de mayo 2018, en el que se determina que el importe de pensión media percibido por las mujeres es de 731,34 euros y el de los hombres de 1.154,82 euros. Disponible en: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadesocial/detalle/3310> [Consultada el 11 de julio de 2018].

⁶ Según el "Estudio mundial sobre el homicidio 2013" realizado por UNODC, el 47% de todas las víctimas mujeres en 2012 fueron asesinadas por sus parejas o familiares frente al 6% en el caso de los hombres. El estudio realizado por el Ministerio del Interior sobre el homicidio en España (periodo 2010-2012) evidenció que la violencia de género es la causa del 51% de los

que se refiere a la pobreza, las mujeres también son las más pobres⁸, y en lo que concierne al liderazgo⁹, las mujeres son una anécdota en las cúpulas de los poderes desde donde se toman las decisiones que mueven el mundo.

Las violencias de género son una lacra estructural, endémica y polifacética de raíces socioculturales¹⁰, que se genera y regenera a través de la devaluación social de la imagen de la mujer, expresada en cada anuncio sexista, un lenguaje excluyente, una historia llamada “del hombre” que invisibiliza a las mujeres o una sólida construcción de estereotipos inmunes a los cambios legislativos que apuntalan la subordinación universal femenina. Existe, además, un estremecedor anclaje de esta violencia a tempranas edades¹¹, que

homicidios en los que la víctima es mujer. Las conclusiones de la Macroencuesta de violencia contra la mujer realizada en 2019 por la Delegación de Gobierno contra la violencia de género, una de cada dos mujeres residentes en España de 16 o más años han sufrido violencia a lo largo de sus vidas por ser mujeres.

⁷La tasa de empleo de los hombres (sin hijos/as) es del 75 % y el de las mujeres (sin hijos/as) del 67 % en la UE. Pero los porcentajes se separan en el caso de tener tres o más hijos, pues la tasa de empleo aumenta en los hombres hasta el 85% y disminuye en las mujeres hasta el 58% y el 30% de las mujeres ocupadas lo estuvo a tiempo parcial, frente al 8 % en el caso de los hombres. (INE y Eurostat 2020, “La vida de las mujeres y los hombres en Europa: un retrato estadístico”).

⁸En la UE hay seis veces más mujeres que viven solas con sus hijos/as que hombres en la misma situación. El 93% de las mujeres (de 25 a 49 años) cuidan diariamente a sus hijos/as frente al 69% de los hombres. Las tareas domésticas son realizadas en un 78% por las mujeres frente al 32% de los hombres de la UE (INE y Eurostat -2020)

⁹ Personas directivas en la UE: 33% mujeres frente al 67% de hombres (INE y Eurostat, 2020). En el Tribunal Supremo español, las magistradas son el 20'8% frente al 79'2% de hombres , según los datos contenidos en el II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial aprobado el 30 de enero de 2020 . Disponible: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/La-igualdad-de-genero-en-la-carrera-judicial/> consultada el 18 de julio de 2021

¹⁰ Ya en la Biblia, se recogía de forma explícita el derecho de dominación del hombre sobre la mujer: “Y dijo Dios a la mujer: Por haber comido del árbol que te prohibí comer, parirás con dolor irás detrás de tu marido y él te dominará” (La Biblia. Génesis 3,16).

¹¹ Informe de la Primera Encuesta sobre la percepción social de la violencia sexual (2018) realizado por la Delegación de Gobierno para la Violencia de Género del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. El estudio, hecho con base en entrevistas presenciales a 2.465 personas de ambos sexos a partir de 16 años, concluye que el 40,9% de los hombres y el 33,4% de las mujeres considera que la responsabilidad para controlar el acoso sexual reside en la mujer acosada. El 43,7% de la población española muestra algún grado de acuerdo con la idea de que si una mujer no tiene intención de mantener relaciones sexuales con un hombre no debería coquetear con él; el 47,7% de las personas encuestadas considera en mayor o menor grado que el alcohol es, a menudo, el causante de que un hombre viole a una mujer Disponible en: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2018/doc/Percp_Violencia_Sexual.pdf [Consultado el 18 de julio de 2021].

ha incrementado el trabajo de los juzgados especializados de menores¹². A ello contribuyen, en muchos casos, unos planes educativos carentes de perspectiva de género y las nuevas tecnologías que son dúctiles canales de expresión de todas las tipologías de violencia sexista, hasta extremos inquietantes.

La igualdad jurídica y real caminan desacompañadas. Las discriminaciones se han travestido de igualdad jurídica, han mutado y han sabido adaptarse a las nuevas democracias, sostenidas por unas ilusiones cognitivas irracionales que son inmunes a las leyes: los estereotipos. Son transmisores de información que trascienden a las características aparentes, generando expectativas sobre el comportamiento. Pueden promover discriminación por influenciar en las percepciones, interpretaciones y decisiones, y pueden reforzar la discriminación, justificando las desigualdades entre grupos. Este efecto puede trascender a la esfera institucional, a través de normas legales, políticas públicas y prácticas de autoridades estatales, multiplicando su nocividad.

Además, los llamados “valores sociales” sobre los que se construye nuestro ordenamiento jurídico tampoco son neutrales, porque no protegen, en igual medida las experiencias, aspiraciones y preocupaciones asociadas a la feminidad en relación a las experiencias, aspiraciones y preocupaciones

Más recientemente, los datos obtenidos de la macroencuesta de violencia contra la mujer (2019) evidenciaron que el 13'7% de las mujeres de 16 o más años residentes en España han sufrido violencia sexual a lo largo de su vida, y en el 49% de los casos, el agresor fue un amigo o conocido hombre. El 49'6% de las mujeres que sufrieron violencia sexual fuera de la pareja afirman que la violencia tuvo lugar en más de una ocasión. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/macroencuesta2015/Macroencuesta2019/home.htm> [Consultada el 18 de julio de 2021].

¹² Según los datos aportados por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, en marzo de 2018: “Los juzgados de menores enjuiciaron en 2017 por delitos en el ámbito de la violencia contra la mujer a 266 menores de edad, cifra sensiblemente superior a la del año 2016, que fue de 179. Se impusieron medidas en 249 casos, 210 relativos a menores españoles y 39, a menores extranjeros”. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/>. [Consultada el 10 de agosto de 2018]. La memoria anual 2019 (capítulo violencia de género y doméstica), que recoge la actividad del Ministerio Fiscal en 2018, evidenció un incremento de la violencia entre menores de edad y adolescentes (944 frente a los 684 casos del año anterior-2017-), igualmente hubo un ascenso en las violaciones cometidas por menores, un 43% en relación al año anterior-2017-. Disponible en: <https://observatorioviolencia.org/alertasobre-el-aumento-de-la-violencia-machista-en-menores-y-jovenes/> [consultada el 18 de julio 2021].

asociadas a lo masculino. Como ejemplo del ámbito penal, el caso de “*la manada*” destapó socialmente, el desdoblamiento de los delitos sexuales entre abuso y agresión con un reproche penal superior derivado del uso de la violencia. Ello evidencia un trato diferente de género, que impacta negativamente en las mujeres. Se explica desde la psicología social. Los hombres son socializados para la autoridad y el mando y las mujeres para la sumisión y la dependencia, por tanto, ante una situación de pánico, es mucho más probable que los hombres reaccionen con violencia y las mujeres con sumisión. De igual modo, tampoco será necesaria la violencia con víctimas menores, por ser más fácil doblegar su voluntad, sobre todo cuando los abusos sexuales se producen en el entorno familiar. Otro ejemplo, también penal, es el mayor reproche punitivo previsto para el delito de revelación de secretos industriales (de 3 a 5 años)¹³, en relación con el delito de *sexting* o revelación de imágenes íntimas, cuya pena de prisión va de 3 meses a 1 año¹⁴.

En el Derecho laboral y de la Seguridad Social, los ejemplos se multiplican, porque lo femenino es tratado como una excepción dentro de la “normalidad” de un mercado de trabajo masculino, sostenido sobre un concepto de “productividad” que desprecia todo lo relativo a los cuidados familiares, discriminando a las personas, mujeres mayoritariamente pero también hombres, por no dejar de cuidar a otras.

Para transformar esta lamentable estampa de inequidad, inmune a las herramientas legislativas tradicionales, el principio de igualdad y no discriminación evolucionó jurídicamente desde la igualdad formal hacia la igualdad sustancial, integrada con acciones positivas. La última fase de esta mutación se ha promovido internacionalmente bajo el llamado *gender mainstreaming*¹⁵, una técnica con la que hacer frente a las sistémicas brechas de género sociales. Su traslado efectivo a todas las políticas y estrategias gubernativas ha sido asumido por las organizaciones y asociaciones

¹³ Art. 278.2º CP.

¹⁴ Art. 197.7º CP.

¹⁵ Se ha traducido al español como perspectiva de género.

internacionales más importantes, incluida la UE y el Consejo de Europa. Actualmente, la definición internacional de discriminación de género¹⁶ no exige que se trate a una mujer como a un hombre porque las mujeres no son “*hombres imperfectos*”, parte de un nuevo concepto de discriminación como cualquier trato que tenga como resultado la desigualdad. La igualdad ya no es una equiparación matemática y homogénea de derechos entre sexos, sino la aplicación de tratos iguales en situaciones iguales, tratos diferentes entre supuestos disímiles y medidas distintas en beneficio de los grupos, que, aunque desde una perspectiva son iguales, desde otra requieren mejor tratamiento por parte del Estado. La traslación del *gender mainstreaming* al ámbito judicial se denomina justicia con perspectiva de género¹⁷.

La justicia y el derecho tienen un papel transcendental en esta andadura igualitaria, pero también las personas que operan en el ámbito jurídico se exponen a la nocividad de los prejuicios y roles sexistas. Su presencia en el sistema judicial tiene consecuencias perjudiciales y puede impedir o limitar el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley, afectando particularmente a las víctimas y supervivientes de la violencia de género. Hay ejemplos en todos los países del mundo. El Tribunal de Apelación de Oporto (Portugal)¹⁸ dictó una sentencia en 2017 en la que se justificaba la violencia de género porque:

“el adulterio de la mujer es un gravísimo atentado a la honra y a la dignidad del hombre, que en la Biblia se castiga con la muerte”.

¹⁶ Artículo 1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW).

¹⁷ Poyatos Matas, G., “El Derecho tiene género, y no es el femenino”, Blog Huffingtonpost. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/entry/el-derecho-tiene-genero-y-no-es-el-femenino-es-5d1cd5d3e4b0f312567db90a> [Consultada el 7 de julio de 2019].

¹⁸ Noticia de la que se hicieron eco los medios de comunicación. Disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/portugues-agresores-justifica-violencia-adulterio_1_3110710.html [Consultada el 20 de agosto de 2020].

Al otro lado del Océano Atlántico, también en 2017, un juez de Utah dijo en una sala de vistas pública, tras conocerse la condena del jurado de un obispo mormón por la violación de dos mujeres, una de ellas menor¹⁹:

“La corte no tiene duda de que el señor Vallejo es un hombre extraordinariamente bueno, pero a veces los hombres buenos hacen cosas malas”.

El Tribunal Regional de Pasig City (Filipinas) dictó sentencia absolutoria en 2011²⁰, respecto a la denuncia de violación presentada por una joven sordo muda de diecisiete años frente a un vecino, sustancialmente por no haberse probado que la menor se resistiese de forma activa y contumaz a la agresión pues:

“el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza”.

En España, podemos referir la mediática sentencia de “*la minifalda*”, confirmada por el Tribunal Supremo en 1990, en este caso, la sentencia dictada por la Audiencia de Lleida señalaba que la joven de 17 años, María José:

“pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta”.

En esta sentencia, el empresario fue condenado a una multa de 40.000 pesetas por un delito de abusos deshonestos de su empleada, por tocamientos en los pechos y glúteos por encima de la ropa y por manifestarle que, a cambio

¹⁹ Noticia disponible en: https://cadenaser.com/ser/2017/04/19/internacional/1492622696_393912.html [Consultada el 20 de agosto de 2020].

²⁰ Sentencia que dio lugar al Dictamen de 21 de febrero de 2014 del Comité CEDAW (RPB vs Filipinas).

de acceder a sus deseos sexuales, le renovarían el contrato de trabajo. Y más recientemente, en 2018, puede destacarse el voto particular contenido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, en el caso conocido como “la manada”²¹, en el que un juez consideró, lo que el Tribunal Supremo calificó de agresiones sexuales múltiples, como

"actos sexuales en un ambiente de jolgorio y regocijo".

Más recientemente, en noviembre de 2020, un Juzgado Penal Colegiado Supraprovincial transitorio de la Zona Sur (Perú) ²²en un proceso abierto en ICA (Perú), absolvió a un hombre denunciado por violación por una joven de veinte años, usando como como argumento jurídico:

“la máxima de la experiencia indica que el uso de este tipo de atuendo interior femenino 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”

La prenda a la que refería este tribunal eran unas bragas de lencería color rojo.

Los estereotipos convierten la justicia en una justicia parcial y sesgada, dando lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. Por ello, es imprescindible la capacitación para juzgar con perspectiva de género que permita a los/as operadores/as del ámbito jurídico identificar, diagnosticar y franquear los estereotipos opresores de las mujeres.

Metodológicamente, juzgar con perspectiva de género, es una hermenéutica de análisis jurídico holístico y contextualizado que obliga a los tribunales a adoptar interpretaciones conforme al principio *pro persona*, mediante soluciones equitativas ante situaciones desiguales de género. Es un método de análisis jurídico para franquear los estereotipos, que apuntalan el *status quo* de las

²¹ Sentencia 38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018 .

²² Noticia disponible en: <https://www.infobae.com/america/america-latina/2020/11/03/indignacion-en-peru-la-justicia-archivo-un-caso-de-violacion-porque-la-victima-vestia-ropa-interior-roja/> [Consultada el 18 de julio de 2021].

discriminaciones en tiempos de igualdad jurídica. Consiste, en fin, en una búsqueda constante de soluciones justas ante inequidades de género. Además, la perspectiva de género contribuye a descubrir las asimetrías de género del ordenamiento jurídico.

II. HACIA UN MÉTODO PRÁCTICO PARA LA JURISDICCIÓN SOCIAL

Aunque el derecho a la igualdad y no discriminación son principios conocidos desde hace años por el derecho, volver a ellos con perspectiva de derechos humanos (perspectiva de género), implica revisarlo bajo nuevas construcciones jurídicas internacionales que derivan de los estándares y obligaciones internacionales vinculantes para España, por imperio de la ley.

En la presente investigación se aborda el papel fundamental de los órganos jurisdiccionales en el trayecto hacia la Igualdad de resultado, que exige una mirada activa y diversa en el abordaje de cada conflicto jurídico, si concurren relaciones asimétricas o patrones estereotípicos de género. Y ello, porque cuando nos aferramos a los principios sin ver el contexto, no estamos teniendo en cuenta la verdadera complejidad de las situaciones, las personas y su socialización.

Juzgar con perspectiva de género no es una tarea fácil, más bien todo lo contrario, por ello se pretende aportar una herramienta útil de aplicación práctica en la impartición de justicia, comprometida con el principio del *gender mainstreaming*. Se propone un método práctico y sencillo que ayude a quienes tienen la alta responsabilidad de juzgar, a cumplir con los estándares internacionales en esta empedrada andadura hacia la igualdad sustancial.

Con este fin, en las próximas páginas se recogen un total de 6 capítulos que avanzan sobre cinco pilares sustanciales:

En primer lugar, se analiza el marco filosófico que sustenta la justicia de género, promovido desde las corrientes feministas del derecho (teoría feminista del derecho y teoría crítica del derecho, esencialmente), que cuestionan la

objetividad del ordenamiento jurídico que no representa la razón universal sino la de quienes detentan el poder (los hombres). Según la teoría feminista la “*imparcialidad*” puede ser opresiva. Por ello se vindica la igualdad en la diferencia, como superación del modelo de igualdad formal o igualdad por comparación desde una situación modélica que prescinde de las diversidades de género²³, estigmatizando como protección especial o privilegio, cualquier actuación encaminada a lograr la igualdad real entre mujeres y hombres. Se abandona así, la tradicional homologación jurídica de las diferencias, bajo el patrón masculino, a través de la abstracta afirmación de la igualdad jurídica, que desplazó la igualdad de hecho, al mundo de la mitología.

Ello también tiene apoyo, salvando algunas diferencias, en la teoría garantista de los derechos fundamentales promovida, desde corrientes postpositivistas, por autores como Ferrajoli, para quien “*hacen falta garantías idóneas para perseguir la efectividad de la igualdad y de los derechos que la sustancian, impidiendo la discriminación de la diferencia sexual como desigualdad. Entre igualdad y diferencias(s) no solo no existe contradicción, sino que se da implicación recíproca. Pues el término que se opone a diferencia no es igualdad sino desigualdad*”²⁴.

En segundo lugar, se aborda desde el campo de la psicología social, el funcionamiento cognitivo del estereotipo, la categorización y el prejuicio. Los estereotipos son ilusiones cognitivas que vemos como verdades absolutas. Actúan como un guion que define la diferencia y etiqueta a las personas, determinando cómo debemos ser en lugar de reconocer cómo somos, pero cuando traspasan nuestro tejido perceptivo, se encarnan en nosotros/as, y ya no tenemos conciencia de ellos; los vemos como nuestra propia forma de

²³ “*Exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma... significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes más necesitan un tratamiento igualitario, serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario*” Mackinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995, págs. 422 y 423.

²⁴ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2016, pág. 92.

pensar. La categorización se activa principalmente cuando las informaciones sobre otras personas son limitadas, resulta del deseo de simplificar la realidad, es el proceso de ordenación a través de categorías agrupando personas, objetos o eventos como similares o equivalentes de manera que sea relevante a las acciones. El prejuicio tiene un componente emocional que se concretiza en sentimientos negativos hacia integrantes de un grupo. De este modo el estereotipo se traduce en discriminación cuando da lugar a desventajas o comportamientos negativos en relación a personas pertenecientes a un grupo determinado. Los estereotipos de género justifican las asimetrías entre mujeres y hombres y refuerzan la posición subordinada de lo femenino.

Para visibilizar el funcionamiento de la estereotipia de género, hemos confeccionado una clasificación, inspirada en la ya realizada por Cook y Cusak²⁵ pero hemos ido más allá concretizando los estereotipos operantes en el derecho, a través de un mapa de estereotipos de género jurídicos, anudados a cinco mitos sexistas (inferioridad física, intelectual, moral y sexual de las mujeres, así como el rol de cuidadoras), sobre los que se sostienen la mayoría de los prejuicios descriptivos y prescriptivos, más habituales en la justicia. Se trata de listados abiertos, con ejemplos reales para facilitar su detección precoz. Nombrar e identificar el estereotipo y su correspondiente prejuicio es el primer paso para tener conciencia de su existencia como obstáculos cognitivos de la igualdad, y su visibilización nos permite franquearlos para no traspasarlos al plano conductual (discriminación).

En tercer lugar, se sistematiza la fundamentación jurídica en vertical, con jurisprudencia internacional, regional y nacional que ampara el mandato normativo de juzgar con perspectiva de género como técnica de impartición de justicia equitativa. Se acompaña el análisis de algunas sentencias y resoluciones de relevancia, seleccionadas por su relevancia e interés para la justicia de género. Se analiza la evolución del derecho a la igualdad sexo/género, en sus tres etapas, deteniéndonos en su actual configuración

²⁵ Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, págs. 29 a 35.

desde el mandato de transversalidad (*gender mainstreaming*), que se concretiza en una definición de lo que debe ser la justicia con perspectiva de género.

En cuarto lugar, se aborda la fundamentación de la justicia con perspectiva de género, desde el campo de la psicología, poniendo de relieve la importancia de la formación y capacitación en derecho internacional de derechos humanos como antídoto frente a la categorización de género. Ello es extensible a todo el personal que trabaja en el ámbito de la justicia (abogacía, forensía, fiscalía, etc.), especialmente quienes juzgan. Se comparten algunos protocolos y guías de interés, a nivel nacional e internacional, en materia de justicia con perspectiva de género, para ayudar al caminante jurídico, con pautas y recomendaciones de detección de los patrones estereotípicos más habituales.

Y, como quinto pilar, y esto es lo más novedoso, se aporta un método de impartición de justicia con perspectiva de género que toma como referente el orden de lo social, para facilitar una hermenéutica judicial de género manejable, aplicable a todas las fases del proceso social. Puede resumirse en tres acciones concretas: detectar desde el análisis jurídico crítico, corregir integrando la perspectiva de género y compensar mediante una justicia reparadora, preventiva y transformativa. Este método se separa en tres fases aplicativas que son objeto de análisis exhaustivo (justicia analítica, justicia argumentativa y *restitutio in integrum*), cuyo avance se hace franqueando las preguntas más habituales. Para legitimar jurídicamente nuestra propuesta, se acompañan referencias jurisprudenciales para cada una de las etapas. Además, para facilitar la comprensión del método se aporta una selección de resoluciones judiciales que integran, de forma expresa o implícita, en mayor o menor medida la impartición de justicia equitativa, incluyéndose la primera sentencia dictada en España en la que se hace referencia de forma expresa a esta hermenéutica, que se ha querido sistematizar, desde la teoría, en este trabajo²⁶.

²⁶ STSJ de Canarias (Las Palmas), de 7 de marzo de 2017 (rec. 1027/2016), que se analiza en el Anexo I.

Asimismo, se incluye una definición técnica, teleológica y metodológica del concepto “Juzgar con perspectiva de género”:

Técnicamente, constituye un nuevo criterio hermenéutico de análisis jurídico que obliga a todos los órganos judiciales, a adoptar un enfoque crítico, global y contextualizado del conflicto jurídico, que garantice una mayor protección de los diferenciados por razón de género, de acuerdo con los nuevos paradigmas internacionales, frente a otros criterios tradicionales como la formalidad, la automaticidad o la literalidad.

Desde un punto de vista teleológico o finalista, es un método de impartición de justicia equitativa, a través del derecho, en la búsqueda de soluciones judiciales justas que persigan la igualdad de resultado ante situaciones desiguales. Y desde un punto de vista metodológico puede definirse como una técnica de impartición de justicia consistente en detectar, corregir y compensar situaciones desiguales por razón de género.

Este trabajo finaliza con un anexo con dos mapas jurídicos de género, a modo de resumen visual, con la normativa concurrente, que hemos considerado más importante, en materia de justicia con perspectiva de género. La normativa se clasifica conforme a dos criterios, el primero más genérico según el ámbito geográfico, y el segundo referido al mandato de integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia con perspectiva de género.

La estereotipación de género procedente de las Instituciones públicas y poderes del Estado es una modalidad de discriminación y una cuestión de derechos humanos, que puede comprometer la responsabilidad del Estado. Además, supone un retroceso en la necesaria andadura hacia la igualdad real, que vulnera el derecho de las mujeres a una justicia imparcial.

Por ello, mediante este trabajo, se aportan herramientas prácticas que puedan ser útiles en la impartición de justicia equitativa. Los mapas de estereotipos

jurídicos de género nos ayudan, en primer lugar, a ponernos las gafas detectoras de mitos, permiten ver lo invisible y nombrar lo innombrable, para conocer más y mejor como interactúa esta ilusión cognitiva con el prejuicio y la discriminación. De otro lado, el método que proponemos, pretende ser una sencilla hoja de ruta de género, para lograr una justicia equitativa e imparcial, libre de mitos en la jurisdicción de lo social.

Las sentencias tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en prejuicios que sostienen la exclusión y marginación. Una justicia no puede ser auténtica si prescinde de la mitad de la población.

La presente tesis doctoral queda encuadrada en el marco de dos proyectos de investigación de los que, respectivamente, son IP cada una de las directoras de la misma: el Proyecto PID2019-104630RB-I00, sobre "El futuro del sistema español de protección social (VI): Soluciones jurídicas a los actuales retos demográficos", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la Convocatoria 2019 de Proyectos de I+D+i - RTI Tipo B; y el Proyecto PID2020-117554RB-I00, sobre "Retos de la garantía jurisdiccional de los derechos laborales de las personas trabajadoras en un contexto socioeconómico cambiante", financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, e incluido en la Convocatoria 2020 del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO FILOSÓFICO

“Hay dos opciones. La primera la llamo el estándar masculino: las mujeres pueden ser iguales a los hombres. En derecho se llama neutralidad. La otra opción la llamo el estándar femenino: puedes ser diferente de los hombres. En derecho se llama protección especial. De cualquiera de las formas son los hombres los que articulan el estándar bajo el cual se mide. Puedes ser lo mismo que un hombre y entonces serás igual, o puedes ser distinta de los hombres, y entonces serás mujer.”

C. Mackinnon²⁷

En este capítulo se analizarán las distintas teorías feministas relacionadas con el derecho y su impacto en mujeres y hombres. El feminismo jurídico, desde sus orígenes ilustrados y más especialmente a partir de la segunda mitad del siglo XX, pretende visibilizar el sesgo de género del derecho (en sentido amplio)²⁸, proponiendo alternativas que superen los modelos tradicionales de análisis y praxis jurídica, para evitar la perpetuación de las relaciones de poder desiguales entre sexos, que también tienen reflejo en el ordenamiento jurídico y en la práctica judicial. Como en otras vertientes del feminismo, cohabitan distintas corrientes con propuestas muy diversas. No existe una única respuesta feminista frente a las asimetrías de género, pero hay elementos comunes que trataremos de visibilizar.

²⁷Palabras de Mckinnon citadas por Gil Ruiz, J., en “La mujer en el discurso jurídico: una aportación desde la Teoría crítica del derecho”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 7.

²⁸ Leyes, sentencias, políticas públicas, etc.

I. TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO²⁹

La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 situó, por primera vez en la historia, la igualdad como principio fundamental del ordenamiento jurídico, aunque se trataba de una igualdad limitada al hombre, excluyente de las mujeres, que partía de una jerarquización de las identidades privilegiando una determinada identidad, como base de un falso universalismo modelado sobre sujetos privilegiados.

El político francés Jean Antoine Condorcet (1743-1794), de gran influencia en la Revolución Francesa, miembro de la Asamblea Legislativa de Francia y presidente de esta Cámara en 1792, manifestó que *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* promovía contradicciones evidentes, las cuales describió como *desigualdad*. Según él, la revolución había traído consigo la idea universal de la igualdad natural y política de los hombres y negaba el acceso de las mujeres a los derechos políticos y civiles; lo que en realidad significaba negar su libertad y su igualdad respecto al resto de los individuos³⁰. El sistema político que triunfó en muchas sociedades del mundo durante el siglo XVIII, fue el constitucionalismo burgués. Este sistema fue apareciendo después del período ilustrado y tenía dentro de sus premisas la exclusión de las mujeres del ámbito público bajo el argumento de supuestas aptitudes y carencias naturales de los atributos masculinos identificados con la racionalidad, inteligencia, capacidad de juicio y la competitividad. Esta concepción de la igualdad ha sido la dominante en el pensamiento político clásico, en toda la tradición clásica, desde Aristóteles, que definía a las mujeres como “hombres imperfectos”³¹, a Hobbes y de Locke, a gran parte del

²⁹ El concepto de derecho al que me referiré engloba el conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídico como resultado de un proceso legislativo y político. Por lo que respecta al concepto feminismo que sirve de base a este estudio, se refiere en sentido estricto al movimiento de mujeres organizado en reivindicaciones sistemáticas y coherentes a partir del siglo XVIII.

³⁰ Duarte Cruz, J., y García-Horta, J., “Igualdad, equidad y feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres”, *Revista Cs*, Universidad ICESI, n° 18, México, 2016, pág. 2.

³¹ Bosch Fiol, E. “Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos”, *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, n° 45, 2011, pág. 2.

pensamiento ilustrado. La obra de Jean-Jacques Rousseau, *El Emilio o de la educación* (1762), tuvo gran influencia en las ideas y políticas contemporáneas, siendo considerado un tratado pedagógico sobre la educación de las niñas y los niños. Las supuestas diferencias de naturaleza y de responsabilidades entre hombres y mujeres que Rousseau planteó, promovieron la idea de la superioridad de unos sobre otros. Las niñas debían aprender cuestiones domésticas y religiosas y dedicarse a la oración y la caridad, mientras que los niños debían ser educados para lo público, las armas y las leyes. En coherencia con lo anterior, propugnaba el abandono de los centros escolares de las niñas a la edad de ocho años y la permanencia en las escuelas de los niños. Un dicho popular resumía la perspectiva de Rousseau con la siguiente frase: "Sé buena, dulce sierva, y deja que él sea inteligente". El destino de las mujeres era dedicarse al buen manejo del hogar, a la oración y a la caridad³². Incluso Darwin, reconocido e influyente científico del siglo XIX, llegó a establecer diferencias en las facultades entre hombres y mujeres que derivaban de la selección sexual (razones genéticas), que colocaban a los varones intelectualmente muy por encima de las mujeres:

“la diferencia fundamental entre las facultades intelectuales de ambos sexos resulta sobradamente probada por los resultados obtenidos, siempre superiores en los hombres que, en las mujeres, sea cual sea la dedicación de que se trate [Darwin. *El origen del hombre y la selección en relación con el sexo* (1871)]”.³³

La aparición del feminismo se halla muy vinculada a la revolución francesa, a impulso de mujeres como Olympe de Gouges³⁴ o Claire Lacombe³⁵, y se

³² Duarte Cruz, J., y García-Horta, J., “Igualdad, equidad y feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres”, cit., pág.4.

³³ Bosch Fiol, E., “Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos”, cit., pág. 6.

³⁴ Olympe de Gouges (1748- 1793) decidió parafrasear la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano (1798), con su famosa *Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana* que comenzaba con las siguientes palabras: "*Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Una mujer te hace esta pregunta*". El texto tiene una dedicación a la reina María Antonieta "*La mujer que tiene el derecho de subir al cadalso, también debe tener el derecho a subir a la tribuna*" (Art. X). De Gouges tomó los 17 artículos de la declaración abriéndolos no solo a las mujeres sino a toda la ciudadanía que no estaba presente en la misma, presentando una declaración de derechos alternativa e inclusiva más allá del varón, adulto, blanco y propietario para el que iba

consolidó ya en el siglo XIX bajo el sustento ideológico del sufragismo, bautizado como la primera ola feminista. De Goudes fue la precursora de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1789*, en respuesta a la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano* de la Revolución francesa. Este documento reconoce y declara los derechos de las mujeres y es considerado uno de los discursos más brillantes en favor de las reivindicaciones femeninas, en el que se reclama un trato igualitario de la mujer con respecto al hombre en todos los aspectos de la vida, públicos y privados, entre estos el derecho al voto, a ejercer cargos en el gobierno, a hablar en público sobre asuntos políticos, a la propiedad privada, a la participación en el ejército, a tener igualdad de poder en la familia y en la iglesia, así como a la educación.

La relación entre feminismo y movimiento social de las mujeres ha sido históricamente muy estrecha, y desde esta relación la teoría crítica feminista ha promovido transformaciones sociales. El feminismo como teoría crítica, pretende mediante la reflexión teórica nuevas representaciones del mundo social y una nueva interpretación de la realidad, que posibilite una visión más completa e integradora de las mujeres. Por ello, el feminismo es un movimiento y, a la vez, una teoría promotora de cambios. “La teoría feminista sin los

dirigida la Declaración de 1789. Además, denunció la pena de muerte y reclamó el derecho al voto, independientemente del género. Su texto es uno de los primeros que proponen la emancipación femenina en sentido de igualdad de derechos y la equiparación jurídica y legal. Su Declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana constituye un alegato brillante y radical en favor de las reivindicaciones femeninas y una proclama auténtica de la universalización de los derechos humanos. Ello, y su defensa de los girondinos, le costó la vida pues en 1793 fue llevada ante el tribunal revolucionario sin poder disponer de abogado. Se defendió con valor e inteligencia en un juicio sumario que la condenó a muerte por haber defendido un estado federado, de acuerdo con los principios girondinos. Fue guillotinado el 3 de noviembre de 1793. La declaración de derechos de Olympe de Gouges no se estudia en las facultades de Derecho ni se incluye en las compilaciones de derechos más prestigiosas, a diferencia de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

³⁵ Claire Lacombe, fue actriz y activista revolucionaria feminista de finales del s. XVIII e inicios del s. XIX. El 7 de octubre de 1793, denunció en la tribuna de la Convención la opresión de las mujeres: “Nuestros derechos son los del pueblo, y si a nosotras se nos oprime, sabremos oponer la resistencia a la opresión”, dijo. Disponible en https://es.wikipedia.org/wiki/Claire_Lacombe [Consultada el 8 de julio de 2019].

movimientos sociales feministas es vacía y los movimientos feministas sin la teoría crítica feminista son ciegos”, dicen Amorós y Miguel³⁶.

El Feminismo³⁷, como movimiento social y teórico, surge vinculado a la Ilustración cuando se conforma un nuevo orden político y social basado en la primacía de la ley y la autonomía de los seres humanos y que reconoce la dignidad humana y los derechos que le son inherentes, pero que excluye a las mujeres y a otros muchos sectores de la población continuamente vulnerados³⁸.

Según Lazo³⁹, por feminismo se entiende el conjunto de políticas prácticas y teorías sociales desarrolladas por el movimiento social feminista que critican las relaciones pasadas y presentes de sometimiento de las mujeres y luchan para ponerles fin y transformar la sociedad para hacerla más justa. Las feministas tienen como objetivo descubrir las causas de la opresión de las mujeres, revelar las dinámicas de sexo-género en la sociedad contemporánea y producir un conocimiento que las mujeres puedan utilizar para superar los prejuicios a los que están sometidas.

El análisis de género promovido desde las diversas corrientes feministas ha ido permeando en todas las ciencias sociales, especialmente en la historia; sin embargo y, sin desmerecer las importantes influencias feministas en el

³⁶ Amorós, C. y De Miguel, A., “Introducción. Teoría feminista y movimientos sociales”, en Celia Amorós y Ana de Miguel (eds.), *Teoría feminista: de la ilustración a la globalización. De la Ilustración al segundo sexo*, Ed. Minerva Ediciones, Madrid, 2005.

³⁷ Tal y como recuerda Samara de las Heras: “La afirmación de que el Feminismo tiene su origen en el Siglo de las Luces, no implica que antes de ese período no se plantearan discursos a favor de la igualdad entre los sexos. En este sentido, Celia Amorós distingue entre dos tipos de discursos sobre las mujeres: por un lado, el memorial de agravios, que son relatos que recogen las protestas de mujeres ante su situación pero que no cuestionan las relaciones de poder entre mujeres y hombres y, por otra parte, el discurso de la vindicación, que es el que da lugar, en palabras de Cristina Sánchez, “a la construcción de un ideal programático emancipatorio”. “Una aproximación a las teorías feministas”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 9, enero 2009, págs. 47.

³⁸ De las Heras Aguilera, S., “Una aproximación a las teorías feministas”, cit., págs. 47 y 48.

³⁹ Sánchez Urrutia, A. y Pumar Beltrán, N., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2013, pág.15.

reconocimiento de derechos civiles y políticos de las mujeres a lo largo del siglo XIX y XX, el derecho ha sido una disciplina más resistente que otras a los cambios promovidos desde las perspectivas teórico feministas, tanto en Europa como en Estados Unidos. No obstante, tampoco es inmune a las influencias sociales, más bien lo contrario, pues su evolución transita a la par que lo hacen los valores sociales de cada momento histórico, que son caleidoscópicos y cambiantes, no solo a tenor de cada coordenada temporal sino también geográfica y cultural, lo que determina que lo que en esta parte del mundo sea un derecho fundamental, en la otra, pueda ser delictivo⁴⁰.

Las razones que pueden explicar esta resistencia descansan posiblemente en la sobrevaloración del concepto de igualdad formal, bajo cuya consigna se pensó que ya estaba todo hecho en el ámbito legal, infravalorándose el poder del prejuicio sobre las personas, mujeres y hombres, que integran los estamentos legislativo y judicial. La teoría crítica del derecho parte del género como categoría de análisis jurídico para contrarrestar la falta de neutralidad del derecho. En este contexto emergen los estudios feministas en la sociología jurídica que intentan responder a la cuestión de la utilidad del derecho para transformar las relaciones sociales y la posición social de las mujeres, es decir, cuestionan si el contrato social constitutivo del derecho moderno puede extenderse a otros contratantes inicialmente no incluidos (las mujeres). De este modo, se redefine la lógica de la universalidad de la dignidad y se deconstruye la concepción dominante de los derechos, profundizándose en una igualdad material que ha de tener en cuenta las circunstancias de cada persona y de los grupos en los que se integra⁴¹.

⁴⁰ Como ejemplo, hoy en día se calcula que aproximadamente en setenta y dos países es delictivo mantener relaciones homosexuales, castigándose con la pena de muerte las relaciones homosexuales en países como Arabia Saudí, Irán, Sudán o Yemen. [consultado el 3 de julio de 2018] <https://www.larazon.es/internacional/ser-homosexual-es-delito-en-72-paises-GN17924604>

⁴¹ Salazar, O., *Igualdad, género y derecho*, Ed. Ediciones Olejnik, Argentina, 2019, pág. 18.

Las teorías feministas del Derecho se desarrollaron en la segunda mitad del siglo XX a través de diversas elaboraciones (*Feminist Jurisprudence*)⁴², que parten de una posición crítica del derecho por su influencia androcentrista dando lugar a una diversidad de posiciones que reivindican la diferencia no subordinada y niegan la falsa idea de igualdad formal o jurídica. De este modo, se cuestiona la objetividad del ordenamiento jurídico porque no representa la razón universal, sino la de los hombres, en cuanto detentadores del poder, en el entendimiento de que la ley neutra, general y abstracta crea el mito de voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre el resto⁴³.

Las primeras incursiones académicas feministas sobre fenómenos sociales del ámbito jurídico fueron realizadas por la británica Carol Smart, que parte de la idea del sexismo del derecho:

“cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y estos son masculinos. Por ello insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad resulta, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos”⁴⁴.

También se destaca el “feminismo cultural” en el que se encuadra la psicóloga Carol Gilligan⁴⁵, que introduce el elemento emocional derivado de la ética del cuidado, como complemento a la justicia, posicionamiento no exento de críticas desde un sector del feminismo. Sus investigaciones evidenciaron que las

⁴² Como disciplina académica, surge en las Facultades de Derecho de los países escandinavos y anglosajones en la década de los setenta. Vivas Larruy, A., “Enjuiciar con perspectiva de género. Perspectiva de género en el derecho penal”, pág.15. Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales (CU16017), 19, 20 y 21 de octubre del 2016.

⁴³ Lousada Arochena, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Ed. Dykinson SL, Madrid, 2020, pág. 26.

⁴⁴ Gil Ruiz, A., “La mujer en el discurso jurídico: una aportación desde la Teoría crítica del Derecho”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 12.

⁴⁵ Gilligan, C., *In a different voice: Psychological theory and women's development*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2004.

mujeres tienen un desarrollo moral diferente al de los hombres como consecuencia de su socialización. Ellas no son más aptas para el cuidado por razones biológicas sino por la vía del aprendizaje social, derivado también de la división sexual del trabajo y de la aguda separación entre lo *público* y lo *privado* que existe en la sociedad. Se trata de una construcción de género, no de un rasgo de género. Lo anterior tiene mucho que ver con los estereotipos y la asignación social de roles de género que predeterminan a los hombres para la autoridad y la responsabilidad y a las mujeres para la sumisión y dependencia, por ello es más probable que los hombres combatan el miedo con agresión y las mujeres con obediencia y sumisión.

De otro lado, el llamado “feminismo radical”, donde se incluye a Catherine Alice Mackinnon, quien apostó por leyes basadas en derechos sustantivos que contengan las experiencias femeninas frente a derechos abstractos contruidos para garantizar la división sexual de roles. Esta abogada norteamericana, con su habitual contundencia analítica, dijo: “el derecho ve y trata a las mujeres como los hombres ven y tratan a las mujeres”⁴⁶, y criticó activamente la eficacia de las leyes de igualdad basadas en la idea de comparación, porque incurren en el error de exigir la identidad con la situación modélica prescindiendo de las diferencias de género y ello dificulta el reconocimiento de derechos (ausentes) a las mujeres, si no es aparentando conceder privilegios. Según la jurista:

“exigir a alguien ser lo mismo que quienes marcan la norma significa sencillamente que la igualdad entre los sexos está concebida conceptualmente para no ser lograda jamás. Quienes necesitan un tratamiento igualitario serán los menos similares, socialmente, a aquellos cuya situación establece el patrón con el que se mide su derecho a un tratamiento igualitario. (...) la línea central de la ley de igualdad da por supuesto que la sociedad ya es fundamentalmente igual (...) hacer algo a favor de las mujeres queda estigmatizado como protección especial o

⁴⁶ Mackinnon, C., "Feminism, Marxism, Method and State: Toward Feminist Jurisprudence", *Signs*, vol. 8, n° 4, pág. 644.

como acción afirmativa en vez de reconocerse sencillamente como no discriminación o igualdad por primera vez”⁴⁷.

Por ello, según Mackinnon, el enfoque jurídico para abordar la cuestión de género en el derecho no ha de ser el de la identidad-diferencia entre mujeres y hombres, sino la jerarquía. Primero está la opresión, la subordinación, y después, consecuentemente, las diferencias:

“Quienes detentan el poder en la sociedad civil, que no son las mujeres, diseñan sus normas y sus instituciones, que se convierten en *status quo*. Quienes detentan el poder, que normalmente no son las mujeres, escriben constituciones, que se convierten en el patrón más elevado de la ley. Quienes detentan el poder en unos sistemas políticos que no diseñaron las mujeres y de los que se ha excluido a las mujeres, escriben la legislación que establece los valores dominantes”⁴⁸.

En consecuencia, el camino no debe ser el de homogeneizar a mujeres y a hombres para que se les apliquen unas normas falsamente neutrales, sino transformar el modelo y acabar con la subordinación. Ello lo resume en su frase:

“No es probable que ensalzar sistemáticamente a la mitad de la población y denigrar a la otra mitad produzca una población en la que todos sean iguales. Decir que A es igual a B, significa decir que A es conforme al modelo constituido por B, y si B constituye el modelo no puede afirmarse que B sea diverso ni tampoco igual”⁴⁹.

De aquí la pregunta, también, de Mackinnon:

⁴⁷ Mackinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995, págs. 422 a 423.

⁴⁸ *Ibíd.*, pág. 429.

⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 408.

“¿Por qué habría que ser iguales que los hombres blancos para tener lo que ellos tienen, si para tenerlo los hombres blancos no deben ser iguales a nadie?”⁵⁰.

Por tanto, la extensión a las mujeres de derechos genuinamente pensados para los hombres da lugar a nuevas desigualdades. La discriminación de género es un fenómeno sistémico, estructural y permanente, que debe combatirse de igual modo, más allá de leyes puntuales de igualdad, incorporando la perspectiva de género en la elaboración, la aplicación e interpretación de las leyes de modo que atraviese transversalmente todo el sistema jurídico y también las políticas públicas.

Frances Olsen parte de una concepción del derecho no necesariamente masculina, pero predominante de valores masculinos, como producto de la historia. Propone la reconceptualización del derecho para lograr una distribución justa de los bienes jurídicos, a través de la integración de los valores femeninos históricamente desterrados. Hace un análisis desde el pensamiento estructurado en series complejas de dualismos (activo/pasivo, racional/irracional, razón/emoción, poder/sensibilidad, objetivo/subjetivo, universal/particular, abstracto/concreto ...). Tales dualismos tienen tres características comunes:

-primero, los dualismos están sexualizados, una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad femenina;

-segundo, los términos del dualismo no son iguales, sino que constituyen una jerarquía, en cada par el término masculino es el privilegiado o considerado mejor o superior y el otro inferior o peor;

-y tercero, el derecho se identifica con el lado masculino del dualismo⁵¹.

⁵⁰ Gianformaggio, L., *“Identify, Equality, Similarity and the Law”*, ponencia en el XVI Congreso Mundial de Filosofía del Derecho celebrado en Reikiavik, Islandia del 23 de Mayo al 2 de julio de 1993.

Según esta jurista, el derecho se caracteriza por ser racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos. No obstante, ni todos los hombres son más racionales, objetivos y universales que las mujeres, ni es particularmente admirable ser racional, objetivo y universal, en los términos en que la ideología dominante ha definido estas ideas. El derecho es una parte importante de la vida y no es separable de la política, la moral y resto de actividades humanas. Esta categoría de crítica jurídica propone complejizar el análisis del derecho contextualizadamente, teniendo en cuenta el poder económico, político y sexual en los que se genera y aplica.

Olsen⁵² alza, por tanto, su crítica del derecho partiendo de los dualismos o series opuestas que han servido desde tiempos de Platón para estructurar nuestro pensamiento. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo o inferior, es decir, un lado de los dualismos domina y define al otro. Por ejemplo, lo irracional se define como la ausencia de lo racional; lo pasivo es el fracaso de lo activo; el pensamiento es más importante que el sentimiento; la razón tiene prioridad sobre la emoción, etc. Ello responde a un sistema dual de pensamiento, donde los hombres se han identificado con lo racional, lo activo, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal, y las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado del dualismo, jerárquicamente inferior: lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular⁵³. A partir de aquí, esta autora nos explica como interactúan los dualismos con el derecho:

“El derecho se identifica con los lados jerárquicamente superiores o “masculinos” de los dualismos. Aunque la “justicia” sea representada como una mujer, según la ideología dominante el derecho es masculino y

⁵¹ Olsen, F., *The Politics of law*, Ed. David Kairys, New York, 1990, págs. 452 a 453.

⁵² *Ibíd.*, pág.454.

⁵³ *Ibíd.*, pág.455.

no femenino. Se supone que el derecho es racional, objetivo, abstracto y universal, tal como los hombres se consideran a sí mismos (...) Por otra parte –en una especie de círculo vicioso, se considera que el derecho es racional y objetivo, entre otras cosas, porque es valorado y, a su vez, es tan valorado porque se le considera racional y objetivo”.⁵⁴

De este modo, las estrategias feministas para destruir el sistema dual sexualizado imperante, según Olsen, pueden clasificarse en tres categorías:

-La primera y más influyente, entiende que el derecho debe ser objetivo, racional, abstracto y universal, pero deben integrarse las experiencias femeninas para que sirva también para proteger a las mujeres. Esta corriente entiende que las leyes que vulneran derechos de las mujeres o las discriminan son subjetivas, irracionales y no universales. Un derecho verdaderamente neutral debe tener en cuenta la subordinación de las mujeres y rectificar y superar esta desigualdad a través de las leyes. Se critica también la existencia de modelos “asimilacionistas” o masculinos en la aplicación de normas sobre discriminación sexual, lo que implica que solo aquellas mujeres que eligen actuar como lo hacen los hombres reciban las mismas recompensas masculinas. También critican la exclusión de lo doméstico del derecho, que ha contribuido a perpetuar la subordinación de las mujeres, porque desde un punto de vista ideológico devalúa los valores y funciones femeninas, al ensalzar la importancia de la esfera pública frente a la insignificancia de la cotidianidad doméstica y desproteger a las víctimas de violencia doméstica⁵⁵. Esta primera estrategia feminista se opone, por tanto, a la sexualización de los dualismos y fue ilustrada por un ensayo escrito en 1851 por Harriet Taylor Mill.

-La segunda rechaza la jerarquía de los dualismos por ser opresiva para las mujeres. Esta segunda categoría acepta la identificación de las mujeres con lo irracional, pasivo, etc., pero señala que estos rasgos son tan buenos o mejores que lo racional, activo, etc. En este sentido, se afirma que “el derecho

⁵⁴ Ibíd., pág.454.

⁵⁵Ibíd., págs. 460 a 463.

es un paradigma de masculinidad y el símbolo de la autoridad masculina en la sociedad patriarcal”⁵⁶.

-Y la tercera, denominada “teoría jurídica crítica”, rechaza tanto la sexualización como la jerarquización de los dualismos. Esta corriente mantiene coincidencias y diferencias con las dos anteriores, pero niega que el derecho sea masculino, universal, racional y objetivo.

También Lazo⁵⁷, siguiendo a Smart y Bodelón, señala tres modelos epistemológicos en los que se incardinan los estudios feministas del derecho.

-En primer lugar, la sociología de la mujer en el derecho, que dio lugar, en la década de los setenta, a la crítica del derecho por aplicar la norma de forma diferente según el sexo. Se creía que luchando contra las disposiciones discriminatorias se conseguiría un derecho neutro e igual para toda la ciudadanía (igualdad formal). Por ello, en la década de los ochenta, se introdujo el concepto de justicia material. El estudio de las relaciones del sexo-género y derecho suele llamarse “teoría legal feminista”.

-En segundo lugar, con base en estudios socio-jurídicos sobre la masculinidad del derecho, se cuestiona la neutralidad del mismo. Esta conclusión feminista se adquiere a partir de la experiencia de las mujeres más que desde un análisis abstracto, que suele identificarse con razonamiento masculino. Se parte del derecho asociado a conceptos dicotómicos, masculinos y superiores (razón, objetividad, abstracción y universalidad) de donde nació la estrecha alianza entre la razón y la ley. Por ello, el pensamiento jurídico positivista separó el derecho de la realidad social a través de una concepción

⁵⁶ Rifkin, J., “Toward a theory of law and patriarchy”, en *Harvard Women's Law Journal*, 1980, págs. 83 y 84.

⁵⁷ Sánchez Urrutia, A. y Pumar Beltrán, N., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, cit., pág.28.

jurídica exclusivamente formal y normativista, legitimando desde esta perspectiva las múltiples desigualdades materiales de la sociedad capitalista⁵⁸.

-En tercer lugar, los estudios sociológicos del derecho en relación con el concepto social y antropológico de sexo-género, derivado de las nuevas formas de análisis de la diferencia sexual, a tenor del concepto género. Desde este enfoque el derecho entendido como regulador e institucionalizador del orden contemporáneo de las relaciones sociales, políticas, económicas y personales tendría diferentes significados para las mujeres y los hombres. Podría resumirse a través de la frase de Smart: “El derecho funciona como una tecnología de género”, es decir, como un instrumento que estructura las relaciones sexo-género. Desde esta perspectiva se justifica la construcción como espacio público del cuerpo de las mujeres al contrario que el cuerpo de los hombres, que no está normado, porque es la normalidad y el estándar de referencia. La ley se detiene en sus confines y no lo regula. Por ello, el discurso jurídico produce la sexualidad, reglamentándola⁵⁹.

Los postulados anteriores se amplían y complejizan por Carol Smart, que advirtió que la calificación del derecho como sexista o masculino corre el riesgo de someterse a un determinismo biológico⁶⁰. Esta socióloga no descalifica estos planteamientos feministas, pues han evidenciado la discriminación de las mujeres en el derecho. No obstante, va más allá, defendiendo que la parcialidad (real) del derecho deriva de que la propia aplicación objetiva del derecho tiende a reproducir la versión social dominante, con independencia de que el derecho sea aplicado por un hombre o por una mujer. Por ello, la aplicación de la ley puede llevar a la desprotección (real) de determinados colectivos. Se propone por esta autora una concepción revisionista desde “el derecho tiene género”, en lugar de decir que el derecho es sexista o masculino,

⁵⁸ Bergalli, R. y Bodelón, E. “La cuestión de las mujeres y el Derecho penal simbólico”, en *Anuario de Filosofía IX* (1992), págs. 42 a 48

⁵⁹ Pitch, T., “Sexo y género de y en el derecho. El feminismo jurídico”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº44, 2010, págs. 435 a 459.

⁶⁰ Garbay Mancheno, S., “El Rol del derecho en la construcción de identidades de género: replanteando el análisis de género desde los aportes de la teoría crítica”, *Foro Revista de Derecho*, nº 29, 2018 págs. 5 a 7.

y entiende que la pregunta que debe hacerse es ¿cómo opera el género dentro del derecho y cómo opera el derecho para producir el género?, y no tanto, ¿cómo puede operar el derecho para trascender el género? Por tanto, según esta autora, el feminismo debe continuar deconstruyendo la mujer del discurso jurídico, pero sin crear una mujer normativa que vuelva a imponer una homogeneidad que, con demasiada frecuencia, acaba moldeándose en nuestra propia imagen blanca y privilegiada.

Por último, debe destacarse una nueva corriente de análisis del fenómeno de la desigualdad de género desde la doctrina española, bajo del término “antisubdiscriminación”⁶¹. Este concepto fue utilizado por primera por la catedrática Maggy Barrère⁶², que aporta una nueva idea de derecho antidiscriminatorio basado en el concepto de subdiscriminación⁶³. Esta autora parte de la idea de poder impuesto desde un sistema patriarcal para abordar la lucha por la igualdad real desde la opresión y devaluación que, de forma estructural y sistémica, padecen las mujeres, pero tal enfoque debe ir acompañado del derecho antidiscriminatorio que ha sido defendido por numerosas feministas y que sirve para fijar el concepto de “antisubordinación”⁶⁴. No obstante, ello debe hacerse sin abandonar el derecho antidiscriminatorio, haciéndolo pivotar sobre el concepto “antisubdiscriminación”. Este nuevo concepto, tiene varias ventajas, según Barrère⁶⁵. Para empezar, evita el uso de términos de otros tiempos sin renunciar a aspectos sustanciales de su significado. Además, visibiliza lingüísticamente el “poder sobre”, al incluirse la partícula “subor” pero fundida

⁶¹ Corriente encabezada por Maggy Barrère, y seguida por otras juristas como Juana M^a Gil.

⁶² Barrère Unzueta, M., “Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 60, 2001, págs. 145 y ss.

⁶³ Barrère Unzueta, M., “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminación”, *Anuario de Filosofía del derecho*, nº XXXIV, 2018, págs.12 y ss.

⁶⁴ Barrère Unzueta, M., y Morondo Taramundi, D., “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº 45, 2011, págs. 15 a 42.

⁶⁵ Barrère Unzueta, M., “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminación”, cit., pág. 32.

con la palabra “discriminación”, evidenciando que sigue siendo el “trato” (es decir, una conducta), que es el elemento conceptual básico del derecho antidiscriminatorio. “Subordiscriminación” sería entonces el término para designar el conjunto de tratos que, adquiriendo significación en uno o varios sistemas de poder, inferiorizan el estatus de ciertos grupos sociales e impiden que cambie, reproduciéndolo. En definitiva, que a diferencia de lo que ocurre con las otras expresiones, en un único vocablo quedaría explicitada la significación del poder sobre en los tratos –por ello– subordiscriminatorios.

Esa significación resultaría, además, una necesidad epistemológica, en tanto el estatus de inferioridad de ciertos grupos no podría ser explicado como una simple acumulación de tratos, siendo en definitiva los análisis del pensamiento crítico sobre cómo los grupos dominantes construyen sus privilegios y su superioridad los que permitirían llevarla a cabo.

De este modo, la subordiscriminación, que parte de la desigualdad estructural, nos ayuda a superar efectos perversos de la discriminación indirecta, por ejemplo, en casos en los que los hombres son discriminados por asumir roles femeninos, o en las situaciones de discriminación por inacción, partiendo del hecho de que, en las cláusulas antidiscriminatorias, la discriminación viene tipificada “situacionalmente”⁶⁶. Ello eclipsa las situaciones de discriminación por inacción u omisión, cuando, en la medida en que no se actúa (y principalmente el poder político) contra la subordiscriminación, se contribuye a su reproducción. Por ello, se propone la posibilidad de clasificar los “tratos subordiscriminatorios” en tratos de acción y tratos de omisión, lo que abre un abanico de posibilidades clasificatorias que podrían incluir situaciones o tratos que actualmente resultan poco visibles con el derecho antidiscriminatorio, para evitar que los determinismos de género limiten la libertad de las mujeres en relación a la libertad de los hombres. Vale la pena recordar aquí la figura jurisprudencial impulsada desde el Tribunal de Justicia de la UE, denominada

⁶⁶ En las Directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea: Directiva 2000/78 de 27 de noviembre de 2000 ; Directiva 2000/43 de 29 de junio de 2000 y Directiva 2006/54 de 5 de julio de 2006 , la denominada “discriminación directa” y “discriminación indirecta” es “la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada (...)” Art. 2 de las tres Directivas citadas.

discriminación por asociación o por vinculación, es decir, una discriminación transferida o refleja padecida por personas vinculadas a la persona perteneciente al colectivo vulnerable. Así lo recogió en la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2008 C-303/06 (*Asunto Coleman*), en la que se afirma que:

“Nos encontramos ante una discriminación en la que la circunstancia personal o social que motiva el trato peyorativo no concurre en el trabajador, sino en alguno de sus allegados o persona «asociada». Se ha «transferido» o «reflejado» el factor personal (discapacidad) de un individuo hacia el trabajador, que es quien sufre el trato discriminatorio por parte de la empresa. Así, para apreciar la discriminación ya no se atiende solo a un sujeto sino a dos, el perteneciente al colectivo vulnerable y el represaliado”.

Este tipo peculiar de discriminación ya ha sido recepcionado por los tribunales españoles⁶⁷, lo que ha dado juego a la extensión de la calificación jurídica de discriminación por razón de género a personas indirectamente discriminadas por conexión. El TJUE dio un paso más en esta línea extensiva, en su sentencia de 20 de junio de 2019 (*Asunto C-404/18*)⁶⁸. En este caso, resuelve sobre la extensión de la protección frente a las medidas de represalia por haber

⁶⁷Esta jurisprudencia se incluye en la sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016), en materia de reconocimiento de prestaciones familiares a favor de la hija de una mujer pensionista SOVI. La hija y demandante no era perceptora directa de pensiones SOVI (colectivo mayoritariamente feminizado), no obstante, se hizo extensible a la misma la discriminación por razón de sexo, por la vía de la asociación o vinculación. Esta sentencia ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (Sala Social) en fecha 29 de enero de 2020 (Recud 3097/2017). También, la sentencia del TSJ de 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018) que trataba de una acción de extinción contractual a instancias de trabajador por acoso moral, derivado del maltrato derivado del acoso sexual sufrido por su esposa que trabajaba en el mismo centro de trabajo (el Corte Inglés). En el argumentario de la sentencia se subsumen los hechos probados en la figura de un acoso discriminatorio conectado al acoso sexual padecido por la esposa que ya tenía sentencia de extinción contractual indemnizada por acoso sexual. Por ello, se utiliza la doctrina Coleman, para acabar estimando el recurso planteado y declarar resuelta la relación laboral entre las partes litigantes “por acoso por asociación respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo”, junto al acoso moral vulnerador de la integridad moral, con la correspondiente condena indemnizatoria a la empresa, que incluyó una indemnización adicional.

⁶⁸ Se trataba de un caso en el que una empresa se niega a contratar a una trabajadora por su estado de gestación. Ante ello, la empleada de la empresa que la había entrevistado mostró su rechazo por la decisión e informó a la candidata de que no se la había contratado por su estado de gestación, lo que dio lugar al planteamiento de una reclamación frente a la empresa. Posteriormente la empresa rescindió el contrato de la trabajadora (entrevistadora).

reclamado el cumplimiento de igualdad, más allá de la persona que reclama formalmente (art 24 de la Directiva 2006/54), incluyéndose también aquella otra que le haya prestado apoyo en su reclamación. Entiende el Tribunal europeo, que tal protección no puede interpretarse de forma restrictiva o mecánica, sino que debe incluirse a otras personas trabajadoras, distintas de la persona discriminada. Y más recientemente, debemos destacar la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2020 (Recud. 3097/2017), que confirma la sentencia del TSJ de Canarias de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016), en materia de reconocimiento de prestaciones familiares a favor de la hija de una mujer pensionista del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI).

La idea de subordinación femenina ya se había venido denunciando desde el feminismo. El profesor Owen Fiss, pone ejemplos concretos. Desde su punto de vista, el principio de antesubordinación facilita la comprensión de “valor comparable” o “paga equitativa”, que busca obtener iguales salarios para las mujeres en el contexto de un mercado de trabajo segregado sexualmente. El principio de “valor comparable” no ataca todas las diferencias concurrentes, que van más allá de la retribución o la capacitación técnica⁶⁹.

Este nuevo enfoque, desde el mandato antidisdiscriminación, supone un avance que refuerza la igualdad (de hecho), y permite incluir como injustas situaciones discriminatorias que derivan de patrones de género jerarquizados que tienen el efecto inevitable de crear y perpetuar en nuestra sociedad una posición subordinada de las mujeres y de todo lo asociado a lo femenino.

Se trata de una forma más completa de análisis jurídico, poniendo el foco no solo en el trato diferente y el resultado dañino, sino también en los sistemas de poder que sustentan un estatus inferior de ciertos grupos sociales en relación a otros (mujeres/hombres). Este nuevo modelo propugna, en fin, pasar de un concepto de discriminación tradicional a un nuevo concepto de discriminación

⁶⁹ Fiss, O., “Teoría crítica del Derecho y feminismo”, en *La crisis del derecho y sus alternativas*, Cuadernos de Derecho Judicial, nº 3, Madrid, 1995, pág.4.

cualificado que descansa en tratos significados por sistemas de poder, siendo tales sistemas los que determinarán qué tratos resultan discriminatorios o no.

II. UNA CLASIFICACIÓN DE LAS TEORÍAS FEMINISTAS DEL DERECHO

De entre las diferentes clasificaciones de las teorías feministas en el ámbito del derecho, resulta esclarecedora la clasificación de la “*jurisprudencia feminista*”, recogida por la magistrada Angels Vivas⁷⁰, siguiendo a Emmenegger⁷¹, que parte de dos perspectivas: los esfuerzos del ámbito jurídico orientados a situar a la mujer en igualdad con el hombre y la necesidad de la admisión de las diferencias entre de sexos. A partir de aquí, las distintas perspectivas feministas sobre lo jurídico parten del mismo derecho como objeto de análisis feminista, en una búsqueda por conocer el papel que el concepto género desempeña en la creación y aplicación de las normas legales. El nexo común de todas las variantes se halla en la crítica de la pretendida neutralidad del derecho y cualquiera que sea la perspectiva feminista parte de la premisa de que, a pesar de la igualdad formal, desde el punto de vista sexual, el derecho sigue siendo un derecho de género masculino. Estos posicionamientos feministas son fundamentalmente tres.

- 1) La dogmática feminista, que pretende la sistematización e interpretación del derecho partiendo de la interpretación teleológica, en relación con los aspectos de género⁷².
- 2) La teoría del derecho feminista, centrada en la fijación de tesis generales sobre la relación del derecho y la justicia.

⁷⁰ Vivas Larruy, A., “Perspectiva de género en el Derecho penal”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 48, 2016, págs. 15 y ss.

⁷¹ Emmenegger, S., “Perspectivas de género en derecho”, *Anuario de Derecho penal 1999-2000*, págs. 39 y ss.

⁷² Por ejemplo, toma un hecho como es el nacimiento de un hijo/a, para hacer un análisis de los diversos dominios legales que tienen efectos sobre este hecho (seguridad social, derecho del trabajo, derecho fiscal, etc.).

3) La crítica jurídica feminista, que parte del análisis de los efectos del derecho positivo y cuestiona su neutralidad desde un punto de vista del género. Dentro de esta posición, se incluyen diversas perspectivas siendo las más importantes, las siguientes tres:

- La perspectiva feminista liberal, que cuestiona la igualdad en sentido liberal porque entiende que la posición social y económica de una persona no depende de sus capacidades o talentos sino de la raza, religión o sexo. Por ello, se opone a las reglas de derecho que impiden o dificultan la participación de las mujeres en los sectores tradicionalmente reservados a los hombres (esfera pública). Desde esta perspectiva, se promueve una legislación dirigida a establecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera pública.
- La perspectiva feminista relacional, que parte de la diversidad entre mujeres y hombres, que se orientan hacia valores distintos. En su crítica jurídica, por tanto, se parte de la diferencia femenina excluida del derecho que privilegia los valores, las características y los comportamientos masculinos, por lo que se propone modificar el derecho para que se asegure a las mujeres la igualdad de oportunidades, que incluya su identidad femenina, mediante la inserción de valores femeninos⁷³.
- Por último, la perspectiva feminista radical parte del patriarcado, como poder que ejercen los hombres sobre las mujeres, como la causa de la desigualdad entre sexos. En base a ese poder se elabora la noción de género, que se define desde la subordinación de la mujer en relación al hombre. Por tanto, para esta perspectiva, el debate sobre la naturaleza igual o diferente de la mujer es superfluo porque se desarrolla en un marco que admite las categorías de género existentes. En base a ello se

⁷³ Por ejemplo, la remuneración por el trabajo doméstico.

critica la desigualdad del orden jurídico, como reflejo de orden social y se promueve un derecho a la igualdad partiendo de la prohibición a crear, reforzar o mantener la desigualdad del poder social entre mujeres y hombres.

Todas las posiciones feministas expuestas tienen en común el método utilizado para analizar el derecho. Se trata del método de la “*woman question*”⁷⁴, cuyo uso se propone, junto a otros métodos, en el ámbito jurídico, a través de las llamadas “preguntas de mujer” o la “cuestión femenina”, a las que se hará referencia más adelante. Se trata de una serie de preguntas que permiten detectar las asimetrías de género del derecho.

III. LAS ETAPAS DEL DERECHO: “EL DERECHO ES SEXISTA, EL DERECHO ES MASCULINO, EL DERECHO TIENE GÉNERO”

Un sector doctrinal⁷⁵ ha definido la crítica feminista del derecho como un proceso, en una explicación de la noción de derecho en tres fases dinámicas identificables de acuerdo con la tríada apuntada por Carol Smart (“el derecho es sexista, el derecho es masculino, el derecho tiene género”). Se trata de etapas de reflexión en el seno de la teoría feminista y de las cuales provienen los fundamentos para su comprensión. A continuación, referiremos a cada una de estas etapas, que ilustraremos con ejemplos reales pasados y presentes que evidencian como nuestro derecho se amolda, en su evolución, a cada una de las fases.

⁷⁴ Angels Vivas Larruy alude al método de “la cuestión en femenino” como sigue: “Si, por ejemplo, el modelo estándar de las reglas de derecho laboral es el empleo a tiempo completo, a pesar de que la mayoría de las mujeres activas en el mercado laboral sean ocupadas a tiempo parcial, se plantea la cuestión de saber si estas reglas se acomodan de la misma manera tanto al modelo de vida masculino como al modelo de vida femenino. Cuestión similar se plantea cuando se tiene en cuenta el concepto de trabajo remunerado: este es reservado al trabajo fuera de casa y se ignora así el trabajo doméstico tradicionalmente realizado por las mujeres” en “Enjuiciar con perspectiva de género”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 48, 2016, pág. 17.

⁷⁵ Larrauri Pijoan, E., “La mujer del discurso jurídico”, en AA.VV., *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994; Gil Ruiz, JM., “La mujer en el discurso jurídico: una aportación desde la teoría crítica del derecho”, *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 9.

1. Primera etapa. El derecho es sexista

El derecho es sexista porque perjudica a las mujeres⁷⁶. El sexismo al que nos referimos en esta primera etapa es un sexismo explícito que parte de una diferenciación de trato expresa contenida en la ley, entre hombres y mujeres, en perjuicio de estas últimas. Se refiere a todas aquellas prácticas y actitudes que promueven el trato diferenciado de las personas en razón de su sexo biológico, sin que tal diferencia pueda justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima. El derecho coloca a las mujeres en desventaja al establecer diferenciación o distinciones entre hombres y mujeres. Veamos algunos ejemplos extraídos del derecho español.

- En el Código penal de 1944, se incluyeron delitos exclusivos para las mujeres, como por ejemplo el adulterio femenino, no castigándose el del marido salvo si había amancebamiento⁷⁷.

-También se castigaba el maltrato verbal sólo en el caso de la mujer al marido, pero no al contrario (artículo 583 CP)⁷⁸.

-La reforma del Código civil de 1958, impulsada por la abogada Mercedes Formica⁷⁹, supuso la derogación de diferencias legales muy marcadas por

⁷⁶ Según Carol Smart, "este análisis sugiere que cuando un hombre y una mujer están frente al derecho, no es el derecho el que fracasa en aplicar al sujeto femenino los criterios objetivos, sino que precisamente aplica criterios objetivos y estos son masculinos. Por ello insistir en la igualdad, la neutralidad y la objetividad resulta, irónicamente, insistir en ser juzgado bajo valores masculinos" ("La mujer del discurso jurídico", cit., pág. 173).

⁷⁷ El uxoricidio *honoris causa*, suponía la exención o atenuación de la pena para el marido que matase a la esposa sorprendida en adulterio. El tratamiento privilegiado del uxoricidio en adulterio, que había desaparecido en el Derecho Penal español en 1932, fue restablecido por el Código Penal de 1944 mediante la excusa absolutoria o la atenuación extrema que dispuso, según los casos, su artículo 428: "el marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare lesiones graves, será castigado con la pena de destierro. Si les produjese lesiones de otra clase quedará exento de pena". La reforma penal de 1963 suprimió este privilegio. La despenalización del adulterio y el amancebamiento, que castigaba al hombre solo si convivían con la amante en el hogar familiar, mientras la esposa adúltera era siempre castigada, no se produjo hasta la Ley 22/1978, de 26 de mayo.

⁷⁸ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 87 a 89.

razón de sexo que perjudicaban claramente a las mujeres. Se eliminó la prohibición de las mujeres para ser testigos en testamentos o ejercer cargos tutelares⁸⁰. Se modificó en concepto de “domicilio conyugal” que dejó de ser la casa del esposo para pasar a ser la casa de la familia. Se suprimió el diferente trato dado a las viudas (respecto de los viudos) que contraían segundo matrimonio y eran “*castigadas*” con la pérdida de la potestad sobre los hijos de la primera unión. Se suprimió la figura del “depósito de la mujer casada” que en caso de separación debía ser “depositada” por el marido en la casa del padre o en un convento. Y Se limitaron los poderes casi absolutos que tenía el marido para administrar y vender los bienes del matrimonio

- La figura del rapto consentido, y los requisitos de honestidad exigidos a la mujer para ser víctima de estupro fueron suprimidos mediante la Ley 46/1978, de 7 de octubre.

- El deber de obediencia de la mujer al esposo se mantuvo en nuestro ordenamiento jurídico hasta 1999, (a través del art. 104 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) siendo expulsado gracias a la LO 14/1999, de 9 de junio⁸¹.

⁷⁹ Mercedes Formica (1913-2002) fue una jurista española que defendió a las víctimas de violencia de género y la primera mujer que desde la Dictadura franquista denunció las limitaciones de la capacidad jurídica de ellas frente a la potestad del esposo en un contexto social en el que las mujeres eran esclavas de las costumbres, la sociedad, la religión y el poder de sus maridos o padres y tenían menos derechos que nuestros menores de hoy en día. Ella misma padeció el zarpazo de unas normas diseñadas para discriminar a las féminas. Fue una de las primeras mujeres que estudio en la Facultad de Derecho de Sevilla negándosele la posibilidad de presentarse a las oposiciones a abogado del Estado ni a las del Cuerpo Diplomático, bajo el *poderoso* motivo de haber nacido mujer. El Régimen dictatorial del general Francisco Franco promovió nuevas legislaciones civiles, penales y laborales que perpetuaban legalmente las desigualdades entre hombres y mujeres, la superioridad masculina y el servilismo femenino. Era una exhibición más de un derecho forjado por y para hombres desde criterios de una masculinidad excluyente. Pero el oscuro horizonte civil femenino cambió gracias a esta intrépida abogada que en su empeño vindicativo por los derechos de las mujeres, llegó a entrevistarse con Franco, y finalmente, gracias a su tesón, vio la luz la reforma de 1958 (popularmente bautizada como la “Re-Formica”), iniciando de este modo una andadura, sin vuelta atrás, hacia una España igualitaria.

⁸⁰ Reminiscencia de la “*imbecilitas sexus*”, por la que se equiparaba a las mujeres con menores.

⁸¹ El deber de obediencia marital se contenía en el art. 57 del Código civil (“El marido debe proteger a la mujer y esta obedecer al marido”) eliminado en la reforma introducida por la Ley 14/1975 de 2 de mayo. No obstante, se el deber de obediencia se mantuvo a través del art. 104

- La facultad del esposo de “corregir” levemente a la esposa sin incurrir en infracción penal, prevista en la falta de malos tratos, se eliminó mediante la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio.

- Las prohibiciones legales de acceso de las mujeres a determinadas profesiones, por ejemplo, a la carrera judicial y fiscal se mantuvo hasta 1966⁸², si bien la primera jueza no ingresó hasta 1977 y la primera fiscal en 1974. El acceso de las mujeres a los Cuerpos Policiales se autorizó en 1977 y hasta 1983 no se empezó a cubrir un número restringido de plazas. Y la posibilidad de acceso a las Fuerzas Armadas fue autorizado por Ley en 1999⁸³. También las mujeres españolas tenían prohibido el trabajo en las minas, bajo el pretexto de ser una medida protectora, hasta el año 1992⁸⁴.

- La no comunicación a la empresa contratante del estado de embarazo era interpretada jurisprudencialmente como causa de despido disciplinario, hasta la década de los ochenta, pues la ocultación de la gestación se valoraba doctrinalmente bien como una transgresión de la buena fe contractual que justificaba la sanción de despido, bien como ocultación de mala fe causante de

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal :“(…) Las faltas consistentes en el anuncio por medio de la imprenta de hechos falsos o relativos a la vida privada con el que se perjudique u ofenda a particulares, en malos tratamientos inferidos por los maridos a sus mujeres, en desobediencia o malos tratos de éstas para con aquéllos, en faltas de respeto y sumisión de los hijos respecto de sus padres, o de los pupilos respecto de sus tutores y en injurias leves, sólo podrán ser perseguidas por los ofendidos o por sus legítimos representantes”. Su eliminación no se produjo hasta 1999. Marín López, P., “La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 48, 2016, págs. 6 y 7.

⁸² La Ley 96/1966, derogó la prohibición a las mujeres de acceder a la carrera judicial y fiscal, que estaba prohibida hasta ese momento bajo el motivo de ser estos trabajos actitudes contrarias al «sentido de la delicadeza consustancial en la mujer».

⁸³ Montalbán Huertas, I., *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 31.

⁸⁴ La STC 229/1992 de 14 de diciembre de 1992, otorga el amparo a la trabajadora reclamante que no había sido admitida a trabajar como ayudante de minero por las prohibiciones legales existentes. En esta Sentencia el TC reconoce que la trabajadora fue discriminada por razón de sexo al impedírsele acceder al puesto de trabajo de ayudante de minero en la empresa HUNOSA en igualdad con los varones que superaron, al mismo tiempo que ella, las correspondientes pruebas de acceso.

un vicio del consentimiento en la empresa que podía determinar la nulidad del contrato de trabajo⁸⁵.

- La consideración legal de “enfermedad” dada normativamente a la maternidad hasta el año 1994⁸⁶. La contingencia de riesgo durante el embarazo se desvinculó del concepto de enfermedad (IT) gracias a la Ley 39/1999 de 5 de noviembre, y la contingencia de riesgo durante la lactancia mediante la LO 3/2007 de 22 de marzo.

- Como ejemplo actual y vigente, la prevalencia del varón respecto a la mujer en la sucesión al trono de la Corona Española⁸⁷.

- A nivel internacional, la ausencia de reproche social e inmunidad histórica que ha existido respecto de la violencia sexual en conflictos bélicos⁸⁸, que afecta de forma mayoritaria a las mujeres y niñas/os y que no ha sido considerado internacionalmente como crímenes de guerra, genocidio o lesa humanidad

⁸⁵ La STC 166/1988 de 26 de septiembre, fue la primera sentencia del TC, en la que se consideró vulnerado el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, en un supuesto en el que se extinguió el contrato de la trabajadora -por no superar el periodo de prueba-, tras comunicar esta a la empresa su estado de gestación. No obstante, años después, la STC nº 173/2013 de 10 de octubre determinó que no procede la aplicación de la nulidad objetiva del despido en el caso del desistimiento del contrato en periodo de prueba de mujer embarazada, cuando la empresa no tiene conocimiento de su embarazo. Pero la reforma introducida por el RD-Ley 6/2019, de igualdad laboral, ha modificado el art. 14 del ET, integrando la nulidad objetiva en el caso de trabajadoras embarazadas: “(...) hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurren motivos no relacionados con el embarazo o maternidad”.

⁸⁶ Hasta la reforma de 1994, la maternidad, en el ámbito de la protección dispensada por la Seguridad Social, se incardinaba dentro de la entonces incapacidad laboral transitoria. Va a ser la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (mediante la inclusión en la Ley General de la Seguridad Social de un nuevo Capítulo el IV.bis, del Título II-) la que establezca una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de maternidad. La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (en adelante, LCVFL) estableció una nueva contingencia de la Seguridad Social, la de riesgo durante el embarazo. Posteriormente, la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce las prestaciones por riesgo durante la lactancia, paternidad y no contributiva de maternidad.

⁸⁷ Art. 57 CE.

⁸⁸ Según Zainab Bangura, representante del Secretariado General de la ONU sobre la violencia sexual en los conflictos bélicos: "Las violaciones durante las guerras no son inevitables, pero lo que realmente vienen a ser es el reflejo del estado de subordinación de la mujer en nuestra sociedad. La violencia sexual en tiempos de guerra parará cuando el estatus de la mujer cambie y cuando la vergüenza sea puesta en los violadores y no en las víctimas" (Aryn Baker, “War and rape”, revista *Time*, marzo 2016).

hasta 1993-94 (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia y también en el caso de Ruanda), dejando impunes estos crímenes padecidos por miles de mujeres y menores de todos los tiempos⁸⁹.

2. Segunda etapa. El derecho es masculino

El derecho es masculino porque perjudica valores asociados a las mujeres. Existe una formulación de leyes aparentemente neutras que toman como medida exclusiva de referencia, la masculina (hombre, blanco, adulto, heterosexual, y propietario). A lo anterior puede añadirse que la jurisprudencia española, diseñada desde el Tribunal Supremo español ha tenido históricamente una composición, exclusiva o mayoritariamente masculina⁹⁰. Igualmente, en el Tribunal Constitucional español, integrado en la actualidad

⁸⁹ Es incuestionable que la violación ha acompañado a todas las guerras a lo largo de una historia escrita exclusivamente por hombres. El cuerpo de las mujeres ha sido ancestralmente el campo de batalla para los pueblos y para los individuos masculinos que combatían entre sí. Se trataba de "delitos menos serios" ejecutados por los hombres de todos los bandos del conflicto, buenos y malos, vencedores y vencidos. Por ello, era más fácil mirar siempre hacia otro lado, dejando impunes estos crímenes padecidos por miles de mujeres y niñas de todos los tiempos. Ya en la época griega y romana, los ejércitos practicaban la violación de guerra, lo cual aparece documentado por antiguos autores, tales como Homero (s. VIII a. d. C.), Heródoto (484 a. d. c.) y Tito Livio (59 a. d. c.). *La Biblia* también hace referencia al uso de la violación como arma de guerra en diversos pasajes: "porque yo reuniré a todas las naciones para combatir contra Jerusalén; y la ciudad será tomada, y serán saqueadas las casas, y violadas las mujeres (...)" (Zacarías 14:02.). "Sus niños serán estrellados delante de ellos; sus casas serán saqueadas, y violadas sus mujeres." (Isaías 13:16.). El marco jurídico y jurisprudencial que permitió visibilizar, contabilizar y perseguir la violencia que sufren mujeres y niñas en situaciones de conflicto armado vino de la mano del derecho humanitario internacional, y no fue hasta la creación del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (1993) y del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (1994). Por primera vez en la historia de la humanidad, la violencia sexual se tipificó como una de las modalidades para ejecutar crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra y crímenes de genocidio, lo que provocó que ambos tribunales tuvieran que definir la figura jurídicamente. Por su parte, el Tribunal Penal Internacional de Sierra Leona, en 2007, incluyó el matrimonio forzado como una modalidad de crimen de lesa humanidad. La inclusión de los crímenes con base en el género en el Derecho Penal Internacional ha sido un avance de la humanidad ante la percepción de la gravedad de estos abominables delitos y sus negativas consecuencias de reinserción y recuperación postconflicto de mujeres y menores víctimas de esta violencia brutal (Poyatos, G., "La guerra contra las mujeres", Huffingtonpost Blog, disponible en: https://www.huffingtonpost.es/gloria-poyatos-matas/la-guerra-contra-las-muje_b_12195004.html).

⁹⁰ Según datos contenidos en el II Plan de Igualdad de la Carrera Judicial, aprobado el 30 de enero de 2020 por el CGPJ, la magistradas son solo el 20'8% en el Alto Tribunal y en dos de sus Salas (civil y militar) solo hay una mujer. Disponible en :

solo por dos mujeres de un total de doce⁹¹. Ello evidencia que la jurisprudencia española se ha venido esculpiendo de espaldas a las experiencias femeninas, porque las mujeres simplemente no formaban parte de la cúpula de la justicia o su integración era anecdótica. Ello influyó en la doctrina judicial, que invocando el brocardo “*vis grata puellae*”, fundamentaba jurídicamente en determinadas circunstancias el acceso al cuerpo de las mujeres⁹².

También, en el derecho vigente, cabe encontrar otros ejemplos prácticos que muestran sin ambages que esta etapa no está totalmente superada:

- La atenuante de arrebató u obcecación que son rasgos asociados a la impulsividad masculina. La exigencia de violencia (física o intimidación) para apreciar la existencia de agresión sexual en relación al abuso sexual⁹³.

- Los requisitos jurisprudenciales exigidos para la concurrencia de la agravante de alevosía o ensañamiento⁹⁴. Debe destacarse, no obstante, un giro jurisprudencial reciente en la jurisprudencia⁹⁵.

⁹¹Datos disponibles en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/composicion/Paginas/magistrados-detalle.aspx?ListItemId=70> . [Consultada el 31 de mayo de 2019].

⁹² Y, como recurso argumentativo, se mantuvo en la jurisprudencia al menos hasta la STS (Sala 2ª) de 19 de octubre de 1988 , según la magistrada Paloma Marín López refiere expresamente en “*La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género*”, pág. 2, Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales (CU16017), 19, 20 y 21 de octubre de 2016.

⁹³ Con el mediático caso denominado de “*la Manada*” trascendió socialmente esta diferencia al publicarse la sentencia nº38/2018 de la Audiencia Provincial de Navarra de 20 de marzo de 2018. La exigencia de violencia en este tipo de delito no tiene en cuenta la asignación social de roles de género que predeterminan a los hombres para la autoridad y la responsabilidad y a las mujeres para la sumisión y la dependencia, por lo que es más probable que los hombres combatan el miedo con agresión y las mujeres con obediencia y sumisión, como aconteció en este caso.

⁹⁴ Según el art. 22 CP son circunstancias agravantes: “1º- *Hay alevosía cuando el culpable comete cualquiera de los delitos contra las personas empleando en la ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarla, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido (...)* 5º- *Aumentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la víctima, causando a ésta padecimientos innecesarios para la ejecución del delito.*” La concurrencia de tales agravantes, solicitada habitualmente en delitos de violencia de género, viene siendo restrictiva y una buena prueba es la mediática sentencia de la Sala Civil y penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de enero de 2017 (Recurso apelación 34/2016), en la que no se apreció la concurrencia de ensañamiento en el

- Interpretación judicial de la agravante de “violencia o intimidación particularmente degradante o vejatoria”, que como concepto abierto, vago e indeterminado requiere de un proceso interpretativo aplicado al caso concreto⁹⁶.

asesinato de una víctima de violencia de género a la que su pareja asestó más de 30 puñaladas. Frente a esta sentencia se planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo que estimó el recurso respecto a esta cuestión, y apreció que sí concurría la agravante de ensañamiento (STS de 16 de enero de 2018 -Recurso nº 10194/17-). Gil Ruiz alude a dos sentencias: Una SAP de Madrid de 21 de octubre de 1992, que no aplica la agravante de alevosía en un caso donde el agresor mata a la esposa, golpeándola por la espalda con un martillo de forma sorpresiva mientras ve la televisión. Y la otra es la STS de 25 de julio de 2000 en cuya fundamentación jurídica se recoge literalmente: “Se dice, como antecedente del desenlace mortal, que el acusado había tenido previamente varias discusiones violentas con su esposa, maltratándola incluso en plena calle. Es cierto que el día de los hechos esperó a que su esposa quedase sola en casa de sus padres, pero también se dice, a continuación, que consiguió que le abriese nuevamente la puerta iniciándose una previa y breve discusión. Este suceso debió advertir a la víctima sobre las intenciones agresivas de su irascible marido. A continuación, se nos dice, de forma inconexa que sorprendió a la víctima, para afirmar después que la empujó por el pasillo hasta caerse ambos, continuando hasta el cuarto de baño a donde la siguió asestándole varias puñaladas en espalda, cara y ambas extremidades (...) Es evidente que no nos encontramos ante una persona absolutamente desprevenida y que no pudiera percatarse o vislumbrar las intenciones agresivas del que hasta entonces era su esposo. Existen antecedentes fácticos que no demuestran que el comportamiento violento era casi una constante en los últimos encuentros. Si nos atenemos a los esquemas clásicos que configuran la alevosía por la concurrencia de la traición, el aseguramiento o la cobardía, tenemos que llegar a la conclusión de que, en los supuestos fácticos que nos relata la sentencia recurrida no están nítidamente perfilados ninguno de estos elementos componentes” (Gil Ruiz, A., *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Colección Estudios 18, 2002, págs. 125 a 128).

⁹⁵STS (Sala 2ª) de 24 de mayo de 2018 (Rec. 10.549/2017).

⁹⁶Montalbán Huertas, I., refiere como ejemplo de interpretación judicial de esta agravante a la Sentencia de 18 de mayo de 2000 de la Audiencia Provincial de Pontevedra: “(...) que, en un delito de agresión sexual, no aplicó la agravante de «violencia o intimidación particularmente degradante o vejatoria». Concepto claramente abierto e impreciso, ¿cuándo se sobrepasa el límite normal de la vejación que comporta cualquier penetración anal y vaginal impuesta por la fuerza? Los jueces, en la labor de interpretación, mantuvieron el contenido asignado a esta agravante por el Tribunal Supremo –esto es, apreciación en casos de especial brutalidad–, pero es en el momento de la aplicación de este significado al caso concreto cuando aparece la divergencia respecto a la realidad social; pues el Tribunal entendió que las acciones de amenazar, amordazar, atar y penetrar vaginal y bucalmente a una joven de diecinueve años no eran especialmente vejatorias o denigrantes ya que.... el acusado ofreció a la víctima un vaso de agua tras la penetración bucal lo que, en opinión de la Sala, resulta contrario a toda conducta particularmente degradante o vejatoria. En esta exclusión de la agravante, los intérpretes usaron una argumentación muy cuestionable en una sociedad culturalmente comprometida con la violencia sexista. El dato de ofrecer un vaso de agua a la víctima podría no haber entrado en valoración –ante la ausencia de indicadores sobre cuál fuera la finalidad del agresor–, sin embargo, en este caso, se erigió en hecho determinante de una aplicación más benigna de la ley penal” (*Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 201).

- La no inclusión de la profesión de limpiadora o camarera de habitaciones en el listado de profesiones que pueden desarrollar la enfermedad profesional del síndrome del túnel carpiano bilateral, según el listado (cerrado) del RD 1299/2006, de 10 de noviembre por el que se aprueba el cuadro de enfermedades profesionales en el sistema de la Seguridad Social y se establecen criterios para su notificación y registro⁹⁷.

-La exclusión de enfermedades feminizadas, como es el caso de la fibromialgia, en la norma que establece la valoración de enfermedades a efectos de la determinación del grado de discapacidad⁹⁸.

⁹⁷ El RD 1299/2006, de 10 de noviembre de enfermedades profesionales, establece una lista cerrada de enfermedades profesionales que conecta con las profesiones también incluidas en la norma. En el caso del síndrome del túnel carpiano, las únicas profesiones que la norma recoge son: *“lavaderos, cortadores de tejidos y material plástico y similares, trabajos de montaje (electrónica, mecánica), industria textil, mataderos (carniceros, matarifes), hostelería (camareros, cocineros), soldadores, carpinteros, pulidores, pintores.”*. El carácter cerrado de la norma excluye aquellas profesiones no incluidas en la misma impidiendo que si la enfermedad se desarrolla en otras profesiones pueda tener la consideración jurídica de enfermedad profesional, con los efectos jurídicos inherentes a tal declaración. Por tal motivo, el Tribunal Supremo (Sala Social), en su sentencia de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 1515/2013) hizo una interpretación de la norma e incluyó en la misma, la categoría profesional de limpiadora, valorando la sentencia que: *“lo trascendente es que se efectúen trabajos en los que se produzca un apoyo prolongado y repetido de forma directa o indirecta sobre las correderas anatómicas que provocan lesiones nerviosas por compresión. Movimientos extremos de hiperflexión y de hiperextensión. Trabajos que requieran movimientos repetidos o mantenidos de hiperextensión e hiperflexión de la muñeca, de aprehensión de la mano. Y en este sentido, coincidimos con el voto particular de la sentencia recurrida, en que las tareas de fregado, desempolvado, barrido, pulido de locales, recintos y lugares, así como cristalerías, puertas, ventanas desde el interior de los mismos, o en escaparates, que en general son las que efectúan las Limpiadoras, exigen, en su ejecución, la realización de movimientos de extensión y flexión de la muñeca forzados, continuados o sostenidos, para el manejo de escobas, fregonas, mopas, bayetas, cepillos y demás útiles de limpieza, con la sobrecarga de muñeca que ello implica, y con la intensidad y repetitividad necesarias para generar la citada patología”*.

En la misma línea la Sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas), Rec. 571/2017, también en materia de determinación de contingencia, que califica de enfermedad profesional la dolencia de “síndrome del túnel carpiano” que afectaba a una camarera de habitaciones, que es una categoría profesional no incluida en el RD 1299/2006.

⁹⁸ La valoración de la discapacidad es el proceso por el que se reconoce, califica y declara el porcentaje de discapacidad de una persona que presenta una deficiencia física, psíquica o sensorial, de carácter permanente que limita su capacidad de desarrollar actividades de la vida diaria y/o la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que el resto de personas. Dicha valoración la realiza un equipo técnico, que evalúa cada uno de los aspectos o características de las personas que influyen en la discapacidad, aplicando los baremos contenidos en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Tal declaración, dependiendo del grado de discapacidad reconocido, puede dar lugar a prestaciones económicas y no económicas. Actualmente la citada norma no incluye la enfermedad de fibromialgia, que por tanto carece de reconocimiento a efectos de valoración de limitación de la capacidad humana.

- La actual Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, fija indemnizaciones diferentes por deformación de órganos genitales, siendo superiores las correspondientes a los varones, en relación a las mujeres.⁹⁹ Esta diferencia económica ya se recogía en la norma anterior (Orden TAS/1040/2005)¹⁰⁰ y en su antecesora (OM de 5 de abril de 1974), que fijaba , además, una cuantía superior en los casos de pérdida de nariz y deformación del rostro, cuando se trataba de una mujer con relación al hombre¹⁰¹.

- Los criterios legales y jurisprudenciales para la fijación de indemnización por daño moral por pérdida de calidad de vida derivados del art. 107 de la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. La citada indemnización pretende compensar el perjuicio moral particular que sufre la víctima por secuelas que impiden o limitan su autonomía personal para realizar actividades esenciales para el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal, definiéndose estas últimas como : “las relativas al disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y

⁹⁹ Orden ESS/66/2013, de 28 de enero, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (BOE nº26 de 30 de enero de 2013). Específicamente la pérdida parcial del pene se valora de 2.420 a 4.820 euros, y la pérdida total del pene en 6.810 euros (apartados 17 a 21). Pero las deformaciones de los órganos genitales externos de la mujer se valoran desde 1.570 a 6.380 euros.

¹⁰⁰ Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes (BOE nº 96 de 22 de abril de 2005). Específicamente la pérdida parcial del pene se valora de 2020 a 4030 euros, y la pérdida total del pene en 5.690 euros (apartados 17 a 21), pero las deformaciones de los órganos genitales externos de la mujer se valoran de 1310 a 5.330 euros.

¹⁰¹ OM de 5 de abril de 1974, por la que se actualiza el baremo de lesiones, mutilaciones y deformaciones de carácter definitivo y no invalidante previsto en el art. 146 de la ley de la seguridad Social (BOE nº 93 de 18 de abril de 1974). En el apartado 11 se determina una indemnización por pérdida de nariz que en hombres asciende a 54.000 pts. Y en las mujeres a 112.000 pts. En los apartados 13 a 15, en relación a la deformación del rostro, también se establecen diferentes cuantías dependiendo del sexo. En cuanto a las indemnizaciones vinculadas a los daños respecto a los genitales, en este caso la pérdida total del pene se valora en 96.000, mientras que las deformaciones sobre los órganos genitales externos femeninos van desde 22.000 a 90.000 pts.

como miembro de la sociedad” (Artículo 54). Y la determinación económica de este perjuicio se indica en el art. 109 que se remite a “la importancia y el número de actividades afectadas”. La dicción legal nos conduce a una mayor indemnización reparadora del daño moral por pérdida de la calidad de vida a las personas que con una vida de ocio activa o que ejerciten prácticas deportivas, hobbies o actividades sociales que permitiesen evidenciar objetivamente un gran impacto en su “activa vida social”, lo que tiene un impacto adverso de género, en base a las estadísticas que evidencian que las mujeres son quienes mayoritariamente sostienen las tareas domésticas y los cuidados familiares (doble presencia), lo que les deja menos tiempo para el ocio, deportes o hobbies¹⁰².

- El viejo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social, regulado en la LGSS¹⁰³, hasta la reforma introducida por el RD Ley 3/2021 regulaba el derecho a *“un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias en cualquier régimen del sistema de la Seguridad Social de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente”*, dicho complemento variaba a tenor del número de hijos/as, tanto por adopción como biológicos. Se alejaba claramente de la promoción de la corresponsabilidad de los cuidados, al

¹⁰² Según datos del INE las mujeres españolas siguen ocupándose de forma desproporcionada en relación a sus compañeros varones, de los cuidados de hijas hijos y otros familiares dependientes, lo que incide directamente sobre el hecho de que ellas sean más “inactivas” en términos “laborales” y por tanto tengan menos ingresos económicos. Según los datos del INE en relación a los cuidados de niños, el porcentaje de mujeres inactivas fue en 2019 de un 33’5% frente al 8’3% en el caso de los hombres, durante el año 2018, de un 35’8% (mujeres) y de un 9’0 % (hombres) y durante el 2017 de un 41’2% (mujeres) y del 13’9% (hombres). En el estudio realizado por el INE. “Mujeres y hombres en España 2019”. Disponible en : https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INEPublicacion_C&cid=1259924822888&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalleGratis¶m2=1259925472420¶m4=Mostrar [Consultada el 19 de julio de 2021]

En la misma línea, en el ámbito de la UE, las estadísticas aportadas por Eurostat y el INE en el informe denominado “La vida de las mujeres y los hombres en Europa”, edición 2020. Disponible en: <https://www.ine.es/prodyser/myhue/> [Consultada el 19 de julio de 2021].

¹⁰³ El complemento se regula en el art. 60 LGSS, en la redacción dada por la Ley de Presupuestos generales del Estado de 2016, que también reconoce el mismo complemento a las Clases pasivas del Estado (DA 18 de la Ley de Clases pasivas del Estado, RD leg. 670/1987, de 30 de abril). Tal precepto fue modificado mediante la RD Ley 3/2021 de 2 de febrero por el que se adoptan medidas para la reducción de brecha de género y otras materias en los ámbitos de Seguridad Social y económico.

asignar un complemento solo a las mujeres, excluyendo incondicionalmente a los hombres, perpetuando roles de género tradicionales. Tal y como se destacó, en su día, por un sector doctrinal¹⁰⁴, ello contravenía la jurisprudencia del TJUE (*asunto Roca Alvarez*¹⁰⁵ y *asunto Maïstrellis*¹⁰⁶). Precisamente por ello, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias (Sala Social), planteó cuestión prejudicial ante el TJUE, por sospecha de discriminación directa de un hombre viudo y padre de cuatro hijos al que se le negó el acceso al complemento, por no ser mujer, a pesar de haber probado que se había dedicado personalmente de la crianza de sus hijos tras el fallecimiento de la madre biológica de los descendientes, desde hacía muchos años¹⁰⁷. Finalmente, el TJUE declaró que el complemento por maternidad español incurre en discriminación directa por razón de sexo¹⁰⁸, pues teniendo en cuenta la finalidad del complemento hombres y mujeres se hallan en una situación comparable por lo que no existe justificación objetiva y razonable para la exclusión de los hombres¹⁰⁹. No obstante, y aunque parezca paradójico, este es un ejemplo de la masculinidad del derecho, porque a pesar de la exclusión legal del varón al acceso del complemento (discriminación directa), late, además, una discriminación indirecta respecto de las mujeres porque perpetúa la asignación de roles sexistas y además, la configuración de la bonificación se limitaba a conceder a las mujeres un plus al final de su carrera laboral, sin aportar remedio alguno al problema de las madres trabajadoras durante su carrera profesional para disminuir las brechas laborales y de pensiones vinculadas a la práctica de cuidar familiares.

¹⁰⁴ Ballester Pastor, M.A., "Análisis crítico de la trasposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación", *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº 30, 2016, págs. 45 y 46.

¹⁰⁵ STJUE de 30 de septiembre de 2010, C-104/2009.

¹⁰⁶ STJUE de 16 de julio de 2015, C-184/2014.

¹⁰⁷ Auto de 7 de diciembre de 2018 de la Sala Social TSJ Canarias (Las Palmas), Recurso nº 850/2018 que ha sido admitido y a la fecha de este artículo está pendiente de resolución por el TJUE. Disponible en:

<http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=8602549&links=%22850%2F2018%22&optimize=20181227&publicinterface=true>

¹⁰⁸ STJUE 12 diciembre 2019 (C-450/18).

¹⁰⁹ La STSJ Canarias (Sala Social) estimó el recurso planteado por el padre viudo en fecha 20 de enero de 2020 (Rec.850/2018), reconociéndose su derecho a acceder al complemento por maternidad solicitado.

Finalmente, tras el varapalo europeo, el art. 60 de la LGSS fue modificado por el Real Decreto-Ley 3/2021 de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, permitiéndose el acceso al complemento, ahora denominado “complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, en determinados casos, también a los hombres.

3. Tercera etapa. El derecho tiene género

El derecho funciona para crear género, definiéndose, según Carol Smart, “como uno de los sistemas (discursos) que produce no solo las diferencias de género, sino formas específicas de diferencias polarizadas. El derecho se ve como creando ambos sujetos con género y también subjetividades o identidades a las cuales el individuo deviene atado o asociado”¹¹⁰. Por tanto el discurso jurídico tiene incorporada la división sexual en lo más profundo del razonamiento jurídico, de tal manera que unas mismas prácticas significan diferentes cosas para los hombres y las mujeres.

Siguiendo a Frances Olsen, nuestro pensamiento está estructurado en dualismos, sexualizados y jerarquizados, de modo que el dualismo identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro (femenino) es considerado inferior o negativo. El derecho toma como “valores sociales” dignos de protección los dualismos asignados a lo masculino. Por ello el derecho tiene como referente de lo humano, lo objetivo, lo neutro y lo racional, los valores asociados a lo masculino, y desprecia, distingue o excluye las experiencias, preocupaciones o expectativas asociadas a la feminidad. Se podría decir que esta etapa interseca con la anterior, pues el talante masculino de la ciencia jurídica cohabita en la actualidad con la perpetuación de categorías dogmáticas, asignadas a lo masculino y a lo femenino.

¹¹⁰ Gil Ruiz, A., alude a esta frase de Carol Smart en “La mujer en el discurso jurídico: una aportación desde la Teoría crítica del Derecho”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 30, 2016, pág.13.

-Un ejemplo de lo anterior es la histórica ausencia de tipificación penal o sanción laboral del acoso sexual¹¹¹, que mayoritariamente afecta a las mujeres.

-Hasta la Ley Orgánica 3/1989 de 21 de julio, no se introdujo el delito de impago de las pensiones y el delito de malos tratos familiares, que de igual modo afecta mayoritariamente a las mujeres (víctimas).

Y como ejemplos actuales y vigentes, pueden referirse los siguientes:

-El referente o patrón del estándar de diligencia civil de nuestro CC fijado en la figura del *buen padre de familia*¹¹².

- La creación jurídica de la categoría de “*mala madre*”, que se ha traducido históricamente en leyes que, de un lado, dificultaban la evitación del embarazo a mujeres solteras, y, de otro lado, establecían un vínculo entre sexo y reproducción, incrementando así la maternidad forzada¹¹³.

¹¹¹ El delito de acoso sexual fue regulado por primera vez en el Código penal de 1995.

¹¹² El concepto de “*diligencia del buen padre de familia*” aparece en numerosas ocasiones nuestro vigente Código civil, entre otros, en los siguientes artículos: art. 270 CC (tutela); art. 1.094 CC (cumplimiento obligaciones); art. 1.104 CC (culpa o negligencia del deudor cuando la obligación no haga referencia expresa a la diligencia que ha de prestarse); art. 1.555 CC (obligaciones del arrendatario); art. 1889 CC (gestor oficioso de negocios ajenos); y el 1.903 CC (obligaciones derivadas de la culpa o negligencia), art. 497 (en relación con la diligencia del usufructuario) o el art. 1719 CC (obligaciones del mandatario).

¹¹³ La sentencia del Primer juzgado especializado en lo Constitucional de Lima (Perú), dictó resolución de 2 de julio de 2019 en acción de amparo planteada por una ciudadana frente al Ministerio de Salud para que se ordenase a este Ministerio a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo de emergencia (píldora del día siguiente- Levonorgestrel-) en todos los Centros de salud del Estado. La sentencia aplica los criterios establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en materia de autodeterminación reproductiva de las mujeres y de protección de su salud. Igualmente revisa los criterios establecidos por la propia Corte Constitucionalidad revisándolos en aplicación del control de convencionalidad. En el fallo se recogen dos condenas explícitas al Ministerio público demandado: De un lado se decide inaplicar los fundamentos interpretativos respecto de “la concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional de Perú, por ser contrarios a los estándares establecidos por la Corte Interamericana. Y, de otro lado, se condena a la Administración demandada a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia en todos los centros de salud del Estado.

- La histórica reticencia jurisprudencial al reconocimiento de la eximente de legítima defensa y, en cambio, la tendencia al reconocimiento judicial del trastorno mental transitorio¹¹⁴.
- La atenuante de dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento¹¹⁵ tiene un impacto negativo de género desproporcionado en el caso de los delitos sexuales, donde las condenas recaen mayoritariamente sobre los hombres,¹¹⁶ siendo las víctimas mayoritariamente mujeres¹¹⁷.
- El carácter excepcional de todo lo relacionado con lo femenino en el ordenamiento jurídico laboral. Un ejemplo paradigmático en el ámbito laboral es el (mal) tratamiento jurídico de las prestaciones de género, especialmente la prestación por riesgo durante la lactancia natural y durante el embarazo¹¹⁸, en relación con otras, como la incapacidad temporal (enfermedad). En primer lugar, las prestaciones de género carecen de un procedimiento urgente, exento de reclamación previa, que agilice su resolución judicial, como sí sucede con la baja por enfermedad¹¹⁹, lo que convierte las sentencias, incluso cuando son

¹¹⁴ Gil Ruiz, J., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 226 a 229.

¹¹⁵ El art. 21.6 del CP recoge, entre las circunstancias atenuantes, “La dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, siempre que no sea atribuible al propio inculpado y que no guarde proporción con la complejidad de la causa”.

¹¹⁶ Según los datos del INE, en 2018, hubo un total de 408 condenas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, de los cuales 401 recayeron sobre hombres y 7 sobre mujeres. Disponible en: <https://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=28750&L=0>, consultada el 2 de enero de 2020.

¹¹⁷ La sentencia nº 554/2019 de la AP de Sevilla, de fecha 20 de diciembre de 2019, redujo de siete a dos años la condena por abusos sexuales del ex decano de la Facultad de Ciencias de la Educación de la Universidad de Sevilla, por abusar de tres profesoras. Se aplicó en este caso la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas.

¹¹⁸ Artículos 188 y 189 LGSS (lactancia natural). Artículos 186 y 187 LGSS (embarazo) y arts. 31 y ss. del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

¹¹⁹ La regulación procesal del procedimiento de prestaciones de Seguridad Social se encuentra en los artículos 140 a 147 de la LRJS, en los que se encuadra la reclamación de prestaciones de género. Al contrario que otros procedimientos especiales (IT, derechos de conciliación, vacaciones, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, etc.), las prestaciones de riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia o por nacimiento y cuidado del menor, no son procedimientos urgentes, lo que conlleva irremediabilmente dada la sobrecarga judicial, a que cuando se resuelven ya ha cesado la causa motivadora de la reclamación, que tiene una

estimatorias, en una victoria pírrica, por haberse superado con creces el periodo de embarazo o lactancia (nueve meses)¹²⁰, lo que impide la restauración *in natura* del derecho, que va más allá de lo económico y tiene repercusiones no solo para la madre sino también para el *nasciturus* o, en su caso, el bebé lactante¹²¹. De igual modo, debe destacarse desde un punto de vista sustantivo, el tratamiento restrictivo y excluyente dado a estas prestaciones en el RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Las prestaciones por riesgo durante la lactancia o el embarazo son sustitutivas de las retribuciones salariales y se abonan durante el periodo de suspensión de la relación laboral en aquellos casos en los que el trabajo resulta incompatible con el estado de gestación o con la lactancia natural porque puede ser perjudicial para la madre o *el nasciturus*¹²². Como ejemplo, cabe citar las sentencias del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de junio de 2019 (Rec.223/2019)¹²³ y de 20 de julio de 2016 (Rec. 506/2016)¹²⁴, ambas en materia de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural.

duración determinada y no superior a 9 meses. Esta cuestión fue referida expresamente en la STSJ de Canarias (Las Palmas), de fecha 20 de julio de 2016 (Rec. nº 506/2016) y más recientemente en la sentencia de esta misma Sala de 7 de junio de 2019 (Rec. 223/2019), en materia de prestaciones por riesgo durante la lactancia.

¹²⁰ Según un Informe del CGPJ español de septiembre 2014 (correspondiente al año 2013), el 43,53% de los órganos judiciales superan el 150% de las cargas de trabajo razonables, y un 23,64% se sitúa por debajo del 100%, por lo que hay otro 32,83% que se halla entre el 100% y el 150%. Estos valores evidencian que una mayoría alarmante del 76,36%, de los/as jueces/as de este país ejercen sus funciones jurisdiccionales en condiciones tóxicas desde un punto de vista psicosocial. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Estudios/Informe-organos-que-sobrepasan-el-150--de-la-carga-de-trabajo--Datos-a-31-12-2013> [Consultada el 19 de julio de 2021].

¹²¹ La sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 7 de junio de 2019 (Rec. 223/2019) refleja muy claramente esta situación, pues la resolución judicial por la que se reconocía a la madre trabajadora el derecho a las prestaciones por riesgos durante la lactancia fue dictada más allá de los 9 meses protegidos legalmente a efectos de lactancia. En la misma línea, la sentencia del TSJ de Canarias de 26 de abril de 2016 (Rec. 121/2016), en materia de prestación por riesgo durante el embarazo que fue dictada más de tres años después del producirse el parto de la madre reclamante y la sentencia del TSJ Canarias de fecha 20 de julio de 2016 (Rec. 506/2016), en reclamación de prestaciones por riesgo durante la lactancia natural dictada mucho más allá de los 9 meses protegidos por la ley.

¹²² Artículos 186 (lactancia natural) y 188 (embarazo) de la LGSS en relación con el art. 26.3 y 4º de la LPRL.

¹²³ Se trataba de una trabajadora médica pediatra que reclamaba frente a su empresa (Servicio Canario de la Salud) y la Mutua, el acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia

- La protección sesgada de las prestaciones familiares en su modalidad contributiva¹²⁵, que en los casos de excedencias por cuidado de menores u otros familiares, así como reducción de jornada también por razones familiares, se complementan las cotizaciones hasta el 100% durante determinados periodos protegidos pero tal prestación contributiva queda limitada a determinadas pensiones y prestaciones: jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Se dejan fuera, así, prestaciones como la IT lo que puede generar perjuicios económicos directos a las personas que cuidan, si, por ejemplo, tras volver a su jornada ordinaria inician un proceso de incapacidad Temporal¹²⁶.

natural. El caso es que la madre se reincorporó al trabajo, tras dar a luz y disfrutar de su permiso por maternidad, y a partir de entonces su bebé perdió peso y empezó a tener dificultades para la correcta alimentación (intolerancia a tetinas artificiales), por lo que se le prescribió la lactancia materna como medio exclusivo para la ingesta calórica. La lactancia a demanda no tiene horario y era incompatible con los requerimientos profesionales de la trabajadora, y por ello solicitó las prestaciones sustitutivas del salario. No obstante, le fueron denegadas forzando a la madre a solicitar una excedencia, lo que supuso su destierro profesional y retributivo.

¹²⁴ En este caso, la entidad gestora de las prestaciones (Mutua) había denegado a la operaria, enfermera asistencial, el abono de las prestaciones por riesgo durante la lactancia, apelando a la posibilidad de la operaria extraerse artificialmente la leche y conservarla durante veinticuatro horas a determinada temperatura. Igualmente se afirmaba que en la zona de trabajo se disponía de neveras, a pesar de reconocerse que el avión o helicóptero era su zona de trabajo habitual. La sentencia de la instancia estimó la demanda y reconoció el derecho de la actora y aunque la Mutua interpuso recurso de suplicación, el TSJ confirmó la sentencia dadas las dificultades existentes en la prestación de servicios de la actora para compatibilizarlo con el derecho a la lactancia, resaltando que la lactancia no puede degradarse a un “proceso mecánico industrializado” y se recuerda que: “es un período de la vida en el que la madre ofrece al recién nacido un alimento adecuado a sus necesidades, la leche materna, no sólo considerando su composición sino también en el aspecto emocional, ya que el vínculo afectivo que se establece entre la madre y su bebé constituye una experiencia especial, singular y única(..)”. En la misma línea, la Sentencia de 26 de abril de 2016(Rec. 121/2016). En esta ocasión sobre prestaciones por riesgo durante el embarazo.

¹²⁵ Art. 237 de la LGSS.

¹²⁶ La sentencia de la Sala Social del TSJ de Andalucía (Sevilla) de fecha 6 de junio de 2019 (Rec. 550/2016), resolvió un caso en el que una trabajadora inició proceso de Incapacidad Temporal derivado de contingencia común, al mes siguiente al haberse reincorporado a su jornada ordinaria, tras haber utilizado un permiso de reducción de jornada por guarda legal de un menor. El caso es que, dado que el cálculo de la base reguladora debe realizarse a tenor de la cotización por contingencias comunes del mes anterior, una interpretación formalista de la norma hubiera determinado una prestación reducida a la actora. No obstante, el Tribunal hace una interpretación con perspectiva de género del Decreto 1646/1972 aplicable (preconstitucional), para adecuarlo al art. 14 de la CE y a la Ley de Igualdad 3/2007, llegando a la conclusión de que el cálculo de la base reguladora a tener en cuenta para el cálculo de la prestación de Incapacidad temporal de la trabajadora debe ser a jornada completa y no reducida.

-También en el ámbito laboral, el tratamiento que se da al tiempo dedicado a los cuidados familiares, que más allá de los escasos periodos de protección (prestaciones familiares) es un elemento de discriminación para las personas que no dejan de cuidar a otras. Ello a pesar de que la práctica de cuidar aporta habilidades y destrezas¹²⁷ que incrementan la inteligencia emocional de las personas¹²⁸. Por tanto, existe un claro desprecio legal por el tiempo dedicado a los cuidados familiares, a los que se niega valor social, económico y curricular, pese a que se trata de un trabajo imprescindible para la economía, la sociedad y para la vida, sostenido mayoritariamente por las mujeres¹²⁹. El impacto negativo de género es incuestionable a tenor de las estadísticas¹³⁰, y ello se traduce en la brecha salarial y de pensiones¹³¹ o, en el mejor de los casos, en el uso de herramientas contractuales de conciliación laboral y familiar, como es el contrato a tiempo parcial.

¹²⁷ Según la profesora Irene Comins, las estrategias utilizadas tradicionalmente por las mujeres en la resolución de los conflictos no son violentas y se sustentan sobre tres ejes sustanciales: La atención a la multiplicidad, teniendo en cuenta las especificidades de cada conflicto y las necesidades de cada parte. La no existencia de ganadores ni perdedores. Todas las partes deben quedar satisfechas, para evitar nuevos conflictos. La prioridad está en la atención a las necesidades y no en la aplicación de los castigos (Comins Mingol, I., *Filosofía del cuidar: una propuesta coeducativa para la paz*. Barcelona: Icaria, 2009, págs. 2 y 3).

¹²⁸ Las investigaciones de la psicóloga Carol Gilligan evidenciaron que las mujeres tienen un desarrollo moral diferente al de los hombres como consecuencia de su socialización. Ellas son más aptas para el cuidado, pero no por razones biológicas sino por la vía del aprendizaje social. Se trata de una construcción de género, no de un rasgo de género, aparejada al rol de madres y cuidadoras que se les asigna por nacer mujeres. Por ello, la categoría de género en este caso, puede sernos de gran utilidad en la comprensión de los conflictos (Gilligan, Cl., *In a Different Voice Psychological Theory and Women's Development*. Harvard University press, 1982).

¹²⁹ Un estudio publicado en 2017 y realizado en los países de la OCDE muestra la cronificación de las brechas de género del trabajo doméstico. Las mujeres dedican de media, el doble de tiempo que los hombres a las tareas del hogar. Disponible en: http://www.eldiario.es/nidos/brecha-domesticas-mujeres-dedican-hombres_0_691181621.html [Consultada el 19 de julio de 2021]

¹³⁰ Las mujeres realizan el 76'2% del trabajo no remunerado de cuidados de todo el mundo (OIT-2018). En la UE la tasas de empleo entre mujeres y hombres aumenta tenor del número de hijos/as, siendo en el caso de personas con tres o más hijos del 58% para las madres frente al 85% en el caso de los padres (INE y Eurostat 2020).

¹³¹ En la UE el promedio de la brecha salarial está en un 14'8 %. En los puestos directivos la brecha asciende hasta el 23%. (INE y Eurostat 2020).

- La mayor penalización contributiva aplicada al contrato a tiempo parcial, tanto en el cálculo de cotizaciones como en el acceso a las prestaciones y pensiones del sistema de la Seguridad Social, al tratarse de un tipo de contrato utilizado mayoritariamente por las mujeres como herramienta legal para conciliar trabajo y familia¹³².

-Menor protección social en trabajos feminizados, por ejemplo, el trabajo doméstico (sistema especial), carente en la actualidad de derecho a desempleo o a prestaciones del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA)¹³³.

¹³² El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones sobre el sistema de cálculo español de cotizaciones para el acceso a las pensiones, en los contratos a tiempo parcial, declarando que puede incurrir en discriminación indirecta por razón de sexo: STJUE de 22 de noviembre de 2012 (C-385/11), caso Elbal Moreno y STJUE de 8 de mayo de 2019 (C-161/18) caso Villar Laiz. En ambos casos, el Tribunal Constitucional español respondió pronunciándose mediante sentencias que anulaban el correspondiente sistema de cálculo de cotizaciones en el trabajo parcial. La primera vez lo hizo en la STC 61/2013 de 14 de marzo de 2013 (cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Tribunal) y más recientemente mediante la STC de fecha 3 de julio de 2019 (Cuestión interna de inconstitucionalidad). En esta última se declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “de jubilación y” del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 12 de esta resolución. Os adjuntamos esta sentencia. En síntesis, considera el Tribunal Constitucional que la actual regulación del coeficiente de parcialidad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por el inciso segundo del art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial a los que se aplique la disposición adicional séptima LGSS 1994 deberá realizarse sin tomar en consideración el referido coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo. Modula, ello no obstante, el alcance de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad y, siguiendo la doctrina recogida, entre otras muchas, en las SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, 180/2000, de 29 de junio, FJ 7, 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8, y 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7, establece que no solo habrá de preservarse la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente, en virtud del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la modulación de los efectos de dicho pronunciamiento se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes. Respecto al impacto adverso de género del uso de la contratación parcial, en la UE casi un tercio de las mujeres ocupadas trabajan a tiempo parcial, así en 2019, el 30% de las mujeres ocupadas lo estuvo a tiempo parcial frente al 8% en el caso de los hombres. (INE y Eurostat 2020).

¹³³ Aunque a partir de la Ley 27/2011 el viejo régimen especial de “empleados domésticos” fue integrado como un sistema especial, en el acogedor Régimen General de la Seguridad Social, mejorándose algunas de sus precarias condiciones de trabajo tras la reforma introducida por Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre, todavía en la actualidad las desigualdades que afectan a estas trabajadoras son incuestionables: carecen de derecho a prestaciones o subsidios por desempleo, convirtiéndose así en el último colectivo desterrado de esta protección laboral. Tienen diferente cobertura en materia de Incapacidad Temporal respecto de las restantes profesiones y regímenes. No se les aplica el beneficio de integración de las lagunas en el cálculo de la base reguladora de pensiones, con el consecuente impacto negativo en la cuantía a percibir. No disponen de la modalidad de jubilación anticipada. Disfrute

IV. MÉTODOS DE ANÁLISIS JURÍDICO FEMINISTAS

La crítica feminista del derecho ha tenido una clara influencia en la evolución del derecho a la igualdad de sexo/género que ha transitado desde la igualdad formal (igualdad de trato) defendida por el feminismo liberal, a la igualdad material (igualdad de hecho), esta última como estrategia adoptada por el llamado “feminismo radical”, que defiende el reconocimiento de una identidad femenina específica¹³⁴. Ambas dimensiones recogen el dilema feminista entre la igualdad y la diferencia, “Dilema de Wollstonecraft”¹³⁵. La lente de este dilema es un concepto útil para entender el difícil camino de las mujeres hacia la igualdad vinculada a la diversidad femenina. Según este dilema, las dos rutas que las mujeres han seguido en su lucha por una ciudadanía plena, son problemáticas. Un camino busca la extensión a las mujeres de los derechos de ciudadanos masculinos (lucha por la igualdad); el otro, defiende que las mujeres, poseen habilidades, intereses y necesidades que requieren una ciudadanía distinta de la que tienen los hombres (diferencia). Según la lógica de este dilema, definir a las mujeres como iguales a los hombres significaría

fraccionado del periodo anual de vacaciones. Se les aplica una jornada laboral de 40 horas de trabajo efectivo, además de los tiempos de presencia a disposición del empleador que pudieran acordarse. Se mantiene el desistimiento del empleador como causa de extinción contractual y en caso de despido improcedente la indemnización se reduce a 20 días por año de servicio con el límite de 12 mensualidades. Están excluidas de la protección del Fondo de Garantía Salarial. Ausencia de garantías de privacidad, ni formación ni directrices de salud laboral de la persona trabajadora, etc.

¹³⁴ Pons Parera, E., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”, en Sánchez Urrutia, A. y Pumar Beltran, N., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, cit., pág. 43.

¹³⁵ Este dilema fue referido por primera vez por Carole Pateman, y según explica Emanuela Lombardo en su capítulo “La política de género de la UE: ¿Atrapada en el “Dilema de Wollstonecraft”?”, incluido en *Género y Derechos Humanos* (2002): “Le dio el nombre por la escritora inglesa, Mary Wollstonecraft, que vivió entre 1759 y 1797 y quien, durante el período de intensos debates tras la Revolución Francesa, escribió una de los primeros textos feministas, titulado *Vindication of the Rights of Women* (1792). Este libro trata la cuestión de extender los derechos de ciudadanía a las mujeres. La posición de Wollstonecraft se distingue de la de las teóricas feministas de su época, que pedían una ciudadanía igual a la de los hombres. Según Wollstonecraft, las mujeres son distintas de los hombres, y la ley debe reconocer las diferencias. El trabajo no pagado de las esposas/madres es equivalente al trabajo pagado de sus maridos. Ambos papeles son fundamentales para la sociedad, y por lo tanto la sociedad debe reconocer ambos, concediendo derechos de ciudadanía tanto a mujeres como a hombres.”

aceptar una ciudadanía patriarcal¹³⁶, basada en características masculinas, de modo que las mujeres serían definidas bajo el concepto de “*hombres inferiores*”¹³⁷. En la base de este dilema se encuentra el histórico debate entre igualdad y diferencia que ha acompañado el discurso feminista desde sus orígenes, partiendo de un concepto de “ciudadanía” que no se ha transformado para acomodar la experiencia histórico-social de las mujeres junto a la de los hombres.

Por ello, la filósofa Adriana Cavavero¹³⁸ ha criticado la homologación jurídica de las diferencias realizada a través de la abstracta afirmación de la igualdad jurídica, que se alza sobre la base de una ficción y por tanto de un “como si” (las mujeres no existieran, que el género humano no estuviera compuesto de varones y mujeres, o que las mujeres fueran iguales a los hombres), es decir, de una hipótesis empírica que niega o ignora las diferencias y hace indebida abstracción de ellas. De este modo, es claro que la igualdad, al configurarse como un hecho, es una mistificación.

Oddny Mjöll Arnardóttir¹³⁹ distingue entre un modelo de igualdad formal (*formal equality approach*) y los que denomina modelos sustantivos de igualdad: el modelo sustantivo de la diferencia (*substantive difference approach*) y el modelo sustantivo de la desventaja (*substantive disadvantage approach*). Estos últimos tienden a superar las deficiencias de un modelo puramente formal, que no ha conseguido eliminar las desigualdades de hecho entre hombres y mujeres y la discriminación de estas. El primero de los modelos sustantivos establece algunas diferencias de trato para conseguir la igualdad de hecho. Tiende a la igualdad de resultados y, para ello, admite la existencia de

¹³⁶ Sobre el concepto de patriarcado véase: Walby, S., *Theorizing Patriarchy*, Oxford, Blackwell, 1990.

¹³⁷ Pateman, C., *The Disorder of Women: Women, love and the Sense of Justice*, Ed. The University of Chicago Press, Chicago, 1980, pág. 197.

¹³⁸ Cavavero, A., “Per una teoría della differenza sessuale” en *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán, 1987, págs. 43 y ss.

¹³⁹ Carmona, E., “La igualdad de género en el Tribunal europeo de derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al TJUE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº. 104, mayo-agosto, 2015, págs. 323 y 324.

discriminaciones indirectas y legitima la adopción de medidas de acción positiva. El modelo sustantivo de la desventaja desarrolla estos postulados y los lleva a sus últimas consecuencias. Se centra en un análisis de las relaciones de poder entre hombres y mujeres que funcionan realmente en una sociedad. Aspira más claramente a la igualdad de resultados y a la erradicación de prácticas y políticas que aumentan o mantienen la desventaja. Este enfoque no ve las herramientas y técnicas para lograr este cambio como excepciones a la regla de la igualdad formal, sino que afirma simplemente que algunas situaciones requieren eliminar las estructuras socio-políticas discriminatorias. Se incorporan así las construcciones más recientes, como son la perspectiva de género y la discriminación múltiple.

Encarna Bodelón¹⁴⁰, jurista y experta en filosofía del derecho, califica de androcentrismo jurídico la conceptualización de la violencia de género en el ordenamiento jurídico español, al restringirse al ámbito de las relaciones afectivas excluyendo otras formas de violencia de género reconocidas por el derecho internacional¹⁴¹. La idea de que la protección de los derechos de las mujeres está garantizada en el Código Penal por la igualdad formal, olvida que tal código se confeccionó sin incluir las violencias más frecuentes que sufren las mujeres, las violencias machistas. Por ello, según esta autora, el derecho moderno no puede tratar como una simple lesión agravada por el parentesco, la violencia machista en el ámbito de la pareja, sino que debe entenderse como un problema de subordinación social, lo que exige aceptar tres elementos que deberían caracterizar cualquier comprensión jurídica de la violencia de género:

-la violencia es una manifestación de la discriminación social de una estructura desigual y opresiva contra las mujeres;

-la violencia contra las mujeres tiene diversas manifestaciones, pero se trata de un fenómeno único;

¹⁴⁰ Bodelón, E., "Violencia institucional y violencia de género", en *Violencia Institucional de género, Revista Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada Anales de la Cátedra Francisco Suarez, nº 48, 2014, págs. 137 y 138.

¹⁴¹ En referencia clara al Convenio de Estambul y la CEDAW.

-las intervenciones jurídicas, especialmente las que provienen del ámbito penal, pueden incluir prácticas de violencia institucional hacia las víctimas, lo que se traduce en que la intervención jurídica debe realizarse partiendo de la consideración del Estado como posible agente productor y reproductor de violencia hacia las mujeres.

De este modo, el iusfeminismo¹⁴² ha permitido verificar, según Lousada¹⁴³, una discriminación sistémica, institucional y difusa en las relaciones jurídicas de difícil detección según unas leyes de igualdad basadas en la idea de comparación u homologación con un patrón construido sobre lo masculino, lo que perpetúa desde el ámbito jurídico las asimetrías sociales existentes de origen entre sexos. La diferencia sexual tiene relevancia jurídica, porque existe opresión y dominio social y, por ello, debe hablarse de las mujeres, en el discurso jurídico, si se quiere hacer frente al dominio social que se ejerce sobre ellas y superarlo¹⁴⁴. Ello es así porque la extensión a las mujeres de derechos pensados para los hombres conduce a nuevas desigualdades y porque no es posible reconocer a las mujeres -si no es aparentando reconocer privilegios- derechos ausentes en un modelo masculino. Por ello, 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 la política, etc.- mientras las mujeres no adquieren por el solo hecho de serlo ese poder, situándose en una clara posición de subordinación¹⁴⁵.

¹⁴² Torres Díaz, M.C., “Justicia y género: de la teoría iusfeminista a la práctica judicial”, disponible en: <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2017/04/05/justicia-y-genero-de-la-teoria-iusfeminista-a-la-practica-judicial-maria-concepcion-torres-diaz/>. [Consultada el 19 de julio de 2021].

¹⁴³ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 62.

¹⁴⁴ Rubio, A., “Haciendo real el principio de igualdad. Interpretación con perspectiva de género”, Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: *Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales* (CU16017), 19, 20 y 21 de octubre de 2016.

¹⁴⁵ *Íbid.*

En este sentido, según la jurista italiana Tamar Pitch¹⁴⁶:

“el derecho se concibe de dos modos, según un modelo masculino y uno femenino, este último originado por las percepciones masculinas acerca de cómo son las mujeres o de cómo deberían ser”.

Por ello, propone la deconstrucción de la estructura normativa tradicional, mediante una construcción alternativa, con alteración de los límites dados, introducción de nuevos temas e implosión de las viejas estructuras.

Esta visión crítica feminista reprocha las pretensiones universalistas contenidas en el contractualismo clásico, excluyente de las mujeres, tal y como pone de manifiesto Benhabib¹⁴⁷:

“Las teorías morales universalistas occidentales desde Hobbes hasta Rawls son sustitucionalistas en el sentido de que el universalismo que defienden es definido subrepticamente al identificar las experiencias de un grupo específico de sujetos como el caso paradigmático de los humanos como tales. Estos sujetos son adultos blancos y varones, propietarios o al menos profesionales. Quiero sustituir el universalismo sustitucionalista por el universalismo interactivo. El universalismo interactivo reconoce la pluralidad de modos de ser humano y diferencia entre los humanos sin inhabilitar la validez moral y política de todas estas pluralidades y diferencias”.

En la misma línea, Ana Rubio se pronuncia firmemente sobre el mito de la imparcialidad del derecho, lo que nos debe llevar a adoptar un enfoque crítico del mismo:¹⁴⁸

¹⁴⁶ Pitch, T., *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Ed. Trotta, Madrid, pág. 262.

¹⁴⁷ Benhabib (1990:127), cit. por Collantes Sánchez, B. , *Evaluación del impacto de género en la normativa comunitaria, estatal y autonómica andaluza*, 2012 [tesis doctoral inédita]. Universidad de Córdoba, pág. 4.

“En la medida en que los varones ejercen el poder social y estatal y su voluntad es la voluntad general que se expresa en la ley.... Es así como la voluntad de una parte de la sociedad se eleva a moralidad y se identifica con la racionalidad jurídica. La norma neutra, abstracta crea, a continuación, el mito de una voluntad elevada y omnipresente que acaba institucionalizando el poder de una parte de la sociedad sobre todos los seres humanos que la integran”.

Según esta filósofa, los mitos y el sexismo, al igual que el racismo, están muy presentes en el discurso y la cultura jurídica. Se trata de irracionalidades que penetran en el proceso a través de la ley (conceptos erróneos), de los precedentes judiciales (doctrina judicial que se opone al contenido de la ley en materia de igualdad de género), del sistema de creencias de los y las juristas (ideas mitificadas sobre familia, la maternidad, el cuidado...) o de los informes técnicos¹⁴⁹.

Katherine Barlett y Rossane Kennedy¹⁵⁰ fueron más allá y enunciaron métodos de desmasculinización del derecho, que nos ayudan a integrar la perspectiva feminista en los métodos de análisis jurídico tradicionales. Proponen los siguientes cuatro métodos de abordaje en el análisis del conflicto jurídico:

- “*Asking woman question*”. Parte del hecho de que las mujeres siguen siendo tratadas como ciudadanas de segunda categoría, también en el derecho. Para

¹⁴⁸ Rubio Castro, A., “Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la violencia contra las mujeres: un conflicto de valores”, en AA.VV., Análisis jurídicos de la violencia contra las mujeres, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2004, pág. 23.

¹⁴⁹ *Ibíd.*, pág.10.

¹⁵⁰ Barlett, K., y Kennedy, R., *Feminist legal Theory: Readings in law and gender*, Ed. Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991. A través del estudio de Arantza Campos Rubio, “Teoría feminista del Derecho. Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del derecho y a la experiencia jurídica”, en “Mujeres y derecho pasado y presente: I Congreso Multidisciplinar de centro-Sección de Bizkaia, Facultad de Derecho”, EHU-UPV, 2008, págs. 206 a 216. Disponible en: <https://www.te.gob.mx/genero/media/pdf/4308d969117e600.pdf> [Consultada el 19 de julio de 2021].

ello utiliza la técnica de la deconstrucción que permite mostrar como textos aparentemente neutrales, no lo son, ni en la teoría ni en la práctica.

Este método nos puede ser de utilidad en la detección de asimetrías jurídicas actuales, como puede ser en la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, que no tiene una proyección igual en los hombres y en las mujeres porque la mujer víctima de violencia de género, por su habitual inferioridad física y presión psicológica (miedo), no se defenderá inmediatamente tras ser agredida lo que dificulta la concurrencia de la legítima defensa¹⁵¹. También, si el autor de un homicidio doloso puede beneficiarse de una atenuante que pone en valor la influencia de una emoción violenta inexcusable, es probable – a tenor de la socialización femenina- que tal beneficio tenga un mayor impacto masculino. Y también nos visibiliza cómo el mayor reproche punitivo en delitos en los que existe violencia tiene un impacto desigual entre hombres y mujeres, debido a la socialización sexual, y también en la infancia o adolescencia, por la facilidad que pueden tener determinados familiares para doblegar su voluntad sin necesidad de usar la violencia¹⁵².

- *Feminists practical reasoning* o razonamiento feminista para ampliar la racionalidad de las interpretaciones judiciales, desde la experiencia femenina. Según Barlett, en las decisiones de los tribunales subyace una dinámica interpretativa que no es favorable a las mujeres y este método saca a la luz, lo que aparentemente es una mera aplicación neutral del derecho. En estos casos, la utilización de métodos contextualizados puede evidenciar las injusticias y discriminaciones en los razonamientos jurídicos.

Este nuevo razonamiento feminista contextualizado serviría en la aplicación de normas de conciliación laboral y familiar bajo un prisma reforzado (derechos fundamentales), que debe prevalecer en la solución de cualquier duda

¹⁵¹ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág.60.

¹⁵² Arts. 181 y ss. CP (delito de abuso sexual) y arts. 178 y ss. CP (delito de agresión sexual).

interpretativa de legalidad ordinaria, y que no siempre se aplica de esta manera en las instancias judiciales¹⁵³.

También puede ayudar en la valoración de la prueba teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias particulares de la víctima, así como el momento histórico o temporal en el que es analizada la prueba, o se interpretan normas jurídicas de épocas en las cuales la igualdad de género no estaba reconocida¹⁵⁴.

-Consciousness raising o sensibilización social de las mujeres o toma de conciencia de su situación a través de la palabra y el debate sobre ellas mismas y sobre otros grupos afectados por las imposiciones del Derecho. En este proceso se verán diferencias entre las mujeres, pero también muchos puntos en común, facilitando el empoderamiento individual y colectivo¹⁵⁵.

-Posicionality o comprensión del conflicto valorando las conductas de las mujeres desde su situación de exclusión. Este enfoque de análisis es de utilidad, por ejemplo, para valorar la pérdida de oportunidades profesionales de las mujeres por razón del tiempo dedicado a los cuidados familiares, o por haber sido víctimas de violencia de género en el entorno doméstico¹⁵⁶.

¹⁵³ Poyatos Matas, G., “La práctica de cuidar, cargada sobre las mujeres, juzgada con perspectiva de género: nuevos progresos en la doctrina de suplicación”, *Revista del Trabajo y Seguridad Social CEF*, nº. abril 2019, págs. 216 y 217.

¹⁵⁴ Un ejemplo, es la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016), sobre el acceso a la pensión de viudedad de una mujer divorciada y víctima de violencia de género, a la que tanto la Entidad Gestora de las prestaciones (INSS), como el juzgado social denegaron tal derecho, al carecer de sentencias condenatorias por violencia de género. El TSJ, no obstante, llegó a una conclusión divergente, al tenerse en cuenta, como indicios probatorios compatibles con una situación de violencia de género, las numerosas denuncias presentadas por la mujer contra su expareja entre 1995 y 1999 (año en que se produjo el divorcio), sobre todo cuando en los años noventa en España no existían herramientas legislativas como las actuales, para perseguir la violencia de género, que se considerada un problema doméstico y no de orden público.

¹⁵⁵ Como ejemplo, se puede citar en fenómeno #MeToo, que logró unir a miles de mujeres que en algún momento de sus vidas sufrieron acoso.

¹⁵⁶ Como ejemplos podemos señalar la STSJ de Galicia de 14 de julio de 2015 (Rec. 1660/14) y la STSJ Canarias-Las Palmas- de 24 de julio de 2018 (Rec. 271/18), en las que se califica de accidente *in itinere* a efectos de determinar la contingencia profesional de prestaciones por IT, cuando las personas trabajadoras se accidentan ejerciendo su derecho a conciliar, al ir o volver del trabajo.

Hasta aquí, hemos expuesto las diferentes perspectivas feministas en relación con el derecho (“*feminist jurisprudence*”), que han sido promotoras de cambios legales y jurisprudenciales (especialmente desde la jurisprudencia internacional de DDHH) en la transición de la igualdad formal a la igualdad de resultado. Gracias al feminismo jurídico y al impulso desde determinados colectivos minoritarios, la igualdad no quedó petrificada en una fase formal y evolucionó en tres etapas diferenciadas a partir del siglo XX¹⁵⁷. Ello tiene su reflejo en nuestro ordenamiento jurídico, considerándose en la actualidad (las tres igualdades), estrategias más complementarias y acumulativas que contradictorias entre sí ¹⁵⁸. La parte positiva de este proceso dinámico radica en que ha sido necesario conquistar la igualdad formal para averiguar que un derecho formalmente igualitario no asegura la igualdad real.

V. DEL ESTADO LEGAL DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

El Preámbulo de la Constitución española proclama la voluntad de “*consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular*”. La aparición de las constituciones durante el siglo pasado en Europa, produjo cambios sustanciales en la concepción de los derechos. Ello ha tenido dos efectos sustanciales sobre su naturaleza y estructura:

-La validez de las normas se condiciona no solo a la forma de producción sino también a su coherencia con los principios y valores constitucionales (legalidad sustancial).

¹⁵⁷ Primero hacia la igualdad material (acciones positivas, discriminación indirecta) y después hacia la estrategia de transversalidad (*mainstreaming*) en la búsqueda de la igualdad sustancial.

¹⁵⁸ Pons Parera, E., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”, en Sánchez Urrutia, A. y Pumar Beltran, N., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, cit., pág.47.

- Se altera el papel de la jurisdicción que debe adoptar un papel crítico en el análisis, interpretación y aplicación de las leyes de acuerdo con la Constitución, existiendo mecanismos de revisión en caso de contradicción (cuestión de constitucionalidad).

La subordinación de la ley a los principios constitucionales equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en el aseguramiento de la democracia, para la que representa un límite. Por tanto, desde un plano jurídico, cabe hablar de un cambio de paradigma o tránsito del estado legislativo de derecho (positivismo jurídico) donde el principio de legalidad es el criterio exclusivo de identificación del derecho válido, hacia el estado constitucional de derecho (constitucionalismo rígido), en el que una norma formalmente válida y, por tanto, vigente puede ser sustancialmente inválida por incoherencia constitucional. Es lo que según Perfecto Andrés¹⁵⁹, supone un cambio de estructuras tanto desde la perspectiva del derecho como desde la democracia política, pasando de una primera etapa que tuvo como objeto primordial vincular legalmente el poder del juez o la jueza, a una segunda etapa orientada a establecer límites de derecho para la legislación, como resultado del “modelo garantista de la democracia constitucional”, debido a la rígida consagración normativa de los derechos fundamentales, lo que aporta una nueva “dimensión sustancial” que no formaba parte de la realidad positiva.

Además, el derecho es operativo y tiende al cumplimiento de unas finalidades y preferencias muy vinculadas a las aspiraciones sociales del momento y a lo que se ha venido llamando “valores sociales” dignos de protección según los intereses de la comunidad. De este modo, en palabras de Atienza:

“el derecho es una práctica en la que se participa (en la que todos participamos), dotada de una extraordinaria ductilidad (aunque,

¹⁵⁹ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2016, prólogo de Perfecto Andrés Ibáñez, pág. 10.

naturalmente, no carente de límites), y que resulta esencial tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación social”¹⁶⁰.

De igual modo, desde el feminismo, Encarna Bodelón refleja perfectamente la necesidad de abrir la producción del derecho a la acción político-social.

“el feminismo se adelantó históricamente a muchas de las perspectivas jurídicas que se han desarrollado en los últimos años y que confluyen en la necesidad de entender las estructuras jurídicas como una parte de nuestras relaciones sociales, y que por lo tanto, tienen que ser estudiadas y comprendidas con las herramientas de las ciencias sociales (...) el derecho es una herramienta que ha dado soporte durante mucho tiempo a relaciones sociales patriarcales, pero también es una herramienta que ha ayudado a romper estas relaciones”¹⁶¹.

Por tanto, el derecho puede ser una potente herramienta de transformación social y en su interpretación y aplicación participan activamente los tribunales de justicia. En este punto, no pretendemos proporcionar un análisis exhaustivo de las teorías de la argumentación judicial, dada su dimensión y extensión, sino abordarlas genéricamente de forma crítica y conectándolas con la impartición de justicia con perspectiva de género.

1. La teoría jurídica de Dworkin

Según Dworkin¹⁶², toda teoría jurídica debe tener un aspecto descriptivo y otro prescriptivo, porque no solo debe servir para conocer el derecho vigente sino también para auxiliar al juez en su quehacer judicial. Para el autor, los casos

¹⁶⁰ Barrère Unzueta, M., “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminación”, *Anuario de Filosofía del derecho*, nº XXXIV, 2018, pág. 15.

¹⁶¹ *Ibíd.*, pág. 16.

¹⁶² Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 1ª Edición, Ed. Palmeta SA, Madrid, 2012, págs. 13 y ss.

insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. El análisis de los casos difíciles, bien por concurrir normas de aplicación contradictorias o bien porque no existe una norma clara de aplicación, tienen respuesta a través del material jurídico compuesto por directrices y principios. Por ello, se debe exigir a quien juzga la búsqueda de criterios y la construcción de teorías que justifiquen la decisión en coherencia con la teoría y, en su caso, deben efectuar un análisis comparativo de los principios en juego y decidirse por el que tiene más peso, debiendo justificar racionalmente el principio elegido. La filosofía jurídica de Dworkin se fundamenta en que los derechos individuales, especialmente el derecho a igual consideración y respeto, son triunfos frente a la mayoría y garantizarlos, frente a las agresiones de la mayoría y del gobierno, es la función más importante del sistema jurídico. Por ello, se propone un nuevo modelo de función judicial que contrasta con los modelos tradicionales: “el modelo de la respuesta correcta”¹⁶³.

Podría decirse que el análisis Dworkiano no reduce la actividad judicial a una mera operación mecánica, porque debe ser garantizador de derechos, y está subordinado a los principios superiores contenidos en las constituciones. El esquema utilizado por Dworkin para explicar su tesis de los derechos está centrado en el análisis de las controversias judiciales, y podría sintetizarse así:

- a) En todo proceso judicial existe un juez o jueza que tiene la función de decidir el conflicto.
- b) Existe un derecho a vencer en el conflicto, y quien juzga debe indagar para determinar a quien corresponde vencer.

¹⁶³Existen varias concepciones en la historia del pensamiento jurídico: a) El modelo silogístico defendido por el formalismo jurídico, que asigna a quien juzga una labor lógico-mecánica, subordinándose de forma estricta a la letra de la ley bajo la consideración de que, en derecho, todo lo que no está prohibido, está permitido. b) El modelo realista, que parte de la idea del poder político de quien juzga, cuyas decisiones son fruto de sus preferencias personales y de su conciencia subjetiva, de modo que primero decide y luego justifica su decisión mediante normas. Este modelo justifica el apartamiento de la ley del juez o la jueza. c) El modelo positivista de la discreción judicial, defendido por Hart o Bobbio, que parte de la premisa de que el derecho no ofrece respuestas correctas sino una variedad de posibles respuestas por lo que quien juzga debe elegir discrecionalmente entre ellas (Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 1ª Edición, Ed. Planeta SA, Madrid, 2012, pág. 20).

c) Este derecho a vencer existe siempre, aunque no exista norma exactamente aplicable.

d) En casos difíciles, quien juzga debe conceder la victoria a la parte basándose en principios que le garantizan el derecho.

e) Los objetivos sociales están subordinados a los derechos y a los principios que los fundamentan.

f) Quien juzga, cuando fundamenta su decisión en un principio preexistente, no inventa un derecho ni aplica legislación retroactiva: se limita a garantizarlo¹⁶⁴.

En caso de conflicto entre principios, por ejemplo, cuando una parte defiende un principio y la otra parte invoca otro principio diferente pero igualmente válido, Dworkin sostiene que deberá triunfar aquel principio que tenga mayor fuerza de convicción, y en este caso quien juzga deberá justificar racionalmente el principio elegido. En cuanto al derecho individual a la igualdad, al que refiere como derecho a igual consideración y respeto de todos los seres humanos, engloba dos tipos diferentes de derechos: de un lado, el derecho a igual tratamiento, y de otro lado, el derecho a ser tratado como igual que no es el derecho a recibir la misma distribución de alguna carga o beneficio, sino a ser tratado con la misma consideración y respeto que cualquiera¹⁶⁵.

De esta forma, Dworkin propone un nuevo modelo de la función judicial que contrasta los modelos tradicionales, en coherencia con su *tesis de la respuesta correcta*, como garantía de los derechos individuales de las personas. La teoría jurídica de Dworkin no solo tiene funciones cognoscitivas sino también funciones prácticas de adecuación del derecho al cambio social, lo que nos acerca a la justicia con perspectiva de género como garantía de los derechos humanos de las mujeres en situaciones asimétricas, que se traduce en recibir

¹⁶⁴ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, cit., pág.18.

¹⁶⁵ *Ibíd.*, pág.332.

un tratamiento con la misma consideración y respeto, lo que no significa recibir un trato igual.

2. Atienza y el derecho como argumentación

Atienza¹⁶⁶ propone una nueva concepción del derecho (como argumentación) que cobra especial relevancia en las sociedades democráticas y que se añade a los tres clásicos enfoques del derecho: como norma (normativismo), como hecho (realismo jurídico) y como valor (iusnaturalismo), cuyas características son resumidas por el autor ayudándose de una metáfora arquitectónica.

a) La primera perspectiva o estructural busca identificar o encontrar los componentes del edificio jurídico. Esta perspectiva limita el derecho a enunciados o a lenguaje (normativismo jurídico).

b) La segunda, realista o sociológica, está interesada, además de por el lenguaje y las normas, por la funcionalidad del edificio, esto es, para qué sirve cada uno de sus elementos y cómo se inserta el mismo en el conjunto del que forma parte (en la sociedad).

c) La tercera destaca la idealidad del derecho (iusnaturalismo). Es decir, lo que importa no es el edificio ya construido ni el proceso de su construcción, sino los requisitos que tendría que cumplir lo que cabría calificar como edificio modélico (el derecho justo).

d) Y la cuarta perspectiva observa el derecho como argumentación, partiendo del mismo como una técnica para la solución de problemas prácticos. Se trata, por tanto, de una visión pragmática, dinámica y, en cierto modo, instrumental del derecho, como un instrumento de la razón práctica. Este es el enfoque de quien no se limita a contemplar el edificio desde fuera, ni a participar en su construcción con racionalidad técnica, sino con el compromiso de mejorar una

¹⁶⁶ Atienza, M., "El derecho como argumentación", *Isegoría, Revista de Filosofía Moral y Política*, nº 21, 1999, págs. 37 a 47.

obra imperfecta. Lo que da sentido a esta concepción es la idea de que el derecho -el derecho del Estado democrático- es, al menos incoativamente, un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada.

Este último enfoque es, para Atienza, el más adecuado y coherente con el Estado de derecho, que exige que los razonamientos y decisiones de los órganos públicos deban estar racionalmente fundamentadas porque lo que importa no son solo las decisiones sino las razones que sustentan las decisiones. Las razones a su vez pueden ser explicativas, que dan cuenta de la causa y finalidad perseguida en la toma de la decisión y justificativas, que están dirigidas a lograr que la decisión resulte aceptable o correcta. La justificación de las decisiones debe hacerse depender de la autoridad, el procedimiento y también del contenido, lo que exige a quienes aplican las normas razonar mediante la argumentación. La teoría de Atienza conecta con integración de la perspectiva de género judicial, porque supera la teoría formalista del derecho, dando un espacio importante al razonamiento jurídico en la resolución del conflicto en coherencia con las exigencias del Estado constitucional de derecho.

3. Ferrajoli y la “igualdad de las diferencias”

Ferrajoli¹⁶⁷ propugna una nueva construcción del derecho, como un sistema de garantías, donde el/la jurista constitucional queda limitado/a en sus interpretaciones por el deber de motivación. El paradigma del Estado constitucional de derecho (modelo garantista), supone una doble sujeción del derecho al derecho que afecta a dos dimensiones diferentes: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial. Esta nueva concepción de la validez de las normas del Estado constitucional de derecho tiene también su reflejo en el reforzamiento del papel de la judicatura, porque determina un cambio derivado de los desniveles entre normas, que están en la base de la existencia de

¹⁶⁷Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., págs. 22 y ss.

normas inválidas, y también un cambio en la relación de quien juzga con la ley, que ahora solo queda sujeto a la ley, coherente con la Constitución. Dicha sujeción legal se ha puesto de manifiesto reiteradamente por nuestro Tribunal Constitucional, que ha reconocido, desde la STC 25/1981, de 14 de julio, una doble dimensión a los derechos fundamentales: la subjetiva, que supone la atribución de facultades a las personas, y la objetiva, que supone el reconocimiento general de los derechos fundamentales como valores objetivos del orden constitucional. La dimensión objetiva se traduce en la existencia de un deber general de protección y promoción de los derechos fundamentales por los Poderes Públicos que se refleja en la llamada fuerza expansiva de los derechos fundamentales o impregnación de todo el completo orden jurídico por los derechos fundamentales, lo cual exige, singularmente, que la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico sea conforme a la Constitución¹⁶⁸.

Más recientemente, aunque proyectado respecto a la ponderación judicial de la perspectiva de infancia y discapacidad concurrentes en el caso, destacamos la STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021, que estima el recurso de amparo planteado declarando la vulneración del art. 24 CE y la nulidad de las resoluciones judiciales recurridas. Tales resoluciones fueron dictadas en materia de ejecución de títulos judiciales, ordenando el desalojo de la vivienda de una madre y sus hijos menores de edad (uno de ellos discapacitado). En este caso el Tribunal aprecia la vulneración constitucional por la ausencia de ponderación (reforzada) de la afectación a menores de edad y personas con discapacidad. En la fundamentación jurídica de esta importante sentencia, el Tribunal recuerda¹⁶⁹:

“El Tribunal cree procedente destacar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional respecto de la función tuitiva de los órganos judiciales en materias que puedan afectar a menores (así, STC 178/2020, de 14 de diciembre, FJ3), tampoco las limitaciones legales de oposición

¹⁶⁸ Lousada Arochena, F., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 48, 2016, pág. 8.

¹⁶⁹ STC 113/2021 de 31 de mayo de 2021 (FJ 3).

previstas en determinadas normas procesales pueden imponerse con un formalismo rigorista”

En relación al concepto “igualdad” como contrapuesto a “diferencia”, tan analizado desde las teorías feministas del derecho, Ferrajoli¹⁷⁰ distingue cuatro modelos diferentes de configuración jurídica de las diferencias, y, a partir de ellos, de la igualdad y de la diferencia¹⁷¹:

a) El primero, es el de la indiferencia jurídica de las diferencias, en el que no se valoran en sentido positivo o negativo, ni se tutelan ni se reprimen, simplemente se las ignora. En esta teoría, se confina el destino de las diferencias a las relaciones de fuerza, y específicamente, la diferencia sexual se resuelve con la sujeción de hecho de la mujer al poder masculino y en su relegación del papel doméstico al papel doméstico “natural” de la mujer.

b) El segundo, es el de la diferenciación jurídica de las diferencias, que se expresa en la valoración de algunas identidades y en la desvalorización de otras, jerarquizándose. Según este modelo las identidades determinadas por las diferencias valorizadas (sexo, etnia, lengua, religión...) resultan asumidas como *status* privilegiados, fuentes de derechos y de poderes e incluso como base de un falso universalismo modelado únicamente sobre sujetos privilegiados. Este es el paradigma de las primeras constituciones liberales excluyente de las mujeres en materia de derechos políticos y muchos derechos civiles.

c) El tercero, es el de la homologación jurídica de las diferencias o de la serialización. Se trata de un modelo que también valoriza y niega las

¹⁷⁰ Ibid., págs. 74 y ss.

¹⁷¹ Según este autor: “Igualdad” es término normativo: quiere decir que los diferentes deben ser respetados y tratados como iguales y que, siendo esta una norma, no basta con enunciarla, sino que es necesario observarla y sancionarla. “Diferencia(s)” es término descriptivo: quiere decir que, de hecho, entre las personas hay diferencias, que la identidad de cada persona está dada, precisamente, por sus diferencias: las que deben ser tuteladas, respetadas y garantizadas en obsequio al principio de igualdad.” (Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, cit., pág. 79).

diferencias, pero no porque algunas sean concebidas como valores y las otras como desvalores, sino porque todas resultan devaluadas e ignoradas en nombre de una abstracta afirmación de igualdad. De este modo, resultan desplazadas o reprimidas y violadas, en el cuadro de una homologación, neutralización e integración general. Este es el modelo asumido por los ordenamientos liberales que, sin cuestionar la parcialidad del sujeto universalizado, se asume como término “normal” y “normativo” de la relación de igualdad, idóneo para incluir a los demás solo en cuanto homologados con él. De este modo, las mujeres tienen los mismos derechos que los hombres, en cuanto son consideradas o se finge que son como los varones y se asimilan a ellos en los estilos de vida y modelos de comportamiento. Tal desprecio de lo femenino, por parte del derecho, se traduce irremediamente en una penalización de hecho, por los amplios márgenes de ineffectividad de la proclamada igualdad.

d) El cuarto modelo es el de la valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de igualdad en los derechos fundamentales y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad. Este modelo garantiza a todos y a todas su libre afirmación y desarrollo, sin privilegiar o discriminar ninguna concreta diferencia, asumiéndolas como dotadas de igual valor. La igualdad de los derechos fundamentales resulta así configurada como el igual derecho de todas las personas a la afirmación y a la tutela de la propia identidad, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona, alguien diferente del resto. Pero este último modelo sostiene el “igual derecho” sobre una norma, por lo que aún y reconociéndose las diferentes identidades de forma abstracta, ello no es garantía de su logro efectivo.

De este modo, según este autor, la igualdad jurídica no será nunca otra cosa que la idéntica titularidad y garantía de los mismos derechos fundamentales independientemente del hecho, e incluso precisamente por el hecho de las diferencias existentes entre sus titulares. Por ello, la elaboración teórica y la realización práctica de garantías idóneas a “removerlas” es el problema más

difícil, pero, a la vez, el principal objetivo de cualquier política democrática del derecho. Según Ferrajoli:

“Ningún mecanismo jurídico podrá por sí solo garantizar la igualdad de hecho entre los dos sexos, por mucho que pueda ser repensado y reformulado en función de la revalorización de la diferencia. La igualdad, no solo entre los sexos, es una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. El verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad”¹⁷².

Por tanto, entre la teoría crítica del derecho alzada desde el feminismo y la teoría garantista de los derechos fundamentales propugnada por Ferrajoli, se aprecian importantes similitudes, constatadas en su visión del derecho a la igualdad reconociendo las garantías sexuadas de la diferencia. Tal similitud se evidencia también en los cuatro modelos jurídicos expuestos por el jurista, que nos recuerdan irremediabilmente a la noción del derecho en tres fases identificables de Carol Smart (el derecho es sexista, el derecho es masculino, el derecho tiene género) a las que hemos aludido con anterioridad.

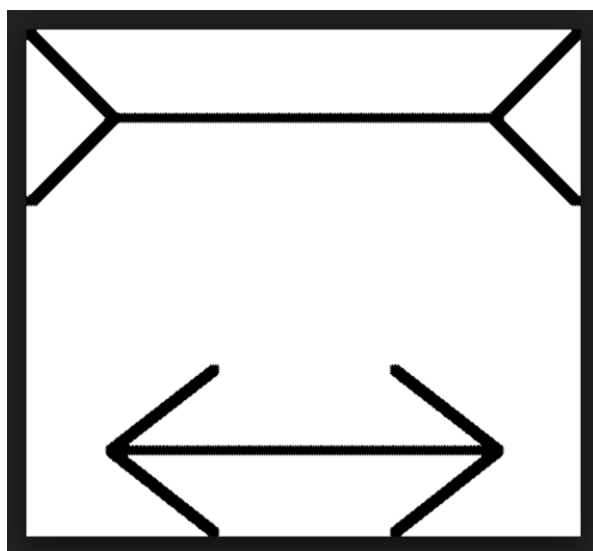
¹⁷² *Ibíd.*, pág. 92.

CAPÍTULO II

CATEGORIZACIÓN DE GÉNERO E IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

“Sólo se ve lo que se mira y sólo se mira lo que se está preparado para ver”

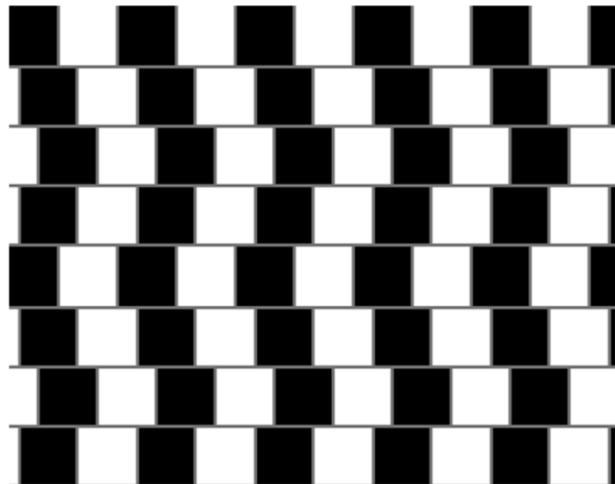
Alphonse Bertillon (1853-1914).



El premio Nobel de economía, Daniel Kahneman, nos invita a partir de la imagen anterior, a no dejarnos llevar por las apariencias o lo que se percibe de forma automática y a primera vista, sino que debe cuestionarse constantemente lo que apreciamos a través de los sentidos. Lo que vemos no es neutral¹⁷³ y las figuras de esta imagen tienen idéntica longitud. Según Kahneman, la inteligencia no es sólo la capacidad de razonar; también es la capacidad de encontrar material relevante en la memoria y de desplegar la

¹⁷³ Figura extraída del libro *Thinking fast and Slow* de Daniel Kahneman (p. 27), y referida también en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Corte Suprema del Estado de la Nación de México (2013). Disponible en: http://archivos.diputados.gob.mx/Comisiones_LXII/Igualdad_Genero/PROTOCOLO.pdf [Consultada el 20 de julio de 2021]

atención cuando sea necesario. Todo el mundo tiene la opción de desacelerar para realizar una búsqueda activa de memoria para todos los hechos posiblemente relevantes¹⁷⁴.



Aquí tenemos un ejemplo de lo que se denomina ilusión óptica, fenómeno de percepción visual errónea de la forma, de las dimensiones o del color de un objeto. Las líneas son paralelas, aunque no lo parezca por la disposición de los cuadros y por el contraste entre el blanco y el negro, que dificultan que se vea bien la línea que separa las filas y que dan la sensación de que cada cuadro parezca más ancho en uno de los extremos. Una ilusión es una imagen mental engañosa provocada por una falsa percepción de la realidad debido a la interpretación errónea de los datos que perciben los sentidos.

¹⁷⁴ En su libro “Pensar rápido, pensar despacio”, Ed. Debate, Madrid, 2012, Kahneman explica los dos sistemas que modelan cómo pensamos: El sistema 1 es rápido, automático, intuitivo y emocional, y la persona se deja llevar por atajos cognitivos-heurísticos, mientras que el sistema 2 es más lento, analítico, deliberativo y lógico. Su tipo de procesamiento requiere atención y esfuerzo. El sistema 1 es más tendente a cometer errores y verse influido por sesgos derivados del pensamiento rápido, y revela la duradera influencia de las impresiones intuitivas sobre nuestro pensamiento y nuestra conducta. Por tanto, el uso de los estereotipos es una herramienta del Sistema 1, porque somos más tendentes a su influencia cuando se activa el pensamiento superficial.

I. ESTEREOTIPO, PREJUICIO Y DISCRIMINACIÓN, DESDE LA PSICOLOGÍA

El término estereotipo fue acuñado en 1798 por el tipógrafo Fermin Didot y utilizado por primera vez para describir un método o proceso de imprenta en el que una plancha metálica o molde era utilizado para duplicar el material original. La palabra como tal, se deriva de los vocablos griegos *stereo* y *typo*, que significan “sólido” y “molde” respectivamente.

En 1922, el uso del término “estereotipo” en referencia a un proceso de impresión, se adaptó metafóricamente como un concepto de ciencias sociales, para explicar cómo las personas poseen una preconcepción sobre otras, tan sólo como si fuesen reimpresiones de un molde¹⁷⁵. Walter Lippmann, periodista político, fue el primero en hacer uso del término para describir como las personas usan moldes cognitivos para reproducir imágenes de otras personas o sucesos que tienen en la mente para poder interpretar la enorme diversidad del mundo social¹⁷⁶.

Miller, en 1982, afirmó que el estereotipo es un constructo psicológico complejo, asociado a un plano social más amplio. Los estereotipos categorizan a la población en función de una infinidad de variables, como el sexo, la etnia, la edad etc. Son entendidos como representaciones mentales interconectadas de creencias compartidas sobre grupos de personas o categorizaciones sociales. Se consideran representaciones culturales y son un conjunto de ideas, creencias y significados que la sociedad emplea con el fin de estructurar y dar sentido a la realidad, transmitiéndose entre sus miembros a través de una diversidad de mecanismos socioculturales¹⁷⁷. Asimismo, se ha definido como

¹⁷⁵ Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2009, págs. 12 y 13.

¹⁷⁶ Hogg, M. y Vaughan, G., *Psicología Social*, Ed. Médica Panamericana, Madrid, 2010, pág. 54.

¹⁷⁷ Rivas Ribero, E. *La visibilidad de las invisibles cognición social y procesos de denuncia en víctimas de violencia de género en León (Nicaragua)*, tesis doctoral inédita, Universidad de Alcalá, 2016, pág. 98.

una actitud negativa injustificada hacia un individuo basada únicamente en su pertenencia a un grupo.

Para Allport, el estereotipo es “una creencia exagerada asociada a una categoría, cuya función es justificar (racionalizar) nuestra conducta en relación a una categoría”¹⁷⁸.

Podríamos definir los estereotipos como una visión generalizada o preconcepción sobre los atributos o características de los miembros de un grupo en particular o sobre los roles que sus integrantes deben cumplir socialmente (la adolescencia es una edad irresponsable, las personas nórdicas son rubias, , las personas gitanas tienden a engañar, las mujeres son cuidadoras, los hombres son fuertes, las personas homosexuales son promiscuas. etc.)

El estudio de los estereotipos ha llevado a Hogg y Vaughan¹⁷⁹, a afirmar que:

- Las personas tenemos propensión a categorizar a grupos humanos en términos de pocos atributos comunes y simples.
- Los estereotipos son muy estables, pueden cambiar, pero lo hacen muy lentamente.
- Los cambios en los estereotipos suelen deberse a cambios sociales, políticos o económicos más amplios.
- Los estereotipos se adquieren a edad muy temprana.
- Los estereotipos se agudizan y se vuelven más hostiles cuando surgen tensiones sociales y conflictos.
- La categorización de estímulos causa una acentuación perceptiva de las similitudes dentro de la categoría y de las diferencias entre las categorías, en dimensiones que se consideran correlacionadas con la categorización.

¹⁷⁸ Rivas Ribero, E., *La visibilidad de las invisibles cognición social y procesos de denuncia en víctimas de violencia de género en León (Nicaragua)*, cit., pág. 98.

¹⁷⁹ Hogg, M. y Vaughan, G., *Psicología Social*, Ed. Médica Panamericana, cit., págs. 54 y 55.

- El efecto de acentuación aumenta cuando la categorización tiene importancia, relevancia o valor.

Estereotipar a alguien es atribuir a esa persona algunas características que se consideran compartidas por todos los miembros del grupo. Un estereotipo es una injerencia inspirada en la asignación de una persona a una categoría determinada, estableciendo correlaciones ilusorias y colocando el consecuente prejuicio al servicio de una función irracional. Estereotipamos para crear un “guión de identidades” que nos facilita la comprensión de un modelo simplificado y más manejable¹⁸⁰. Los estereotipos pueden ser tanto positivos como negativos, dependiendo de la asignación de concepciones o características aceptadas socialmente como buenas o malas, pero en este trabajo centraremos la atención en los estereotipos negativos, en sentido amplio.

La relación entre el concepto “estereotipo”, “prejuicio” y “discriminación” es muy estrecha y parte de una concepción clave: la consideración de que están unidos al concepto de actitud como un fenómeno compuesto por tres componentes: cognitivo, afectivo y conductual¹⁸¹. Los estereotipos se distinguen de los prejuicios y de la discriminación, pero están íntimamente conectados. Mientras los estereotipos tienen un componente cognitivo y están relacionados con creencias, pensamientos y percepciones, los prejuicios tienen un componente emocional y suponen sentimientos negativos hacia miembros de determinados grupos. La discriminación, por su parte, constituye un comportamiento susceptible de producir ventajas o desventajas a ciertas personas por el hecho de pertenecer a un grupo social. La interacción entre esos sesgos es muy compleja y variada. Los estereotipos se traducen en

¹⁸⁰ Cook, R. y Cusak, cit., pág. 16.

¹⁸¹ González Gavaldón, B., “Los estereotipos como factor de socialización en el género”, *Comunicar* [en línea], 1999. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15801212> [Consultada el 20 de julio de 2021].

prejuicios cuando, por ejemplo, se genera antipatía por un grupo de personas en razón de ciertas características que se asume que tienen¹⁸².

Gómez¹⁸³, resume esta interacción destacando que el estereotipo es un pensamiento, el prejuicio es un sentimiento y la discriminación es la acción y señala como ejemplo: si pienso “la mujer no sabe conducir”, siento una emoción, “me irrito cuando se me cruza una mujer conduciendo”, y realizo una conducta, “toco la bocina porque es una mujer”¹⁸⁴.

Los estereotipos han sido extensamente estudiados desde la psicología social, conceptualizándose desde dos perspectivas complementarias: por una parte, los estereotipos se representan en la mente de la persona individual, y por otra, los estereotipos se representan como parte del tejido social de las sociedades y son compartidos por las personas dentro de una cultura.

Susana Puertas Valdeiglesias¹⁸⁵, explica su contenido, funciones y funcionamiento individual y colectivamente, señalando las siguientes orientaciones teóricas desde la psicología social:

a) Teorías que aluden a factores socioculturales

-Teoría del conflicto: los grupos compiten por metas o recursos limitados o incompatibles, lo que produce un deterioro de la imagen del exogrupo.

¹⁸² Cardoso Onofre de Alencar, E., “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, octubre 2015 -marzo 2016, pág. 30.

¹⁸³ Gómez Hermoso, M.R., “Pensamientos, emociones y conductas estereotipadas de género”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 7.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, pág. 8.

¹⁸⁵ Puertas Valdeiglesias, S., “Aspectos teóricos sobre el estereotipo, el prejuicio y la discriminación”, *Seminario Médico*, Vol. 56, nº2, 2004, págs. 136 a 140.

-Teoría de la identidad social: no es necesario el conflicto de intereses para que haya desigualdad en la evaluación grupal, produciéndose procesos de favoritismo endogrupal y discriminación exogrupal.

-Teoría de la categorización del yo: constituye un desarrollo de la teoría de la identidad social que enfatiza que la estereotipia es un fenómeno racional y válido.

-Teoría del enjuiciamiento social: las personas tenemos multitud de categorías con las que percibimos a otras personas y esa percepción se produce en situaciones concretas, con lo que el contexto, la motivación y los objetivos de quienes las perciben pueden estar influyendo en el proceso de estereotipia.

-Modelo explicativo de formación y cambio del contenido de los estereotipos étnicos y nacionales: considera que la formación y cambio del contenido de los estereotipos étnicos y nacionales están influyendo en los tres tipos de factores: las variables macrosociales (factores sociopolíticos, económicos, históricos y de relaciones intergrupales etc.); mecanismos de transmisión (canales sociales, la familia y el contacto directo con el grupo estereotipado); y variables personales mediadoras (conocimiento previo, valores, actitudes, personalidad, etc.).

-Teorías del aprendizaje social: manifiestan que los estereotipos son fruto de las diferencias reales existentes entre los diferentes grupos sociales (mujeres-hombres, por ejemplo).

b) Teorías individualistas

-Teorías de la personalidad: basan el origen de los estereotipos en la personalidad o en los rasgos de personalidad de los individuos.

-Teoría del chivo expiatorio: supone que los grupos objeto de estereotipia o discriminación lo son como fruto de la frustración de los grupos que estereotipan y desplazan su agresión a estos grupos.

-Teoría de la personalidad autoritaria: asocia los estereotipos a los procesos de pensamiento individuales de personalidades intolerantes y autoritarias.

-La orientación cognitiva: el estereotipo consiste en un conjunto de creencias compartidas acerca de atributos personales que poseen quienes integran un grupo. Las creencias estarían estructuradas y relacionadas entre ellas. En el estereotipo tienen cabida tanto rasgos de personalidad, como conductas, características físicas, roles, ocupaciones, entre otros.

En cuanto a las funciones sociales de los estereotipos, Tajfel¹⁸⁶ señala que las funciones sociales prevalecen sobre las individuales, destacando tres funciones básicas:

-Los estereotipos permiten explicar y racionalizar los hechos sociales y las categorías se construyen socialmente, atribuyendo características a los miembros de un mismo grupo en función de características similares entre ellos, al menos superficialmente.

-Una segunda función social es la de justificar los comportamientos hacia los miembros de otros grupos. Si pensamos que ciertos grupos tienen características negativas pasaremos a comportarnos en función del estereotipo, justificando de este modo nuestro comportamiento negativo en función del estereotipo.

-Y la tercera función social de los estereotipos está en su utilidad para mantener la identidad positiva propia del grupo al que se pertenece, sobre todo en situaciones en las que peligra el orden social establecido. Incluso

¹⁸⁶ Tajfel, H., *Grupos humanos y categorías sociales*, Ed. Herder, Barcelona, 1984.

predominando la creencia igualitaria entre grupos (por ejemplo, hombres-mujeres), se tiende a adquirir la distintividad positiva entre grupos favoreciendo al endogrupo en los ámbitos sociales más importantes y concediendo al exogrupo positividad, pero en dimensiones menos relevantes, manteniendo siempre la superioridad del endogrupo.

La formación de los estereotipos descansa en el proceso de categorización social y su transmisión se realiza básicamente a través de los agentes de socialización. Una vez establecidas las características que se atribuyen a un grupo, el estereotipo guía la selección de la información congruente con su contenido por medio de una serie de procesos, tanto explícitos como implícitos, que contribuyen a su mantenimiento en el tiempo.

La categorización, como precursor necesario del prejuicio, es un proceso cognitivo ineludible de la existencia humana. Tendemos a la ordenación y simplificación para entender mejor la complejidad del mundo, al igual que las personas científicas recurren a la clasificación para reducir la complejidad de la ciencia a un número de categorías manejables, del mismo modo hay una tendencia natural humana a la simplificación de las cosas mediante la categorización. La convivencia con personas distintas favorece la creación de diferentes categorías sociales para clasificarlas e intentar comprenderlas mejor. En la categorización social de las personas, se piensa en alguien no como una persona única, sino como integrante de un grupo, cuyo elemento distintivo es por ejemplo una categoría física (color de la piel, edad, sexo...). Se percibe, así, como similares a las personas pertenecientes a una misma categoría y como distintas, a las que pertenecen a categorías diferentes. La función principal de la categorización reside en su papel de sistematizar el ambiente para posibilitar la acción. Las expectativas estereotípicas son muy funcionales y de gran utilidad práctica pues permiten percibir con rapidez información sobre personas, liberando recursos cognitivos para concentrarlos en otros asuntos más urgentes. Los estereotipos entran en juego muy rápidamente, en cualquier contexto en el que estén disponibles psicológicamente categorías sociales, y actúan como guías del juicio y la acción.

El estudio del prejuicio es complejo y se aborda desde numerosas perspectivas, porque se trata de un fenómeno antiguo que siempre ha acompañado al ser humano. Se podría decir que es la parte afectiva de la actitud estereotípica. No obstante los estereotipos han sido los más estudiados en psicología social, a pesar de que el prejuicio predice mucho mejor la discriminación, que los estereotipos. Según Allport¹⁸⁷:

“el prejuicio es una actitud hostil o desconfiada hacia una persona que pertenece a un grupo, simplemente debido a su pertenencia a dicho grupo”

Tal y como explica Ruppert Brown¹⁸⁸, una buena prueba de lo dicho se encuentra en los resultados de los experimentos de Gaertner y McLaughlin (1983). Se trataba de medir cuánto tiempo tardaban en decidir dos personas (blancas), si dos series de letras presentadas en una pantalla eran palabras reales. Algunas de ellas eran sílabas sin sentido (por ejemplo, *kupod*, *zumap*), pero otras eran palabras auténticas incluyendo *negro*, *blanco*, tres adjetivos positivos (por ejemplo, *limpio*), y tres adjetivos negativos (por ejemplo, *tonto*). La pregunta clave era cuánto tiempo tardarían los sujetos en reconocer el emparejamiento de *blanco* y *negro* con esas palabras negativas y positivas. Durante el experimento no hubo diferencia en tiempo de reacción de los emparejamientos negativos con las de etiquetas negativas, pero las palabras *positivas* verdaderas asociadas a *blanco* se respondieron más deprisa que cuando estuvieron asociadas a *negro*. Esto lo confirmaron posteriormente Dovidio y otros (1986) quienes presentaron de nuevo a personas blancas las palabras *negro* y *blanco*. Esta exposición duraba sólo un par de segundos, tras lo cual se reemplazaba por una segunda palabra, y tenían que indicar si la segunda palabra “podía ser verdadera” con respecto al grupo o era “siempre

¹⁸⁷ Molero Alonso, F., “El estudio del prejuicio en psicología social: definición y causas”, Capítulo 22, disponible en: <https://www.bibliopsi.org/docs/carreras/obligatorias/CFG/03social/wainstein/primer%20cuatrimestre%202020/Unidad%206/Molero%20Alonso%20-%20El%20estudio%20del%20prejuicio%20en%20la%20Psicolog%C3%ADa%20social.pdf> [Consultada el 21 de julio de 2021]

¹⁸⁸ Brown, R., *Prejuicio, su psicología social*, Ed. Alianza Editorial, Madrid, 1995.

falsa”. Las palabras posteriores eran positivas o negativas y más o menos estereotípicas de negros y blancos. En general, se daban tiempos de reacción más rápidos con el emparejamiento coherente con el estereotipo que con las asociaciones incoherentes y, una vez más, los emparejamientos positivos se resolvían en menos tiempo que los emparejamientos negativos.

El origen de los estereotipos, según Brown, puede estar en la cultura en la que las personas se socializan, donde los estereotipos tienden a perpetuarse a través del tiempo, adquiriéndose mediante el aprendizaje observacional por la representación social de diferentes grupos en determinados roles socialmente prescritos.

Eagly y Steffen (1984)¹⁸⁹ argumentaron de manera bastante convincente que algunos estereotipos de género parecen derivar más de las expectativas de cumplir con los roles femeninos tradicionales de “ama de casa” y “cuidadora” que de propiedades inherentes a las propias mujeres. Demostraron su teoría al poner en evidencia que los consensuados estereotipos de mujeres como más “amables”, “cariñosas” y “comprensivas” que los hombres, pero menos “activas”, “seguras de sí mismas”, y “competitivas”, se podían eliminar e incluso invertir si se describía a una mujer como persona empleada. De la misma manera, a los hombres se les consideraba precisamente tan “sensibles” en la relación interpersonal como las mujeres si se les describía como “amos de casa”. Describir a un colectivo o grupo social como activo, sumiso, sensible, cariñoso, fuerte, inteligente o tonto ayuda a racionalizar el sistema social que podría haber creado la marginación, facilitando la asunción del grupo dominante a su posición privilegiada. Por tanto, puede afirmarse que los estereotipos no son genéticos (no nacemos con estereotipos), sino que se construyen mediante la red de relaciones sociales existentes entre los grupos. Una vez adquiridos, se inicia su proceso de influencia en los juicios sociales que hacemos sobre las personas como integrantes de grupos categorizados (beneficios cognitivos del estereotipo) e influyen en las explicaciones del actuar

¹⁸⁹ Eagly, A. H., & Steffen, V. J., Gender stereotypes stem from the distribution of women and men into social roles. *Journal of Personality and Social Psychology*, 46(4), 735–754. Disponible en: <https://psycnet.apa.org/doiLanding?doi=10.1037%2F0022-3514.46.4.735> [Consultada el 20 de julio de 2021].

social de las personas y, lo que es más importante, inciden directamente en nuestra conducta. Se convierten en el andamio sobre el que se construyen nuestras cogniciones, nuestras evaluaciones y nuestros comportamientos. Desde el momento en que la persona se autclasifica como miembro de un grupo, su interpretación del mundo y de sí misma va a seguir las directrices del mismo, y puesto que el esquema se aplica de forma automática¹⁹⁰, es difícil modificarlo, pero, a pesar de ello, presenta una alta variabilidad interindividual.

Una buena prueba de la influencia de los estereotipos en juicios atribucionales la encontramos en el experimento realizado por Duncan (1976), mediante el que se explica el concepto de lo étnico en las atribuciones¹⁹¹. El mismo consistía en proyectar ante grupos de estudiantes blancos dos cintas de vídeo similares que mostraban una acalorada pelea entre dos hombres que culminaba cuando uno de ellos empujaba al otro. En unos casos el que empujaba era negro, y en el resto era blanco. A los observadores blancos de esta escena, que creían que era una verdadera pelea, se les pedía que interpretaran lo que había sucedido. En las versiones en las que el que empujaba era negro, más del 90 por ciento de los sujetos juzgaron la acción como “violenta” o “agresiva”, y tendieron a atribuirla a alguna causa interna; en las versiones en las que el que empujaba era blanco, menos del 40 por ciento la cifró como violenta o agresiva, y estuvieron más inclinados a creer en alguna causa situacional como origen de la acción.

Las construcciones que hacemos de la realidad determinan nuestra percepción de manera importante y uno de los principales mecanismos de construcción es la categorización o clasificación. Se trata de un proceso que guía los procesos de percepción social, convirtiéndose en el proceso básico mediante el cual se crean los esquemas del conocimiento.

¹⁹⁰ Ibáñez Gracia, T. (coord.), *Introducción a la psicología social*, Editorial UOC, Barcelona, 2004.

¹⁹¹ “Estudio de reconocimiento visual errado en el proceso penal oral” en el Programa de Estudios de Responsabilidad Social de la Universidad de Concepción, Chile, 2005, pág. 10. Disponible en: <http://www.inocentesqa.dpp.cl/wp-content/uploads/sites/3/2020/12/identificacion-erronea.pdf> [Consultada el 21 de julio de 2021].

Siguiendo a Echeita y Simón¹⁹², las características cognitivas de los prejuicios son las siguientes:

-Se adquieren de forma inconsciente, pues se aprenden como consecuencia de la exposición repetida a determinadas situaciones repetitivas de aprendizaje informal.

-Se incorporan en nuestra experiencia personal. Son algo que sentimos y padecemos más que algo que conocemos y pensamos.

-Son pragmáticos y funcionales, un saber hacer, más que un saber decir. Su utilidad y eficacia nos permite desenvolvemos con facilidad en nuestra vida cotidiana por lo que no los vemos como concepciones erróneas.

-Son situacionales, esto es, dependientes del contexto. Su utilidad se proyecta sobre contextos rutinarios y repetitivos, pero son muy limitados ante situaciones, condiciones o problemas nuevos.

-Forman verdaderas "teorías". No forman ideas sueltas, sino teorías con principios y corolarios que organizan o restringen la forma en que nos representamos las situaciones y modelando nuestro pensamiento y actuación.

-Son resistentes a los cambios. Sólo son mutables a través de un profundo cambio conceptual de unas teorías por otras más potentes y coherentes previos procesos intencionales de reflexión sobre la acción.

De otro lado, los estereotipos y los prejuicios pueden dividirse en dos grupos: explícitos e implícitos. Los primeros son claramente identificables (las mujeres son inferiores a los hombres ...) y dan lugar a discriminaciones abiertas, pero

¹⁹² Echeita, G. Y Simón, C., "La contribución de la educación escolar a la calidad de la vida de las personas con discapacidad. Ante el desafío de su inclusión social", en Lorenzo, R. y Cayo, L. *Tratado sobre Discapacidad*, Madrid, 2007, págs. 1103-1134.

los que proliferan en los países democráticos son los estereotipos implícitos, que conducen a las discriminaciones sutiles, y no son fácilmente identificables, por la introspección. La persona no reconoce que los tiene no solo ante los demás sino ante sí misma. En estos casos, las personas incluso intentan eliminarlos porque no se corresponden con sus valores, pero, a pesar de rechazarlos, acaban influyendo en la toma de decisiones. Por tanto, aun no siendo conscientes, estamos expuestos a la poderosa influencia de los estereotipos en nuestros juicios o decisiones acerca de otras personas e incluso en nuestra manera de actuar frente a ellas¹⁹³.

Los sucesos que confirman las predicciones estereotípicas previas son recordados mejor que los que las contradicen, lo que nos conduce a pensar que las diferencias entre el grupo que estereotipa y el estereotipado son debidas a causas reales y no solo a falsas percepciones o a razones socioculturales. Ello explica su fuerza y la dificultad de erradicarlos y también el llamado “efecto del autocumplimiento” del estereotipo como tendencia a actuar en la dirección que creemos que los demás esperan de nosotros¹⁹⁴. La interiorización de los estereotipos es tal que cuando conlleva hostilidad hacia un grupo, el modo de ver la relación entre el contenido del estereotipo y la hostilidad se basa en considerar que los rasgos negativos son los que producen la hostilidad y no a la inversa.

Además, la influencia de los estereotipos en nuestras ideas y comportamiento aumenta si la persona está cognitiva y emocionalmente ocupada con otros asuntos. Se cree que la razón está en que esas distracciones consumen atención cognitiva y abonan el terreno para la tarea de ahorro de esfuerzo mental que se realiza al usar el estereotipo. La fatiga cognitiva crónica es un estado de declinación como consecuencia de largos periodos de sostenida

¹⁹³ Chacón Fuertes, F., “Estereotipos de género y toma de decisiones”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 4.

¹⁹⁴ González Gabaldón, B., “Los estereotipos como factor de socialización de género”, *Comunicar* 12, 1999, págs. 79 a 83. Disponible en: <https://www.revistacomunicar.com/index.php?contenido=detalles&numero=12&articulo=12-1999-12> [Consultada el 21 de julio de 2021].

actividad cognitiva, con la consiguiente reducción de los estados de alerta y orientación. Esta situación favorece las decisiones sesgadas¹⁹⁵. Un procesamiento complejo consume mucho más tiempo y recursos cognitivos que un procesamiento superficial, y nuestro sistema de procesamiento de la información es tendente al ahorro, salvo que exista una motivación especial para implicarse con un esfuerzo adicional.

En el año 2011, se publicó en la revista de la Academia Nacional de Ciencias de Estados Unidos un interesante estudio sobre los efectos del agotamiento mental en la toma de decisiones judiciales. Para llevar a cabo este análisis, los investigadores Shai Danzinger, Jonathan Levav y Liora Avnaim-Pesso analizaron 1.112 decisiones tomadas en distintos centros penitenciarios de Israel por ocho jueces. Se trataba de peticiones de libertad provisional que debían ser resueltas a un ritmo de trabajo extenuante (unos seis minutos por petición). Los jueces se reunían en tres sesiones (desde primera hora de la mañana a la pausa del café, entre las once y la hora de la comida y durante la sesión de tarde). Lo curioso es que los magistrados aprobaron el 60% de las peticiones al principio de cada periodo de trabajo, y el porcentaje iba decreciendo, hasta el punto que al final de cada sesión se rechazaban prácticamente todas las solicitudes. Las conclusiones del estudio indicaban que la toma de este tipo de decisiones exigía una elevada inversión de recursos cognitivos, que solo se recuperan con tiempos de descanso y alimentación, por ello al final de las sesiones, el cansancio judicial provocaba que se tomaran decisiones simplistas¹⁹⁶.

Molins sistematiza los sesgos cognitivos que pueden influir en las decisiones judiciales clasificándolos en dos grupos. El primero son los sesgos de puesta en escena y otras circunstancias del sujeto emisor y/o receptor, que incluye los derivados de antipatía o empatía persona, o bien del abuso de poder del emisor o persona receptora, por exaltación o demonización de las fuentes. En

¹⁹⁵ Molins García-Atance, J., "Los sesgos cognitivos", Ponencia escrita del curso de formación continua del CGPJ: El Oficio o arte de Juzgar, 2021, pág. 45.

¹⁹⁶ Danzingers, S., Levav, J. y Avnaim-Pesso I., "Extraneous factors in judicial decision", *PNAS, Princeton University*, NJ, 2011, n° 108, vol. 17, págs. 6889-6892.

el segundo grupo incluye los denominados sesgos de “anclaje”, que agrupa a los sesgos de disconformidad, de apoyo a la elección, de confirmación de grupo, de representatividad, el sesgo retrospectivo o el de disponibilidad¹⁹⁷.

En definitiva, la relevancia de los estereotipos en general y de los estereotipos de género en particular, radica en que son distorsionadores de la información y promotores del prejuicio y la discriminación, construyendo un espejismo de realidad social, con efectos tan reales como la verdadera. Su transmisión se produce durante el proceso de socialización, a través de los agentes (familia, escuela, medios de comunicación, grupo de pares. Y funcionan como esquemas y son un atajo cognitivo, que influye en la toma de decisiones, especialmente cuando el procesamiento de información social es superficial y no complejo.

II. ESTEREOTIPACIÓN¹⁹⁸ Y GÉNERO

“Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”

Albert Einstein (1879-1955)

Con carácter previo, debemos aclarar que el análisis que vamos a hacer del término género, se aparta de otras expresiones que también involucran este concepto pero refieren a cuestiones diferentes, como es la identidad de género o expresión de género, que describen aspectos específicos sobre la

¹⁹⁷ Molins García-Atance, J., “Los sesgos cognitivos”, cit., págs. 42 a 44.

¹⁹⁸ Se utiliza la expresión estereotipación para definir la acción de asignar estereotipos tal y como se hizo en la obra: Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, Universidad of Pennsylvania Press, 2009, según la cual: “usamos “estereotipación” y “asignación de estereotipos” indistintamente. Para efectos de verificar la idoneidad de su uso, consultamos con la Real Academia Española y a continuación transcribimos la respuesta obtenida el 2 de julio de 2010: “Las palabras derivadas y compuestas no siempre se recogen con artículo propio en el Diccionario académico, pero su significado es claramente deducible a partir de los elementos que las constituyen. El hecho de que una palabra no esté recogida, como tal, en el DRAE no supone necesariamente que no exista o que no sea correcta. En este caso, estereotipación es una voz totalmente normativa, impecable desde el punto de vista morfológico y con suficiente difusión y consolidación (...)” (pág. 6).

percepción del género en la persona. En nuestro caso, nos referiremos al género como categoría cultural de asignación de roles asociados a lo masculino (hombres) frente a lo femenino (mujeres). El sistema sexo/género sería el conjunto de ajustes por los que una sociedad transforma la sexualidad biológica en productos de la actividad humana.

Se han utilizado varios términos para designar el concepto: “estereotipos sexuales”, “estereotipos de rol sexual”, “estereotipo de género” o “estereotipo de rol de género”.

El término género se define según el diccionario normativo de la Real Academia de la Lengua Española (3ª acepción) *como:* “grupo al que pertenecen los seres humanos de cada sexo, entendido este desde un punto de vista sociocultural en lugar de exclusivamente biológico”¹⁹⁹. Se adjudica el uso del concepto “género” a Simone de Beauvoir en su obra “El segundo sexo” (1949), donde sostiene que lo que entendemos por mujer no es un producto natural sino una construcción social y cultural que expulsa a la mujer del mundo del conocimiento, de la cultura, de lo político o del derecho: “no se nace mujer, se llega a serlo”.

El término sexo suele utilizarse en referencia a las características biológicas asociadas a cada clave sexual²⁰⁰ y el término género para referirse a las características psicosociales que se asignan diferencialmente a hombres y mujeres en atención a sus rasgos o roles. Es decir, el sexo alude a lo biológico y el género a lo sociocultural o a la interpretación cultural de las diferencias biológicas. El concepto rol se utiliza desde las ciencias sociales en referencia a la posición que una persona ocupa en una estructura social organizada, a las

¹⁹⁹ Diccionario en línea de la lengua española de la RAE. Disponible en: <https://dle.rae.es/g%C3%A9nero?m=form> [Consultada el 21 de julio de 2021].

²⁰⁰ Existen cuatro criterios para definir el sexo de una persona (1) cromosómico, regido por el sistema XX (mujer) y XY (hombre); (2) gonadal, relativo a la presencia de ovarios o testículos; (3) genital, concerniente a los órganos sexuales internos y externos; y (4) hormonal, referente a la mayor concentración de progesterona y estrógenos en el caso de las mujeres, y de andrógenos en el de los hombres. (Del Protocolo para juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2020, pág. 3) Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf> [Consultada el 21 de julio de 2021].

responsabilidades y privilegios asociados a esa posición y a las reglas de conducta que gobiernan las interacciones de las personas. Por tanto, se denominan “roles sexuales” o “roles de género” a los conjuntos de roles asignados a hombres y mujeres²⁰¹. Así, el género no es sinónimo de sexo, ni sinónimo de "mujer" pues el “hombre” también responde a un género²⁰². De este modo, al ser el género una construcción social, y no un rasgo derivado del sexo biológico de nacimiento, se asume por cada persona a lo largo de su vida, mediante la adquisición, en cada caso, de las características consideradas “femeninas” o “masculinas”.

Según Facio²⁰³, el género en el sentido de "*gender*" o género sexual, hace referencia a la dicotomía sexual que es impuesta socialmente a través de roles y estereotipos, que hacen aparecer a los sexos como diametralmente opuestos. Es así como a partir de una exagerada importancia dada a las diferencias biológicas reales, se construyen roles para cada sexo y las características con que se define a uno y otro sexo gozan de distinto valor y legitiman la subordinación del sexo femenino, subordinación que no es dada por la naturaleza. Esta distinción es muy importante ya que nos permite entender que no hay nada de natural en los roles y características sexuales y que, por lo tanto, pueden ser transformados²⁰⁴. Esa es la acepción de género,

²⁰¹ González Gavaldón, B., “Los estereotipos como factor de socialización en el género”, *Comunicar*, nº 12, 1999. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=15801212>. [Consultada el 19 de agosto de 2018].

²⁰² Facio Montejo, A., *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, San José (Costa Rica), 1992, pág. 31.

²⁰³ *Ibíd.*, pág 39.

²⁰⁴ Facio señala que uno de los primeros científicos reconocidos en hacer distinción entre el sexo y el género fue Robert Stoller (1924-1991), profesor de psiquiatría e investigador de la identidad de género: “Lo menciono, porque sus investigaciones en torno a varios casos de niñas y niños que habían sido asignados al sexo al que no pertenecían genética, anatómica y/o hormonalmente, clarifican la diferencia entre sexo y género. Uno de los casos que él estudió fue el de un niño al que por un accidente en el momento de realizarle la circuncisión se le amputó el pene. Los médicos y su familia consideraron que dadas las circunstancias, era preferible que el niño fuera una "mujer" y no un hombre mutilado y así decidieron socializarlo como niña, identidad sexual con la cual ni el niño, ni las personas alrededor de él que no conocían su identidad sexual original, tuvieron ningún problema. Cuando este ser que biológicamente era un niño, pero socialmente una niña llegó a la pubertad, se le hizo un tratamiento médico para mantenerlo con su identidad sexual escogida. Ahora es una mujer en todos los sentidos. Ciertamente que no puede engendrar, pero hay muchas mujeres que nacieron con genitales femeninos y tampoco pueden tener hijos/as. Este y otros casos hicieron suponer a

feminista, que insiste en la cualidad, fundamentalmente social, de las distinciones basadas en el sexo y enfatiza que las únicas diferencias "naturales" entre el sexo femenino y el sexo masculino, son las sexuales. Las diferencias existentes entre hombres y mujeres son las que se derivan de sus identidades de género, que no son para nada naturales, sino que han sido construidas a través de la historia²⁰⁵.

El concepto "género" ha dado lugar a múltiples trayectorias en el ámbito de las ciencias sociales reformulando los puntos de vista desde los que se interpretaba la realidad, siendo sostén, como se indicaba por Facio, de uno de los más importantes movimientos sociales, el feminista, permitiendo una vinculación no siempre fácil entre teoría y praxis, en este caso, al servicio de la transformación de la situación de las mujeres.

Kate Millet²⁰⁶, en su libro *Política Sexual*, definía así el concepto género:

"En virtud de las condiciones sociales a las que nos hallamos sometidos, lo masculino y lo femenino constituyen, a ciencia cierta, dos culturas y dos tipos de vivencia radicalmente distintos. El desarrollo de la identidad genérica depende, en el transcurso de la infancia, de la suma de todo aquello que los padres, los compañeros y la cultura en general consideran propio de cada género en lo concerniente al temperamento, al carácter, a los intereses, a la posición, a los méritos, a los gestos, a las expresiones. Cada momento de la vida del niño implica una serie de pautas acerca de cómo tiene que pensar o comportarse para satisfacer las exigencias inherentes al género".

Stoller que lo determinante en la identidad sexual no es el sexo biológico, sino el hecho de ser socializado/a, desde el nacimiento o antes, como perteneciente a uno u otro sexo, y concluyó que la asignación del rol es más determinante en la consolidación de la identidad sexual, que la carga genética, hormonal y biológica. A esa identidad que se fundamenta en la asignación del rol con base generalmente pero no siempre en el sexo biológico, él la llamó identidad de género, para diferenciarla de la identidad sexual basada únicamente en el sexo biológico" [Facio Montejo, A., *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, San José (Costa Rica), 1992, pág. 39].

²⁰⁵ Ibíd pág. 40.

²⁰⁶ Millet, K., *La política Sexual*, Ed. Cátedra, Madrid, 1970.

Para Marta Lamas²⁰⁷, el uso de la categoría género desmantela el pensamiento biologicista tanto patriarcal como feminista y cuestiona el discurso naturalista o esencialista. De este modo la estructuración del género llega a convertirse en un hecho social de tanta fuerza que se piensa que es algo “natural. De este modo, concluye esta antropóloga plantear el problema del sexismo y del patriarcado, como poder, en términos de género, nos va a permitir entender que el problema de las mujeres en la sociedad no es un problema de biología, sino un problema social. Y aclara, esta autora que, aunque las mujeres hayan sido históricamente las que han asumido los cuidados y crianza de hijos e hijas, básicamente por la posibilidad de amamantarlos, obligándolas a permanecer más tiempo en sus hogares , ello no significa que la asociación de la maternidad con las tareas domésticas sea algo “natural” de las mujeres, pues no por tener la capacidad de tener hijos e hijas , las mujeres nacen sabiendo planchar y cocinar.

En los trabajos preparatorios de la *IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres* de la Organización de Naciones Unidas, celebrada en Beijing (1995)²⁰⁸, se define género como:

“La forma en que todas las sociedades del mundo determinan las funciones, actitudes y valores que conciernen al hombre y a la mujer. El sexo hace referencia a los aspectos biológicos que se derivan de las diferencias sexuales; el género es una definición de las mujeres y de los hombres, construido socialmente y con claras repercusiones políticas. El

²⁰⁷ De "Entrevista a Marta Lamas", por Víctor Jacobo, publicada en la *Revista de la Dirección de Difusión Cultural*, mayo-junio 1987, UNAM. México. Extracto de la entrevista disponible en: <https://www.cayey.upr.edu/wp-content/uploads/sites/10/2021/05/tejemeneje-agosto-noviembre-1989.pdf> [Consultada el 20 de julio de 2021].

²⁰⁸ Informe de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer Beijing, 4 a 15 de septiembre de 1995, pág. 177. Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>.

sexo de una persona es determinado por naturaleza, pero su género lo elabora la sociedad”²⁰⁹.

La Observación general nº 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas²¹⁰, sobre la Igualdad de derechos del hombre y la mujer, también hace expresa referencia al género y su repercusión en el derecho a la igualdad:

“El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. Las hipótesis y las expectativas basadas en el género suelen situar a la mujer en situación desfavorable con respecto al disfrute sustantivo de derechos”.

También alude a la subordinación social de las mujeres como causa de discriminación²¹¹ :

“Las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior

²⁰⁹ La perspectiva de género no fue abordada por los primeros instrumentos de derechos humanos. Al comprobar que dichos instrumentos universales no bastaban para garantizar los derechos reconocidos internacionalmente a las mujeres y haciéndose eco de los reclamos feministas, la ONU creó, en 1946, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, con el fin de aumentar la sensibilización mundial sobre las cuestiones de la mujer. Dicho órgano se encargó de formular una Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). La irrupción en el lenguaje internacional del concepto “género”, superador del de “sexo”, puso de manifiesto que lo que vehiculiza la discriminación no son meros atributos físicos o diferencias biológicas, sino la valoración social que se ha anudado a las mismas, adjudicando subjetividades, formas de comportamiento o roles previamente construidos, diferentes para hombres y mujeres (Vivas Larruy, M.A., “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución Española”, *Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ*, nº 3, 2004, pág. 4).

²¹⁰ Apartado 14º de la Observación General nº 16 del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales de 13 de mayo de 2005, sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

²¹¹ Apartado 5º de la Observación.

que las asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta”.

La Recomendación nº 25 del Comité CEDAW²¹², pone de relieve:

“El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos. Es un producto ideológico y cultural (...), Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda. Así pues, el género produce estratos sociales y, en ese sentido, se asemeja a otras fuentes de estratos como la raza, la clase, la etnicidad, la sexualidad y la edad. Nos ayuda a comprender la estructura social de la identidad de las personas según su género y la estructura desigual del poder vinculada a la relación entre los sexos”.

En el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), se define género, a los efectos del propio Convenio²¹³, como:

“los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres

Más recientemente, el Consejo de Europa aprobó la Recomendación CM/Rc (2019) del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y

²¹² Recomendación General nº 25 del Comité CEDAW, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

²¹³ Art. 3 c) del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 (*Convenio de Estambul*), ratificado por España (BOE nº 137, de 6 de junio de 2014).

combatir el sexismo²¹⁴. En la misma se hace referencia al género a los efectos de fijar la definición de “sexismo”:

“El sexismo y los comportamientos sexistas tienen su origen en los estereotipos de género y los refuerzan. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que “el problema de estereotipar a un determinado grupo de la sociedad reside en el hecho de que impide la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades”²¹⁵. Los estereotipos de género refuerzan la desigualdad de las estructuras de poder social y afectan negativamente a la asignación de recursos entre hombres y mujeres. La persistente brecha salarial y de pensiones en los Estados miembros son ejemplos de ello. Los estereotipos de género son, por tanto, constructos sociales de los roles “adecuados” asignados a mujeres y hombres, que vienen determinados por prejuicios culturales, costumbres, tradiciones y, en muchos casos, interpretaciones de creencias y prácticas religiosas. Las mujeres que cuestionan o se desvían de lo que se considera su lugar “apropiado” en la sociedad pueden ser objeto de sexismo y misoginia, del mismo modo que los hombres que

²¹⁴ Adoptada por el Comité de Ministros el 27 de marzo de 2019 en la reunión nº 1342 de los delegados de los ministros. Tal y como se recoge expresamente en la primera nota a pie de página de la citada Recomendación: “En el momento de la adopción de esta Recomendación y en aplicación del artículo 10.2c del Reglamento de las sesiones de los Delegados de los Ministros, el Representante de la Federación de Rusia manifestó que su Gobierno se reservaba el derecho de cumplir o no con la presente Recomendación, especialmente en lo referente al párrafo 3 del Preámbulo, rechazando el uso del término “género”, puesto que la legislación rusa no incluye dicho concepto y en vista del hecho de que no hay una definición del mismo consensuada internacionalmente. Más aún, la Federación de Rusia considera que las personas intersexuales y transexuales no están comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Recomendación”. Esta recomendación partiendo de una definición de sexismo integrada en el texto, insta a los Estados miembros a garantizar la igualdad de las mujeres y la prevención de la violencia contra las mismas atendiendo a la legislación internacional en materia de derechos humanos y el Convenio de Estambul interviniendo a través de mecanismos legislativos, ejecutivos, administrativos y presupuestarios para promover cambios culturales y de comportamiento a nivel individual, institucional y estructural. Este documento integra no solo recomendaciones generales sino también medidas concretas en distintos sectores, que requieren un esfuerzo especial para evitar la proliferación del sexismo, como es el trabajo, el sector público, la justicia, la educación, la cultura, el deporte o la esfera privada. Disponible en: <http://www.if.uji.es/wp-content/uploads/2019/05/Recomendaci%C3%B3n-Consejo-de-Europa-Sexismo.pdf> [Consultada el 21 de julio de 2021].

²¹⁵ STEDH de 25 de julio de 2017 (*Carvalho Pinto de Sousa Morais v. Portugal*), solicitud nº 17484/15, párrafo 46.

ponen en cuestión las precepciones dominantes sobre la masculinidad pueden ser objeto de sexismo²¹⁶”.

Como ha afirmado Patricia García-Leiva ²¹⁷, cuando nacemos somos clasificados en dos grandes grupos, niños y niñas, y al crecer nos sentimos identificados con uno de los dos sexos, hombres o mujeres (autocategorización) y también nos identificamos con un género, sobre la base de lo que culturalmente se entiende por hombre y mujer. Esta identificación genérica (*gender identity*), es un fenómeno complejo conectado a muchas variables, como las características de la persona, grupos sociales en los que se desenvuelve, pautas educacionales, etc. Por otra parte, la identificación como hombre o mujer tiene un aspecto dinámico (*gender roles*) que nos lleva a comportarnos como nosotros creemos que debe de comportarse un hombre o una mujer en las múltiples situaciones que se nos presentan en la vida. Ahora bien, la división biológica de origen conlleva diferencias reproductivas, pero no conductuales, actitudinales o de roles que es producto de la asignación social.

Según Rivas²¹⁸, los estereotipos de género se agrupan en diferentes dimensiones. Lo relacionado con la dimensión femenina recibe el nombre de “expresivo y comunal”, esto es, que se les atribuyen más cualidades “comunales” (emocionales, sensibles, afectivas) y a los hombres se les atribuyen cualidades “instrumentales” (competitivos, ambiciosos, independientes), que son las cualidades asociadas a la productividad, eficacia, autonomía y competición para lograr una tarea. La masculinidad y la feminidad, desde una perspectiva social, tienen, además de un componente descriptivo, otro componente de carácter prescriptivo que establece los comportamientos

²¹⁶ Pág. 5 de la Recomendación CM/Rc (2019) del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo.

²¹⁷ García-Leiva, P., “Identidad de género: modelos explicativos”, *Escritos de Psicología*, nº 7, 2005, págs. 71-81 Disponible en: http://www.escritosdepsicologia.es/descargas/revistas/num7/escritospsicologia7_revision4.pdf [Consultada el 20 de julio de 2021].

²¹⁸ Rivas Riveiro, E., *La visibilidad de las invisibles. Cognición social y procesos de denuncia en víctimas de violencia de género de León (Nicaragua)*, tesis doctoral inédita. Universidad de Alcalá, 2016.

que deben seguir las personas por razón de su género. El componente descriptivo alude a las características asignadas (por ejemplo, el estereotipo masculino de fortaleza, asertividad e inteligencia frente al de debilidad y sensibilidad de las féminas). El componente prescriptivo deriva del descriptivo e indica lo que se espera del comportamiento de hombres y mujeres (por ejemplo, el que las mujeres se asimilen al concepto de belleza y sexualidad prescribe que las mujeres usen maquillaje, vendajes en los pies -asociado a ser sumisas, obedientes y pequeñas-, etc.).

Los “sistemas de género” han funcionado históricamente como sistemas binarios que oponen lo masculino a lo femenino, arropados por estereotipos de género, que pueden variar , en su visibilización, de una sociedad a otra, pero su influencia es igual de penetrante, funcionando como verdaderas leyes, a veces escritas y otras veces no escritas.

Según la teoría del sexismo ambivalente de Glick y Fiske, el sexismo puede ser hostil o benévolo. El primero es abierto, claro y tradicional (el hombre es superior a la mujer). El segundo tiene un cariz afectivo, paternalista y protector (el hombre debe proteger a la mujer), y presenta tres problemas: apoya el sistema sexista, las evaluaciones positivas de las mujeres se reducen a las que aceptan los roles y facilitan que las propias mujeres acepten los comportamientos sexistas²¹⁹. No obstante, ambas modalidades de sexismo son promotoras de estereotipación y desigualdad de género manteniendo la asignación de roles y la posición subordinada de la mujer respecto al hombre.

Un ejemplo judicial de la estereotipación prescriptiva llegó a la Corte Suprema de EEUU. en el año 1982, con el caso *Ann Hopkins vs Price Waterhouse*, relativo a una mujer a la que se denegó un ascenso profesional por ser poco femenina (no usaba maquillaje, no estilizaba su cabello, ni usaba joyas). El Alto tribunal americano declaró que se vulneró la ley por la estereotipación

²¹⁹ Glick, P. y Fiske, S., “Ambivalent alliance: Hostile and benevolent sexism as complementary justifications for gender inequality”, *American Psychologist*, vol. 56, nº 2, 2001, pág. 109.

(discriminación de género)²²⁰. El magistrado Brennan, ponente de la decisión, sostuvo que:

“en el contexto específico de la estereotipación sexual, un empleador que actúa bajo la creencia que una mujer no puede ser agresiva o que no debe serlo, ha actuado con base al género (...) hemos superado la época en que un empleador podía evaluar a su personal asumiendo que se adecúa o insistiendo que lo haga, a un estereotipo asociado con su grupo.”

El género también estructura la división fundamental entre el trabajo remunerado (productivo) y el no remunerado (no productivo), asignando a la mujer la responsabilidad primaria respecto de este último. Y dentro del trabajo remunerado existe otro desdoblamiento de género entre ocupaciones de altos salarios y salarios inferiores, que suelen recaer sobre actividades históricamente feminizadas (limpieza, cuidados profesionales...).

De esta forma, se produce la asignación social de los roles de género, de modo que históricamente se ha definido lo masculino de acuerdo con las características de los roles asignados. Los hombres desempeñan las tareas económicamente productivas y aquellas “imprescindibles” para el funcionamiento social, como la economía, la política, la justicia, educación o religión. Las mujeres, en cambio, se han ocupado de las tareas no productivas en términos económicos (cuidados familiares), limitándose su integración equilibrada en las cúpulas de las disciplinas de gran impacto social.

García-Leiva²²¹ hace referencia a las posibles explicaciones de la construcción del *self* de género²²² desde las teorías cognitivas y también desde los factores

²²⁰ Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2009, pág. 22.

²²¹ *Ibid.*, pág. 73.

²²² La autora explica que el *self* de género supone la autocategorización que hacemos como hombre y como mujer a medida que crecemos, al mismo tiempo que desarrollamos la conciencia de ser un individuo distinto de los demás (*self* existencial).

sociales y situacionales, exponiendo diversas teorías del aprendizaje social y la identidad social de género. Entre estas, incluye las teorías de Bandura (1977)²²³; Lott y Maluso(1.993) y Mischel (1973), según las cuales los procesos a través de los cuales se adquiere el género, son los mismos por los que se adquiere cualquier otra conducta: los del aprendizaje. Dichas teorías analizan tres agentes socializadores: los cuentos, la televisión y las figuras progenitoras. Los contenidos de los cuentos clásicos son un dúctil canal de educación en la asignación diferenciada de roles a tenor del sexo, a través de relatos donde los chicos son heroicos, creativos, activos, valientes, dinámicos y aventureros y ellas, pasivas, limpias, ordenadas, soñadoras, amables, dóciles y siempre suelen ser salvadas.

Por tanto, los estereotipos de género se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas y sexuales que asignan atributos, características y los roles que

²²³El psicólogo canadiense Albert Bandura realizó un experimento en 1961 y 1963 para el estudio del comportamiento de menores después de ver modelos adultos con conductas agresivas hacia un muñeco ("experimento del muñeco Bobo"). Este experimento es la demostración empírica de la teoría del aprendizaje social de Bandura. Demuestra que las personas no sólo aprenden por ser recompensadas o castigadas en sí (conductismo), sino que también pueden aprender al ver a alguien ser recompensado o castigado (aprendizaje por observación). A partir de las experiencias de Bandura, se iniciaron muchos más estudios sobre los efectos del aprendizaje por observación y de ellos se han derivado implicaciones prácticas, por ejemplo, cómo los niños pueden ser influenciados al experimentar situaciones violentas. El muñeco Bobo era un juguete hinchable de aproximadamente 150 cm de alto. Una de sus características es que al ser golpeado se levantaba fácilmente. Los participantes en este experimento utilizaron a 36 niños y 36 niñas de guardería en la Universidad de Stanford. Todos los menores tenían edades de entre 3 y 5 años y se organizaron en 4 grupos: 24 menores fueron expuestos a un modelo agresivo y 24 menores fueron expuestos a un modelo no agresivo. Los dos grupos fueron divididos por sexos, que aseguraron que la mitad estuvieran expuestos a modelos de su mismo sexo y la otra mitad a modelos del sexo opuesto. Para el experimento, cada menor fue expuesto al escenario de forma individual, a fin de no ser influenciado o distraído por los compañeros de clase. La primera parte del experimento requirió reunir a un menor y el adulto modelo en una sala de juegos y el menor estaba sentado en un rincón lleno de actividades muy atractivas junto al adulto modelo. En el escenario del modelo agresivo, el adulto comenzaría jugando con los juguetes durante aproximadamente un minuto. Después de este tiempo el adulto comenzaba a mostrarse agresivo hacia el muñeco Bobo, golpeando al muñeco Bobo mediante un martillo de juguete y también usaba violencia verbal. Bandura encontró que los niños expuestos al modelo agresivo eran más propensos a actuar con agresiones físicas, que los que no fueron expuestos a dicho modelo. Los experimentadores llegaron a la conclusión de que los niños que observan la conducta adulta son influenciados a pensar que este tipo de comportamiento es aceptable. El resultado de la reducción de las inhibiciones agresivas en los niños, significa que son más propensos a responder a futuras situaciones de una manera más agresiva.. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Experimento_del_mu%C3%B1eco_Bobo. [consultada el 3 de julio de 2018].

deben cumplir unos y otras (por ejemplo, el rol de cuidadoras o madres de las mujeres y el rol de fortaleza y poder que se asigna al hombre). Estos estereotipos, con el tiempo, se asumen como verdades absolutas y se asignan ciertos espacios en función del género. Así, mientras las mujeres están asignadas ideológicamente al espacio de la reproducción biológica y social en la esfera de lo privado, los varones se encargan de la producción simbólica y material en el espacio público, espacio a partir del cual se define la vida social, incluido el ámbito de lo doméstico. Un ejemplo práctico del funcionamiento de categorización, estereotipación y prejuicio sería la creencia estereotípica de que la maternidad es el destino natural de las mujeres. Si existe la opinión generalizada de que todas las mujeres deben ser madres, sin ser relevantes sus específicas capacidades reproductivas, circunstancias personales o emocionales, para definir el estereotipo no tiene importancia que una concreta mujer no desee, por la razón que sea, ser madre, sino que justamente porque su categorización es la de mujer, se piensa que la maternidad es su papel natural y destino final en la vida. Por ello, los estereotipos cercenan la capacidad de las personas para decidir y tomar decisiones sobre sus propios proyectos de vida, limitando la diversidad.

Los estereotipos contra las mujeres por razón del embarazo y la maternidad, se conocen como *el muro materno* en el contexto de la discriminación laboral, cuestionándose a partir del citado proceso biológico las capacidades de las madres en comparación con las mujeres que no lo son, o los padres, y tanto el sexismo hostil como el benevolente redundan negativamente en las mujeres (madres). La estereotipación, posiblemente, no es la única causa de la violencia contra las mujeres, pero es un importante factor que contribuye al fenómeno, a veces de manera significativa, abonando la estratificación social y la subordinación. Por ejemplo, el estereotipo que considera a los hombres como cabeza de familia y sostenedores económicos de los hogares perpetúa la visión de las mujeres como propiedad masculina y justifica el dominio y la disciplina masculina. Los esquemas estereotípicos condicionan las actitudes y los comportamientos, cierran el ciclo del autocumplimiento y aquellas conductas que no cumplen lo esperado se interpretan como excepciones,

reforzando las creencias de partida. La emancipación de las mujeres queda condicionada inexorablemente a la eliminación de los estereotipos de género, porque adoban los roles serviles y atributos inferiores asignados a las mujeres por el mero hecho de serlo y contribuyen a mantener las creencias sistémicas que justifican la subordinación de las mujeres en la sociedad.

En base a lo expuesto, puede concluirse que el género es una elaboración social y la forma en que todas las sociedades del mundo determinan las funciones, actitudes y valores que conciernen al hombre y a la mujer. Como categoría, el género, nos permite analizar cómo se definen, representan y simbolizan las diferencias sexuales en una determinada sociedad. Estas formas varían de una cultura a otra y se transforman a través del tiempo.

Los estereotipos de género actúan como guías del juicio y la acción, cumplen determinadas funciones sociales, cognitivas y afectivas, obviando las características individuales convirtiéndose fácilmente, ya en plano conductual, en discriminación.

Por ello, es preciso evitar la influencia de estos elementos cognitivos en la toma de decisiones, especialmente en el ámbito judicial, extremando las cautelas y estando alerta cuando estemos ante decisiones importantes que pueden ser traspasadas por prejuicios sexistas, empleando, en tales casos, un procesamiento más complejo, en el análisis pormenorizado de toda la información disponible. Y, aun siendo las mujeres las más perjudicadas por esta estereotipia, debe señalarse que, también afecta de forma negativa a los hombres, pues sus actitudes y comportamientos están fuertemente influenciados por concepciones de masculinidad de modo que aquellos hombres que salen de “su patrón”, generan rechazo social. Comprender la forma en la que la diferencia sexual se traduce en desigualdad social es fundamental para el enjuiciamiento imparcial, libre de prejuicios.

III. MAPA DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO JURÍDICOS: UNA CLASIFICACIÓN MANEJABLE²²⁴

En nuestro desafío de alcanzar la igualdad real, los estereotipos tienen un papel fundamental, porque son inmunes a las leyes, pero quienes operan en el ámbito judicial no son inmunes a los estereotipos. Por ello, identificar los patrones estereotípicos y visibilizarlos permite cuestionar una norma, una práctica o una decisión que esconde realmente la vulneración de derechos humanos. La importancia de los estereotipos y su impacto negativo ha estado minimizada históricamente, pero su uso, en perjuicio del colectivo discriminado, nos lleva directamente a cuestionar el concepto estándar de “imparcialidad” judicial y también la “neutralidad” del ordenamiento jurídico²²⁵. Así, conocer a qué nos enfrentamos, contribuye a entender que las desigualdades operan a través de estereotipos. El poder cognitivo de las concepciones es tan fuerte como soterrado, lo que dificulta extraordinariamente su detección porque cuando traspasan nuestro tejido perceptivo perdemos conciencia de su existencia y los identificamos como nuestra propia forma de pensar y no como un problema que requiera remedio legal o de tipo alguno. Por ello, como primer paso para poder franquearlos, se hace imprescindible su identificación, que no siempre es fácil, pues las discriminaciones suelen operar sutil y soterradamente, en contextos democráticos, dificultando enormemente su detección. El proceso de nombrar los estereotipos de género es importante, porque la capacidad de eliminar un mal depende de la posibilidad de identificarlo y nombrarlo, como herramienta imprescindible para revelar un daño que, de otro modo, quedaría oculto. Por ello, nombrar es la primera etapa en el

²²⁴ Se utiliza el concepto de género de acuerdo con la definición contenida en el “Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo”, *Mundialización, género y trabajo*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pág. 8. Nuestra clasificación se inspira en la realizada inicialmente por Rebecca J. Cook y Simone Cusak (Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, Universidad of Pennsylvania Press, 2010, págs. 29 a 35). No obstante, en nuestra clasificación se añade la concreción de un listado de estereotipos por cada tipología.

²²⁵ Según Laura Clérico existen dos concepciones de imparcialidad: “Una concepción estándar o tradicional y una estructural. La imparcialidad, debe desprenderse de su concepción estándar, ligada a la igualdad formal, para ser re-interpretada a la luz de concepciones ligadas a la igualdad estructural. En este contexto no se justifica seguir partiendo de la presunción de imparcialidad” (Clérico, L., “Hacia un análisis integral de estereotipos: desconfiando de la garantía estándar de imparcialidad”. *Revista Derecho del estado*, nº 41, 2018, pág. 69 y 70).

camino de la responsabilidad y reparación²²⁶. La detección y denominación del mito concurrente en cada caso, es lo que nos permitirá mostrar la discriminación operante.

Para poder seguir avanzando hacia una metodología judicial libre de prejuicios, se hace necesario la visibilización de los estereotipos, a través de las distintas caras operativas en el sector de la justicia; solo así será posible franquearlos en la actividad judicial. A partir de lo expuesto es posible presentar una clasificación de estereotipos habituales en el mundo jurídico, que recaen sobre las mujeres en relación a los hombres, al que se hará referencia como “Mapa de estereotipos de género jurídicos”.

La creación de este mapa se inspira inicialmente en la agrupación genérica realizada por Cook y Cusak²²⁷ en 2010 (estereotipos de género, por razón de sexo, sexuales y múltiples), pero va más allá, para crear una nueva clasificación vinculada a los cuatro estereotipos de género marco (mitos), -el rol de cuidadoras asignado a las mujeres, el mito de la inferioridad moral, el de la inferioridad física, el de la inferioridad sexual y el de la inferioridad intelectual-, a los que se añade una quinta categoría de análisis estereotípica cuando operan de forma múltiple o interseccional. Cada estereotipo marco se concretiza en otros sub-estereotipos que se acompañan de ejemplos prácticos (resoluciones, sentencias o normas) para apreciar cómo permean y operan en el ámbito judicial. Ello permite su observación en “acción” y aporta una imagen más realista de su nocividad.

El listado resultante, que se detalla a continuación, no pretende ser un “*numerus clausus*” pero sí una herramienta práctica de utilidad para quienes trabajan en el sector justicia. Conviene recordar que los estereotipos operan en el ámbito de lo cognitivo (pensamiento), el prejuicio en el ámbito de lo

²²⁶ Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, pág. 54.

²²⁷ *Ibíd.*, págs. 29 a 36.

emocional (sentimiento) y, por último, la discriminación pertenece a lo conductual (conducta).

1. Estereotipos derivados del mito²²⁸ de la inferioridad física de las mujeres

Derivan de las características físicas y biológicas asociadas a cada clase sexual y ello se traduce en un conjunto de creencias negativas, bajo la consideración de que las mujeres son seres biológicamente inferiores a los hombres. De aquí que se hable de ellas como “sexo débil”, aunque esta acepción (discriminatoria) incluye un concepto de “debilidad” que trasciende lo físico y conecta también con el mito de la inferioridad moral, intelectual y sexual de las mujeres. De esta forma la denominada “postura biologicista” intenta explicar la subordinación de las mujeres, a través de su inferioridad biológica en relación con los hombres. A partir de esta idea se forja la construcción más compleja sobre su inferioridad basada en sus características biológicas, particularmente en sus procesos hormonales y su capacidad de gestar y parir, las cuales, a su vez, sirven para atribuirles rasgos de inmadurez, e incluso un nivel evolutivo inferior al de los hombres²²⁹.

Entre los estereotipos derivados de esta categorización podemos destacar los siguientes:

-Las mujeres son más débiles físicamente que los hombres²³⁰.

²²⁸ Se usa el concepto mito como creencias falsas que contribuyen a una interpretación deformada de la realidad, rechazando cualquier evidencia que no encaje con las expectativas. Por tanto, usamos este término como alteración de la verdad o exageración, aunque en este caso se proyecta negativamente y no sobre las cualidades de una persona, tal y como refiere la cuarta acepción contenida en el Diccionario normativo de la RAE: “Persona o cosa a la que se atribuyen cualidades o excelencias que no tiene”. Disponible en: <https://dle.rae.es/?id=PQM1Wus|PQMf1C3> [Consultada el 5 de junio de 2019].

²²⁹ Protocolo para juzgar con perspectiva de género (2020), cit., págs. 21 y 22.

²³⁰ Este estereotipo ha sido utilizado incluso legalmente para prohibir el trabajo de las mujeres en las minas, fuerzas armadas u otros puestos similares y ello, además, a nivel laboral se ha traducido en la fijación de salarios que remuneran más los trabajos que exigen esfuerzos físicos (normalmente masculinizados), frente a otros trabajos en los que se exigen otras destrezas no relacionadas con la fuerza. Como ejemplo, puede referirse la STC 145/1991 de 1 de julio (*Gregorio Marañón*), que consideró discriminación indirecta por razón de sexo, la diferencia retributiva establecida en el convenio colectivo aplicable, entre la categoría de peón (mayoritariamente hombres) y la categoría de limpiadora (mayoritariamente mujeres). En esta

-Las mujeres son más vulnerables que los hombres y están necesitadas de protección²³¹.

-Las mujeres no son tan buenas deportistas como los hombres²³².

-Las mujeres están menos capacitadas para los trabajos que exijan esfuerzo físico (ejemplo trabajo minas)²³³.

sentencia se hace expresa referencia a la utilización de “valores correspondientes a los rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en qué medida un trabajo exige esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso (...) que se corresponde única y exclusivamente con un estándar de trabajador varón”. En la misma línea, la STC 58/1994 de 28 de febrero (*Antonio Puig*), y la STC 286/1994, de 27 de octubre (*Galletas Fontaneda*).

²³¹ Como ejemplos tenemos la normativa laboral protectora de las mujeres, como la prohibición del trabajo nocturno contenido como recomendación en el viejo convenio nº 89 de la OIT (1948).

En 2007, la Corte Suprema de EE.UU. se basó en este estereotipo para justificar en parte la prohibición de un método de aborto tardío, razonándose judicialmente que es permisible prohibir un cierto método de aborto tardío incluso si se considera apropiado para promover la salud de la mujer, aduciendo que si las mujeres lo llegasen a utilizar se arrepentirían: “decidir si tener o no un aborto requiere tomar una decisión moral difícil y dolorosa. En tanto no encontramos datos confiables para medir este fenómeno, parece poco excepcional concluir que algunas mujeres se arrepentirán de su decisión de abortar la vida que crearon y gestaron. Esto puede estar seguido de depresión severa y pérdida de la autoestima”. Esta sentencia contó con un voto particular disidente de la magistrada Ruth Bader Ginsburg que cuestionó la decisión mayoritaria afirmando que: “es revelador que la Corte acuda a un código anti aborto sobre el cual, no posee datos confiables (...) la Corte, por tanto, avala que la solución no es exigir que el personal médico informe a las mujeres de forma precisa y adecuada, sobre los diferentes procedimientos y los riesgos que implican. En vez de ello, la Corte priva a las mujeres de su derecho a tomar decisiones autónomas, incluso a costa de su seguridad. Esta forma de pensar refleja antiguas nociones sobre el lugar de las mujeres en la familia y bajo la Constitución, las cuales hace ya tiempo han sido desvirtuadas”: *Gonzales vs. Carhart* (2007) (magistrado Kennedy ponente. Voto disidente magistrada Ginsburg)- EE.UU. Corte Suprema (Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, pág. 114).

²³² La sentencia T-366/2019 de la Corte Constitucional de Colombia declaró discriminatoria por razón de sexo, la exclusión de una niña de 11 años del equipo infantil de fútbol con el que venía jugando bajo el motivo de la “una actuación irregular” que suponía su participación en un equipo formado mayoritariamente por varones. La Corte determinó que, al catalogar como una “actuación irregular” la participación de la menor como titular en un equipo mayoritariamente integrado por niños, las entidades organizadoras revelaron una postura sexista y discriminatoria frente a la práctica del deporte, que reproduce estereotipos culturales que presuponen la segregación fundada en el sexo y que resulta contraria a la dignidad humana y al derecho a la igualdad entre mujeres y hombres, toda vez que lo que motivó la sanción no fue una conducta reprochable de la menor sino su condición de niña, lo cual bastó para que las demandadas concluyeran que estaba impedida para jugar al fútbol junto con los varones.

Además, otro dato que evidencia las desigualdades de género en el mundo del deporte, es la inferior presencia de la mujer en la prensa deportiva, lo que evidencia la proyección social de este prejuicio, en el ámbito del deporte. En concreto, la mujer tan solo aparece en un 5% de los casos, mientras que el hombre lo hace en más de un 92%, según una investigación (tesis doctoral) realizada en la Universidad Carlos III de Madrid en 2013, en la que se analizó la prensa española entre 1979 y 2010. Disponible en : http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/actualidad_cientifica/noticias/mujer_prensa_deportiva . [Consultada el 5 de junio de 2019].

-Los trabajos feminizados no tienen la consideración de trabajos “peligrosos”²³⁴.

-Las mujeres sufren cambios hormonales que las vuelven nerviosas, inestables y desequilibradas²³⁵.

2. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad intelectual de las mujeres

²³³ STC nº 229/1992, de 14 de diciembre de 1996. En esta sentencia el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que la prohibición a las mujeres de trabajar en el interior de las minas, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a esta, sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos y consideró que ello descansa en “prejuicios infundados, que responden a una división sexista del trabajo” o que entienden la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer “como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas”.

²³⁴ Como ejemplo, la STSJ de Canarias de 2 julio de 2019 (Rec. 369/2019), que resuelve recurso de suplicación en materia de sanción derivada de incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos. Se impuso a una empresa de hostelería, sanción administrativa por falta de evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo del sector de pisos, ascendente a 20.491 euros (por infracción grave), que fue modulada a la baja por el Juzgado de lo Social reduciéndola a 2.046 euros en aplicando el art. 39.3º LISOS, sustancialmente por “*la escasa peligrosidad*” de las tareas, entre otras razones. La Sala, sin alterar el relato fáctico, reinterpreta el concepto de “peligrosidad”, e incluye el trabajo del sector de pisos (Camareras habitaciones) conforme a la realidad actual y con perspectiva de género: “Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas. Se trata de lesiones de los músculos, huesos, tendones, y nervios que suelen afectar a las manos, muñecas, codos y espalda. También pueden afectar a las rodillas y los pies si el trabajo conlleva determinadas posturas forzadas, como estar mucho tiempo de rodillas o agachadas. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas (...). Además, en muchas ocasiones este tipo de lesiones somáticas se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc.), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral), todo lo cual puede precipitar en situaciones de estrés. La incapacidad que conllevan estas alteraciones supone situaciones de verdadera angustia que agravan el dolor físico y ocasionan daños o alteraciones psíquicas”.

²³⁵ Este estereotipo se traduce en la escasa o nula valoración de las habilidades asociadas a la femineidad (inteligencia emocional, etc.), sobrevalorando las asociadas a la masculinidad, por ejemplo, para el ascenso profesional, en el ámbito laboral. También se proyecta sobre el mito de la inferioridad intelectual de las mujeres y sobre su credibilidad en conexión con el mito de la inferioridad moral de las mujeres. Un buen ejemplo, lo tenemos en la definición de “histeria” contenida en el diccionario de la lengua española de la RAE que en su primera acepción la definía como: “enfermedad nerviosa, crónica, más frecuente en la mujer que en el hombre, caracterizada por gran variedad de síntomas especialmente funcionales, y a veces por ataques compulsivos”. La referencia a la frecuencia de la enfermedad en las mujeres fue eliminada del diccionario en la revisión efectuada por la RAE en el año 2020. Disponible en: https://www.niusdiario.es/sociedad/educacion/cambios-rae-feminizacion-diccionario-lengua-feminista-no-esta-dormida-pondon-marisabidilla-histeria-rameria_18_2886195323.html [Consultada el 21 de julio de 2021].

Estos estereotipos descansan sobre la creencia de que las mujeres tienen una inteligencia inferior en relación a la de los hombres bajo la idea de que ellas tienen menor capacidad racional. Esta categorización supuso la negación a las mujeres, durante siglos, del acceso a la educación completa. Hoy día, las niñas siguen teniendo más dificultades que los niños para acceder a la educación. Según recoge un Informe del Banco Mundial (2018), en los países de bajos ingresos, menos de dos tercios de las niñas termina la escuela primaria, y solo una de cada tres niñas finaliza el primer ciclo de la escuela secundaria²³⁶.

El médico renacentista Juan Huarte de San Juan, publicó una obra en el siglo XVI, en la que se justificaba “científicamente” la inferioridad de la mujer en base al mayor tamaño del cerebro del hombre²³⁷. Siglos después, también el reconocido científico Charles Darwin atribuyó la supuesta diferencia de facultades mentales entre hombres y mujeres al proceso de selección sexual, afirmando que²³⁸:

“La diferencia fundamental entre las facultades intelectuales de ambos sexos resulta sobradamente probada por los resultados obtenidos, siempre superiores en los hombres que en las mujeres, sea cual sea la dedicación de que se trate, ya se requiera sagacidad, razón imaginación o el mero uso de los sentidos y las manos”.²³⁹

Aunque ya en el siglo XIX, debe recordarse que la obra “la mujer del porvenir” de Concepción Arenal²⁴⁰, rebate firmemente estas teorías sostenidas sobre razones fisiológicas (masa cerebral inferior de las mujeres). Frente a ello, dice Arenal:

²³⁶ Disponible en: <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/07/11/not-educating-girls-costs-countries-trillions-of-dollars-says-new-world-bank-report> [Consultada el 14 de julio de 2019].

²³⁷ Bosch Fiol, E., “Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos”, *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, nº 45, 2011, pág. 6.

²³⁸ *Ibíd.*

²³⁹ Darwin, *El origen del hombre y la selección en relación con el sexo*, 1871.

²⁴⁰ Arenal, C., *La mujer del porvenir*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2010, págs. 19 a 23. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/la-mujer-del-porvenir--1/> [Consultada el 21 de julio de 2021].

“Cualquiera que haya observado cabezas y comparado inteligencias, ¿puede dudar de que en muchos casos la calidad de la masa cerebral suple la cantidad? Además, según la experiencia aconseja, y el autor que vamos refutando lo hace, no se han de apreciar las masas cerebrales teniendo en cuenta su volumen absoluto, sino el relativo, de otro modo el elefante y muchos cetáceos serían más inteligentes que el hombre (...)Ni el estudio de la fisiología del cerebro, ni la observación de lo que pasa en el mundo, autorizan para afirmar que la inferioridad intelectual de la mujer sea orgánica, porque no existe donde los dos sexos estén igualmente sin educar, ni empieza en las clases educadas, sino donde empieza la diferencia de la educación.”

A pesar de todo, este histórico estereotipo y sus prejuicios, sigue latente hoy en día y se visibilizan a través de las siguientes creencias estereotípicas que impactan en el derecho:

- Las mujeres son compasivas, sensibles, y emocionales frente a los hombres que son racionales, resolutivos y activos²⁴¹.
- Las mujeres poseen un valor instrumental y no inmanente²⁴².
- Las mujeres tiene un nivel de entendimiento inferior²⁴³.

²⁴¹ Esta asignación de características o cualidades vinculadas al sexo viene determinada por la asignación de roles sexistas, que determinan a la mujer para la esfera de lo privado: los cuidados familiares y el trabajo doméstico, y al hombre para lo público: trabajo “productivo”. Este es un estereotipo que se traduce en el prejuicio de la limitación de la capacidad de liderazgo y toma de decisiones de las mujeres, lo que conductualmente se evidencia en las limitaciones profesionales de las féminas, que son vistas menos aptas para ocupar puestos de relevancia social (infantilización). Además, ha servido de base, para prohibir legalmente el acceso de las mujeres a determinadas profesiones. Por ejemplo, en el caso de la carrera judicial y fiscal, prohibida para las mujeres españolas hasta 1966, o el acceso al ejército del aire de las Fuerzas Armadas, cuya prohibición para las mujeres fue justificado por la STS (Sala Militar) de 7 de octubre de 1988 “*en base a las diferencias existentes de orden fisiológico y la permanente disponibilidad para el servicio*”. Esta sentencia fue anulada por la STC nº 216/1991.

²⁴² Este estereotipo que afecta a la autodeterminación de la mujer suele ser habitualmente utilizado para limitar la autonomía de la voluntad de las mujeres. Un ejemplo lo tenemos en el Dictamen del Comité CEDAW de 17 de octubre de 2011 (*R.P.F. vs Perú*), sobre la negación del servicio de aborto legal a LC, una niña de 13 años, víctima de abusos sexuales, que necesitaba abortar para que se le realizara una intervención quirúrgica de urgencia. Las leyes que penalizan incondicionalmente el aborto y las interpretaciones judiciales excesivamente restrictivas en esta materia, se sostienen en este estereotipo.

- Las mujeres son menos creativas artísticamente²⁴⁴
- Las mujeres son menos racionales²⁴⁵.
- Las mujeres son menos habilidosas para la conducción²⁴⁶.
- Las mujeres están menos capacitadas para el estudio de carreras de ciencias, tecnología, ingeniería o matemáticas (STEM)²⁴⁷.

²⁴³ Este estereotipo conecta con el llamado *mansplaining*, que según Wikipedia se define como: “un neologismo anglófono basado en la composición de las palabras *man* (hombre) y *explaining* (explicar), que se define como explicar algo a alguien, generalmente un hombre a una mujer, de una manera considerada como condescendiente o paternalista”. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Mansplaining>. [Consultada el 26 de julio de 2021]. Esta actuación forma parte de lo que se denomina “sexismo benévolo”, que es más resistente y difícil de percibir que el “sexismo hostil”, al estar naturalizado o tolerado socialmente, pero el primero actúa de base para la proliferación del segundo.

²⁴⁴ Para combatir este estereotipo y los prejuicios derivados del mismo, que se traducen en la invisibilidad de las mujeres en el mundo de las artes y la cultura, se introdujo el artículo 26 de la LOIEMH, que para lograr la igualdad en el ámbito de la creación y producción artística e intelectual, dispone lo siguiente: “1. Las autoridades públicas, en el ámbito de sus competencias, velarán por hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en todo lo concerniente a la creación y producción artística e intelectual y a la difusión de la misma (...)”.

²⁴⁵ Según Frances Olsen, nuestro pensamiento se ha estructurado históricamente en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional (...). Estos dualismos se hallan sexualizados, de forma que una mitad se considera masculina y la otra femenina y además tienen una relación de jerarquía de modo que lo identificado como “masculino” es privilegiado como superior (“El sexo del derecho”, publicado en *The Politics of Law*, David Kairys ed., New York, 1990, págs. 1 a 3. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-sexo-del-derecho.pdf> [Consultada el 21 de julio de 2021]).

Este estereotipo en el ámbito laboral se traduce en el prejuicio respecto de la capacidad de liderazgo de las mujeres, que las ha limitado históricamente en el acceso a determinadas ocupaciones o en su caso. Un ejemplo de integración legal de este estereotipo, lo tenemos en la prohibición legal de acceso a la carrera judicial y fiscal hasta que la Ley 96/1666 derogó tal prohibición. El motivo legal de tal prohibición descansaba en ser estos trabajos actitudes contrarias al «sentido de la delicadeza consustancial en la mujer».

²⁴⁶ Este estereotipo tuvo reflejo en la aplicación de primas diferenciadas por razón de sexo, en el ámbito de los seguros de vehículos aplicándose primas diferenciadas por razón de sexo. Ello cambió radicalmente en la UE, tras dictarse la sentencia del TJUE de 1 de marzo de 2011 (Asunto Test-Achats, C-236/09), que anuló la excepción contenida en el art. 5.2 de la Directiva que permitía a los Estados miembros establecer diferencias en las primas de seguro al tarificar el riesgo, por razón de sexo.

²⁴⁷ Este estereotipo es la otra cara de la asignación a las mujeres del rol de cuidadoras y madres, que lleva aparejada la percepción social de la disminución de sus capacidades para el desarrollo de otras habilidades, como las intelectuales. Esta creencia de inferioridad intelectual de las mujeres justificó durante siglos, las limitaciones legales de las mujeres para el acceso a determinadas profesiones. Concepción Arenal dijo al respecto: “Lo que se llama historia en la vida intelectual de la mujer es una patraña, porque no se puede hacer la historia de lo que no existe” (Arenal, C., *La mujer del porvenir*, cit., pág. 30).

En la actualidad, este estereotipo sigue instalado en nuestra sociedad, y ello se traduce en las estadísticas sobre las tendencias masculinas y femeninas en la elección de estudios universitarios, que muestran una inclinación de los hombres por estudios relacionados con

-Las mujeres no están capacitadas para el trabajo requerido en las fuerzas armadas, para combate o el uso de las armas²⁴⁸.

-El silencio como deber femenino²⁴⁹.

3. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad sexual de las mujeres

Se sustentan en las características sexuales asignadas desde la cultura, la religión y la sociedad a hombres y mujeres, así como a la interacción entre

ingeniería, matemáticas o tecnología y las mujeres con ciencias sociales, jurídicas, humanidades o salud. Tal elección no es libre. Está influenciada por estereotipos y roles asignados al género, que socialmente determinan a las personas en su selección académica. Entre los estudios realizados sobre la materia, destacamos uno reciente llevado a cabo en España con personas jóvenes, para determinar las razones de la escasa presencia y participación activa de las mujeres en estudios y profesiones ligadas a algunos ámbitos STEM (siglas en inglés que aluden a la tecnología, ciencias, ingeniería y matemáticas). El referido trabajo contiene una serie de recomendaciones para evitar la influencia social del sesgo de género en la elección de los estudios por las y los jóvenes, entre las que se incluye: el empoderamiento de las mujeres en el ámbito STEM, la promoción de campañas de mentorazgo por mujeres del ámbito STEM, visibilización de las mujeres vinculadas al ámbito STEM, promoción de coeducación e implementación de la perspectiva de género en la educación o campañas de sensibilización en relación con los estereotipos influyentes en la “elección”. El estudio se incluye en el libro: AA.VV., Sainz, M., (coord.), *¿Por qué no hay más mujeres STEM?. Se buscan ingenieras, físicas y tecnólogas*, Fundación Telefónica, Ed. Ariel, 2017.

²⁴⁸ Como ejemplo de este estereotipo podemos aludir a la STC 216/1991 de 14 de noviembre, que califica de discriminatoria por razón de sexo la prohibición de acceso de las mujeres a la Academia general del aire, y al ejército del aire y se anula la sentencia dictada por la Sala Militar del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1988, que, curiosamente, había convalidado tal limitación bajo el fundamento de que: “la demora en el acceso de las mujeres al ejército del aire no lesiona el núcleo esencial del derecho a la igualdad, produciéndose en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, con las especiales características del Arma aérea en sus actividades operativas y de combate y, en todo caso, con la infraestructura actual de los Ejércitos, pues la plena incorporación femenina «demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían razón suficientemente justificativa del rechazo de la instancia presentada por la recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas (...)”.

Un caso similar se recoge en la Sentencia de la Corte Suprema de Israel 216/1991 de 14 de noviembre, que determinó discriminatorio por razón de sexo la prohibición de acceso a las mujeres al ejército. Curiosamente, en las alegaciones del gobierno en defensa de mantener la restricción se destacó que el ingreso de las mujeres perjudicaría la capacidad del ejército para reaccionar de forma rápida frente a un combate, en base a que las mujeres suelen recibir exenciones del servicio en función de sus roles tradicionales como madres y esposas.

²⁴⁹ Se trata de un viejo estereotipo prescriptivo coherente con el estereotipo de la inferioridad intelectual que se presume en las mujeres. En el refranero popular encontramos numerosas muestras de la naturalización de este mito (“calladitas se ven más bonitas”). Uno de los referentes más remotos de este estado silente deseable en las mujeres, se encuentra en los escritos de Demócrito (s. V y IV a.C). En este texto se puede leer lo siguiente: “Así como la naturaleza hizo a las mujeres, para que encerradas guardasen la casa, así las obligó a que cerrasen la boca”. (Protocolo para juzgar con perspectiva de género -2020- cit., pág. 53).

ambos. En base a esta creencia se cosifica o sexualiza a las mujeres, y también a las niñas. Los medios de comunicación o anuncios publicitarios son un buen ejemplo de la perpetuación de este mito, a través de la sexualización del cuerpo de las mujeres para dar publicidad a un producto²⁵⁰. Otro ejemplo se encuentra en la sexualización proyectada exclusivamente en los disfraces femeninos, incluso en edades tempranas.

-La sexualidad de las mujeres está vinculada a la procreación²⁵¹.

-Las mujeres son pasivas sexualmente y los hombres activos, lo que conecta con el prejuicio de la imposibilidad de los hombres de controlar sus impulsos sexuales²⁵².

²⁵⁰ Por ejemplo, el anuncio de un champú, en el que aparecía una mujer completamente desnuda con el siguiente mensaje: “No te obsesiones con ella, tú también puedes tener una igual... la melena, claro!”. En marzo de 2017, el juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Barcelona consideró que este anuncio, era “publicidad ilícita y utilizar particular y directamente el cuerpo femenino como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar”. Noticia disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/cosificacion-mujer-juez-prohibe-anuncio.html> [Consultada el 13 de julio de 2019].

²⁵¹ Este estereotipo parte de la consideración de las mujeres como instrumentos para la reproducción de la especie humana y también es utilizado para justificar las leyes de aborto restrictivas. Un ejemplo es la Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana de fecha 10 de mayo de 2006 (C-355), en la que se resolvía acción de inconstitucionalidad planteada frente a la ley de aborto colombiana, en cuya fundamentación jurídica se recoge: “el legislador al adoptar normas de carácter penal no puede desconocer que la mujer es un ser humano plenamente digno y por tanto debe tratarla como tal, en vez de considerarla en un simple instrumento de reproducción de la especie humana, o de imponerle, en ciertos casos contra su voluntad, servir de herramienta efectivamente útil para procrear”. Sentencia disponible en: <https://www.womenslinkworldwide.org/en/files/2862/gjo-colombia-c35506-esp-pdf.pdf>. [Consultada el 26 de julio de 2018]. Otro ejemplo, es la actual Orden ESS/66/2013, de 28 de enero (BOE nº26 de 30 de enero de 2013), por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, que fija indemnizaciones diferentes por deformación de órganos genitales, siendo superiores las correspondientes a los varones, en relación a las mujeres (apartados 17 a 21 del baremo). Ello evidencia un mayor valor normativo de la sexualidad masculina, respecto de la femenina.

²⁵² Este prejuicio ha permeado históricamente el derecho, visibilizándose mediante normas que eximían o dulcificaban la responsabilidad penal en caso de homicidio o agresiones físicas del esposo a la esposa adúltera (uxoricidio honoris causa, vigente en España hasta 1963), y atenuantes de responsabilidad penal sostenidas sobre el estado emocional derivado de “los celos”. Más recientemente, en fecha 11 de octubre de 2017, el Tribunal de Apelación de Oporto (Portugal), dictó una sentencia en la que se recurrió a la Biblia para justificar la violencia física y psicológica sobre la esposa adúltera. En esta sentencia, de gran difusión mediática, se recogió literalmente “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”. Noticia disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/10/23/actualidad/1508762944_523916.html [Consultada el 21 de julio de 2021].

- Consentimiento sexual implícito de las mujeres²⁵³.
- Las mujeres deben vestirse “adecuadamente” para evitar violaciones o asaltos sexuales²⁵⁴.
- Cuando una mujer dice sexualmente que no, quiere decir sí²⁵⁵.
- A las mujeres les gusta el sexo con algo de violencia (*vis grata mulieris*)²⁵⁶.

El TS español (Sala Penal) en sentencia de 23 de mayo de 1990, conocida mediáticamente como “el caso de la minifalda”, confirmó, la sentencia dictada en febrero de 1989 por la AP de Lleida en la que se señalaba que una joven de 17 años, “pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta”. En esta resolución, el empresario fue condenado por un delito de abusos deshonestos con su empleada, por tocamientos en los pechos y glúteos por encima de la ropa y por manifestarle que, a cambio de acceder a sus deseos sexuales, le renovarían el contrato de trabajo. Noticia disponible en: https://elpais.com/diario/1990/05/24/sociedad/643500002_850215.html. [Consultada el 27 de julio de 2018].

²⁵³ La Sentencia de 2 de marzo de 2017 de la AP de Cantabria condena a tres años y nueve meses de prisión a un hombre por abusar sexualmente durante cinco años de una niña y vecina que solo tenía 5 años de edad cuando empezaron los abusos. No se consideran los hechos como agresión sexual, como solicitaban la Fiscalía y la acusación particular, que pedían nueve y diez años de cárcel respectivamente, al no quedar probado que la niña “opusiera resistencia física o protestara, llorara o gritara, sino que era habitual que volviera a la casa de este hombre que le hacía regalos para contentarla (consolas, ordenador portátil, teléfonos móviles)”. Otro ejemplo lo tenemos en la Sentencia del TS de Canadá (asunto R vs. Ewanchuk- 1999- 1 S.C.R. 330) en la que el Alto Tribunal determina en un caso de “asalto sexual” (abuso sexual que la ley canadiense no contempla el consentimiento presunto o implícito alegado por el procesado. También el voto particular contenido en la mediática sentencia de “*la manada*” dictada por la AP de Navarra en fecha 20 de marzo de 2018 (Autos 426/2016), en la que se califica de intercambio sexual consentido y “jolgorio” lo que posteriormente el TS calificó de agresiones sexuales (STS 4 julio 2019 -Rec. 369/2019).

²⁵⁴ STS de 23 de mayo de 1990 (Sala 2º), “el caso de la minifalda”, ya comentada.

²⁵⁵ La STSJ de Galicia (Sala Social) de 9 de febrero 1995, determinó que no concurría acoso sexual ocupacional, habiendo quedado probado que el empleador tocó en una ocasión el trasero de la dependienta contra su voluntad y que le hacía continuas alusiones sexuales que la incomodaban, porque, a criterio del Tribunal, no se produjo: “una negativa clara, terminante e inmediata, por parte de la mujer afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario”. Esta sentencia fue anulada por la STC 224/1999, de 13 de diciembre de 1999, recordando que basta una sola negativa de la víctima para que haya acoso sexual.

²⁵⁶ Brocardo procedente del latín que significa que la violencia es agradable para las mujeres. Se trata de la traslación de los roles de hombres y mujeres a las relaciones sexuales, según la cual la mujer no podía tomar la iniciativa sexual ni ceder de inmediato a los deseos sexuales del hombre, sino que debía presentarse como recatada y tímida, preparándose para sufrir voluntariamente, de tal modo que la violencia eventualmente ejercida por el hombre para vencer la resistencia sexual de la mujer, la complacería también a ella, porque de lo contrario no se le permitiría disfrutar del placer sexual. Disponible en: https://it.wikipedia.org/wiki/Vis_grata_puellae [Consultada el 8 de junio de 2019].

La STS de 19 de octubre de 1988 (Sala Penal) RJ\1988\8065 hace expresa referencia al citado brocardo. Se trataba de un delito de violación en el que recurría el violador condenado por la Audiencia Provincial. Se cuestionaba si se estaba ante un delito de violación o una relación sexual consentida. En el FJ1º de esta sentencia el Alto Tribunal literalmente dice: “ (...) bastando con que la resistencia sea real, decidida y de suficiente entidad, mientras no adquiere el convencimiento racional de la nulidad del empeño o del riesgo de un mal superior, lo que

-Las mujeres que priorizan su aspecto físico y se visten y maquillan para estar atractivas en todo momento, tienen mayor éxito social y profesional²⁵⁷.

4. Estereotipos derivados del rol de cuidadoras y madres de las mujeres

Son atribuciones asignadas históricamente a las mujeres sobre las que se ha construido el rol de “buena madre” que se desdobra en numerosos prejuicios negativos para las mujeres que quieren acceder plenamente a la ciudadanía, pero también tiene repercusiones negativas para aquellas mujeres dedicadas a los cuidados familiares, que carecen de valor social, económico, contributivo o curricular. Estamos ante un clásico mito que opera negativamente para las mujeres, cuiden o no cuiden, o sean o no madres, que ha permeado profundamente en el derecho y la justicia.

-Las mujeres son cuidadoras y los hombres proveedores del hogar²⁵⁸.

implica una actitud tan alejada de la negativa u oposición meramente formal -vis grata puellae-, como de una resistencia desesperada o heroica, ponderando el Tribunal, para decidir con acierto, las posibilidades físicas o materiales y la presencia de ánimo, entereza y demás factores psicológicos que condicionan la capacidad de resistir” En esta misma línea, las SSTs RJ 1988\2052 y RJ 1988\2733 de esta misma Sala.

²⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de EE.UU., en el caso *Prince Waterhouse vs. Hopkins, United States Report*, vol. 490, pág. 28 (1989). El caso se remonta al año 1982, cuando Ann Hopkins, entonces gerente de la firma Prince Waterhouse, fue considerada por esta empresa no apta para ascender a socia de la compañía, por mostrar atributos “poco femeninos” en el trabajo, pues debía “caminar, hablar y vestirse de forma más femenina, usar maquillaje, estilizar su cabello y utilizar joyas”. El TS de EE.UU. determinó que la decisión de la empresa era discriminatoria por razón de sexo y se sostenía sobre estereotipación, pues se castigó a la empleada denegándole un beneficio profesional por no adherirse a las normas sociales de feminidad (Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, cit., pág. 23).

²⁵⁸ La STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Roca Alvarez*), C-104/09, en resolución de cuestión prejudicial planteada por órgano judicial español, en el que se cuestionaba la titularidad femenina del permiso de lactancia previsto en el art. 37.4 ET, declaró discriminatorio por razón de sexo dicho precepto, En 2012 fue modificado el precepto para adecuarlo a la jurisprudencia de la UE. De otro lado, el art. 60 de la LGSS regula el complemento por maternidad que establece una bonificación (del 5% al 15%) en las pensiones contributivas de jubilación, invalidez o viudedad, de las madres trabajadoras que hayan tenido dos o más hijos/as (naturales o adoptados). La finalidad del complemento es literalmente “por la aportación demográfica” de las mujeres a la Seguridad Social. La situación protegida es la pérdida de oportunidades laborales y la brecha de cotización anudada a la práctica de cuidar. No obstante, la norma niega incondicionalmente el acceso a los padres, incluso en aquellos casos en los que puedan probar que se han dedicado en exclusiva al cuidado de sus vástagos. El TSJ Canarias planteó mediante Auto de 4 de diciembre de 2018 (Rec. 850/18), cuestión prejudicial ante el TJUE en relación con el art. 60 LGSS, ante las dudas de discriminación por

- Las madres solteras son las responsables de sus hijos/as²⁵⁹.
- Las mujeres son más habilidosas con los trabajos domésticos y los cuidados y los hombres con los trabajos intelectuales, de precisión, informática, ciencias o manuales²⁶⁰.
- Las mujeres tienen como destino natural la maternidad²⁶¹.
- Las mujeres prefieren dedicar su tiempo a cuidar a otras personas en vez de “trabajar”²⁶².
- Las mujeres que dan prevalencia a su vida profesional, no son buenas esposas ni madres²⁶³.

razón de sexo respecto de un padre de cuatro hijos viudo, al que se le denegó la bonificación. El TJUE dictó sentencia el 12 de diciembre 2019 (C-450/2018), en la que declaraba que el complemento por maternidad español incurría en discriminación directa de los varones. Finalmente, la STSJ Canarias de 20 de enero 2020 (Rec. 850/2018) reconoció al recurrente (varón) el acceso al complemento por maternidad. Finalmente, el RD-Ley 3/2021 de 2 de febrero por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modificó el complemento por maternidad, regulado en el art. 90 de la LGSS, ahora denominado “complemento de las pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, permitiendo en determinados casos, el acceso al mismo de los varones, en coherencia con lo contenido en la STJUE de 12 de diciembre de 2019.

²⁵⁹ A modo de ejemplo, cabe traer a colación nuevamente el Dictamen del Comité CEDAW de 17 de octubre de 2011 (*R.P.F. vs Perú*), sobre la negación del servicio de aborto legal a LC, una niña de 13 años, víctima de abusos sexuales, que necesitaba abortar para que se le realizara una intervención quirúrgica.

²⁶⁰ Son ejemplos de este estereotipo la feminización de determinadas profesiones (limpieza, camareras de pisos, cuidadoras profesionales, empleadas domésticas, etc.) y las prohibiciones legales de acceso de las mujeres a trabajos relacionados con las fuerzas armadas, policía, trabajo en minas etc., existentes en nuestro país hasta bien avanzado el siglo pasado. En esta línea puede destacarse, entre otras, la STC nº 216/1991, que declara contrario al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo la limitación legal de las mujeres en el acceso al ejército del aire (fuerzas armadas), y anula la STS (Sala militar) de 7 de octubre de 1988, que convalidó la exclusión de las mujeres.

²⁶¹ Con este clásico rol de género no sólo se justifican decisiones discriminatorias en el ámbito laboral (discriminación directa), tanto en el acceso al trabajo como en las propias condiciones laborales, sino también la existencia de legislaciones que disminuyen la edad matrimonial de las mujeres, con relación a la de los hombres, promoviendo la institucionalización de los matrimonios infantiles. Información sobre la edad para contraer matrimonio y las diferencias jurídicas por razón de género disponible en: <https://blogs.worldbank.org/es/opedata/edad-para-contraer-matrimonio-y-diferencias-juridicas-por-razon-de-genero-tres-graficos> [Consultada el 21 de julio de 2021].

²⁶² Se trata de un estereotipo generado a partir de la capacidad reproductiva de las mujeres, convirtiendo tal capacidad en una necesidad biológica, por la vía del prejuicio. La STS (Sala Militar) de 7 de octubre de 1988 ya referida, convalidó la exclusión de las mujeres en el ejército del aire, por la menor disponibilidad de las mujeres, que se vinculó a “razones biológicas”.

²⁶³ En el Estado de Michigan (EE.UU.), se llevó a cabo un estudio en 1989, sobre la influencia de los estereotipos de género en jueces y juezas, en detrimento de las mujeres. De los resultados obtenidos se concluyó que en aquellos casos en los que las mujeres habían priorizado su vida profesional, ante disputas judiciales sobre la custodia de sus hijos e hijas,

- Las mujeres son consideradas seres delicados, dulces y sensibles²⁶⁴.
- Las mujeres embarazadas son menos productivas laboralmente²⁶⁵.
- Las mujeres son más absentistas en el trabajo (remunerado)²⁶⁶.

5. Estereotipos derivados del mito de la inferioridad moral de las mujeres

Se trata de una antigua creencia sostenida sobre la base de la “naturaleza” de las mujeres y arropada desde tiempos históricos por la religión, a través del “mito de Eva”, y otros factores pseudo-científicos, que se han reflejado popularmente en todos los sectores sociales, sin excluir al derecho. Este estereotipo se traduce en el prejuicio de considerar a las mujeres mentirosas, que también ha permeado el derecho y las prácticas judiciales, dificultando el

había una tendencia judicial a concederla al progenitor masculino que mostrase un mínimo interés a pesar de haber sido la madre la que durante años había sido la cuidadora principal, considerando a las mujeres con vidas profesionales brillantes eran menos aptas para los cuidados. Disponible en: https://www.michbar.org/file/programs/eai/pdfs/regtf_1989_part1.pdf. [Consultada el 26 de julio de 2018].

²⁶⁴ Reiteramos aquí la prohibición legal de las mujeres a la carrera judicial y fiscal hasta la entrada en vigor de la Ley 96/1966, bajo el pretexto *"de ser estos trabajos actitudes contrarias al sentido de la delicadeza consustancial en la mujer"*.

²⁶⁵ La ocultación del embarazo en la contratación laboral fue considerada una válida de causa de despido disciplinario por la doctrina y la jurisprudencia hasta la década de los ochenta en España, al entenderse que era una transgresión de la buena fe contractual, o bien una ocultación de mala fe causante de un vicio del consentimiento en la empresa que podía determinar la nulidad del contrato de trabajo. Ello cambió a partir de la STC 166/1988 de 26 de septiembre, en la que por primera vez se declaró discriminatoria la decisión de poner fin al contrato laboral de trabajadora que comunicó su estado de gestación a la empresa con posterioridad al inicio del contrato. Aunque más avanzada y protectora es la reciente STJUE de 20 de junio de 2019 (asunto C-404/18), que resolvió cuestión prejudicial planteada por un tribunal belga, sobre la extensión de la protección frente a represalias derivadas de la exigencia del cumplimiento del principio de igualdad, a personas que hayan apoyado formal o informalmente a la persona que ha sido discriminada. En este caso se trataba de la negativa empresarial a contratar a una trabajadora debido a su embarazo, y la represalia tomada frente a la trabajadora que la entrevistó y dio apoyo, y que fue despedida por ello.

²⁶⁶ Este estereotipo se traduce, en la práctica laboral, en la toma de decisiones extintivas de la relación laboral por parte de las empresas cuanto tienen conocimiento de los deseos de las trabajadoras de ser madres (v.gr. la STS de 4 abril 2017, declara la nulidad del despido de trabajadora en tratamiento de fecundación *in vitro* con óvulos fecundados pendientes de implantación en útero). O en dar prevalencia al varón respecto de la mujer en un ascenso profesional [STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 julio 2017 (Rec. 520/2017), sobre inaplicación de una acción positiva de género convencional en un ascenso profesional en el que hubo empate de méritos entre el candidato varón y la trabajadora actora]. También se traduce en muchas ocasiones, en las dificultades de las trabajadoras para acceder a las prestaciones por riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural (que sustituyen al salario). En este sentido, véanse, por ejemplo, las SSTSJ Canarias (Las Palmas) de 7 junio 2019 (Rec. 223/2019); de 20 julio 2016 (Rec. 506/2016); y de 26 abril 2016 (Rec. 121/2016), entre otras.

acceso de las mujeres a una justicia imparcial. Por ello, desde la Recomendación General nº 33 del Comité CEDAW se contienen recomendaciones expresas relacionadas con los testimonios de las mujeres en los procedimientos judiciales²⁶⁷. Entre los estereotipos y prejuicios derivados de este mito, cabe destacar los siguientes:

-Las mujeres maltratadas por sus parejas suelen ser mujeres sin formación, dependientes económicamente, y origen social humilde²⁶⁸.

-Las mujeres denuncian falsamente a los hombres para acceder a las ayudas económicas o para obtener ventajas en procesos de separación o divorcio (pensión, custodia de los hijos e hijas, disfrute de la vivienda etc.)²⁶⁹

-Los maltratadores suelen ser hombres de “mente atávica”, sin empatía ni formación y procedentes, mayoritariamente, de “otras culturas”²⁷⁰.

²⁶⁷ Recomendación General 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015. Apartado 25 a) iii), en relación con la exigencia de normas de corroboración de los testimonios de las mujeres, en las que se exige una carga superior en relación a los hombres.

²⁶⁸ Sentencia nº 257/2018 del Juzgado de lo Penal nº 1 de Granada de 18 de julio de 2018, en el mediático caso de “D^a Juana Rivas”, en cuyo FJ 3º, se recoge literalmente en cuanto al perfil de la acusada: “la acusada, no solo ha negado el ejercicio del derecho del padre a relacionarse con sus hijos, y de estos con el padre. Ha vilipendiado a este de forma despectiva hasta el último momento, imputándole unas conductas muy graves y reprochables que no han existido porque no se han probado donde se debió hacer. Poniendo por delante un deseo de proteger a los hijos del peligro que suponen que vivan con una especie de monstruo, cuando tal peligro no ha sido detectado por un psicólogo forense (...) Su renuente argumento de proclamar en todo momento que él es un maltratador, refiriendo sucesos que van más allá de lo constatado por la única sentencia que hubo sobre el particular, exterioriza una actitud de falta de respeto por la imagen pública de Francesco (...)”. Esta fundamentación sobrepasa el razonamiento jurídico y entra de lleno en la desacreditación de la mujer que ya había sido víctima de violencia de género. Pudo el magistrado llegar a la misma conclusión jurídica sin necesidad de verter estas expresiones hirientes.

²⁶⁹ El Dictamen del Comité CEDAW de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs. España*), condena a España por haber incurrido en vulneraciones de los derechos fundamentales de la Sra. González, víctima de violencia de género, a través de resoluciones judiciales sostenidas sobre estereotipos y nociones preconcebidas, que llevaron a los órganos judiciales a no atender las numerosas denuncias presentadas por ella solicitando protección para su hija que finalmente fue asesinada por el padre maltratador. El TS español (Sala de lo Contencioso-Administrativo) reconoció en su sentencia de 17 julio 2018 (Rec. 1002/2017) el carácter vinculante de este Dictamen del Comité CEDAW y condenó a la Administración General del Estado español, como responsable por anormal funcionamiento de la Justicia a abonar una indemnización reparadora del daño moral a favor de la ciudadana Ángela González Carreño.

²⁷⁰ La Sentencia ya referida del Juzgado de lo Penal nº 1 de 18 de julio de 2018 (caso Juana Rivas), recogía literalmente en su FJ 1º, al referirse al perfil del maltratador en casos de violencia de género: “ la experiencia en este tipo de sucesos, muestra que los maltratadores habituales que efectivamente desarrollan una forma de tortura, suelen ser personas de mente atávica y primigenia con escasos mecanismos de autocontrol y empatía, que contagian todo su

-Las mujeres casadas son “bienes” pertenecientes a los esposos (*pater familia*) a quienes corresponde la toma de decisiones familiares y el ejercicio de la disciplina marital²⁷¹.

-Las mujeres son mentirosas y poco confiables.²⁷²

6. Estereotipos múltiples

Combinación de dos o más estereotipos vinculados al sexo/género de un lado y a otras discriminaciones (edad, discapacidad, origen racial o étnico, religión o convicciones, orientación sexual, etc.). Se trata de una realidad antigua,

entorno con un hábito de causar daño que no pueden controlar. Por ello no suelen reparar ni ponerse límites en presencia de menores pues actúan por impulsos, y en una situación de esas, es muy raro que no haya episodios que tengan lugar en presencia de los menores ni que estos sean perceptores de ese ambiente, que suele dejarles una imborrable huella (...)

²⁷¹ Como ejemplo de integración de este estereotipo en las leyes, se puede destacar que hasta la reforma del CC. español de 1958 (*La reformica*), no fue erradicada la deleznable figura jurídica del “depósito de la mujer casada” y hasta 1975 no se suprimió la exigencia de “la licencia marital” de la mujer casada que era un requisito legal indispensable para poder viajar, abrir un negocio, trabajar o abrir una cuenta bancaria, entre otras actividades.

En España, hasta el año 2007, los hombres condenados por delito doloso de homicidio de las esposas venían percibiendo, en su caso, pensiones de viudedad lo que pone de relieve la banalización social y jurídica de la violencia de género.

La sentencia de la Corte Suprema de Vanuatu nº 8 (1993), en el *caso Fiscal Público vs. Kota de Vanuatu*, resolvió un caso de secuestro y retorno forzoso de Marie Kota, a la casa del marido, quien abusaba de ella. La Sra. Kota se separó de su esposo, y al enterarse de ello dos jefes locales organizaron una reunión comunitaria para facilitar la reconciliación de la pareja y llevaron a la mujer a la fuerza a tal reunión y posteriormente, a pesar de haber manifestado su intención de divorciarse del marido, las autoridades ordenaron llevar a Marie Kota a la casa del esposo. El TS determinó que hubo violación del derecho constitucional a la libertad y a la libertad de movimiento de la mujer, por causa de la estereotipación hecha por los jefes locales, según la cual Marie era propiedad del esposo (Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, cit., pág. 15).

²⁷² El Dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014 (*R.B. B. Vs. Filipinas*) es un ejemplo de la concurrencia de este estereotipo. Se trataba de una sentencia dictada por un Tribunal Regional sobre la denuncia de violación presentada por una joven sordo muda de diecisiete años frente a un vecino. En el informe forense se indicaba: “hay pruebas claras de una historia reciente de traumatismo, resultante de una penetración violenta”. A pesar de ello, la resolución judicial filipina aplicando estereotipos como el de “víctima ideal o racional” y el “consentimiento sexual implícito de las mujeres”, no condenó al denunciado al no haber quedado probado que la menor se resistiese de forma activa y contumaz a la agresión, pues: “el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza”. No obstante, lo anterior, el TS español (Sala Penal) a partir de 2018, ha dictado diversas sentencias con perspectiva de género en las que se erradica claramente este estereotipo en procedimientos de violencia de género (v.gr. STS 10 de abril de 2019 -Rec. 2286/2018-, que establece que cuando han existido episodios previos de maltrato no puede dudarse de la veracidad de la declaración de la víctima, ni tampoco cuando se retrasa en denunciar, por las particularidades de este tipo de delitos).

conceptualizada recientemente²⁷³, a la que el magistrado Fernando Lousada refiere como una nueva forma de discriminación, no tanto una discriminación acumulativa, sino interseccional construida sobre la idea de los prejuicios hacia un colectivo determinado, por la conjunción simultánea de dos o más causas de discriminación²⁷⁴. La discriminación interseccional alude a la concurrencia de múltiples factores de discriminación entrecruzados, por ejemplo, una mujer gitana puede ser discriminada por ser mujer y por su origen étnico, de ahí que la interseccionalidad se conciba como un enfoque o una herramienta de análisis y comprensión de múltiples discriminaciones derivadas de las diversas identidades que pueden confluir en una misma persona, lo que permite una mirada plural de género, y la comprensión de las necesidades y las desigualdades de grupos de mujeres que están atravesadas por otras identidades²⁷⁵. Interseccionalidad es, por tanto, la consideración de las diversas variables de vulnerabilidad en la que se encuentran las personas.

Las pioneras en el análisis de la discriminación múltiple fueron las mujeres feministas afroamericanas²⁷⁶, tras constatar la insuficiencia de las teorías tradicionales sobre la discriminación sexista y racial para explicar adecuadamente la interacción entre sexo/género y raza porque, aunque sirven para explicar la discriminación que puede sufrir una mujer negra en su condición de mujer, no explican la discriminación que no sufriría una mujer blanca o un hombre negro, pero sí una mujer negra²⁷⁷.

²⁷³ El concepto de discriminación múltiple ha sido reconocido expresamente en la Conferencia de Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y la Intolerancia, celebrado en Durban (Sudáfrica) en 2001, y también en la Declaración y programa de acción de de Durban, adoptados por consenso en la Conferencia Mundial contra el Racismo de 2001, se alude explícitamente en varias ocasiones a las discriminaciones múltiples.

²⁷⁴ Lousada Arochena, F., *“Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”*, *Revista de Derecho Social*, nº 81, 2018, págs.125 a 140.

²⁷⁵ Expósito Molina, C., *“¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad”*, Grupo de Investigación Multiculturalismo y Género Universidad de Barcelona, 2013.

²⁷⁶ Véase Kimberlé Williams Crenshaw: “Demarginalizing the intersection between race and sex: A black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and anti-racist politics”, *University of Chicago Legal Forum*, 1989, páginas 139 y ss. También, Harris, Angela P., “Race and Essentialism in Feminist Legal Theory”, *Stanford Law Review*, volumen 42, número 3, 1990, págs. 581 ss.

²⁷⁷ *Ibíd.*, pág. 1 y 2.

La jurista feminista estadounidense Kimberlé Crenshaw, referente incuestionable en esta materia, quiso demostrar las dificultades inherentes al tratamiento judicial de la interseccionalidad a través de tres casos. Uno de ellos, concretamente el caso *DeGraffenreid v. General Motors*²⁷⁸, trataba sobre la demanda planteada frente a esta gran empresa por cinco mujeres negras, en la que se alegaba que el sistema de cálculo de antigüedad perpetuaba las discriminaciones hacia las mujeres negras. La controversia versaba sobre la decisión de la empresa de proceder a despidos por razones económicas, aplicando criterios de antigüedad. Pero las mujeres negras habían sido contratadas por la empresa a partir de 1970, a consecuencia de las leyes, y por tanto más tarde que las mujeres blancas (que lo habían sido antes de 1964), pero también más tarde que los hombres negros (que lo habían sido después de 1964, pero con anterioridad a 1970). Los hombres blancos siempre habían estado ahí. El tribunal no aceptó la demanda porque la posible combinación de dos discriminaciones por causas diferentes (género y raza) no estaba prevista legalmente, y ello era generador de una “super-demanda”, carente de regulación²⁷⁹.

Actualmente la categoría de la discriminación múltiple o multidiscriminación, está contemplada en nuestro derecho interno a través de la LO 3/2007²⁸⁰, en cuya exposición de motivos se refiere explícitamente a “*la especial consideración con los supuestos de doble discriminación*”, y en el art. 14.6 incluye como criterios generales de actuación de los Poderes Públicos:

“La consideración de las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres de colectivos de especial vulnerabilidad como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes, las niñas, las mujeres con

²⁷⁸ U.S. District Court for the Eastern District of Missouri - 413 F. Supp. 142 (E.D. Mo. 1976) May 4, 1976.

²⁷⁹ Barrère Unzueta, M., “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas pública”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 87-88, 2010, págs. 225-252.

²⁸⁰ Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH).

discapacidad, las mujeres mayores, las mujeres viudas y las mujeres víctimas de violencia de género, para las cuales los poderes públicos podrán adoptar, igualmente, medidas de acción positiva”.

También, el art. 7.4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre²⁸¹, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley general de personas con discapacidad y de su inclusión social, alude de forma expresa a la discriminación múltiple en referencia a mujeres, menores y víctimas de violencia de género con discapacidad, a los que califica como grupos vulnerables a la discriminación múltiple.

Algún sector doctrinal²⁸² ha llegado a distinguir hasta tres fenómenos diferentes en materia de multidiscriminación: la discriminación múltiple, que se produce cuando una persona es discriminada a lo largo de su vida por diferentes causas; la discriminación compuesta, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por varias causas sin que estas interacciones; y la discriminación interseccional, cuando una persona es discriminada en un mismo momento por varias causas que interaccionan.

Por tanto, cuando el género se interseca con otros rasgos de la personalidad puede crear estereotipos múltiples, al incluir otras formas de discriminación que se suman a la que deriva del sexo, como la edad, la raza o etnia, discapacidad, orientación sexual etc. De este modo, los rasgos condicionados por el género interactúan con otros rasgos de manera compuesta para generar una asignación hostil, sostenida en prejuicios, que reflejan preconcepciones falsas sobre subcategorías de mujeres, con mensajes ideológicos sobre el papel apropiado que deben cumplir dichos subgrupos en la sociedad. A continuación,

²⁸¹ Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

²⁸² Makkonen, T., “Multiple, compound and intersectional discrimination: Bringing the experiences of the most marginalised to the fore”, Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2002. Disponible en: <https://www.abo.fi/wp-content/uploads/2018/03/2002-Makkonen-Multiple-compound-and-intersectional-discrimination.pdf>. [Consultada el 17 de julio de 2018].

se detallan algunos estereotipos derivados de otras causas de discriminación, que pueden intersecar con la discriminación por razón de sexo.

-Origen racial o étnico: Las personas de determinado origen racial o étnico (indígenas, gitanas, árabes, ...) tienen mayor disposición para delinquir e incumplir las normas establecidas²⁸³.

-Las trabajadoras con hijos/as de determinado origen racial, cultural o étnico son más propensas al absentismo²⁸⁴.

²⁸³ Como ejemplo puede citarse la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (*caso Muñoz Díaz vs. España*). Se trataba del caso de una mujer gitana a la que deniegan el acceso a la pensión de viudedad por haber contraído matrimonio por el rito gitano en el año 1971. El Tribunal europeo condena a España por haber vulnerado la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH), en combinación con el derecho al respeto de los bienes (art. 1 Protocolo Adicional Primero). Aunque no fue expresamente declarado por el Tribunal, este es un ejemplo de discriminación compuesta o múltiple (por razón de sexo y origen racial).

Este tipo de estereotipos sigue latente en el Diccionario Normativo de la RAE (actualizado a 2017), que en la quinta acepción del término “gitano/a” incluye “trapacero”, esto es: “*quien con astucias falsedades y mentiras procura engañar a alguien en un asunto*”. A finales de 2015, y tras múltiples quejas presentadas por el Consejo Estatal del Pueblo Gitano, la RAE se incluyó una nota junto a la acepción “trapacero” en la que reza “*usado como ofensivo o discriminatorio*”, lo que supone una mejora, pero no deja de ser un parcheo que rezuma discriminación. Disponible en: <https://dle.rae.es/gitano?m=form> [Consultada el 26 de julio de 2021].

²⁸⁴ Ejemplo de este estereotipo es la Comunicación nº 1/1984 adoptada el 10 de agosto de 1988, por el Comité contra la Discriminación Racial (*caso Yilmaz-Dogan vs. Países Bajos*), que es el órgano de control del Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, aprobado en el seno de Naciones Unidas, en Nueva York el 21 de diciembre de 1965, según su art. 8. En sus consideraciones, el Comité concluyó que las autoridades holandesas no protegieron el derecho de Yilmaz al trabajo, violando sus obligaciones internacionales. El caso analizado fue el despido de la Sra. Yilmaz, de nacionalidad turca y trabajadora de una empresa textil desde 1979. El 3 de abril de 1981, fue dada de baja con licencia por enfermedad. Presuntamente como consecuencia de un accidente, no pudo realizar su trabajo durante largo tiempo y, hasta 1982, no se reincorporó a su puesto de trabajo, a media jornada. La peticionaria contrajo matrimonio en 1981. El 19 de julio de 1982, el empleador solicitó la rescisión del contrato que le unía a la Sra. Yilmaz (embarazada en ese momento), al Tribunal Cantonal de Apeldoorn. En la petición figuraba lo siguiente: “Cuando una joven neerlandesa se casa y tiene un niño, deja de trabajar. Nuestras trabajadoras extranjeras, en cambio, llevan al niño a unos vecinos o familiares y, en cuanto se produce el más ligero contratiempo, desaparecen en uso de licencia, acogiéndose a lo dispuesto en la Ley de enfermedad y esa práctica la repiten indefinidamente. Dado que todos tenemos que hacer todo lo que podamos para no irnos a pique, no podemos permitir semejantes tejemanejes”. El Tribunal Cantonal acordó la rescisión del contrato. La trabajadora agotó los recursos procesales internos sin éxito. Información disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CERDSelectedDecisionsVolume1_sp.pdf. [Consultada el 22 de julio de 2021].

-Orientación sexual: las mujeres de distinta orientación sexual a la heterosexualidad, suelen ser promiscuas, y no son buenas madres²⁸⁵.

-Edad: las personas de "edad avanzada" disminuyen sus capacidades físicas e intelectuales, suelen tener enfermedades (físicas y psicológicas) y desinterés por el sexo, además con el aumento de edad disminuye el nivel de destreza y las habilidades de todo tipo. De otro lado, las personas jóvenes suelen ser irresponsables y egoístas, no tienen capacidad de sacrificio y anteponen el placer personal e inmediato a las necesidades de otras personas²⁸⁶.

-Discapacidad: las personas con discapacidad son menos eficaces en general que las personas sin discapacidad, además su rendimiento es inferior debido a sus limitaciones físicas o psicológicas²⁸⁷.

²⁸⁵ La sentencia de la CoIDH de 24 de febrero de 2012 (*Caso Atala Riffo y niñas vs Chile*), determinó que Chile incurrió en responsabilidad internacional por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría aplicado a la señora Atala debido a su orientación sexual, que dio lugar a la retirada de la custodia de sus tres hijas a instancias del procedimiento judicial promovido por el padre de las niñas. La Sra. Atala se había separado de su marido y padre de sus tres hijas, estableciendo por mutuo acuerdo que la madre mantendría la custodia de las tres niñas. Posteriormente, la señora Atala comenzó a convivir en la misma casa con su compañera sentimental y sus tres hijas. El padre interpuso una demanda reclamando la custodia, al considerar que el "*desarrollo físico y emocional de las niñas estaría en serio peligro*". Este asunto, llegó al Tribunal Supremo de Chile que dio la razón al padre, bajo el razonamiento de que las niñas se encontraban en una "*situación de riesgo*", que las ubicaba en un "*estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectaría a su desarrollo personal*". No obstante, la CoIDH tras analizar este asunto y la última sentencia dictada por la Corte Suprema de Chile, determinó que el Estado de Chile incurrió en un trato discriminatorio derivado de la orientación sexual de la Sra. Atala, así como una injerencia arbitraria en su vida privada, con condena al Estado infractor a diversas consecuencias para lograr una reparación integral del daño producido a la Sra. Atala y a sus hijas.

²⁸⁶ En la STEDH de 25 de julio de 2017 (*Carvalho Pinto de Sousa v. Portugal*), nº 17848/15, se condena al estado de Portugal por incurrir en discriminación múltiple (edad y sexo), en la sentencia dictada por el Tribunal Supremo portugués de 9 de octubre de 2014.

²⁸⁷ Tal es el caso analizado en la STEDH de 30 de enero de 2018 (*caso Enver Şahin c. Turquía*), que declara la violación del art. 14 CEDH (no discriminación) combinado con el art. 2 del Protocolo nº 1 (derecho a la educación) como consecuencia de las condiciones de falta de accesibilidad a las instalaciones universitarias en las que debía cursar sus estudios el Sr. Sahin.

-Situación económica y social: las personas de determinados ámbitos sociales y con dificultades económicas suelen ser personas que buscan aprovecharse del sistema de protección social sin tener que trabajar²⁸⁸.

El cuadro anterior, que no es una lista cerrada, pretende ser una guía práctica que facilite el primer paso de la justicia de género, cual es la detección del estereotipo operante en cada controversia sospechosa de discriminar, porque anticipan la realidad deseada para garantizar el resultado. Por ello, es trascendental la visibilización del estereotipo y prejuicio implicado para poder franquearlo. Este método de detección precoz es extensible a otras causas de discriminación (origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, orientación sexual. ...), porque cada tipo de discriminación opera sostenida sobre sus propios prejuicios. El estereotipo de la promiscuidad asignada a las personas según su orientación sexual. El de inferioridad física o psíquica de las personas con discapacidad, también arrojado históricamente por el uso legal hasta hace algunos años, del término “minusvalía” en referencia al colectivo o la concepción de que las personas mayores, en general, son menos útiles en relación a los/as jóvenes, y estos últimos también padecen sus propios estereotipos (irresponsables, impulsivos ...).

Con base en lo expuesto, podemos afirmar que los roles y estereotipos de género, como construcciones sociales transmitidas mediante el aprendizaje observacional abonan, retroalimentan y perpetúan las sistémicas asimetrías sociales existentes entre hombres y mujeres, y aunque es cierto que la

²⁸⁸ La STEDH de 16 de febrero de 2016 (*Soares de Melo vs. Portugal*) determinó que Portugal vulneró el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) de una ciudadana procedente de Cabo Verde a quien le retiraron la custodia de 6 de sus 10 hijos, sin derecho a visitas y sin permitirle participar en el procedimiento administrativo, ello a pesar de no haber indicios de violencia sobre los menores. La madre no tenía medios económicos y vivía en situación de vulnerabilidad y se omitió por parte de las autoridades recurrir a otras medidas de protección menos restrictivas. Obviamente, lo que late en la decisión de las autoridades portuguesas es un prejuicio respecto de las personas sin medios económicos o con escaso nivel educativo a quienes se les presume menos capaces para el cuidado y crianza de los hijos e hijas. En la misma línea, también la STEDH de 21 de septiembre de 2006 (*Moser vs. Austria*), en la que se consideró también vulnerado el art. 8 CEDH, porque las autoridades austriacas retiraron la custodia de su hijo a una ciudadana serbia, por la carencia de medios económicos y no porque el menor estuviese en situación de peligro o expuesto a violencia o por incapacidad de la madre, lo que de nuevo supone ampararse en un prejuicio anudado a la capacidad económica de la madre.

igualdad jurídica ha constituido un avance importantísimo en los países democráticos, no es menos cierto que la estereotipación es un resistente impedimento para lograr la igualdad *de facto*, en una cultura que cabría calificar de “*igualdad simulada*”, como se irá explicando a lo largo de este trabajo.

CAPÍTULO III

LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO: ¿UNA OBLIGACIÓN JURÍDICA?

En el camino hacia la igualdad sustancial entre hombres y mujeres, el rol del juez/a es esencial, por su potencial transformador a través de sus resoluciones, que actúan como precedentes en la construcción de un derecho respetuoso con los derechos humanos. El género, como categoría sospechosa que es, puede alzarse como un obstáculo para acceder a un derecho.

La tarea de impartir justicia, no sólo puede eliminar las discriminaciones infligidas a las mujeres en el caso concreto, también puede evitar que la interpretación de la ley obvie la dimensión de género que pueda subyacer al conflicto jurídico planteado, añadiendo una segunda discriminación (institucional) a la ya sufrida de origen por la mujer. Pero, ¿tiene el juez o la jueza una obligación jurídica de juzgar con perspectiva de género?, ¿qué concretos preceptos legales obligan al poder judicial a impartir justicia de género? y, si esta existe, ¿en qué consiste “juzgar con perspectiva de género”?

En este capítulo, trataremos de dar respuesta a las dos primeras cuestiones mediante el análisis del ordenamiento internacional, de la Unión Europea e interno, mientras que la tercera cuestión será abordada en el capítulo 5 de este trabajo.

I. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y REGIONAL

Los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos reconocen, con carácter general, el derecho a la igualdad y a la no

discriminación, entre otros motivos, por razón de sexo/género (art. 14 Convenio Europeo de derechos Humanos; art. 21 Carta de Derechos Fundamentales de la UE; y art. 1 Declaración Universal de los Derechos Humanos...).

Algunos tratados específicos (CEDAW, Convención de Estambul...) imponen, a los Estados partes, obligaciones mucho más concretas en lo que a la prohibición de toda discriminación por razón de género se refiere [art. 1, 2 f) y 5. a) de la CEDAW; art. 1 Convenio Estambul, arts. 1 y 2 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como “Convención Belem do Pará”]. Sin embargo, de ninguno de estos instrumentos se deduce de forma nítida una obligación de la judicatura de juzgar con perspectiva de género o, lo que es lo mismo, de tener presente siempre esa dimensión en su tarea de impartición de justicia. A pesar de ello, la interpretación que de estos textos han realizado sus legítimos intérpretes permite justificar la existencia de tal obligación, tal y como a continuación detallaremos.

1. El sistema de Naciones Unidas

1.1 La Declaración Universal de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH)²⁸⁹, establece en su art. 1:

“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Sin duda, la Declaración Universal de Derechos Humanos supuso un hito histórico en el que, por primera vez, se expresaban claramente los derechos y

²⁸⁹ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948.

libertades a los que todo ser humano puede aspirar de manera inalienable y en condiciones de igualdad, protegiéndose en el mundo entero. Aunque, tan importante texto tiene un carácter claramente programático, tal y como se extrae de su Preámbulo, es incuestionable su influencia en otras normas internacionales a las que se aludirá seguidamente.

1.2 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

En su art. 3, este importante Pacto recoge la garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres, como especificación de la obligación general de los Estados partes, contenida en el art. 2.1, de no discriminar por razón de sexo. Estos preceptos deben conectarse, a su vez, con los contenidos del art. 14 (igualdad ante los Tribunales de Justicia) y con el art. 26 (Igualdad ante la ley y no discriminación) del mismo Pacto.

La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley sin ninguna discriminación constituye un principio básico y general relativo a la protección de los derechos humanos. Pero, debido al carácter básico y general de tales principios, se concretizan expresamente en otros derechos. El art. 14 establece que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia, y el párrafo 3 del mismo artículo dispone que, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas enunciadas en los incisos a) a g) de este último párrafo. Análogamente, el art. 25 prevé la igualdad de participación de la ciudadanía en la vida pública.

Para asegurar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se crea el Comité de Derechos Humanos, un órgano convencional formado por personas expertas independientes que vigila el cumplimiento del Pacto por parte de los Estados que lo han ratificado. Entre sus funciones, se incluye la emisión de Observaciones generales en las que recoge su interpretación del Pacto; examinar los informes periódicos que envían los Estados firmantes en cuanto al cumplimiento del Pacto; y, también, conocer de

casos concretos, bien denunciados por otros Estados parte, bien por personas que se consideren víctimas de violaciones de sus derechos. Se analizan a continuación sus observaciones generales más relevantes en la materia, así como uno de sus dictámenes.

1.2.1 La Observación General nº 18

Por lo que respecta a la interpretación y aplicación de los citados preceptos, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en su Observación General nº 18 (1989)²⁹⁰ establece que, aunque en el Pacto no se define el término "discriminación", ni se indica qué es lo que constituye discriminación:

“el Comité considera que el término "discriminación", tal como se emplea en el Pacto, debe entenderse referido a toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas. Sin embargo, el goce en condiciones de igualdad de los derechos y libertades no significa identidad de trato en toda circunstancia. A este respecto, las disposiciones del Pacto son explícitas. Por ejemplo, el párrafo 5 del artículo 6 prohíbe que se imponga la pena de muerte a personas de menos de 18 años de edad. El mismo párrafo prohíbe que se aplique dicha pena a las mujeres en estado de gravidez. De la misma manera, en el párrafo 3 del artículo 10 se requiere que los delincuentes menores estén separados de los adultos”.

Como ejemplo de aplicación práctica del concepto de discriminación manejado por este Comité, puede destacarse su dictamen de fecha 18 de diciembre de

²⁹⁰ Observación General nº 18 (no discriminación), 37 periodo de sesiones del Comité de derechos Humanos de 10 de noviembre de 1989.

2012 (*Caso MI. vs. Uzbekistán*)²⁹¹, en el que, entre otros incumplimientos, se consideró que el Estado parte había vulnerado el art. 26 del Pacto porque la autora, cuando se encontraba detenida por la policía en 2005, fue violada por tres hombres no identificados y, en 2008, las autoridades del Estado parte, la sometieron sin su consentimiento a una operación quirúrgica para extraerle el útero (lo que dio lugar a una esterilización forzada). Tales actos fueron considerados una concreta agresión por el hecho de ser mujer, sin que ello fuese refutado con concreción por parte del estado. No obstante, este dictamen cuenta con dos votos particulares, uno de ellos parcialmente disidente²⁹², en el que no se aprecia la existencia de discriminación por razón de sexo en tales brutales actos, porque los hombres podían ser también víctimas de violencia sexual y ser sometidos a las mismas penas crueles. Y, en el segundo voto particular concurrente²⁹³, se destaca que la naturaleza peculiarmente sexualizada de los abusos (amenazas de violación por la policía, violación en grupo durante la detención y esterilización forzada mediante la extirpación del útero) pone indudablemente de manifiesto que los agentes del estado escogieron esa *forma* de abusos por tratarse de una mujer.

En la Observación General nº 18 se pone también de relieve²⁹⁴, que el principio de la igualdad exige algunas veces a los Estados partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto.

1.2.2 La Observación General nº28

²⁹¹ Dictamen del Comité de Derechos Humanos a tenor del artículo 5.4 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Comunicación 2234/2013. *Caso MT. vs. Uzbekistán*.

²⁹² Voto particular (parcialmente disidente) de Dheerujlall Seetulsingh.

²⁹³ Voto particular (concurrente) de Sarah Cleveland y Olivier de Frouville.

²⁹⁴ Observación general nº 18 (1989), párrafo 10.

Posteriormente, en la Observación General n° 28 (2000)²⁹⁵, el Comité recordó la importancia de atender al objeto y garantizar su efecto útil cuando se interpreta, señalando por lo que respecta a su art. 3, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, lo siguiente:

“La desigualdad que padecen las mujeres en el mundo en el disfrute de sus derechos está profundamente arraigada en la tradición, la historia y la cultura, incluso en las actitudes religiosas (...). Los Estados Partes deben cerciorarse de que no se utilicen las actitudes tradicionales, históricas, religiosas o culturales como pretexto para justificar la vulneración del derecho de la mujer a la igualdad ante la ley y al disfrute en condiciones de igualdad de todos los derechos previstos en el Pacto. (...) Los Estados Partes son responsables de asegurar el disfrute de los derechos en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna. Según los artículos 2 y 3, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, incluida la prohibición de la discriminación por razones de sexo, para poner término a los actos discriminatorios, que obsten al pleno disfrute de los derechos, tanto en el sector público como en el privado”.

1.2.3 La Observación General n°31

En cuanto a la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados, debe destacarse la Observación General n° 31 (2004)²⁹⁶, que sustituye a la n° 3, en la que se recuerda la obligación general de los Estados firmantes de respetar los derechos contenidos en el Pacto y de asegurar su aplicación a todas las personas de su territorio sometidas a su jurisdicción, en cumplimiento del principio especificado en el art. 26 de la Convención de Viena

²⁹⁵ Observación General n° 28, Comentarios Generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 3 - La igualdad de derechos entre hombres y mujeres, 68° período de sesiones.

²⁹⁶ Observación General n° 31 del Comité de Derechos Humanos, sobre la naturaleza de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto de 29 de marzo de 2004.

sobre el Derecho de los Tratados²⁹⁷, que obliga a los Estados partes “a dar efecto a las obligaciones prescritas en el pacto de buena fe”²⁹⁸.

Y se destaca que “las normas relativas a los derechos básicos de la persona humana” son obligaciones *erga omnes* y que, como se indica en el párrafo cuarto del preámbulo, existe una obligación estipulada en la Carta de las Naciones Unidas de promover el respeto universal y la observancia de los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁹⁹. Una vinculación extensiva a “los poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial) y otras autoridades públicas o estatales, a cualquier nivel que sea, nacional, regional o local”. De este modo, se impone a los Estados la obligación de abstenerse de violar o restringir los derechos reconocidos por el Pacto (dimensión negativa) y también la obligación de adoptar medidas legislativas, judiciales, administrativas, educativas y de otra índole adecuadas para cumplir sus obligaciones jurídicas (dimensión positiva). La importancia de esta Observación, radica en aclarar el canon jurídico reforzado que tienen los derechos contenidos en el pacto, que son vinculantes para todos los poderes públicos y *erga omnes*. El poder judicial, en el ejercicio de su labor jurisdiccional, queda igualmente vinculado por estos compromisos, como poder del Estado que es; por tanto, tiene la obligación de abstenerse de discriminar por razón de género, lo que incluye la obligación de no estereotipar así como de promover cambios transformativos, mediante la aplicación e interpretación de las normas, para lograr el pleno disfrute de los derechos humanos de las mujeres, lo que conecta directamente con la perspectiva de género judicial proyectada sobre los derechos contenidos en el Pacto

1.2.4 La Observación General nº 32

²⁹⁷ Convenio sobre el derecho de los Tratados adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969. Ratificado por España, mediante Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1969 (BOE nº 142 de 13 de julio de 1980).

²⁹⁸ Apartado 4º de la Observación.

²⁹⁹ Apartado 2º de la Observación.

La Observación General n° 32 (2007)³⁰⁰, sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, sustituye a la n° 13 y subraya que el art. 14³⁰¹ es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación. En el citado precepto se establece, como primera garantía, la del principio de igualdad (“todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia”), que, como señala el Comité rige con independencia de la naturaleza de las actuaciones y las instancias. En la citada Observación n° 32, se interpreta el derecho a la igualdad ante los tribunales, en el sentido de que tal derecho exige igualdad de acceso a los medios procesales, y de que las partes procesales han de ser tratadas sin discriminación alguna, y se advierte que las limitaciones sistemáticas (*de jure* o *de facto*) en el acceso a la justicia contravienen el principio de igualdad ante los tribunales³⁰².

Asimismo, se recuerda que también puede ser discriminatorio el derecho procesal o sus medidas de aplicación, que hagan distinciones basadas en el sexo³⁰³. Esto no significa un trato procesal igual y rígido para todas las partes, pues se permiten distinciones, siempre que puedan justificarse con causas objetivas y razonables³⁰⁴. El principio de imparcialidad exige que la justicia no sea sesgada, y el principio de igualdad ante los tribunales, debe interpretarse de forma que no se limite o impida el acceso a la justicia a las mujeres por la aplicación de estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas; aquí la perspectiva de género es sustancial para evitar desigualdades procesales y sustantivas.

1.2.5 El Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 17 de julio de 2018 (caso de Lydia Cacho)

³⁰⁰ Observación General n° 32 del Comité de Derechos Humanos, sobre el derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, de 27 de julio de 2007.

³⁰¹ Este precepto se corresponde con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, protegido por el art. 24 de nuestra Constitución.

³⁰² Punto 10 y ss. de la Observación.

³⁰³ Punto 65 de la Observación.

³⁰⁴ Punto 13 de la Observación.

Entre los dictámenes emitidos por el Comité de Derechos Humanos, destaca el correspondiente al caso de la periodista y activista mexicana Lydia Cacho³⁰⁵. Tal Dictamen deriva de la petición de revisión del caso de la citada periodista frente a la actuación de las instituciones del estado de México. La importancia de la decisión radica en la interpretación que se hace de la discriminación por razón de sexo (violencia de género) en conexión con otros derechos humanos reconocidos en el Pacto. La Sra. Cacho, según se recoge en el Dictamen³⁰⁶ es periodista, activista de los derechos humanos. Tras publicar un libro en el que revelaba la existencia de una red de corrupción y explotación infantil, fue denunciada por un influyente empresario por los delitos de difamación y calumnia, a la que se unió el Ministerio Público, ordenándose su detención. Dicha detención se llevó a cabo por un contingente de diez personas, sin darle ninguna explicación a la Sra. Cacho siendo trasladada por los agentes en automóvil a otro estado, durante el trayecto de 1.500 km. fue víctima de tortura física o psicológica, incluidos tocamientos, insinuaciones sexuales y violencia verbal y física. En varias ocasiones, uno de los agentes insertó una pistola en la boca profiriendo comentarios sexuales y le apuntó con el arma a sus genitales, bajándole la cremallera del pantalón. La Sra. Cacho presentó denuncias contra los agentes, pero los procedimientos finalizaron sin consecuencias penales salvo por los agentes de Puebla, que en diciembre de 2014 fueron detenidos, no obstante, hasta 2017 no recayó condena firme. En octubre de 2014, la Sra. Cacho presentó comunicación ante el Comité de Derechos Humanos denunciando la violación de su derecho a la libertad de expresión (art. 19 del Pacto), detención ilegal y arbitraria (art. 9), tortura (art. 7), trato degradante (art. 10), y también denunció haber sido víctima de violencia de género, derivada de su condición de mujer, durante su detención y traslado al Estado de Puebla.

El Comité de Derechos Humanos determinó que el Estado de México incurrió en una vulneración del art. 3 (discriminación por razón de sexo) en relación con

³⁰⁵ Dictamen del Comité de Derechos Humanos de 17 de julio de 2018, aprobado a tenor del art. 5.4 del Protocolo Facultativo, Comunicación nº 2767/2016 (Lydia Cacho c. México).

³⁰⁶ *Ibíd.* Págs. 2 y 3 del Dictamen.

el art. 7 (torturas) del Pacto, al haber recibido un trato con un claro objetivo discriminatorio por razón de sexo, a la luz de los comentarios sexuales vertidos y del trato sexualizado y violencia de género infligida. También se apreció la vulneración del derecho al recurso judicial efectivo para remediar las violaciones de derechos (art. 2 en relación con arts. 3,7,9 y 19). Respecto de las alegaciones relativas al art. 9 (detención arbitraria), el Comité recuerda que el concepto de “arbitrariedad” no debe equipararse a “contrario a la ley”, sino que requiere una interpretación más amplia, lo que incluye consideraciones relacionadas con la inadecuación, la injusticia, la imprevisibilidad y las debidas garantías procesales, además de consideraciones relacionadas con la razonabilidad, la necesidad y la proporcionalidad. Por ello, en el caso analizado, se concluye que la detención de la Sra. Cacho no fue una medida necesaria, ni proporcional, sino más bien una medida de carácter punitivo y, en consecuencia, arbitraria y vulneradora del art. 9 del Pacto.

Como medidas de reparación integral de las vulneraciones de los derechos humanos referidos, el Comité requiere al Estado de México a realizar una Investigación imparcial, pronta y exhaustiva sobre los hechos denunciados. También a procesar, juzgar y castigar, con penas adecuadas a las personas que resulten responsables; ofrecer una compensación adecuada a la Sra. Cacho; y adoptar las medidas necesarias para evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro, incluida la despenalización de los delitos de difamación y calumnia en todos los estados federados, garantizando a las personas periodistas y defensoras de los derechos humanos que puedan ejercer su derecho a la libertad de expresión en sus actividades.

El Dictamen comentado es un precedente histórico que incluye un expreso pronunciamiento sobre la violencia de género a la que fue sometida la Sra. Cacho, por el hecho de ser mujer, que se manifiesta a través de otras vulneraciones (tortura, trato degradante, etc.). Los malos tratos denunciados tuvieron un nítido objetivo discriminatorio por razón de sexo (comentarios sexuales y tratos sexualizados), que nunca se hubieran producido de haber sido un hombre la persona detenida. Además, dicha discriminación vino

anudada al ejercicio de la libertad de expresión de la víctima con motivo de la publicación de un libro, en el que se señalaba a altas autoridades involucradas en la explotación sexual infantil, esto es, otra modalidad de violencia de género.

La importancia del dictamen radica en que pone de relieve que los órganos judiciales, ante las evidencias existentes en materia de violencia de género, no cumplieron con su obligación de investigar los hechos, procesar, juzgar, castigar a los responsables y ofrecer a la víctima una reparación adecuada, lo que supone un incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto por lo que respecta al derecho a la no discriminación por razón de sexo, dada la protección reforzada de este derecho, que exige de quien juzga una actitud activa y no mecánica y formalista, es decir una actuación con perspectiva de género.

1.3 El Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales

Este Pacto Internacional³⁰⁷, adoptado en la misma fecha que el anterior y en el mismo lugar protege los derechos de carácter económico, social y cultural, entre los que interesan al objeto de esta investigación, el derecho a la no discriminación, reconocido en su art. 2.2., y el principio de igualdad entre hombres y mujeres, consagrado en su art. 3.

El órgano encargado de vigilar su cumplimiento es el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que se ha pronunciado, en su Observación General nº 16 (2005)³⁰⁸, sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer y el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales, en los siguientes términos:

³⁰⁷ Pacto de fecha 19 de diciembre de 1966 y Ratificado por España en Instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 103 de 30 de abril de 1977.

³⁰⁸ Observación General nº 16, Comentarios Generales adoptados por el Comité de, Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Artículo 3- La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, 34º período de sesiones (2005), apartados 7, 8, 17 y 19.

“El disfrute de los derechos humanos sobre la base de la igualdad entre hombres y mujeres debe entenderse en sentido lato. Las garantías de no discriminación e igualdad en los instrumentos internacionales de derechos humanos prevén la igualdad tanto *de facto* como *de jure*. La igualdad *de jure* (o formal) y *de facto* (o sustantiva) son conceptos diferentes pero conectados entre sí. La igualdad formal presupone que se logra la igualdad si las normas jurídicas o de otra naturaleza tratan a hombres y mujeres de una manera neutra. Por su parte, la igualdad sustantiva se ocupa de los efectos de las normas jurídicas y otras y de la práctica y trata de conseguir no que mantengan, sino que alivien la situación desfavorable de suyo que sufren ciertos grupos. La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logrará sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres.

La igualdad de derechos del hombre y la mujer impone a los Estados Partes obligaciones a tres niveles: respetar, proteger y cumplir. (...)

La obligación de respetar exige que los Estados Partes se abstengan de actos discriminatorios (...). La obligación de proteger exige que los Estados Partes tomen disposiciones encaminadas directamente a la eliminación de los prejuicios, las costumbres y todas las demás prácticas que perpetúan la noción de inferioridad o superioridad de uno u otro sexo y las funciones estereotipadas del hombre y la mujer³⁰⁹.”

De este modo, sobre la base conceptual del concepto de igualdad, no discriminación y acciones positivas, se fijan tres obligaciones jurídicas concretas, que definen la diligencia debida internacional. En primer lugar, la

³⁰⁹ Puntos 7, 18 y 19 de la Observación.

obligación de respetar absteniéndose de estereotipar directa o indirectamente en base al género. En segundo lugar, la obligación de proteger los derechos humanos de las mujeres frente a vulneraciones procedentes de actores no estatales. Y, por último, implementar medidas para acelerar los cambios necesarios para lograr la igualdad de facto; especialmente, medidas encaminadas a la prevención (educación desde las escuelas) y sensibilización social frente a los estereotipos, además de capacitar y formar a quienes operan en el ámbito judicial frente a los prejuicios sexistas. La recomendación parte de la una desigualdad estructural y sistémica existente socialmente entre mujeres y hombres, tal y como se recoge en la introducción³¹⁰. La citada Observación facilita la comprensión del art. 3 del Pacto y, para el cumplimiento de su finalidad, se insiste a través de varios apartados, en la necesidad de lograr no sólo la igualdad formal (*de iure*) sino real o sustancial (*de facto*). Por ello, la omisión de los Estados Partes, del deber de adoptar, aplicar y vigilar los efectos de las leyes, políticas y programas orientados a eliminar la discriminación, en lo que respecta a cada uno de los derechos enumerados en los arts. 6 a 15 del Pacto, constituye una violación de los mismos, según se dispone expresamente en el apartado 41 de esta Observación, que finaliza de forma contundente, aclarando que la violación de los derechos del Pacto puede producirse por la acción directa, o por la inacción u omisión de los Estados o de sus instituciones u organismos nacionales o locales. Esta obligación de los Estados no excluye al poder judicial, como poder del Estado, lo que conlleva que también se verá vinculado en sus actuaciones jurisdiccionales por el principio de diligencia debida. Por tanto, en su actividad jurisdiccional, también deberán abstenerse de estereotipar en las actuaciones y resoluciones, deberán proteger debidamente a las mujeres frente a otros actores (en el hogar, el trabajo o la sociedad) y, por último, deberán, a través de las actuaciones y resoluciones judiciales, eliminar los obstáculos que

³¹⁰ Al respecto, en la introducción de la Observación General nº 16, se señala: “Las mujeres se ven con frecuencia privadas del disfrute de sus derechos humanos en pie de igualdad, en especial debido a la condición inferior que les asignan la tradición y las costumbres o como consecuencia de discriminación abierta o encubierta. Muchas mujeres sufren diversas formas de discriminación al combinarse los motivos de sexo con factores como la raza, el color, el idioma, la religión, las opiniones políticas, el origen nacional o social, el nivel económico, el nacimiento u otros factores como la edad, el origen étnico, la discapacidad, el estado civil, la condición de refugiada o migrante, que agravan la situación de desventaja”.

dificultan la igualdad real, dentro de los márgenes del imperio de la ley, al que se vinculan por mandato constitucional. Ello, adaptado a la actividad judicial, se traduce en la integración de la perspectiva de género en la impartición de justicia, que encuentra aquí otro pilar jurídico que sostiene su obligatoriedad jurídica respecto de los derechos contenidos en el Pacto.

1.3.1 La Observación General nº16

En la Observación General nº 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 13 de mayo de 2005³¹¹, el Consejo parte de un marco conceptual de igualdad y no discriminación de género, en el que se separa nítidamente la igualdad formal y sustancial, justificando de este modo la interpretación que se hace sobre el alcance del art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que motiva esta Observación. Sobre el particular, se señala lo que sigue:

“La igualdad sustantiva de hombres y mujeres no se logra sólo con la promulgación de leyes o la adopción de principios que sean a primera vista indiferentes al género. Al aplicar el artículo 3, los Estados Partes deben tener en cuenta que las leyes, los principios y la práctica pueden dejar a un lado la desigualdad entre hombres y mujeres o incluso perpetuarla, si no tienen en cuenta las desigualdades económicas, sociales y culturales existentes, en especial las que sufren las mujeres. Según el artículo 3, los Estados Partes deben respetar el principio de la igualdad en la ley y ante la ley. El legislador en el desempeño de su función ha de respetar el principio de igualdad en la ley, velando por que la legislación promueva el disfrute por igual de los derechos económicos, sociales y culturales por parte de los hombres y las mujeres. En cuanto al principio de igualdad ante la ley, habrá de ser respetado por los órganos administrativos y jurisdiccionales, con la conclusión de que dichos

³¹¹ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34º periodo de sesiones Ginebra, 25 de abril a 13 de mayo de 2005.

órganos deben aplicar la ley por igual a hombres y mujeres³¹². (...) El género afecta al derecho igual del hombre y la mujer a disfrutar de sus derechos. El género alude a las expectativas y presupuestos culturales en torno al comportamiento, las actitudes, las cualidades personales y las capacidades físicas e intelectuales del hombre y la mujer sobre la base exclusiva de su identidad como tales. (...) Las ideas preconcebidas sobre el papel económico, social y cultural en función del género impiden que el hombre y la mujer compartan responsabilidades en todas las esferas en que lo exige la igualdad³¹³.

En el apartado correspondiente a las “obligaciones de los Estados Partes”, el Comité recuerda que “la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales es obligatoria e inmediatamente aplicable”³¹⁴, y se concretizan tres “obligaciones jurídicas específicas” para los Estados, que conforman el principio internacional de diligencia debida³¹⁵:

1º- La obligación de respetar, exige que los Estados se abstengan de cometer actos discriminatorios que directa o indirectamente tengan como resultado la negación de iguales derechos humanos y libertades fundamentales para hombres y mujeres. Esta obligación se traduce en la abstención de estereotipar con base al género de forma lesiva, debiendo garantizarse que las leyes, políticas o prácticas aparentemente neutrales tengan un efecto negativo por razón de género, y en su caso, deberán modificarlas. Ello es aplicable a todos los poderes del estado. El legislativo, mediante leyes que no descansen sobre estereotipos, debiendo, en su caso, establecer acciones positivas. El

³¹²Puntos 8 y 9, apartado A) – marco conceptual- de la Observación.

³¹³ Punto 14, apartado B) – marco conceptual -de la Observación.

³¹⁴ Punto 16, apartado A)-obligaciones de los Estados Partes- de la Observación.

³¹⁵ En la misma línea, desde el Comité de la CEDAW también se ha desarrollado el concepto de “diligencia debida” por la vía de los dictámenes, informes y sobre todo a través de sus recomendaciones. La Recomendación nº 19 expresamente dispone que: “Los Estados Partes adopten medidas apropiadas y eficaces para combatir todo tipo de violencia basada en el sexo, ejercida mediante actos públicos o privados”, y que será analizada más adelante. Posteriormente, esta Recomendación fue sustituida por la nº 35. También las Recomendaciones nº 28 y 33 abundan sobre las obligaciones estatales.

poder ejecutivo debe también abstenerse a través de las prácticas, actuaciones y políticas, desde todos sus departamentos, de actuar en base a prejuicios o roles sexistas que redunden negativamente en los derechos humanos de las mujeres.

De igual modo, el poder judicial, que actúa en nombre del Estado en su actividad jurisdiccional, queda vinculado pues, en el ejercicio jurisdiccional, juezas y jueces quedan sometidos al imperio de la ley (art. 117.1 CE), lo que incluye también al derecho internacional público. En particular, se afirma de forma expresa, que:

“(...) incumbe a los Estados Partes tener en cuenta la manera en que la aplicación de normas y principios jurídicos aparentemente neutrales, en lo que se refiere al género, tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad”³¹⁶.

Existe, por tanto, una diferencia en las obligaciones que se imponen al poder judicial al que le corresponde, no solo la aplicación de las leyes con perspectiva de género en la aplicación de normas aparentemente neutras sino también el control de convencionalidad³¹⁷, pudiendo recurrir, en su caso, a la cuestión de inconstitucionalidad, cuando la ley sea discriminatoria³¹⁸.

Las resoluciones judiciales tienen un gran impacto humano, tanto individual como colectivo, y deben contribuir a que se respete el estado social y democrático de Derecho. Esta obligación judicial se extiende no sólo a las resoluciones sino a todas las actuaciones, en cualquier fase del proceso, en los que la imparcialidad exige la detección y reconocimiento de preconcepciones para poder franquearlas, evitando así elevar a la categoría de la justicia los patrones estereotípicos que sustentan las asimetrías de género y también detectar las inequidades de género que imperan en nuestro ordenamiento

³¹⁶ Apartado nº 18 (obligación de respetar) de la Observación.

³¹⁷ STC nº 140/2018 de 20 de diciembre.

³¹⁸ Nos referimos a normas con fuerza de Ley pues si se trata de normas de desarrollo (decretos, reglamentos...), puede el juez o la jueza inaplicarla directamente.

jurídico, evitando impactos normativos de género discriminatorios. Se trata, en fin, de decidir desde la justicia si los estereotipos subyacen en un trato legal diferenciado directa o indirectamente.

2º- La obligación de proteger exige la protección de mujeres y niñas frente a violaciones de sus derechos humanos cometidas por actores no estatales (familia, comunidad, mercado laboral...). Ello conlleva la adopción de una posición activa en la que, entre otras medidas, se promueva la continua sensibilización social frente a los prejuicios y contar con procedimientos efectivos en respuesta a las demandas y a las reparaciones apropiadas que corrijan los actos de discriminación contra las mujeres. Obviamente, la obligación de proteger se extiende al poder judicial y, en consonancia con ello, en un apartado posterior se recuerda:

“Las políticas y estrategias nacionales deben prever el establecimiento de mecanismos e instituciones eficaces, en caso de que no existan, con inclusión de autoridades administrativas, mediadores y otros órganos nacionales en materia de derechos humanos, así como tribunales. Todos estos órganos deben investigar y examinar las presuntas infracciones del artículo 3 y ofrecer remedios apropiados (...)”³¹⁹.

Ello se traduce judicialmente en la obligación de no estereotipar en la impartición de justicia, integrando la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, tanto desde un punto de vista procesal como sustantivo.

3º- Por último, la obligación de cumplir constituye un deber de actuación directa sobre la realidad social que discrimina a las mujeres, que se traduce, por lo que respecta al poder legislativo, en la toma de medidas efectivas para asegurar realmente el disfrute de los derechos económicos, sociales y

³¹⁹ Apartado 38 (Remedios y responsabilidad).

culturales en pie de igualdad a hombres y mujeres³²⁰. Como ya se ha adelantado, esta obligación, trasladada al poder judicial, se traduce en tener en cuenta la perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas para evitar impactos lesivos de género.

1.3.2 La Observación General nº 9

También debe destacarse la Observación General nº 9³²¹, sobre aplicación interna del Pacto, que es similar la emitida por el Comité de Derechos Humanos (nº 31), y que complementa o amplía lo contenido en la Observación nº 3 (1990)³²². En esta Observación se contienen recomendaciones en relación a la interpretación y aplicación de los derechos del Pacto y se recuerda que las cuestiones relacionadas con la aplicación interna del mismo deben considerarse teniendo en cuenta el principio de derecho internacional contenido en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), por lo que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", poniendo de relieve el canon reforzado de los derechos reconocidos en convenios internacionales como el presente. Pero, además, integra un apartado específico sobre el "trato del Pacto en los tribunales internos", y, con base en ello se recomienda lo que sigue:

³²⁰ Entre las medidas se incluyen: Implementar remedios preventivos desde la educación (integrando la enseñanza en igualdad) y sensibilización social frente a los estereotipos negativos de género. Establecer mecanismos judiciales y administrativos eficaces de reparación y restitución integral de las mujeres. Elaborar y poner en práctica programas con medidas especiales temporales para acelerar el disfrute en igualdad por parte de mujeres y hombres de los derechos humanos. Implementar programas de educación y formación en materia de derechos humanos para personal judicial y profesionales que opera en el ámbito judicial. Promover la representación equilibrada de mujeres y hombres en la Administración Pública.

³²¹ Observación General nº9 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre aplicación interna del Pacto de 4 de diciembre de 1998.

³²² Punto 14 de la Observación. En el apartado 1º de la Observación general nº 3, ya se hacía expresa referencia a las obligaciones de "resultado": "El artículo 2 resulta especialmente importante para tener una comprensión cabal del Pacto y debe concebirse en una relación dinámica con todas las demás disposiciones del Pacto. En él se describe la índole de las obligaciones jurídicas generales contraídas por los Estados Partes en el Pacto. Estas obligaciones incluyen tanto lo que cabe denominar (siguiendo la pauta establecida por la Comisión de Derecho Internacional) obligaciones de comportamiento como obligaciones de resultado (...)"

“Dentro de los límites del ejercicio adecuado de sus funciones de examen judicial, los tribunales deben tener en cuenta los derechos reconocidos en el Pacto cuando sea necesario para garantizar que el comportamiento del Estado está en consonancia con las obligaciones dimanantes del Pacto. La omisión por los tribunales de esta responsabilidad es incompatible con el principio del imperio del derecho, que siempre ha de suponerse que incluye el respeto de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (...) cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales”³²³.

Generalmente, se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Las garantías de igualdad y no discriminación deben interpretarse, en la mayor medida posible, de forma que se facilite la plena protección de los derechos económicos, sociales y culturales³²⁴.

La traslación de esta obligación a la práctica judicial se traduce en la obligación jurídica de integración de la hermenéutica de género en la impartición de justicia³²⁵, porque se trata de un mecanismo que, entre otros fines, pretende lograr la igualdad real mediante interpretaciones jurídicas libres de estereotipos que permiten detectar las asimetrías de género.

1.3.3 La Observación General nº 20

³²³ Apartado 14 y 15 de la Observación.

³²⁴ Puntos 14 y 15 del apartado D) de la Observación.

³²⁵ Apartado nº 18 de la Observación general nº 18 (obligación de respetar).

Por último, cabe destacar la Observación General nº 20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales.³²⁶ Esta observación va más allá de la discriminación por razón de sexo, incluyéndose, también, otras causas de discriminación prohibidas en el art. 2.2 del pacto derivadas de : "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social". La inclusión de "cualquier otra condición social" indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría. Por parte del Comité se recuerda que la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general que los Estados partes deben garantizar.³²⁷ Y se conceptúa discriminación como: "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto. La discriminación también comprende la incitación a la discriminación y el acoso"³²⁸.

En esta Observación se hace también expresa referencia a la igualdad sustancial, y a la necesidad de adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*³²⁹. Y se contiene una expresa referencia a la discriminación múltiple, que entra dentro de las prohibiciones del Pacto. En cuanto a la discriminación por razón de sexo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recoge la evolución del concepto "sexo" hacia el concepto "género":

"Desde la aprobación del Pacto, el concepto de "sexo" como causa prohibida ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las

³²⁶ Observación General nº 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales de 22 de mayo de 2009.

³²⁷ Obligación derivada del art. 2.2 del Pacto.

³²⁸ Apartado II.7 ("Alcance de las obligaciones del Estado") de la Observación.

³²⁹ Apartado II.8 ("Alcance de las obligaciones del Estado") de la Observación.

características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales en igualdad de condiciones (...)³³⁰.

El citado Comité insiste en la necesidad de que los Estados tengan una posición proactiva y adopten medidas concretas, “deliberadas y específicas” para asegurar la erradicación de cualquier tipo de discriminación en el ejercicio de los derechos recogidos en el Pacto, al tiempo que efectúa una recomendación para la eliminación de “la discriminación sistémica”, donde se apela a los Estados para que consideren:

“La posibilidad de emplear incentivos o sanciones para alentar a los actores públicos y privados a modificar su actitud y su comportamiento frente a los individuos y grupos de individuos que son objeto de discriminación sistémica (...). En muchos casos, para eliminar la discriminación sistémica será necesario dedicar más recursos a grupos que tradicionalmente han sido desatendidos. Dada la persistente hostilidad contra ciertos grupos, deberá prestarse especial atención a asegurar que los funcionarios y otras personas apliquen las leyes y las políticas en la práctica”.³³¹

Por tanto, esta Observación parte de la existencia de una discriminación sistémica (también por razón de sexo/género), que incluye a las propias instituciones, lo que justifica esta última recomendación dirigida a modificar los estereotipos o prejuicios de personas “que apliquen las leyes y las políticas a la práctica”. Ello nos lleva necesariamente a la adopción de métodos de análisis jurídicos adecuados de los derechos sociales, económicos y culturales, para evitar que las resoluciones judiciales se conviertan en armas de discriminación institucional, incorporando elementos tendentes a la equiparación real de ambos sexos y evitando decisiones o actuaciones judiciales que perpetúen la

³³⁰ Apartado III.20 (“Motivos prohibidos de discriminación”) de la Observación.

³³¹ Apartado IV.39 (“Aplicación en el plano nacional”) de la Observación.

noción de inferioridad o superioridad de uno de los sexos y las funciones estereotipadas asignadas a mujeres y hombres.

1.4 La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres (en adelante, la CEDAW)³³², fue ratificada por 189 países del mundo, aunque paradójicamente también es el instrumento internacional con el mayor número de reservas. Este es el caso de nuestro país, que hizo una expresa reserva tal y como reza en el Instrumento de ratificación: “La ratificación de la Convención por España no afectará a las disposiciones constitucionales en materia de sucesión a la Corona española”.³³³

Constituye uno de los pilares jurídicos de la impartición de justicia con perspectiva de género, como se irá desbrizando, un referente y un sustento imprescindible en la legitimación jurídica de esta hermenéutica de género. Es uno de los tratados internacionales de derechos humanos de Naciones Unidas más operativo en la conquista de la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, también llamada “la carta internacional de los derechos humanos de las mujeres”³³⁴.

En su art. 1 se define conceptualmente la “discriminación contra la mujer” como eje central sobre el que se construyen y fijan las obligaciones estatales, separándose claramente de un concepto formalista de igualdad para fijar sus

³³² Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor en 1981. Fue ratificada por España en Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983, en BOE nº 69 de 16 de diciembre de 1983. El Protocolo Facultativo de la CEDAW fue adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 6 de octubre de 1999, entró en vigor el 22 de diciembre de 2000 y fue ratificado por España mediante Instrumento de fecha ratificación publicado en el BOE de 9 de agosto de 2001. Los Estados parte, en el Protocolo, otorgan competencia al Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer para conocer denuncias de individuos o investigar «violaciones graves o sistemáticas» de la Convención, lo que ha dado lugar a una serie de decisiones en contra de los Estados miembros, en cuestiones de género.

³³³ Instrumento de Ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 (BOE nº 69 de 21 de marzo de 1984).

³³⁴ STSJ Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016), FJ 2.

exigencias en una igualdad de resultado, es decir una igualdad efectiva de mujeres y hombres en el disfrute de todos los derechos, en todos los contextos:

“A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará 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”.

De esta definición se deducen implícitamente tres consecuencias jurídicas³³⁵:

1º- Se reconoce que una ley puede ser discriminatoria, no sólo si establece una diferencia de trato peyorativa y explícita entre hombre y mujer que no esté justificada, sino también si tiene un resultado desventajoso para la mujer, por ejemplo, porque se genere una desigualdad injustificada al ser aplicada en un contexto determinado. Una ley formalmente neutral puede discriminar por su impacto negativo, en la aplicación, incluso aquellas leyes promulgadas con la intención de “proteger a la mujer” o “evararla” a la condición del hombre. Así una ley que trate a hombres y mujeres exactamente igual pero cuyos resultados menoscaben o limiten el goce de los derechos humanos, si son mujeres, será una ley discriminatoria, de acuerdo con esta definición.

2º- Esta definición queda normativizada e integrada en nuestro derecho, en tanto en cuanto España ha ratificado la Convención, convirtiéndose en lo que legalmente debe entenderse por discriminación.

3º- El abordaje de la igualdad de sexos supera la clásica visión formalista sostenida sobre la equivalencia. Esta manera de concebir la igualdad garantiza a las mujeres que serán tratadas como seres humanos plenos solo en tanto

³³⁵ Facio Montejo, A., *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, ILANUD, San José (Costa Rica), 1992, págs. 17 a 20.

sean semejantes a los hombres (varones) y que serán tratadas de forma diferente en todo aquello que les diferencie de ellos. Por tanto, el mandato de trato igualitario ante la ley se ha interpretado como tratar a iguales como iguales y a diferentes como a desiguales.

Desde nuestro punto de vista, esta definición refleja la última fase evolutiva del principio de igualdad, dejando atrás la igualdad por homologación de las diferencias bajo el patrón masculino, y centrando la atención la igualdad de resultado. Ya no se indica que se trate a la mujer como a un hombre, sino que es discriminatorio todo trato que tiene como resultado la desigualdad, incluso aquel amparado en normas formalmente “neutras”, lo que supone reconocer la existencia de situaciones de desventaja de partida, en sociedades aparentemente igualitarias. El concepto internacional antidiscriminación es un avance normativo que pretende englobar todas las formas de discriminación contra las mujeres partiendo de que este fenómeno no es ocasional, sino inscrito en el sistema y estructural, lo que exige un concepto que tenga en cuenta no solo la intencionalidad sino también el resultado y que englobe todas las formas de violencia sobre las mujeres, en cualquier espacio (centro de trabajo, hogar, sociedad) en el que interactúen con hombres. Ciertamente, el patrón de referencia sigue siendo el masculino, y la mujer sigue siendo considerada la “diferente”, pero esta definición permitirá actuar frente a cualquier trato o actuación desfavorable de género desde el resultado, y también frente a los impactos normativos lesivos de género, dando un gran margen interpretativo a quien juzga, en el escrutinio de género de cada conflicto jurídico. Es un avance internacional incuestionable.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (en adelante, Comité CEDAW) ha declarado que la definición de la discriminación contra la mujer “incluye la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada”. También ha señalado que “la violencia contra la

mujer es una forma de discriminación que impide gravemente que goce de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre³³⁶.

Conviene aclarar que la Convención hace uso del concepto sexo como sinónimo de género, tal y como expresamente se recoge por parte del Comité de la CEDAW entre otras, en su recomendación General nº 28 relativa al art. 2 de la Convención³³⁷, que, en sus apartados c), d) y e), establece:

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a (...):

c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los Tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

d) Abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación.

e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas.”

Este precepto engloba el principio de diligencia debida que obliga a los Estados firmantes a adoptar una posición activa para acabar con el fenómeno de la

³³⁶ Cfr. Comité CEDAW, Recomendación general 19: La Violencia contra la Mujer, 11º período de sesiones, 1992, UN Doc. HRI\GEN\1\Rev.1 at 84 (1994), párrafos 1 y 6.

³³⁷ En el apartado 5 de la Introducción de la Recomendación general nº28, literalmente se recoge: “Si bien en la Convención solo se menciona la discriminación por motivos de sexo, al interpretar el artículo 1 junto con el párrafo f) del artículo 2 y el párrafo a) del artículo 5 se pone de manifiesto que la Convención abarca la discriminación contra la mujer por motivos de género. El término "sexo" se refiere aquí a las diferencias biológicas entre el hombre y la mujer. El término "género" se refiere a las identidades, las funciones y los atributos construidos socialmente de la mujer y el hombre y al significado social y cultural que la sociedad atribuye a esas diferencias biológicas, lo que da lugar a relaciones jerárquicas entre hombres y mujeres y a la distribución de facultades y derechos en favor del hombre y en detrimento de la mujer. El lugar que la mujer y el hombre ocupan en la sociedad depende de factores políticos, económicos, culturales, sociales, religiosos, ideológicos y ambientales que la cultura, la sociedad y la comunidad pueden cambiar. (...)”.

discriminación de género conectado con la devaluación de lo femenino, y a promover actuaciones desde todos los poderes públicos que tengan en cuenta la dimensión de género; además de abstenerse de discriminar³³⁸. Ello se traduce, en el caso del poder judicial, en una posición activa, vigilante y de control, debiendo quien juzga extremar las cautelas en el análisis de situaciones sospechosas de ser discriminatorias, por derivar de contextos asimétricos o por involucrar patrones estereotípicos de género. Y conecta con el mandato contenido en el artículo 5 a) de la CEDAW, que dispone:

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para:

a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

La CEDAW y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)³³⁹, son los únicos instrumentos internacionales que contienen de forma expresa la obligación de eliminar la estereotipación³⁴⁰.

La existencia de estereotipos femeninos en el ordenamiento jurídico y en el ámbito judicial son otra forma de discriminación, prohibida por la Convención y, por tanto, compete a los Estados combatirla activamente, pues su inacción y/o tolerancia queda expresamente prohibida, constituyendo una manifestación de violencia institucional. Según la doctrina³⁴¹, cuando un estado, a través de

³³⁸ La falta de cumplimiento del principio de diligencia debida, ha sido sustancial en numerosas condenas del Comité CEDAW, por ejemplo, en el Dictamen de fecha 16 de julio de 2010 (*k. Vertido vs Filipinas*), Dictamen de 21 de febrero de 2014 (*RPB. Vs. Filipinas*), o el Dictamen de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs. España*), entre otros.

³³⁹ Convención aprobada, junto a su Protocolo facultativo, el 13 de diciembre de 2006 en el seno de Naciones Unidas y ratificada por España (BOE nº 97 de 22 de abril de 2011).

³⁴⁰ La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece en su artículo 8, 1º, b): “Toma de conciencia- 1º-Los Estados Partes se comprometen a adoptar medidas inmediatas, efectivas y pertinentes para: b)- Luchar contra los estereotipos, los prejuicios y las prácticas nocivas respecto de las personas con discapacidad, incluidos los que se basan en el género o la edad, en todos los ámbitos de la vida”.

³⁴¹ Cook, R. y Cusak, S. *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, pág. 42.

cualquiera de sus poderes, aplica o perpetúa estereotipos de género, mediante leyes, resoluciones, políticas o prácticas, les confiere fuerza de autoridad y los institucionaliza, generando una atmósfera de legitimidad y normalidad. Del mismo modo, cuando un Estado no actúa adoptando medidas legales para eliminar la perpetuación de estereotipos por otros medios, por ejemplo a través de la educación o sensibilización social, también los institucionaliza, por omisión.

En esta línea se pronuncia también el Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas, titulado *La estereotipación de género como una violación a los derechos humanos*, en el que se señala que, en algunas ocasiones, la aplicación de estos estereotipos dañinos puede constituir una vulneración a los derechos³⁴², y recuerda que el derecho internacional de derechos humanos (en adelante, DDHH) impone a los estados la obligación de eliminar la discriminación contra las mujeres y los hombres en todas las esferas de sus vidas. Esta obligación exige la adopción de medidas para abordar los estereotipos de género tanto en la vida pública como en la privada, e impone la abstención de estereotipar.

Un ejemplo paradigmático, en el que el Comité CEDAW condenó por incumplimiento del principio de diligencia debida al haber incurrido, en este caso el Estado español, en estereotipación de género, a través de las resoluciones de sus órganos judiciales, es el dictamen del Comité CEDAW de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs España*)³⁴³. En este caso, que se analizará más adelante, se toman una serie de decisiones judiciales fundadas en patrones estereotípicos³⁴⁴, que impidieron a la ciudadana Ángela González y a su hija, Andrea, acceder a la protección judicial que solicitaban. A pesar de las numerosas denuncias presentadas, la menor fue asesinada por el padre (condenado previamente por violencia de género), en una visita no vigilada. La

³⁴² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights – Commissioned Report. 2013. Gender Stereotyping as a Human Rights Violation, pág. 9.

³⁴³ Dictamen de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs. España*) Comunicación 47/2012.

³⁴⁴ Sustancialmente, el prejuicio de que “las mujeres son mentirosas”, conectado con el mito de la inferioridad moral de las mujeres.

madre pidió responsabilidad al Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, pero su demanda fue desestimada. Finalmente recurrió al Comité CEDAW que recomendó a España dar formación obligatoria a jueces y juezas sobre violencia de género, estereotipos y DDHH. En el citado Dictamen se señala:

“Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación 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. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita, el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tener en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica”³⁴⁵.

La importancia de este dictamen fue su efectividad jurídica, porque la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 condenó a la Administración General del Estado español a abonar a Ángela González una indemnización de 600.000 euros en concepto de daño moral, por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Más recientemente, España ha vuelto a ser condenada por el mismo Comité en la decisión de 28 de febrero de 2020 (*S.F.M. vs España*)³⁴⁶, en materia de violencia obstétrica, en la que se recomienda a España proporcionar una reparación apropiada a la autora víctima de una serie de actuaciones médicas guiadas por estereotipos de género, que vulneraron sus derechos a la autonomía personal y a la integridad física y moral; también dar formación adecuada al personal obstétrico en materia de derechos de salud reproductiva de la mujer; y, por último, asegurar los derechos de las mujeres a una

³⁴⁵ Pág. 17 de la Comunicación 47/2012 (apartado 9.4).

³⁴⁶ Comunicación núm. 138/2018 de 28 de febrero de 2020 (*S.F.M. vs España*).

maternidad sin riesgo y el acceso a una atención obstétrica adecuada, en consonancia con la Recomendación general 24, sobre la mujer y la salud.

Otro ejemplo de incumplimiento de la diligencia debida se recoge en el dictamen del Comité CEDAW de 17 de octubre de 2011 (*L.C. vs. Perú*).³⁴⁷ El Comité aborda y analiza en este dictamen, la toma de decisiones médicas prejuiciosas en relación al derecho a la salud y la dignidad de la denunciante. El caso era el de una menor que sufrió abusos sexuales desde los once años, quedando embarazada a la edad de trece. Tras conocer su estado de gravidez, la niña intentó suicidarse arrojándose desde un edificio, lo que le causó graves lesiones: traumatismo vertebromedular y sección medular completa, con "riesgo de discapacidad permanente". Los daños le causaron, entre otros problemas médicos, una paraplejía de los miembros inferiores y superiores que requería una intervención quirúrgica urgente. El jefe del Departamento de Neurocirugía recomendó una intervención de urgencia para evitar que quedara inválida, programándose de forma inmediata, pero al conocerse su estado de gestación, se suspendió y se le negó el tratamiento prescrito, para no poner en peligro la viabilidad del embarazo. La madre, previa consulta de su hija, solicitó de la dirección del hospital, poder interrumpir el embarazo para ser intervenida quirúrgicamente, pero no se atendió de inmediato tal petición y, tras pasar el tiempo, la menor tuvo un aborto espontáneo, siendo intervenida finalmente casi cuatro meses después. La denunciante quedó paralizada desde el cuello hasta los pies y con movilidad solo en las manos, dependiendo de una silla de ruedas para moverse y de terceros para satisfacer todas sus necesidades. En Perú, existe la posibilidad legal de practicar aborto terapéutico, pero se deja en manos de la decisión médica. La comunicación ante el Comité fue presentada por la madre, denunciando que la negativa de los médicos del hospital a practicar el aborto terapéutico vulneró los derechos de su hija, a la salud, a la vida digna y a no ser discriminada en el acceso a ese tipo de atención. Y se le privó de la posibilidad de volver a caminar, al retrasar injustificadamente una intervención quirúrgica que era totalmente necesaria.

³⁴⁷ Dictamen de 17 de octubre de 2011 (*L.C. vs Perú*) Comunicación 22/2009.

El Comité determinó que Perú había incurrido en diversas infracciones de la CEDAW y consideró que:

“debido a su condición de mujer embarazada, la menor no tuvo acceso a un procedimiento eficaz y accesible que le permitiese establecer su derecho a los servicios de atención médica que su estado de salud física y mental requerían. Estos servicios comprendían tanto la operación de columna como el aborto terapéutico. Ello resulta tanto más grave si se tiene en cuenta que se trataba de una menor, víctima de abusos sexuales. El intento de suicidio demuestra el grado de sufrimiento mental por el que pasó como consecuencia de los abusos. Por lo tanto, el Comité considera que los hechos descritos configuran una violación de los derechos que asisten a la menor, en virtud del artículo 12 de la Convención³⁴⁸. Considera también que los hechos ponen de manifiesto una violación del artículo 5 de la Convención, ya que la decisión de aplazar la intervención quirúrgica debido al embarazo estuvo influenciada por el estereotipo de que la protección del feto debe prevalecer sobre la salud de la madre”.

El Comité declaró que el Estado de Perú violó los derechos de la menor establecidos en los arts. 2 c) y f), 3, 5 y 12, junto con el art. 1 de la Convención (falta de diligencia debida del Estado, eliminación de patrones estereotípicos de género y de toda forma de discriminación contra la mujer en los centros de atención médica), realizándose una serie de recomendaciones que van desde

³⁴⁸ En el punto 8.11 de la Comunicación 22/2009 se dice: “El Comité recuerda las obligaciones que incumben al Estado parte con arreglo al artículo 12, según el cual ha de adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, el acceso en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia. Recuerda también su Recomendación general N° 24, que, en su condición de instrumento interpretativo autorizado en relación con el artículo 12, establece que “la negativa de un Estado parte a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria”(…) Los Estados partes han de garantizar el cumplimiento de esas tres obligaciones en su legislación, sus medidas ejecutivas y sus políticas. Además los Estados partes deben establecer un sistema que garantice la eficacia de las medidas judiciales. El hecho de no hacerlo constituirá una violación del artículo 12”.

una reparación económica por daños morales y materiales hasta la revisión de la legislación, formación adecuada de los profesionales de salud, etc.

En la misma línea puede destacarse también en el dictamen del Comité CEDAW de 6 de agosto de 2007 (*Sahide vs. Austria*)³⁴⁹. En este caso, se determinó que Austria no actuó con diligencia debida al no brindar la debida protección a la Sra. Sahide Goekce que fue asesinada por su esposa delante de sus hijas. En este caso la víctima había en diversas ocasiones al esposo logrando tan solo órdenes de alejamiento, sin ser detenido en ningún momento a pesar de la agresividad del esposo y de conocerse que era portador de un arma. Además, tampoco las autoridades acudieron de inmediato en auxilio de la Sra. Sahide, que llamó a la policía pidiendo ayuda el mismo día en el que fue asesinada.

Por lo que respecta a interpretación de la Convención, el órgano de garantía y control, designado por la propia Convención, es el Comité de la CEDAW³⁵⁰, y sus dictámenes tiene un efecto vinculante (art. 24 CEDAW, 1 y 7.7 de su

³⁴⁹ Dictamen de 6 de agosto de 2007 (*Sahide vs. Austria*) Comunicación n°5/2005.

³⁵⁰ “El Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (“CEDAW” por sus siglas en inglés) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer por sus Estados Parte. (...) Entre los mecanismos para la toma de conocimiento e investigación de casos de discriminación contra la mujer y violaciones de la convención: *Informes periódicos de los Estados Parte: todos los Estados Parte deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se realizan los derechos contemplados en la Convención. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de “observaciones finales”. *Comunicaciones/Denuncias de particulares (art. 2 del Protocolo).

El Comité también puede, en determinadas circunstancias, examinar las denuncias o comunicaciones de los particulares que afirman que se ha atentado contra los derechos enunciados en la Convención, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 2 del Protocolo Facultativo de la CEDAW, aplicable a los Estados firmantes del Protocolo. Investigación en caso de conocimiento de violaciones graves o sistemáticas de los derechos reconocidos en la Convención (art. 8 del Protocolo): Si el Comité recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención, el Comité invitará a ese Estado Parte a colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información, desencadenándose el mecanismo establecido en el artículo 8 del Protocolo” Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/ONU/ComiteEliminacionDiscriminacionContraMujer-CEDAW.htm>. [Consultada el 23 de julio de 2021].

Protocolo facultativo) tal y como ha reconocido ya nuestro Tribunal Supremo³⁵¹. Mediante las Recomendaciones, también vinculantes, el Comité analiza y profundiza sobre cualquier cuestión que afecte a los DDHH de las mujeres, contenidos en la Convención y, desde esta óptica, recomienda a los Estados partes mayor dedicación a determinadas cuestiones, requiriendo la aportación de datos estadísticos, toma de medidas legislativas o de otro tipo dirigidas a erradicar toda forma de discriminación contra las mujeres. De entre las recomendaciones que pueden ser generales o bien concretas sobre artículos determinados de la Convención, destacamos las siguientes, a los efectos que nos ocupan.

1.5 Las Recomendaciones Generales nº 19 y 35 sobre violencia de género

La Recomendación General nº 19, de 29 de enero de 1992³⁵², sobre la violencia de género contra la mujer, es la que mejor configura el principio internacional de *diligencia debida*. En su punto nº 9, expresamente establece que:

“En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”³⁵³.

Entre sus observaciones respecto de los arts. 2 f), 5 y 10 c) de la Convención, también afirma que los prejuicios y las actitudes tradicionales según las cuales se considera a la mujer como subordinada o se le atribuyen funciones

³⁵¹ STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (Rec. 1002/2017), que condena a la Administración General del Estado a abonar una indemnización por daño moral ascendente a 600.000 euros a la ciudadana Ángela González.

³⁵² Recomendación General nº 19 de 29 de enero de 1992 (11º período de sesiones sobre la violencia de género contra la mujer).

³⁵³ Recomendación General nº 19 del Comité CEDAW de 29 de enero de 1992, punto nº 9 (“observaciones generales”).

estereotipadas perpetúan la violencia de género. Y, entre las concretas recomendaciones, se incluyen:

“-Los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas y eficaces para combatir todo tipo de violencia basada en el sexo, ejercitada mediante actos públicos o privados.

-Es indispensable que se capacite a los funcionarios judiciales encargados de hacer cumplir la ley y otros funcionarios públicos a fin de lograr la aplicación efectiva de la Convención.

-Los Estados deben introducir programas de educación y de información pública que ayudan a eliminar los prejuicios que obstaculizan la igualdad de la mujer”.

Esta recomendación aborda la necesidad de dar formación específica a las personas del ámbito judicial acerca de los estereotipos de género, lo que evidencia la existencia de un problema global en los sistemas de justicia, que redundan negativamente en los derechos humanos de las mujeres.

La Recomendación n° 19 fue posteriormente actualizada a través de la Recomendación General n° 35, de 26 de julio de 2017³⁵⁴, que insiste y recuerda a los Estados su responsabilidad tanto por actos u omisiones de agentes estatales como, en su caso, por actuaciones llevadas a cabo por agentes no estatales. Se despliegan recomendaciones de carácter legislativo, ejecutivo y también de carácter judicial y respecto de estas últimas literalmente se dispone:

“ (...) Plano judicial : Según los artículos 2 d) y f) y 5 a), todos los órganos judiciales tienen la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y aplicar estrictamente todas las disposiciones penales que sancionan esa violencia, garantizar que todos los procedimientos judiciales en causas

³⁵⁴ Recomendación General n° 35, de 26 de julio de 2017 (67° período de sesiones sobre la violencia de género contra la mujer, actualización de la recomendación general núm. 19).

relativas a denuncias de violencia por razón de género contra la mujer sean imparciales, justos y no se vean afectados por estereotipos de género o por una interpretación discriminatoria de las disposiciones jurídicas, incluido el derecho internacional. La aplicación de nociones preconcebidas y estereotipadas de lo que constituye violencia por razón de género contra la mujer, de cuáles deberían ser las respuestas de las mujeres a esa violencia y del criterio de valoración de la prueba necesario para fundamentar su existencia pueden afectar a los derechos de la mujer a la igualdad ante la ley y a un juicio imparcial y un recurso efectivo, conforme a lo establecido en los artículos 2 y 15 de la Convención”.

La importancia de esta Recomendación radica en que perfila con mayor nitidez las obligaciones (por acción u omisión) del principio de diligencia debida de todos los poderes del Estado (legislativo, ejecutivo y judicial). Más específicamente, se exige que los Estados adopten y apliquen diversas medidas para hacer frente a la violencia de género, lo que comprende contar con leyes, instituciones y un sistema para abordar dicha violencia y garantizar que funcionan de manera eficaz en la práctica y que cuentan con el apoyo de todos los agentes y órganos del Estado que hacen cumplir las leyes con diligencia. Por tanto, si un Estado no adopta todas las medidas adecuadas para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia contra las mujeres incurre tácitamente en incitación a cometer actos de violencia por razón de género y, en definitiva, en violaciones de los derechos humanos. Tal recomendación se traduce, en el plano judicial, en la obligatoriedad de integrar un enfoque de género en las actuaciones y resoluciones judiciales, y un método jurídico de resolución de las controversias que tenga en consideración la diferente asignación de roles sociales entre mujeres y hombres y su proyección concreta al caso litigioso, con la finalidad de erradicar el impacto de los estereotipos de género en la función de juzgar, como requisito para lograr soluciones justas de género, y dar cumplimiento efectivo a las obligaciones contenidas en la CEDAW³⁵⁵.

³⁵⁵ “8-La Convención se aplica a la violencia perpetrada por las autoridades públicas. Esos actos de violencia también pueden constituir una violación de las obligaciones del Estado en

1.5.1 La Recomendación General nº 28 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

En la Recomendación General nº 28 relativa al artículo 2 de la Convención, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 16 de diciembre de 2010, el Comité analiza con profundidad los diversos apartados del art. 2 de la CEDAW, que condensan las distintas actuaciones que deben llevar a cabo los Estados Partes en cumplimiento de la Convención. Entre las recomendaciones relacionadas con el apartado c), se afirma que:

“los Estados partes deben asegurarse de que los tribunales apliquen el principio de igualdad tal como está enunciado en la Convención e interpretar la ley, en la mayor medida posible, de conformidad con las obligaciones de los Estados partes en virtud de la Convención (...)”.

Y, entre las Recomendaciones finales a los Estados partes, relacionadas con el ámbito judicial, cabe destacar las destinadas a:

- “c) Asegurar que los informes de las decisiones judiciales que apliquen las disposiciones de la Convención sobre los principios de igualdad y no discriminación se difundan ampliamente;
- d) Llevar a cabo programas específicos de educación y capacitación sobre los principios y las disposiciones de la Convención para todos los organismos gubernamentales, los funcionarios públicos y, en particular, los juristas y los funcionarios judiciales”.

virtud del derecho internacional sobre derechos humanos y otros convenios, además de ser una violación de esta Convención. 9-No obstante, cabe subrayar que, de conformidad con la Convención, la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre (véanse los incisos e) y f) del artículo 2 y el artículo 5). Por ejemplo, en virtud del inciso e) del artículo 2 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas. En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización”. (Extracto de las Observaciones generales de la Recomendación general nº 28 del Comité CEDAW).

Estas recomendaciones son relevantes para el sector de la justicia porque la capacitación, educación y conocimiento de las disposiciones de la Convención, incluyen la obligatoriedad de jueces y juezas de integrar el enjuiciamiento de género, que deja de ser una opción para convertirse en un mandato legal imperativo y vinculante derivado de los estándares internacionales³⁵⁶.

1.5.2 La Recomendación General n°33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia

Debe destacarse especialmente la Recomendación General n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, de 3 de agosto de 2015, que insiste en la importancia de la capacitación judicial de género, subrayándose las dificultades de las mujeres en el acceso a la justicia por motivo de los patrones socioculturales que también traspasan las instituciones a través de las personas:

“El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención (...). En la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria, y al hecho de que no ha asegurado sistemáticamente que los mecanismos judiciales son física, económica, social y culturalmente accesibles a todas las mujeres. Todos estos obstáculos constituyen violaciones persistentes de los derechos humanos de las mujeres (...). La discriminación contra la mujer, sobre la base de

³⁵⁶ Recomendaciones n° 35 y 33, especialmente en relación con la Convención.

los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres (...). 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 (...).”

Se podría decir que esta recomendación entra de lleno en la necesidad de abordar la justicia y el derecho con perspectiva de género, que exige aumentar las cautelas en aquellos casos en los que concurren patrones o situaciones asimétricas anudadas al género. Significa que quienes juzgan deben enjuiciar con enfoque de género para aplicar correctamente el actual mandato internacional antidiscriminatorio. Por ello, es una recomendación sustancial para el poder judicial, que debe asumir su rol institucional activo en el cumplimiento de la diligencia debida (respetar, proteger y cumplir), lo que exige: “La eliminación de los estereotipos judiciales en los sistemas de justicia” como “medida esencial para asegurar la igualdad y la justicia para las víctimas y los supervivientes”³⁵⁷. En consonancia con lo anterior, se recuerda en la introducción:

“En la presente recomendación general, el Comité examina las obligaciones de los Estados partes para asegurar que las mujeres tengan acceso a la justicia. Esas obligaciones abarcan la protección de los derechos de la mujer contra todas las formas de discriminación a fines de empoderarlas como individuos y titulares de derechos. El acceso efectivo a la justicia optimiza el potencial de emancipación y de transformación del derecho”.

En cuanto a las recomendaciones, destacan las encaminadas a que los Estados partes:

³⁵⁷ Apartado B, punto 28 de la Recomendación General nº 33 Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

“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 (...).

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 testigos³⁵⁸;

ii) las normas inflexibles que suelen elaborar los jueces y fiscales acerca de lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres³⁵⁹;

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”.

Por tanto, se pretende prevenir la discriminación de género institucional ejercida desde la justicia, centrandó la atención en los estereotipos y sesgo de género. Resulta altamente interesante como desde la propia recomendación se apunta directamente a dos prejuicios concretos de género que cuentan con una larga tradición en el derecho:

³⁵⁸ El subrayado es nuestro.

³⁵⁹ El subrayado es nuestro.

-De un lado, la credibilidad y la ponderación dada a las opiniones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, en calidad de partes y testigos. Se trata de la proyección judicial del estereotipo sostenido sobre el mito de la inferioridad moral de las mujeres, que nos puede llevar a desconfiar de las mujeres, bajo la consideración prejuiciosa de que “son mentirosas” o “poco confiables”³⁶⁰. Como ejemplo, destacamos el ya referido “*caso Ángela González*”³⁶¹. Esta preconcepción de las mujeres tiene un impacto negativo que se multiplica en el mundo judicial, porque eleva al nivel de la justicia un mito, que a pesar de su irracionalidad, puede llegar a ser el fundamento “jurídico” (más o menos oculto) de las resoluciones judiciales. Por ello, internacionalmente se le presta una especial atención.

-Y de otro lado, también se censuran las normas inflexibles que suelen elaborar los jueces y fiscales acerca de lo que consideran un comportamiento apropiado de las mujeres, en cada contexto. Como ejemplo del comportamiento “apropiado” de las mujeres en delitos sexuales (“víctima ideal o racional”) puede referirse el dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014 (*Caso R.P.B contra Filipinas*)³⁶², que condena a Filipinas por incumplir con su obligación de diligencia debida. En la argumentación jurídica de la sentencia del Tribunal filipino, sobre la denuncia de violación presentada por una joven sorda muda de diecisiete años frente a un vecino, se recoge: “el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza”. En su dictamen, el Comité recuerda que la exigencia de una resistencia heroica a las víctimas de violación, descansa sobre un mito que impide el acceso a la justicia de las mujeres³⁶³.

³⁶⁰ Ya analizado en el capítulo 3, apartado 3.3.5.

³⁶¹ Ya analizado en el capítulo 4, apartado 4.1.1.4.

³⁶² Comunicación nº 34/2011.

³⁶³ En la misma línea, destacamos también el Dictamen de 16 de julio de 2010 del Comité CEDAW, (*Caso k. Vertido vs. Filipinas*).

En nuestro país, la actual jurisprudencia establece, aunque no siempre fue así³⁶⁴, que el elemento principal en la configuración del delito de violación tiene que ser la ausencia de consentimiento libre y voluntario.

En consecuencia, la resistencia física de la víctima resulta intrascendente para que pueda configurarse la violación sexual; de lo contrario, se estaría trasladando la responsabilidad de lo ocurrido a la víctima, reforzándose el estereotipo de que "cuando las mujeres dicen no, en realidad quieren ser convencidas". La Sala Penal del Alto tribunal ha venido definiendo más claramente en sentencias recientes su jurisprudencia sobre la ausencia de consentimiento en los delitos de violación, bajo la óptica de la perspectiva de género, a la que aludió de forma expresa por primera vez este Tribunal en 2018³⁶⁵. Puede destacarse, por ejemplo, su sentencia de 31 de mayo de 2019 (rec. 292/2019), en cuya fundamentación jurídica expresamente se afirma que:

“No puede exigirse a una víctima de violación una defensa invencible ante un acto de penetración por el agresor que ha venido precedido por golpes reiterados, que pueden producir en la víctima una dejación de oposición al no saber el alcance de los actos del agresor sexual, y si puede acabar con su vida”.

Estos y otros prejuicios anudados al género pueden limitar o impedir el acceso a la justicia, convirtiendo esta problemática jurídica en parte y causa de las desigualdades de género que imperan en la sociedad. Ello redundaría negativamente en el derecho a la tutela judicial efectiva de las mujeres.

³⁶⁴ La STS (Sala 2ª) de 19 de octubre de 1988 (RJ\1988\8065) resuelve recurso de casación por infracción de ley interpuesto por hombre condenado en un caso de violación, y aún desestimándolo, se hace referencia al brocardo “vis grata puellae”(la violencia agrada a las chicas), para determinar la concurrencia de violencia e intimidación.

³⁶⁵ STS (Sala Penal) de 24 de mayo de 2018 (Rec. 247/2018). Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-aplica-por-primera-vez-perspectiva-de-genero-y-condena-por-intento-de-asesinato-en-lugar-de-homicidio-a-hombre-que-asesto-ocho-punaladas-a-su-mujer> [Consultada el 15 de julio de 2019].

Se destacan, en esta Recomendación, seis componentes esenciales y relacionados entre sí -justiciabilidad³⁶⁶, disponibilidad³⁶⁷, accesibilidad³⁶⁸, buena calidad³⁶⁹, rendición de cuenta de los sistemas de justicia y suministro de recursos a las víctimas³⁷⁰ - para asegurar el acceso a la justicia. Su aplicación debe ser inmediata y universal, aunque se exige una aplicación diferenciada a tenor de las diferencias en las condiciones jurídicas, sociales, culturales, políticas y económicas³⁷¹.

El acceso a la justicia ha evolucionado como una categoría analítica que involucra diferentes aspectos, desde el ejercicio de derechos y el uso de los medios para ejercerlos, hasta la obtención de un pronunciamiento justo³⁷². Otras definiciones de acceso a la justicia ponen énfasis en los procesos, entendido como la igual posibilidad de todas las personas para acceder al proceso de reclamación de sus derechos. Y una última definición del acceso a la justicia, enfoca la cuestión como un derecho humano que trasciende de los procesos y los resultados. Esta perspectiva intenta equilibrar los elementos propios de un acceso a la justicia formal, con otros que plantean un acceso a la justicia de carácter material partiendo de una mirada integral e integradora de

³⁶⁶ “La justicialidad requiere acceso irrestricto de la mujer a la justicia (...)” (punto 14 de la Recomendación).

³⁶⁷ “La disponibilidad exige el establecimiento de tribunales y otros órganos cuasi judiciales o de otro tipo en todo el Estado parte, tanto en zonas urbanas como rurales y remotas, y su mantenimiento y financiación (...)” (punto 14 de la Recomendación).

³⁶⁸ “La accesibilidad requiere que los sistemas de justicia, tanto oficiales como cuasi judiciales, sean seguros, se puedan costear y resulten físicamente accesibles a las mujeres, y sean adaptados y apropiados a las necesidades de las mujeres, incluidas las que hacen frente a formas interseccionales (...)” (punto 14 de la Recomendación).

³⁶⁹ “La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género (...)” (punto 14 de la Recomendación).

³⁷⁰ “La aplicación de recursos requiere que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido (...)” (punto 14 de la Recomendación).

³⁷¹ Punto 14 de la Recomendación.

³⁷² Heim, S., *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista del derecho a un derecho no androcéntrico*, 2014 [tesis doctoral]. Universidad Autónoma de Barcelona. Disponible en: <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/134680/sdh1de1.pdf?sequence=1> [Consultada el 23 de julio de 2021].

procesos y resultados. Ello permite buscar soluciones a las necesidades, a los problemas y conflictos que puedan expresarse jurídicamente tanto dentro como fuera de los sistemas de justicia. Bajo esta óptica, el acceso a la justicia se vindica como un derecho humano de primer orden y es garantía y componente esencial del derecho a la igualdad. Por ello, las teorías feministas del derecho se intersecan con otras teorías críticas del derecho que cuestionan la lógica positivista kelsiana³⁷³, y aportan nuevos elementos en torno a las reflexiones sobre las potencialidades del derecho en la creación de nuevos escenarios para la vida y la libertad de las mujeres. La vulneración del acceso a la justicia representa no solo el fracaso jurídico en la protección de los derechos fundamentales de las personas, sino también un fracaso político porque pone en riesgo el concepto mismo de Estado de Derecho.

1.5.3 La Recomendación General nº25 sobre las acciones positivas

La Recomendación General nº 25 de 1999³⁷⁴ aclara la naturaleza y el significado del párrafo 1 del art. 4 (acciones positivas)³⁷⁵, a fin de facilitar y asegurar su plena utilización por los Estados partes en la aplicación de la Convención. En los antecedentes, se recuerda a los Estados que tienen diversas obligaciones convencionales que exigen un enfoque jurídico no programático o formalista para lograr la igualdad de resultado, no siendo suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al hombre, pues deben tenerse en cuenta no solo las diferencias biológicas sino también las diferencias sociales y culturales lo que exige que, en determinadas circunstancias, haya un trato no idéntico de mujeres y hombres, para equilibrar esas diferencias:

³⁷³ Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2016.

³⁷⁴ Recomendación General nº 25 sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal (20º periodo de sesiones, 1999).

³⁷⁵ El art. 4.1 de la CEDAW dispone: "La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

“la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación (...).

Los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales.

En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva. Además, la Convención requiere que la mujer tenga las mismas oportunidades desde un primer momento y que disponga de un entorno que le permita conseguir la igualdad de resultados. No es suficiente garantizar a la mujer un trato idéntico al del hombre (...). La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo³⁷⁶.

Se ha querido destacar esta recomendación, porque contiene elementos interpretativos de las finalidades de la Convención, como instrumento dinámico, cuyo contenido sustantivo se ha venido construyendo y perfilando gracias a las observaciones, dictámenes y también, por supuesto, a sus recomendaciones generales. En este caso, se recuerda por el Comité, haciendo suyo el principio de la igualdad de la diferencia (ya sustentada por una parte de las teorías feministas del Derecho), y la necesidad de avanzar hacia la igualdad de resultados, mediante un trato equitativo de las diferencias existentes entre mujeres y hombres y que pueden ser biológicas (lo que exige medidas diferentes de carácter permanente) o bien sociales y culturales (que exige

³⁷⁶ Apartados 7, 8 y 9 relativos a los “Antecedentes: objeto y fin de la Convención” de la Recomendación general nº 25 del Comité CEDAW (1999).

medidas especiales temporales o acciones positivas). Este precepto está en consonancia con la normativa europea, e interna³⁷⁷ que se analizará más adelante, que reconoce las acciones afirmativas como medidas de estrategia temporal destinadas a alcanzar la igualdad sustancial.

1.5.4 Dictámenes y observaciones relevantes del Comité CEDAW en aplicación del Protocolo Facultativo

Los dictámenes y observaciones del Comité son vinculantes para los Estados a los que se dirigen, y de acuerdo con la legislación española se integran en la hermenéutica interpretativa de los derechos convencionales, por la vía de la interpretación de los derechos fundamentales y libertades reconocidos en nuestra Constitución (art.10.2 en relación con el art. 96.1 CE). No obstante, no tienen efectos jurídicos sobre las sentencias firmes. Actualmente, la legislación española carece de un procedimiento formal específico para hacer efectivos los Dictámenes del Comité CEDAW en los que se determine que una resolución judicial española ha vulnerado derechos reconocidos en la CEDAW, lo que es criticable si tenemos en cuenta que sí disponemos de procedimiento específico para dotar de efectividad, en casos similares, a las sentencias del TEDH, mediante el recurso de revisión de sentencia ante el Tribunal Supremo, de conformidad con el artículo 5 bis de la LOPJ³⁷⁸. No obstante, la sentencia del TS (Sala Contencioso administrativo) de 17 julio 2008 (rec. 1002/2017), que se analiza a continuación, ha reconocido efectos jurídicos a un dictamen del Comité CEDAW, creando un precedente judicial. Ello supone establecer un cauce para lograr la efectividad de estos dictámenes en casos en los que afecte a resoluciones judiciales firmes dictadas por órganos españoles, lo que abre un camino nuevo que dota de eficacia jurídica reforzada, y no solo como

³⁷⁷ Véanse, el art. 3 de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2016, el art. art. 11 de la LOIEMH, y las SSTC 216/1991, de 14 de noviembre y 12/2008, de 29 de enero.

³⁷⁸ Artículo 5 bis LOPJ: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el CEDH y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

estándar interpretativo constitucional, a los derechos contenidos en la Convención.

El Dictamen de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs España*)³⁷⁹, tiene especial relevancia porque abrió una vía de aplicación judicial, de forma pionera, con la STS de 17 de julio de 2018, que por primera vez reconoce efectividad jurídica interna a una resolución de este tipo.

En el caso enjuiciado, la Sra. González contrajo matrimonio en 1996 y su hija, Andrea, nació ese año. Durante su convivencia, antes y después del matrimonio, fue objeto de violencia física y psicológica por parte de marido, hasta que en 1999, después de un episodio en que el esposo la amenazó de muerte con un cuchillo en presencia de la hija, abandonó el domicilio familiar. Ella denunció los hechos a la Guardia Civil y ante el Juzgado³⁸⁰, ordenándose por el juez la separación provisional; se otorgó la guardia y custodia de la niña a la madre; y se estableció un régimen de visitas provisional vigilada. Tras la separación, la madre continuó siendo objeto de acoso e intimidación interponiendo una multitud de denuncias y solicitó repetidamente órdenes de alejamiento de su expareja respecto a ella y su hija así como un régimen de visitas vigilado³⁸¹. En 2001 se estableció un régimen de visitas bajo vigilancia de los servicios sociales. Ese mismo año, la trabajadora social encargada de la vigilancia envió un informe al juzgado en el que sugería la conveniencia de que la interacción entre padre e hija se hiciera en otro contexto, con miras a que se

³⁷⁹ Dictamen de 16 de julio de 2014 (*Ángela González vs. España*), Comunicación 47/2012, sobre Violencia de género, asesinato de la hija común, estereotipos y falta de diligencia debida.

³⁸⁰ El 10 de septiembre de 1999 acudió al Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción de Navalcarnero (Madrid) para exponer los abusos que sufría y los problemas psiquiátricos de su esposo. Al mismo tiempo, solicitó la separación provisional, que su hija permaneciera bajo su guardia y custodia y que se estableciera un régimen de visitas entre padre e hija limitadas y vigiladas por personal de los servicios sociales y renunció al uso del domicilio familiar.

³⁸¹ A pesar de las múltiples denuncias, el ex cónyuge solo fue condenado una vez y la pena se limitó a una multa equivalente a 45 euros. Los juzgados emitieron órdenes de alejamiento en favor de la Sra. González, pero solo una de ellas, válida por dos meses, incluía a Andrea. Esta orden fue recurrida por el padre, estimándose su petición, por considerar que la orden entorpecía el régimen de visitas y podía perjudicar gravemente las relaciones entre padre e hija.

podieran relacionar con mayor naturalidad³⁸². En mayo de 2002, el Juzgado emitió una orden autorizando las visitas no vigiladas³⁸³. La madre apeló esta decisión sin éxito³⁸⁴. En abril de 2003, el *ex* marido le dijo a la Sra. González que “le quitaría lo que más quería”. En la tarde de ese mismo día, durante una visita prevista, el padre disparó mortalmente a la niña y después se suicidó.

En 2004, la Sra. González presentó reclamación ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia que fue rechazada³⁸⁵ administrativamente y, posteriormente, también por la justicia, tanto la Audiencia Provincial³⁸⁶, como el Tribunal Supremo. También acudió al Tribunal Constitucional³⁸⁷ que rechazó su recurso de amparo.

Finalmente, recurrió al Comité CEDAW, denunciando que el Estado español, a través de sus autoridades judiciales y administrativas vulneraron su derecho a no sufrir discriminación (art. 2 CEDAW), lo que se produjo en dos niveles

³⁸² Posteriormente, en un informe de 24 de septiembre de 2001, se propuso que las visitas fueran normalizándose.

³⁸³ El juzgado se apoyaba en un informe de los servicios sociales en el se indicaba que el padre: “es afectuoso con la menor, le propicia constantemente muestras de cariño y afecto. La dinámica relacional pone de manifiesto que no se adapta a la etapa evolutiva en la que se encuentra la menor, haciendo preguntas y afirmaciones, en la forma y contenido inadecuados, dando lugar a situaciones nada beneficiosas para la menor. Pareciera, a menudo, que no puede ponerse en el lugar del otro, se observa una falta de empatía. Esto se manifiesta en su no adecuación a la corta edad de la menor, y en su no comprensión de situaciones normales que se dan en este contexto”.

³⁸⁴ El 17 de junio de 2002 el juzgado decidió que, aunque “los servicios sociales no pueden predecir cómo se van a desarrollar las visitas sin su presencia y si bien destacan en su informe ciertos comportamientos inadecuados del padre ... también destacan que la relación es entre él y su hija se van normalizando”.

³⁸⁵ El 15 de diciembre de 2005, la autora interpuso un recurso de reposición ante el Ministro de Justicia que fue rechazado el 22 de enero de 2007 por el mismo motivo.

³⁸⁶ Según se recoge en la página 10 de la Comunicación 47/2012 (apartado 4.6-observaciones del Estado sobre la admisibilidad): “La Audiencia Nacional concluyó que no apreciaba la existencia de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sino un conjunto de decisiones judiciales que, ponderando las circunstancias concretas, y tras un constante seguimiento del régimen de visitas e informes psicológicos de los padres y de la menor, con intervención del Ministerio Fiscal a lo largo de las actuaciones y con constantes escritos de alegaciones de los progenitores y permanentes informes de seguimiento emitidos por los servicios sociales, resolvieron lo que estimaron conveniente respecto de la forma en que debía canalizarse la comunicación de un padre separado con su hija. El asesinato no parece pues estar conectado con el funcionamiento anormal de algún juzgado o de sus agentes colaboradores”.

³⁸⁷ Alegando la violación de sus derechos constitucionales a obtener un recurso efectivo, a la seguridad, a la vida e integridad física y moral, a no ser sometida a tortura y tratos o penas crueles o degradantes, y a la igualdad ante la ley.

diferentes, el primero al no actuar el Estado con la diligencia debida, con todos los medios a su alcance y sin dilaciones para prevenir, investigar, juzgar y castigar la violencia ejercida contra la autora y su hija, que culminó en el asesinato de esta. En segundo lugar, después de la muerte de la menor, el Estado parte no ofreció una respuesta judicial efectiva ni una reparación adecuada por los daños sufridos por la acción institucional negligente. Además, también se denunciaba que las autoridades se movieron bajo prejuicios, siendo incapaces de apreciar correctamente la gravedad de la situación, privilegiando el estereotipo de que cualquier padre, incluso un abusador, debe gozar de derechos de visita³⁸⁸.

El Comité dio la razón a la Sra. González, apreciando que durante el tiempo en que se aplicó el régimen de visitas, establecido judicialmente, tanto las autoridades judiciales como los servicios sociales tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre padre e hija. Tampoco se tuvo en cuenta el continuo impago de la pensión de alimentos por parte del padre³⁸⁹. Por lo que respecta al derecho a una reparación, se constató la ausencia de medidas internas de reparación por la pérdida de la hija, lo que se calificó como una violación de la obligación del Estado español de sancionar adecuadamente las discriminaciones y proteger jurídicamente a las mujeres víctimas, en cumplimiento del principio de diligencia debida³⁹⁰.

A la vista de lo anterior, el Comité concluye que España infringió los derechos de la autora y su hija fallecida en virtud de los artículos 2 a), b), c) d) e) y f)³⁹¹; 5

³⁸⁸ Págs. 7 y 8 de la Comunicación 47/2012 (la denuncia).

³⁸⁹ “Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación 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. A este respecto, el Comité recuerda que en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y que cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica” (Pág. 17 de la Comunicación 47/2012 - apartado 9.4-).

³⁹⁰ Pág. 19 de la Comunicación 47/2012 (apartado 9.8).

³⁹¹ El art. 2 de la CEDAW dispone:

a)³⁹²; y 16, párrafo 1 d)³⁹³, de la Convención, interpretados conjuntamente con el artículo 1³⁹⁴ de la Convención y la Recomendación General nº 19 del Comité³⁹⁵.

Por su parte, entre las recomendaciones³⁹⁶, se incluye la necesidad de otorgar a la Sra. González una reparación adecuada y una indemnización integral y proporcional a la gravedad de la conculcación de sus derechos y reforzar la aplicación del marco legal con miras a asegurar que las autoridades competentes ejerzan la debida diligencia para responder adecuadamente a

“Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas, convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a:

- a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus constituciones nacionales y en cualquier otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio;
- b) Adoptar medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer;
- c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación;
- d) Abstenerse de incurrir en todo acto a práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación;
- e) Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas;
- f) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer;
- g) Derogar todas las disposiciones penales nacionales que constituyan discriminación contra la mujer.”

³⁹² El art. 5 a) de la CEDAW establece que:” Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

³⁹³ El art. 16, párrafo 1 d) de la CEDAW señala que:” 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”

³⁹⁴ El art. 1 de la CEDAW dispone: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “discriminación contra la mujer” denotará 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”.

³⁹⁵ Recomendación General nº 19 del Comité CEDAW, de 29 de enero de 1992.

³⁹⁶ Págs. 19 y 20 del Dictamen (apartado 11).

situaciones de violencia doméstica. Y, también, la formación obligatoria a jueces y juezas y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación sobre los estereotipos de género.

Tras esta decisión, la Sra. González planteó dos nuevas acciones judiciales ante los Tribunales españoles para dotar de efectividad el dictamen de la CEDAW, en relación a la reparación del daño, y lo logró a través de la STS de 17 de julio de 2018, que se analizará más adelante.

1.6 La Organización Internacional del Trabajo

La Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) cuenta con tres convenios clave en materia de igualdad de género, ratificados por España:

1.6.1 El Convenio nº100 sobre igualdad de remuneración

El Convenio nº 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, fue adoptado en Ginebra, en la 34ª reunión de la Conferencia de la OIT, el 29 junio 1951, entrando en vigor desde el 23 mayo 1953. Establece un mandato activo para los Estados en el logro de la igualdad retributiva entre mujeres y hombres, en los siguientes términos:

“Todo Miembro deberá, empleando medios adaptados a los métodos vigentes de fijación de tasas de remuneración, promover y, en la medida en que sea compatible con dichos métodos, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Este principio se deberá aplicar sea por medio de:

- (a) la legislación nacional;
- (b) cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación;

- (c) contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o
- (d) la acción conjunta de estos diversos medios”.

Y en su art. 1, define el término remuneración indicando que: “Comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último”. Y también se aclara que la expresión igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor designa las tasas de remuneración fijadas sin discriminación en cuanto al sexo.

En nuestro derecho, la igualdad y no discriminación retributiva por razón de sexo se preceptúa en el art. 28 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET): “El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”.

A pesar de este precepto, y debido a las dificultades para eliminar la brecha salarial de género, fue promulgado el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo, que modificó el ET integrando la obligación empresarial del registro retributivo, y más recientemente el Real Decreto 902/2020 de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres con vigencia desde el 21 de abril de 2021.

Este convenio, en fin, reconoce derechos específicos de las mujeres, por lo que deberá ser tenido en cuenta por los órganos judiciales, en cuanto derecho sustantivo, en la impartición de justicia con perspectiva de género.

1.6.2 El Convenio nº 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación

El Convenio nº 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado en Ginebra, en la 42ª reunión de la Conferencia de la OIT

el 25 junio 1958, entrando en vigor el 15 junio 1960. Este Convenio, no se ciñe sólo a la discriminación por sexo, al prohibir cualquier tipo de discriminación (entendida como distinción, exclusión o preferencia) basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación; o pretenda alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (art. 1.1).

No obstante, recoge una excepción al principio anterior, por cuanto “(l)as distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.” (art. 1.2).

El ámbito de aplicación (empleo y ocupación) refiere al acceso al empleo como también a las condiciones de trabajo, tal y como aclara el propio convenio (art. 1.3).

De igual modo, el artículo 4 recoge otra excepción a la prohibición de discriminación, al establecer que:

“No se consideran como discriminatorias las medidas que afecten a una persona sobre la que recaiga sospecha legítima de que se dedica a una actividad perjudicial a la seguridad del Estado, o acerca de la cual se haya establecido que de hecho se dedica a esta actividad, siempre que dicha persona tenga el derecho a recurrir a un tribunal competente conforme a la práctica nacional.”

En la normativa interna española, el artículo 17 ET prohíbe la discriminación en las relaciones de trabajo, no solo en la retribución, sino en la jornada o cualquier otra condición de trabajo, lo que extiende la prohibición. Este precepto reconoce expresamente las acciones positivas incluidas por ley o bien mediante la negociación colectiva, refiriendo expresamente a las medidas

laborales (clasificación profesional, promoción y formación) que den preferencia al sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate.

El artículo 22 ET, por su parte, ordena que en la definición de grupos profesionales se garantice la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, de mujeres y hombres. La reforma legal impulsada por el Real Decreto-ley 6/2019 de 1 de marzo, también modificó este precepto estatutario introduciendo un mandato para evitar la discriminación entre mujeres y hombres a través de la definición de los grupos profesionales.

El Convenio 111 OIT reconoce derechos específicos de las mujeres, por lo que deberá ser tenido en cuenta por los órganos judiciales, en cuanto derecho sustantivo en la impartición de justicia con perspectiva de género.

1.6.3 El Convenio nº 156 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares

El preámbulo de este Convenio³⁹⁷ adelanta su impacto de género, partiendo de las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares³⁹⁸, lo que, en 1965, dio lugar a la Recomendación de la OIT sobre el empleo de las mujeres con responsabilidades familiares. En el artículo 1 del Convenio, se recoge su ámbito de aplicación (“trabajadores con responsabilidades familiares”) que define como los trabajadores y trabajadoras con responsabilidades hacia los/as hijos/as a su cargo, cuando tales responsabilidades limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, participar y progresar en ella. Además de hijos e hijas, se incluyen “*otros miembros de su familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén*”, si bien el propio convenio aclara que las expresiones “hijos a su cargo” y “otros miembros de su

³⁹⁷ Convenio nº 156 sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares, adoptado en Ginebra, 67ª reunión CIT (23 junio 1981), entrada en vigor: 11 agosto 1983].

³⁹⁸ “Recordando que el Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958, no hace referencia expresa a las distinciones fundadas en las responsabilidades familiares, y estimando que son necesarias normas complementarias a este respecto” (párrafo quinto del preámbulo).

familia directa que de manera evidente necesiten su cuidado o sostén”, se entienden en el sentido definido en cada país por uno de los medios a que hace referencia el art. 9 del presente Convenio, en el que literalmente se establece que:

“Las disposiciones del presente Convenio podrán aplicarse por vía legislativa, convenios colectivos, reglamentos de empresa, laudos arbitrales, decisiones judiciales, o mediante una combinación de tales medidas, o de cualquier otra forma apropiada que sea conforme a la práctica nacional y tenga en cuenta las condiciones nacionales”.

En el art. 4 se reitera la necesidad de avanzar en la igualdad efectiva de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras, obligando a los Estados a adoptar todas las medidas compatibles con las condiciones y posibilidades nacionales para:

- “(a) permitir a los trabajadores con responsabilidades familiares el ejercicio de su derecho a elegir libremente su empleo;
- (b) tener en cuenta sus necesidades en lo que concierne a las condiciones de empleo y a la seguridad social”.

A diferencia de los anteriores Convenios de la OIT, se puede observar como el nº 156 incluye un mandato preciso y directo a jueces y juezas (arts.4 y 9), que sale de la habitualidad formal contenida en Convenios internacionales más acostumbrados a dirigir sus obligaciones a los Estados firmantes. El mandato obliga a quienes juzgan a tener en cuenta las necesidades familiares, en lo relativo a las condiciones de empleo. Por ello, puede concluirse que, además de principios generales de interpretación y aplicación de la normativa relativa al ejercicio del derecho a conciliar trabajo y familia por parte de las personas

trabajadoras, vinculante para quienes operan en el ámbito judicial por mandato constitucional, se añade este mandato más directo y concreto³⁹⁹.

1.6.4 El Convenio nº190 y la Recomendación nº 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo

A los convenios ya analizados debe añadirse, aunque todavía no haya sido ratificado por España, el reciente Convenio nº 190 (2019) y la Recomendación nº 206 sobre la eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo⁴⁰⁰.

Este Convenio es un importante instrumento internacional para la protección de las personas trabajadoras, pero con un incuestionable impacto de género, por la afectación desproporcionada de género del acoso sexual ocupacional⁴⁰¹. El texto protege el derecho de toda persona a un mundo de trabajo sin violencia ni acoso, reconociéndose que esos comportamientos pueden constituir un incumplimiento de los DDHH o un abuso respecto de estos. La protección se extiende a todo suceso que ocurra durante el trabajo, en relación con el trabajo o como resultado del mismo y sus disposiciones abarcan asimismo las comunicaciones profesionales, en particular las que tienen lugar mediante las TICS. También se incluye la violencia doméstica. Adopta un enfoque práctico y conectado con otras herramientas internacionales de género y define de forma amplia la violencia y el acoso como "un conjunto de comportamientos y acciones inaceptables" que "tengan por objeto provocar, ocasionen o sean susceptibles de ocasionar, daños físicos, psicológicos, sexuales o económicos". Ello abarca el abuso físico o verbal, la intimidación y el

³⁹⁹ Las sentencias del TSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 12 de marzo de 2019 (rec. 19/2019 y 1596/2018) incluyen directamente, en su fundamentación jurídica, los arts. 3 y 4 del Convenio, en sendos procedimientos de reducción y/o concreción horaria de trabajadoras.

⁴⁰⁰ Convenio nº 190 sobre eliminación de la violencia y el acoso en el mundo del trabajo, adoptado en Ginebra, junio 2019 y Recomendación nº 206 sobre la violencia y el acoso (2019).

⁴⁰¹ En el estudio realizado en 2014 por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE ("European Union Agency for Fundamental Rights. FRA ") mediante entrevistas a 48.000 mujeres en los 28 países de la UE, se concluye que el acoso sexual es una experiencia generalizada y común para muchas mujeres de la UE, y una de cada cinco mujeres ha sido objeto de tocamientos, abrazos o besos en contra de su voluntad desde los 15 años de edad. De las mujeres que han sufrido acoso sexual, al menos en una ocasión desde los 15 años de edad, un 32 % señalaron como autor a un compañero de trabajo, un superior o un cliente (pág. 12 del Informe).

hostigamiento, el acoso sexual, las amenazas y el acecho, sin perjuicio de otros actos, como las comunicaciones profesionales.

Su ámbito subjetivo es muy amplio y se vincula al trabajo (formal o informal) de cualquier modalidad (incluso voluntariado). A los efectos que nos ocupan, es resaltable como en su introducción se alude de forma expresa a la afectación desproporcionada de la violencia y el acoso respecto a las mujeres y las niñas y a la necesidad de un “enfoque inclusivo e integrado que tenga en cuenta las consideraciones de género y aborde las causas subyacentes y los factores de riesgos, entre ellos estereotipos de género, las formas múltiples e interseccionales de discriminación y el abuso de las relaciones de poder por razón de género”.

Está por ver la aplicación práctica que tendrá en el futuro este nuevo Convenio de lucha frente a la violencia y acoso en el trabajo, pero se puede anticipar que será una herramienta de gran utilidad preventiva en un contexto, el trabajo, en el que las trabajadoras pasan una parte muy importante de sus vidas.

2. El Consejo de Europa

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁴⁰², adoptado por el Consejo de Europa, y el Protocolo nº 12 al CEDH⁴⁰³, reconocen en sus artículos 14⁴⁰⁴ y 1 y 2⁴⁰⁵,

⁴⁰² El Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, fue ratificado por España en Instrumento de “Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales nº 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966”, respectivamente (BOE nº243 de 10 de octubre de 1979).

⁴⁰³ Instrumento de ratificación del Protocolo numero 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000. Firmado por España (BOE nº 64 de 14 de marzo de 2008).

⁴⁰⁴ “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

respectivamente, la prohibición general de discriminación, incluida la discriminación institucional.

El mismo Protocolo aclara, en su “memoria explicativa”, el alcance de la protección adicional establecida en el art. 1, que se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación⁴⁰⁶. El Protocolo nº 12 consagra el principio de igualdad en toda su amplitud, pues el CEDH sólo establecía la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo⁴⁰⁷.

Mediante este Protocolo, además, el Consejo de Europa amplía formalmente el ámbito de aplicación del derecho de no discriminación por razón de sexo al incluir la protección frente a discriminaciones procedentes tanto de las autoridades públicas (violencia de género institucional) como de sujetos particulares, si afectan a derechos regulados en el ordenamiento interno⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

⁴⁰⁶ “i. en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;

ii. en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera; iii. por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones); iv. debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta)”.

⁴⁰⁷ Carmona Cuenca, E., “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018, UNED, pp. 311-334.

⁴⁰⁸ En los Comentarios a las disposiciones del Protocolo que se contienen en la Memoria explicativa del mismo, específicamente en relación con el art. 1 del Protocolo, se afirma que: “La formulación del artículo 1 refleja un enfoque equilibrado de eventuales obligaciones positivas de las Partes en virtud de esa disposición. La cuestión que se plantea aquí es en qué medida el artículo 1 obliga a las Partes a tomar medidas para prevenir la discriminación, incluso en las relaciones entre particulares (lo que se califica como «efectos horizontales indirectos»). Se plantea la misma cuestión por lo que respecta a las medidas para poner fin a casos de discriminación. Aunque no se pueden excluir globalmente tales obligaciones positivas, el objetivo principal del artículo 1 es establecer para las Partes una obligación negativa: la de abstenerse de toda discriminación contra los individuos. 25. Por una parte, el artículo 1 garantiza la protección contra la discriminación por parte de las autoridades públicas. Este artículo no pretende imponer a las Partes la obligación positiva general de tomar medidas para evitar o poner fin a cualquier caso de discriminación en las relaciones entre particulares (...).

2.1 El Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Protocolo nº 12

En el marco del Consejo de Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁴⁰⁹, y el Protocolo nº 12 al CEDH⁴¹⁰, reconocen en sus artículos 14⁴¹¹ y 1 y 2⁴¹², respectivamente, la prohibición general de discriminación, incluida la discriminación institucional.

El mismo protocolo aclara en su “memoria explicativa”, el alcance de la protección adicional establecida en el art. 1, que se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación⁴¹³. El Protocolo nº12 consagra el principio de igualdad en toda su amplitud, pues el CEDH sólo establecía la prohibición de discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el mismo⁴¹⁴.

Mediante este Protocolo, además, el Consejo de Europa amplía formalmente el ámbito de aplicación del derecho de no discriminación por razón de sexo al

⁴⁰⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, fue ratificado por España en Instrumento de “Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966”, respectivamente (BOE nº243 de 10 de octubre de 1979).

⁴¹⁰ Instrumento de ratificación del Protocolo numero 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000. Firmado por España (BOE nº64 de 14 de marzo de 2008).

⁴¹¹ El art. 12 del CEDH establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁴¹² Tales casos son: “1. El goce de todos los derechos reconocidos por la ley han de ser asegurados sin discriminación alguna, en particular por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de cualquier autoridad pública, basada en particular en los motivos mencionados en el apartado 1”.

⁴¹³ “i. en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;

ii. en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera; iii. por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones); iv. debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta)”

⁴¹⁴ Carmona Cuenca, E., “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, cit., págs. 311-334.

incluir la protección frente a discriminaciones procedentes tanto de las autoridades públicas (violencia de género institucional) como de sujetos particulares, si afectan a derechos regulados en el ordenamiento interno.

2.2 Sentencias Relevantes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La jurisprudencia del TEDH en relación a la igualdad y no discriminación deriva de la aplicación del art. 14 del CEDH y el art. 1 del Protocolo 12. La jurisprudencia de este Tribunal en relación a la violencia de género, a diferencia de la CoIDH, no ha seguido una línea jurisprudencial con entidad propia, tratando este fenómeno social, como actos de violencia individualizada⁴¹⁵. Esta opinión es compartida por un amplio sector doctrinal⁴¹⁶ que ha puesto de manifiesto que hasta los años noventa la jurisprudencia sobre el art. 14 era “escasa, compleja y poco coherente”⁴¹⁷. No obstante, en los últimos años se ha producido una lenta evolución hacia enfoques más sustantivos⁴¹⁸, especialmente, a partir de 2006 (*Opuz vs Turquía*)⁴¹⁹. A continuación, se detallan algunas sentencias del TEDH que consideramos relevantes en esta andadura jurisprudencial en la aplicación del principio de no discriminación del art. 14 de la CEDH, por razón de género, por parte del Tribunal Europeo.

2.2.1-La STEDH 4 de diciembre de 2003 (M.C. vs. Bulgaria)

⁴¹⁵ Queralt, A., “El reconeixement europeu de la violència de gènere com a discriminació de les dones per raó de sexe. Un nou camí en la jurisprudència del Tribunal d’Estrasburg de Pumar Beltran, N. Y Sanchez Urrutia, A., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 71.

⁴¹⁶ Carmona Cuenca, E., “Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género”, cit., págs. 311-334.

⁴¹⁷ *Ibíd.*, pág.319.

⁴¹⁸ Carmona Cuenca, E., “La igualdad de género en el Tribunal Europeo de derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al TJUE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 104, mayo-agosto 2015, págs. 323.

⁴¹⁹ STEDH 9 de junio de 2009 (*Opuz vs. Turquía*), nº 33401/02.

Respecto del caso planteado en esta sentencia⁴²⁰, sobre violencia sexual y estereotipos sobre “la víctima racional”, la demandante alegaba que había sido violada por dos hombres cuando tenía 14 años. La investigación llegó a la conclusión de que no había pruebas suficientes de que la menor hubiera sido obligada a mantener relaciones sexuales, porque conocía a los violadores, de modo que, en ausencia de evidencias de violencia física y resistencia, no se podía concluir que había falta de consentimiento. En la demanda planteada ante el TEDH, se denunciaba la vulneración de los arts. 3 (trato degradante), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) 13 (derecho a un recurso efectivo) de la CEDH. La Corte, consideró que la investigación del caso y, en particular, el enfoque adoptado por el juez investigador y los fiscales no fue el adecuado a tenor de la normativa de derecho comparado e internacional que exige el castigo penal de todas las formas de violación y abuso sexual. El tribunal nacional no dio prevalencia a la ausencia de consentimiento en el acto sexual, frente al requisito de la resistencia física opuesta. Según el Tribunal europeo existe una tendencia general a reconocer la falta de consentimiento como un elemento esencial en la determinación de la violación o del abuso sexual. Las víctimas de abuso sexual, en especial menores, a menudo no se resisten por razones psicológicas, sometiéndose o disociándose de su propia violación o por temor a represalias. Los Estados tienen la obligación de exigir el procesamiento de todo acto sexual no consensuado, incluso cuando la víctima no se haya resistido físicamente. Con base en lo anterior, puso de relieve que los Estados tienen la obligación positiva inherente a los artículos 3 y 8 de la Convención de promulgar disposiciones penales que castiguen efectivamente la violación y aplicarlas en la práctica mediante una investigación y enjuiciamiento efectivos. Por tanto, se condenó al estado búlgaro por haber vulnerado los arts. 3 y 8 CEDH. No obstante, y a pesar de tratarse de un delito de género (violación), por el impacto desproporcionado que tienen este tipo de delitos⁴²¹, el Tribunal no abordó su análisis jurídico desde la discriminación, por

⁴²⁰ STEDH 4 de diciembre de 2003 (M.C. vs. Bulgaria), nº 39272/98.

⁴²¹ Según datos aportados por Eurostat (2017) se produjeron 80.000 violaciones en los Estados miembro en 2015. El 90% de las víctimas fueron mujeres. El 99% de los autores que terminaron en la cárcel fueron hombres. Disponible en:

razones de género/sexo (art. 14 CEDH). La definición internacional de discriminación tanto internacionalmente (CEDAW), como regionalmente (Convenio de Estambul ⁴²²), incluyen una definición de violencia contra las mujeres vinculada al impacto desproporcionado:

“Por «violencia contra la mujer por razones de género» se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada” (art. 3 Convenio Estambul).

A pesar de ello, el Tribunal, en esta resolución, subsume esta modalidad de violencia contra las mujeres en otros derechos diferentes de la Carta (art. 3 y 8), y no considera la existencia de discriminación (art. 14). Ello supone desdibujar la realidad de la discriminación contra las mujeres sustentada sobre las relaciones de poder entre sexos de acuerdo con un orden social preestablecido, por lo que esta decisión resulta criticable.

2.2.2- La STEDH 6 de enero de 2005 (Hoogendijk vs. Holanda)

Esta resolución⁴²³ versa sobre la carga de la prueba en materia de discriminación.

En la misma, el Tribunal apreció que si quien demanda es capaz de mostrar, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, que una norma (aún formulada de una manera neutral) afecta de hecho a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo. En caso contrario, sería extremadamente difícil para las personas demandantes probar los casos de discriminación indirecta. El caso fue planteado frente a una norma holandesa

<https://ec.europa.eu/eurostat/web/products-eurostat-news/-/EDN-20171123-1?inheritRedirect=true&redirect=%2Feurostat%2F> [Consultada el 16 de julio de 2019].

⁴²² Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011, ratificado por España (BOE nº137 de 6 de junio de 2014).

⁴²³ STEDH 6 de enero de 2005 (Hoogendijk vs. Países Bajos), nº 58641/00.

que condicionaba la solicitud de determinadas ayudas al requisito de haber trabajado durante un año previo al accidente que daba lugar al beneficio, lo que excluía a las mujeres que habían trabajado en el hogar familiar. A pesar de que el TEDH declaró este caso como inadmisibile, tiene gran relevancia por ser la primera vez que el Tribunal utiliza los términos propios de la discriminación indirecta.

Los datos estadísticos también han sido reconocidos y tenidos en cuenta a efectos de desplazar el “onus probando” por nuestro Tribunal Constitucional en la STC 123/1996, o más recientemente, en la STC 91/2019, sobre el trabajo a tiempo parcial.

2.2.3-La STEDH 12 de abril de 2006 (Stec y otros vs. Reino Unido)

La sentencia ahora analizada trata sobre acciones positivas de género, diferencias de trato legislativo y edad de jubilación inferior de las mujeres en relación a los hombres⁴²⁴.

En este caso, se juzgaba sobre la posible discriminación de los varones (art. 14 del CEDH), derivada de la diferente edad de jubilación entre mujeres y hombres a la que se vinculaban las prestaciones de incapacidad laboral. En este caso, el Tribunal calificó esta medida de razonable, proporcionada y adecuada para corregir la histórica desventaja económica que sufrían las mujeres. La STEDH de 17 de febrero de 2011 (*Andrle vs. República Checa*), examinó un caso similar de edad de jubilación diferente para hombres y mujeres con hijos/as, aplicando similares criterios para convalidar la razonabilidad de la diferencia. En cambio, en la STEDH de 4 junio de 2002 (*Wessels Bergervoet vs. Países Bajos*), declaró la existencia de discriminación (art. 14 CEDH) en la normativa holandesa que establecía una reducción de la pensión de jubilación de la mujer casada en función del tiempo de carencia del marido, que no era aplicable a los hombres. El Tribunal llegó a la conclusión de que la reducción se basaba exclusivamente en el hecho de que la demandante estaba casada y ello era una diferencia de trato que no estaba basada en ninguna causa “justificación objetiva y razonable”. Por último, debe recordarse

⁴²⁴ STEDH 12 de abril de 2006 (*Asunto Stec y otros vs. Reino Unido*) nº 65731/01 y 65900/01.

también la STEDH de 6 de abril de 2000 (*Thimmenos vs. Grecia*) en la que anticipándose al Protocolo nº 12, se incluye en el campo de aplicación del art. 14 CEDH, aquellos casos en los que los Estados no tratan de forma diferente a quienes son sensiblemente distintos (discriminación por indiferenciación).

2.2.4- STEDH 31 de mayo de 2007 (Kontrovà vs. Eslovaquia)

La sentencia versa sobre vulneración del derecho a la vida de los hijos menores asesinados por el progenitor, por falta de medidas preventivas y efectivas por parte del Estado⁴²⁵.

La demandante, después de padecer durante años maltrato físico y psicológico por parte de su marido, el día 2 de diciembre de 2002, presentó una denuncia penal contra el esposo, acusándolo de haberla agredido y golpeado con un cable eléctrico. La policía la ayudó, posteriormente, a retirar la denuncia cuando fue a la comisaría acompañada por su marido. Durante las semanas posteriores, el esposo amenazó con matar a los dos hijos comunes, incluso con una pistola, lo que fue denunciado por la madre, sin recibir respuesta alguna por parte de las autoridades. Poco después, el 31 de diciembre de 2002, el marido mató a sus dos hijos (nacidos en 1997 y 2001). La Sra. Kontrovà interpuso denuncia contra el policía que le informó, cuando acudió con su esposo a retirar la denuncia, sobre cómo podía rebajar los cargos contra el esposo para evitar una investigación policial, pero tal denuncia acabó con la absolución del policía. También interpuso denuncia por posible responsabilidad de las autoridades policiales ante la falta de actuación para evitar los asesinatos de los menores, que también acabó sin apreciarse responsabilidad. La Corte Europea consideró que se violó el art. 2 CEDH (derecho a la vida), por la falta de cumplimiento, por parte de las autoridades, de su obligación de proteger la vida de los menores, y el art. 13 CEDH (derecho a un recurso efectivo), debido a la imposibilidad de obtener una reparación por parte de la madre. No obstante, en esta sentencia tampoco se hace un enfoque desde la vulneración del art. 14 CEDH (prohibición de discriminación) derivada de la

⁴²⁵ STEDH 31 de mayo de 2007 (Kontrovà vs. Eslovaquia), nº 7510/04.

violencia de género, como problema de impacto social, como hubiera sido lo deseable.

En la resolución, se recuerda la jurisprudencia relativa a las obligaciones de los Estados en la protección del derecho a la vida (art. 2 CEDH), que en determinadas circunstancias se incrementa con el deber estatal de adoptar medidas preventivas adecuadas para proteger la vida en riesgo de las personas, exigiéndose: que las autoridades hayan podido conocer el peligro; que el peligro sea identificable y real; y la razonabilidad de la expectativa de que los poderes públicos pudieran haber evitado el peligro.

Aplicando tales condiciones al caso, se aprecia la vulneración del art. 2 de la CEDH. Este mismo criterio fue también aplicado en la Sentencia del TEDH de 15 de enero de 2009 (*Branco Tomasic i otros vs. Croacia*).⁴²⁶

El interés de esta sentencia radica en el reconocimiento de responsabilidad del Estado por no haber protegido con diligencia debida, la vida de los menores, que también eran víctimas de la violencia de género padecida por su madre⁴²⁷.

El tribunal eslovaco no advirtió los estereotipos de género que sustentaron las decisiones de la policía que facilitaron el trágico final (trivialización de la violencia de género como problema doméstico y no de orden público), sobre los que sí repara el TEDH, considerando por ello infringido el art. 2 del Convenio.

2.2.5-STEDH 12 de junio de 2008 (Bevacqua vs. Bulgaria)

La sentencia ahora examinada trata sobre la diligencia debida y sobre la obligación estatal de proteger la vida familiar de la demandante, víctima de violencia de género⁴²⁸.

⁴²⁶ Queralt, A., “El reconeixement europeu de la violència de gènere com a discriminació de les dones per raó de sexe. Un nou camí en la jurisprudència del Tribunal d’Estrasburg”, AA.VV., de Pumar Beltran, N. Y Sanchez Urrutia, A., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, págs. 71 a 74.

⁴²⁷ “El Tribunal recuerda que la primera frase del artículo 2.1 obliga al Estado no solamente a abstenerse de cualquier provocación de muerte de manera voluntaria e irregular, sino también a tomar las medidas necesarias para asegurar la protección de la vida de las personas bajo su jurisdicción (...)” (Párrafo 49 de la Sentencia).

⁴²⁸ STEDH 12 de junio de 2008 (Bevacqua y S. vs. Bulgaria), nº 71127/01.

Se trataba de demanda planteada por mujer víctima de violencia de género, por parte de su marido, al que abandonó planteando demanda de divorcio y llevándose a su hijo de tres años de edad. Durante la tramitación del divorcio solicitó medidas de protección, pero no obtuvo respuesta. La mujer y el hijo permanecieron durante unos días en un refugio, pero fue advertida por la policía que podía ser procesada por secuestro del hijo. Posteriormente, llegó a un acuerdo con el esposo de custodia compartida, que el marido no cumplió. Las denuncias que presentó en contra del mismo, provocaron nuevos hechos de violencia. Sus demandas para obtener la custodia de su hijo no fueron resueltas hasta un año después y las denuncias penales fueron rechazadas por considerar que se trataba de un “asunto privado o particular”. Y este fue también el alegato defendido por el propio gobierno búlgaro ante el TEDH, tras presentante demanda ante el Tribunal de Estrasburgo⁴²⁹.

En este caso, el Tribunal consideró que se había violado el art. 8 CEDH, pues las autoridades búlgaras no adoptaron las medidas necesarias para sancionar y controlar al marido de la demandante. Y señaló que el hecho de considerar el conflicto entre la demandante y su marido, un “asunto particular”, no se concilia con la obligación de las autoridades de proteger la vida familiar de sus demandantes. De este modo, el Tribunal acoge el deber de diligencia debida en la protección de las mujeres frente a la violencia de género ejercida por sus parejas o exparejas al argumentar, en relación al derecho del art. 8 CEDH, que el mismo no sólo exige a los Estados el deber de protección de las personas ante interferencias ilegítimas contra la vida privada, sino también obligaciones positivas de protección respecto a determinados grupos o colectivos⁴³⁰. Esta sentencia muestra claramente un avance de género en los razonamientos, aunque no se haga expresa alusión al art. 14 de la CEDH, al hacerse referencia a “determinados grupos” y a la obligación de protección que los Estados deben dar a sus integrantes, lo que engarza claramente con la obligación de “proteger” incluida en el principio internacional de diligencia debida, como principio vinculante a través de los poderes públicos que incluye

⁴²⁹ *Ibíd.*, pág. 76.

⁴³⁰ *Ibíd.*, pág. 78.

al poder judicial a través de su labor de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico.

2.2.6-STEDH 9 de junio de 2009 (Opuz vs Turquía)

Se aprecia por primera vez, en esta sentencia⁴³¹, un supuesto de discriminación por razón de género derivada de la falta de diligencia institucional en la prevención y protección de las víctimas de violencia de género.

Nueve años después de la aprobación del Protocolo nº 12, el Tribunal de Estrasburgo dictó esta importante sentencia que marcó un antes y un después en la jurisprudencia europea, en lo que a las discriminaciones por razón de género se refiere. En este caso, sí se declaró vulnerado el art. 14 (prohibición de discriminación por razón de sexo), en relación con los arts. 2 (derecho a la vida) y 3 (prohibición de tortura, tratos inhumanos o degradantes) del CEDH.

La Sra. Opuz (demandante), residente en Turquía, inició en 1990 una relación sentimental con H.O., con quien tuvo tres hijos. Entre abril de 1995 y marzo de 1998 se produjeron cuatro incidentes denunciados ante las autoridades que evidenciaron, de forma objetiva (incluso con informes médicos), la violencia continua a la que era sometida la demandante, llegando a amenazar incluso a la madre de la Sra. Opuz, a la que tropelló con su vehículo. Pero, al retirar la denuncia tanto la demandante como su madre, fue archivada la causa, a tenor de lo establecido en el Código penal turco.

El 29 de octubre de 2001, la demandante fue apuñalada en siete ocasiones por H.O. y llevada al hospital. Por ello, fue acusado de agresión física, H.O. y condenado a pagar una multa.

Tras esta agresión, la madre de la demandante solicitó su detención (prisión provisional), alegando que su vida y la de su hija estaban en peligro. El 11 de marzo de 2002, H.O. disparó a la madre de la demandante, que murió en el acto.

El TEDH consideró que las autoridades debieron continuar con el procedimiento penal por una cuestión de interés general, destacando que la

⁴³¹ STEDH de fecha 9 de junio de 2009 (Opuz vs Turquía), nº 33401/02.

laxitud del sistema penal turco transmitió una idea de tolerancia y banalización de este tipo de conductas, y recordando que el art. 2 del CEDH exige que el Estado intervenga en las relaciones familiares en determinadas situaciones de riesgo grave para la vida. De igual modo, se apreció la infracción del art. 3 del CEDH con base en que la pertenencia de la demandante a un grupo especialmente vulnerable, el de mujeres maltratadas, y se apreció infracción por omisión por parte de las autoridades turcas de su deber de protección de la demandante y de su madre frente a los actos de violencia doméstica padecidos.

Y, a partir de aquí, el Tribunal da un paso más al apreciar la infracción del art. 14 (prohibición de discriminación) en relación con los arts. 2 y 3 del CEDH, utilizando los estándares internacionales como la CEDAW, y asumiendo que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación, en la que igualmente incurren los Estados si no dan protección efectiva a las víctimas. De este modo, partiendo de datos estadísticos aportados por la demandante, se concluye que existe una tolerancia de la violencia contra las mujeres por parte de las autoridades turcas, y por tanto, se declara infringido este precepto por la ausencia de respuesta global del sistema judicial. Así, el TEDH consideró, por primera vez, que los actos de violencia contra la Sra. Opuz no sólo eran constitutivos de violación de diversos preceptos del CEDH, sino también del principio de no discriminación en el disfrute de esos derechos, recogido en el art.14 CEDH.

Según la doctrina⁴³², en esta sentencia se ha reconocido finalmente el fenómeno de la violencia contra las mujeres en el ámbito de la pareja o expareja como una situación diferenciada de otras violencias, pues responde a la histórica situación de discriminación que padecen las mujeres respecto de los hombres. No obstante, esta autora⁴³³ es crítica con el hecho de que esta magistratura haya tardado tantos años en llegar a esta construcción jurídica, la violencia como discriminación, partiendo de los avances internacionales, incluso desde el propio Consejo de Europa en la materia.

⁴³² Queralt, A., "El reconeixement europeu de la violencia de gènere", cit., págs. 83 a 91.

⁴³³ Argelia Queralt Jiménez.

A pesar de la inexplicable lentitud en justicia de género de este Tribunal regional⁴³⁴, en relación a otros similares, como la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos (en adelante, CoIDH), a partir de esta sentencia se abrió un camino sin vuelta atrás, integrándose por primera vez en la jurisprudencia europea los estándares internacionales que califican la violencia contra las mujeres, como una forma de discriminación, en la que igualmente incurren los Estados si no dan protección efectiva a las víctimas. Por primera vez se ponderó desde este Tribunal, el impacto diferenciado de la violencia en las mujeres como estándar de valoración.

Pero sin perjuicio de lo anterior, resulta criticable como, pocos años después, el Tribunal se vuelve a enfrentar a un caso muy similar, en el que inexplicablemente llega a un razonamiento jurídico de protección de la víctima, esquivando el art. 14 de la CEDH. Se trata de la Sentencia de fecha 24 de abril de 2012 (*Kaluczka vs. Hungría*)⁴³⁵, sobre violencia de género e incumplimiento de las obligaciones positivas estatales de la debida protección de la víctima.

La demandante denunció ante las autoridades la ausencia de protección frente a la violencia de su *ex* pareja, con quien continuó compartiendo, contra su voluntad, la misma vivienda a la espera de la resolución de diversos procedimientos civiles sobre la propiedad del inmueble. La denunciante interpuso una denuncia por acoso, solicitando protección y también acciones civiles pidiendo el desalojo de su *ex* pareja.

La Corte consideró que se había violado el art. 8 CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar- obligaciones positivas-), dado que las autoridades judiciales húngaras no tomaron las medidas suficientes para proteger a la Sra. Klauzca de la violencia de su *ex* compañero. Según el Tribunal, las autoridades estatales tenían la obligación positiva de proteger a la demandante del comportamiento violento de su *ex* marido, a pesar de que ella también había sido violenta con él, y califica de irrazonable que las autoridades judiciales

⁴³⁴ La primera sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) sobre violencia de género fue dictada el 25 de noviembre de 2006 (Caso Miguel Castro vs Perú), y a partir de ahí se han dictado diversas resoluciones con perspectiva de género, entre otras, SCoIDH de 16 de noviembre de 2009 (“Campo Algodonero” Gonzales y otras vs México); de 31 de agosto de 2010 (Rosendo Cantú vs México); de 24 de febrero de 2012 (Atala Riffo y Niñas vs. Chile); y de 8 de marzo de 2018 (VRP vs. Nicaragua), entre otras.

⁴³⁵ STEDH de 24 de abril de 2012 (*Kaluczka vs. Hungría*) nº 57693/10.

necesitaran más de un año y medio para decidir sobre la primera solicitud (orden de alejamiento), período que vulnera la obligación positiva de decidir en un plazo razonable. Por lo demás, tampoco las decisiones judiciales se razonaron suficientemente, solo amparadas en la mala relación de ambas partes.

Otras sentencias en las que se condenó a Turquía por vulneración del art. 2 del Convenio (derecho a la vida) en casos mujeres asesinadas por sus esposos, también sin hacerse referencia al art. 14 del Convenio, son las STEDH de 13 de noviembre de 2014 (*Durmaz vs. Turquía*) y de 13 de noviembre de 2014 (*Civek vs. Turquía*).

Como puede observarse, se aprecia una inexplicable resistencia judicial a visibilizar, nombrar y aplicar el art. 14 CEDH, máxime tras haber abierto la puerta con el caso Opuz.

2.2.7-STEDH 30 de noviembre de 2010 (Hajduová vs. Eslováquia)

Este pronunciamiento versa sobre vulneración estatal de las obligaciones positivas de protección y deber de vigilancia en situaciones de riesgo⁴³⁶.

La sentencia resuelve sobre otro caso de violencia intrafamiliar en el que la denunciante huyó de su hogar tras ser agredida física y verbalmente por su esposo, interponiendo una acción penal frente al mismo. Durante el proceso, se detectó trastorno psiquiátrico del esposo, que requería tratamiento médico por lo que se acordó judicialmente que recibiese dicho tratamiento en centro hospitalario, pero sin privación de libertad inicialmente, por lo que siguió amenazando a su ex pareja y al abogado de esta, hasta que, tras la interposición de nuevas acciones penales, finalmente se acordó judicialmente el internamiento psiquiátrico del ex esposo. La Sra. Hajduová denunció ante el TEDH que las autoridades nacionales incumplieron sus obligaciones legales de ingreso inmediato del su ex marido para ser tratado en un establecimiento psiquiátrico, a raíz de su condena penal por haberla maltratado y amenazado.

⁴³⁶ STEDH 30 noviembre 2010 (Hajduová vs. Eslováquia) nº 2660/03.

El Tribunal consideró que el incumplimiento de los tribunales nacionales del deber de ordenar su internamiento psiquiátrico a raíz de la condena, había acarreado una infracción de las obligaciones positivas que incumben al Estado con arreglo al art. 8. Según el Tribunal, a pesar de que las continuas amenazas no se materializaron nunca, eran suficientes para afectar a la integridad y al bienestar psicológico de la demandante y, por consiguiente, dar lugar a que entraran en juego las obligaciones positivas del Estado, especialmente en casos de violencia de género, donde el grado de vigilancia de los poderes públicos debe ser superior. Esta sentencia es también criticable por no haber abordado el análisis jurídico desde el art. 14 de la CEDH, lo que supone una pérdida de oportunidad en el avance judicial de género, aunque sí recoge la exigencia de una diligencia reforzada en casos de violencia de género⁴³⁷, a la que también se refiere el caso *Branco Tomasic y otros vs. Croacia*⁴³⁸, lo que conecta, aunque no se diga expresamente, con la integración de la perspectiva de género en una modalidad de violencia que tiene un impacto desproporcionado de género.

2.2.8-STEDH 22 de marzo de 2012 (Konstantin Markin vs. Rusia)

Esta sentencia⁴³⁹ versa sobre estereotipos y perspectiva de género y prohibición legal de licencia familiar al personal militar masculino, con vulneración del art. 8 CEDH.

El Tribunal (Gran Sala) hizo, en esta resolución, un completo análisis sobre los estereotipos de género. El Sr. Konstantin Markin, operador de radio en la unidad militar, interpuso demanda contra el Estado ruso por haberle negado una licencia por motivos familiares (licencia de tres años). El demandante se había divorciado y tenía la custodia de sus tres hijos. Su solicitud fue rechazada en función de que sólo se le otorgaba dicho beneficio al personal

⁴³⁷ Esta misma línea jurisprudencial, se aplica también en la sentencia del TEDH de 14 de octubre de 2010 (*A. vs. Turquía*), igualmente en un caso de violencia de género intrafamiliar, donde se condenó al estado por vulneración del art. 8 CEDH, por incumplimiento de sus obligaciones positivas de protección de la denunciante.

⁴³⁸ STEDH de 15 de enero de 2009 (*Branco Tomasic y otros vs. Croacia*).

⁴³⁹ STEDH de 7 de octubre de 2010 (*Konstantin Markin vs. Rusia*) Gran Sala nº 30078/06.

militar de sexo femenino. El TEDH analizó el fondo de la petición con perspectiva de género (desde el principio de no discriminación) declarando infringido su derecho a la protección de la vida familiar, y desestimando el argumento estatal en cuanto a la especial conexión biológica y psicológica entre una madre y su hijo. Según el TEDH, las sociedades europeas contemporáneas han evolucionado hacia la corresponsabilidad en lo relativo al cuidado y crianza de sus hijos e hijas. Por ende, permitir que sólo las mujeres obtengan licencias familiares, perpetúa los estereotipos de género. Más allá del texto del CEDH y de su jurisprudencia, el Tribunal utilizó otras fuentes para fundar su decisión⁴⁴⁰.

Esta resolución evidencia el cambio producido en el enfoque de la discriminación de género por parte del Tribunal, pues supone un giro jurisprudencial respecto a su posición en el caso *Petrovic vs. Austria*⁴⁴¹. En aquella ocasión, el demandante, varón, había solicitado un permiso de paternidad para atender a su hijo después del nacimiento. En aquel momento temporal, ese tipo de permisos estaba previsto en la legislación austríaca exclusivamente para las trabajadoras, pero no para los hombres en la misma situación, por lo que el demandante adujo el carácter discriminatorio de tal normativa. No obstante, en aquel caso, tampoco el Tribunal apreció vulneración del artículo 14 CEDH, basándose en la falta de uniformidad de las legislaciones de los Estados parte con relación a la concesión de permiso de paternidad a los padres en las mismas condiciones que a las madres.

Frente al caso *Petrovic*, la sentencia *Markin* supone, sin duda, un avance jurisprudencial en materia de género, al franquear el estereotipo de “mujeres cuidadoras” y es un ejemplo de integración de la perspectiva de género en el análisis jurídico al hacer referencia a la construcción social de género, a los informes del Comité CEDAW, así como a Convenios de la OIT en materia de discriminación en materia de empleo.

2.2.9-STEDH 26 de marzo de 2013 (Valiuliene vs. Lituania)

⁴⁴⁰ El Tribunal se refirió a un informe del Comité de la CEDAW respecto a Rusia, a los Convenios N°111 y 156 de la OIT sobre la discriminación en materia de empleo y ocupación y a la CSE.

⁴⁴¹ STEDH de 27 de marzo de 1998 (*Petrovik vs. Austria*).

La resolución trata sobre la obligación del Estado de dispensar protección efectiva contra la violencia de género y sobre mecanismos de derecho penal que no garantizaron a la demandante la protección adecuada⁴⁴². La sentencia cuenta con un Voto Particular concurrente de Paulo Pinto Albuquerque, que propone una revisión del “test de Osman”.

La demandante interpuso denuncia frente a su pareja porque este la había golpeado en 5 ocasiones. En enero de 2002, el Tribunal ordenó investigar el caso remitiéndolo al ministerio fiscal. La investigación fue suspendida y abierta en varias ocasiones. La demandante apeló y finalmente se resolvió que las investigaciones no habían sido suficientemente exhaustivas. En junio de 2005, el Fiscal archivó la investigación al entender que, tras la reforma legal de mayo 2003, el caso tenía encaje en un atentado leve contra la integridad física, por lo que debía tramitarse a instancia de parte, pues el caso no presentaba un “interés general”. El tribunal municipal confirmó la decisión. La denunciante presentó una nueva acción penal a instancia de parte, que fue archivada el 4 de enero de 2006 por el Tribunal de Distrito, por prescripción (5 años). La decisión fue confirmada por el Tribunal Regional.

El Tribunal Europeo tiene en cuenta en su fundamentación jurídica tanto la CEDAW como el Convenio de Estambul y pone de evidencia los datos estadísticos de las mujeres lituanas víctimas de violencia de género (un 42%). Califica como malos tratos de suficiente gravedad, los daños causados a la demandante que se prolongaron en el tiempo (5 episodios), alcanzado el nivel mínimo exigible para que nazca la obligación positiva del Estado conforme al art. 3 CEDH. Las dilaciones en el procedimiento y los archivos por razones no exhaustivas, evidencia una deficiente actuación del Estado. De otro lado, y por lo que respecta a la modificación penal de 2003, se pone de relieve que el fiscal no remitió el caso de la demandante para su enjuiciamiento hasta el año 2005, esto es, dos años después de la reforma legal, lo que provocó la estimación de la prescripción.

⁴⁴² STEDH de 26 de marzo de 2013 (Valiuliene vs. Lituania) nº 33234/07.

En opinión del Tribunal, no se dio una protección adecuada a la solicitante contra los actos de violencia, lo que se traduce en una violación del art. 3 del CEDH⁴⁴³.

Esta sentencia es un avance jurisprudencial en perspectiva de género, porque se hace una valoración contextualizada de los hechos, y específicamente del daño producido a la demandante, considerándose suficientemente grave.

La sentencia contiene un voto disidente del magistrado Jociene, en el que se considera que la demanda debería haberse examinado exclusivamente en virtud del art. 8 de la Convención. Pero también contiene un interesante voto particular concurrente del magistrado Paulo Pinto de Albuquerque, en el que se recuerda que la violencia de género es una violación de derechos humanos, siendo la diligencia debida una herramienta internacional para la eliminación de la violencia contra las mujeres también contenida en el Convenio de Estambul. Se califica la violencia de género (en el contexto de pareja) como una violación autónoma de derechos humanos. Sin embargo, a criterio de este magistrado, el enfoque procesal de la violencia de género se topa con tres obstáculos conceptuales muy bien arraigados en las sociedades democráticas: el respeto a la privacidad, la tolerancia frente a las diferentes culturas, y la defensa de los derechos de los acusados.

Por ello, el enfoque clásico de los derechos humanos, centrado en el ámbito público, ha perjudicado históricamente a las víctimas de violencia de género, y por parte de los tribunales, se presta mayor atención a proteger los derechos del acusado que a proteger a las víctimas.

Todos los datos disponibles muestran que, en todo el mundo, la “violencia doméstica” es mayoritariamente perpetrada por los hombres respecto de las mujeres. Por ello, el pleno efecto útil del CEDH solo puede conseguirse mediante una interpretación de sus disposiciones con perspectiva de género. Ello nos debe llevar a calificar de acto vejatorio, humillante y degradante para la víctima esta modalidad de violencia, que, por ende, encaja en el art. 3 del CEDH.

⁴⁴³ “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” (art. 3 CEDH).

Por esta razón, el magistrado reivindica una revisión de la obligación positiva internacional del deber de prevenir y proteger, que debe superar el “test Osman” en materia de violencia de género (contexto familiar)⁴⁴⁴. Es necesario un nivel de diligencia más riguroso, porque el estándar emergente en materia de diligencia debida en estos casos es mayor que el clásico “test de Osman”, en la medida en la que el deber del Estado surge desde el momento en el que el riesgo está presente, aunque no sea inminente. Así, si un Estado es conocedor de la violencia estructural que sufre una parte de su población (mujeres), y no evita que se produzca el daño sobre las personas integrantes de ese grupo cuando se enfrentan a un riesgo presente (pero aún no inminente), el estado debe ser considerado responsable por omisión. Se trata, pues, de construir un deber anticipado de prevenir y proteger, en estos casos, partiendo de un claro interés público en el enjuiciamiento de la violencia de género. La doctrina Opuz y la vulneración combinada de los arts. 14 y 3 CEDH fue aplicada también en tres sentencias más cercanas dictadas contra Moldavia⁴⁴⁵, que visibilizan la discriminación de género que sufren las mujeres en este país. Aunque trataban de agresiones sexuales a menores, en ambas se pone de relieve la especial vulnerabilidad de las víctimas de estos delitos, mayoritariamente niñas.

En la misma línea integradora de la perspectiva de género, pueden citarse la STEDH 28 de mayo 2015 (Y vs. Eslovenia) y la STEDH de 18 de octubre de 2016 (*G.U. vs. Turquía*).

2.2.10-STEDH 28 de junio de 2016 (Halime Kiliç vs.Turquía)

⁴⁴⁴ El denominado “Test Osman” ha sido desarrollado por el TEDH (Sentencia de 28 octubre 1998-Caso Osman vs. Reino Unido). Permite comprobar si las autoridades conocían o deberían haber conocido, la existencia de un riesgo real o inmediato para la vida de una persona o personas identificadas, derivado de actos criminales de un particular, y aún así, no adoptaron las medidas que tenían a su alcance y que razonablemente cabía esperar que hubieran evitado el riesgo. Este test ha sido también usado en otros casos como Opuz vs. Turquía (130) o Hajduova vs. Eslováquia(50).

⁴⁴⁵ SSTEDH 18 mayo 2013; 16 de julio 2013 y 28 de enero de 2014 (Casos Eremia, Mudric y TM y CM, respectivamente).

Esta sentencia⁴⁴⁶ condena por vulneración del art. 14 del Convenio, puesto en relación con el art. 2, apreciando falta de diligencia debida estatal en un nuevo caso de violencia de género ("doméstica").

Se cuestionaba por la demandante, la responsabilidad estatal en el caso del asesinato de su hija por parte del marido, a pesar de las cuatro denuncias presentadas y tres órdenes de protección y requerimientos. El Tribunal aprecia los incumplimientos de las autoridades que crearon un contexto favorable a la violencia, al no haberse tomado medidas más efectivas para la protección de la vida de la víctima, tras los continuados incumplimientos del marido. Ello, generó un contexto de impunidad al marido que le permitió repetir las agresiones contra la esposa, sin ser molestado por ello.

En una línea similar se destaca la STEDH de 22 de marzo de 2016 (M.G. vs. Turquía)⁴⁴⁷, que también condena a este Estado por vulneración de los arts. 3 y 14 del Convenio.

2.2.11-STEDH 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa vs. Portugal)

La sentencia versa sobre estereotipos y discriminación múltiple por razón de sexo y edad⁴⁴⁸.

El TEDH examinó la situación de una mujer que exigió a los tribunales administrativos del Estado portugués, indemnización por responsabilidad civil derivada de negligencia médica. La demanda se planteaba por la Sra. Carvalho frente a la Sentencia del TS portugués (Administrativo).

De acuerdo con el relato fáctico, por motivo de una negligencia médica en una intervención quirúrgica, se le produjo a la demandante una lesión que le causó las siguientes secuelas: "disminución de la sensibilidad vaginal", "dolores en la zona vaginal y malestar constante", "dificultades para sentarse y andar", "dificultades para dormir", así como "incontinencia urinaria", y "puede tener relaciones sexuales, pero con mucha dificultad", "profundo disgusto y

⁴⁴⁶ STEDH 28 de junio de 2016 (Halime Kiliç vs. Turquía) nº 63034/11.

⁴⁴⁷ STEDH 22 de marzo de 2016 (MC vs. Turquía) nº 646/10.

⁴⁴⁸ STEDH de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa vs. Portugal) nº 17848/15.

frustración por la situación en que vive, habiéndose convertido en una persona profundamente triste".

El Tribunal Administrativo de Lisboa condenó al hospital demandado a pagar una indemnización a favor de la actora por los daños derivados de una negligencia médica. No obstante, planteado recurso frente a la citada sentencia, el TS portugués disminuyó sustancialmente los importes indemnizatorios reconocidos. Respecto a la indemnización por daños emergentes, derivados de la necesidad de contratar a una empleada doméstica para que la ayudase en las labores domésticas, se redujo de 16.000 euros a 6.000 euros. En la fundamentación jurídica se consideró que, dadas las edades de los hijos, la demandante solo tendría que cuidar al marido, por lo que la repercusión en sus tareas domésticas no era tan elevada.

Asimismo, redujo cantidad asignada en concepto de indemnización por daño moral, de 80.000 euros a 50.000 euros. En este caso, el argumento fue:

“no debemos olvidar que el demandante en el momento de la operación ya tenía 50 años y dos hijos, es decir, una edad en que la sexualidad no tiene la importancia que, a edades más tempranas, pues tal importancia disminuye a edades avanzadas”.

El Tribunal Europeo no analizó los importes indemnizatorios arbitrados por los tribunales nacionales, sino solo los criterios judiciales que sirvieron de fundamentación jurídica para su reducción, y si ello podía constituir una infracción del art. 14 en relación con el art. 8 de la CEDH (discriminación por edad y sexo en el disfrute del derecho a la vida privada y familiar). Pues bien, la Corte consideró que la reducción de dicha compensación se fundamentó en prejuicios relacionados con los roles de género y edad, y determinó que las consideraciones expuestas por la Sentencia portuguesa para justificar la reducción de las cantidades de compensación por daños y perjuicios derivados de la necesidad de contratar a una empleada doméstica y daños morales "muestran los prejuicios que existen en el sistema judicial en Portugal", es decir, que estas consideraciones son demostrativas de sesgos que prevalecen en el poder judicial, máxime cuando el mismo TS en supuestos similares,

donde los demandantes eran hombres quincuagenarios, había reconocido unas indemnizaciones muy superiores considerando que las limitaciones sexuales eran para los hombres un "*tremendo shock*". Se aprecia, por todo ello, una discriminación múltiple (por sexo y edad) y por ende la vulneración del art. 14 en relación con el art. 8 de la CEDH.

La importancia de esta sentencia radica en el análisis judicial que se hace en relación al papel de los prejuicios y estereotipos sociales y culturales por razón de sexo y edad, y como su consideración como elemento de convicción para fundamentar jurídicamente una resolución judicial se traduce directamente en una discriminación que vulnera los derechos humanos de la demandante. Este es un ejemplo práctico de cómo los estereotipos, en este caso múltiples (por sexo y edad), pueden redundar negativamente en los derechos de las mujeres. Esta resolución y su enfoque jurídico es un ejemplo de impartición de justicia con perspectiva de género.

Con anterioridad, la STEDH de 25 de Julio de 2012 en el asunto *Beauty Salomon vs. España*⁴⁴⁹ introdujo, por primera vez, la cuestión de la discriminación múltiple pero no se desarrolló, ni en su alcance ni en su contenido ni tampoco en sus consecuencias. Se trataba del caso de una mujer negra que ejercía la prostitución en la vía pública, que denunció golpes e insultos debido a su raza por parte de agentes de la policía nacional. El Tribunal Europeo se limita a referir en este caso a "la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana, ejerciendo la prostitución" y se condena a España por vulnerar el art. 3 y 14 de la CEDH. Del mismo modo, en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, en el asunto *Muñoz Díaz vs. España*⁴⁵⁰, también se omitió el enfoque del asunto desde la discriminación múltiple, limitándose el Tribunal al análisis desde la discriminación racial, omitiéndose un enfoque de género y por ende, la existencia concurrente de discriminación por razón de sexo, dado que se cuestionaba la pensión de viudedad a favor de una mujer, dedicada al cuidado de la familia y el hogar, dependiendo económicamente del esposo.

⁴⁴⁹ STEDH 25 julio 2012 (BS.C vs. España), n°47159/08.

⁴⁵⁰ STEDH 8 diciembre 2009 (Muñoz Díaz vs. España), N°49151/07.

2.2.12 - STEDH 9 de julio de 2019 (Volodina vs. Rusia)

La resolución trata sobre prohibición de discriminación por razón de género ⁴⁵¹, y en la misma se considera que la normativa rusa es insuficiente, en materia de violencia de género.

La demandante denunció a las autoridades rusas porque no la habían protegido de los repetidos actos de violencia doméstica (asalto, secuestro, acecho, amenazas). Ella sostuvo que el régimen legal vigente en Rusia no proporcionaba una respuesta adecuada a este tipo de violencia y por ello discriminaba a las mujeres. En esta Sentencia, el Tribunal decidió por unanimidad que la demandante sufrió violencia física y moral por parte de la expareja y que las autoridades fallaron en su obligación de protegerla frente a tal violencia, en el sentido que le impone el CEDH. Se observó, además, que la legislación rusa no reconocía la violencia de género y no permitía emitir órdenes de alejamiento o protección. Consideró, por ello, que estas deficiencias legislativas demostraban claramente que las autoridades son reacias a reconocer la gravedad del problema de la violencia de género (“doméstica”) en Rusia y sus efectos discriminatorios sobre las mujeres. Por todo ello, se concluyó que Rusia incurrió en violación del art. 3 y del art.14 de la Convención.

Esta sentencia sigue la línea marcada en la sentencia *Opuz*, al integrar la perspectiva de que se evidencia en el contenido de los razonamientos jurídicos que tratan esta violencia contra las mujeres, como un fenómeno social y un derecho humano autónomo a proteger. Se refuerza la necesidad de abordar judicialmente esta lacra desde un plano holístico que tenga en cuenta que estamos ante un problema sistémico y estructural que no puede banalizarse. En este caso, el Tribunal analiza los incumplimientos, no sólo por parte de las autoridades que tomaron decisiones en el caso concreto, sino también las deficiencias legislativas en materia de protección de las víctimas de violencia de género. Por tanto, se condena partiendo del incumplimiento legislativo por omisión, es decir por incumplir el deber de diligencia debida. Debe destacarse también, el voto particular que el juez Pinto de Albuquerque hace a la

⁴⁵¹ STEDH 9 de julio de 2019 (Volodina vs. Rusia), nº41261/17.

sentencia, porque da un paso más y evidencia una sensibilidad mayor en el análisis de la lacra de la violencia de género que conecta con una sociedad dualista que subordina a las mujeres y destaca el alto impacto estadístico, estructural, sistémico e internacional que tiene la violencia de género.

2.2.13- STEDH de 11 febrero 2020 (Buturuga vs. Rumanía)

La resolución se pronuncia sobre la falta de diligencia debida por las autoridades rumanas en la investigación del ciberacoso denunciado por la víctima, en un contexto de violencia de género⁴⁵².

Esta sentencia es otro pequeño avance hacia la integración de la perspectiva de género en el enjuiciamiento de la Corte. Se califica el ciberacoso sufrido por la Sra. Buturuga, como una modalidad de violencia de género y se condena al Estado por no haberlo entendido así, incumpliendo sus obligaciones positivas de investigación de los hechos denunciados.

La demandante denunció a su ex esposo ante las autoridades, por agresiones físicas y amenazas de muerte, sufridas a finales de 2013. En 2014, volvió a denunciarlo por acceder a cuentas electrónicas privadas, así como al material contenido en las mismas perteneciente a la demandante.

Las autoridades rumanas atendieron los hechos del caso bajo los arts. del nuevo código penal, que sanciona la violencia entre personas, y no las disposiciones del código que castigan con mayor severidad la violencia doméstica. El fiscal consideró que las amenazas sufridas no eran lo suficientemente graves como para ser consideradas delito y también se rechazó la denuncia relativa al ciberacoso.

El TEDH califica de deficiente la investigación de los hechos denunciados, al no valorarse las características específicas del maltrato de género, determinando que las autoridades investigadoras debieron haber tomado las medidas necesarias (diligencia debida). Entiende también que el ciberacoso denunciado por la demandante requería de un examen de fondo por parte de las autoridades para poder comprender de manera integral el fenómeno de la violencia de género. Asimismo, considera que las autoridades en este caso han

⁴⁵² STEDH 11 febrero 2020 (Buturuga vs. Rumanía), nº 56867/15.

mostrado 'un formalismo excesivo' al rechazar cualquier conexión con los hechos de violencia doméstica y, por lo tanto, no han tomado en consideración las diversas formas que la violencia doméstica puede tomar.

El Tribunal de Estrasburgo dictaminó que hubo incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en virtud de los artículos 3 (prohibición de tortura o tratos inhumanos o degradantes) y 8 (respeto de la vida privada y familiar) de la Convención. En la sentencia se pone de relieve que la ciberviolencia se reconoce como una forma de violencia contra las mujeres y niñas, y puede adoptar muchas formas, entre ellas: *"Violaciones de la privacidad relacionadas con las TIC, intrusión en la computadora de la víctima y toma, intercambio y manipulación de datos e imágenes, incluidos datos íntimos"* (párr. 74).

La Corte concluye que las autoridades no hicieron una correcta interpretación de los hechos denunciados en un contexto de violencia de género, y no cumplieron con sus obligaciones especiales derivadas del Convenio de Estambul, que les exige cumplir con sus obligaciones preventivas y de disuasión para frenar el fenómeno de la violencia de género, incurriendo en un excesivo formalismo, al rechazar cualquier vinculación de los hechos denunciados con la violencia de género, obviándose el carácter multifacético que puede adoptar dicha violencia.

No obstante, y aunque no fue invocada expresamente por la demandante la violación del art. 14 del CEDH, ello no debería haber impedido analizar el caso desde esta perspectiva, dada la vinculación previa que se hace a la violencia de género, en virtud del principio "iura novit curia". Dicha ausencia lleva a la Corte, al tratamiento de los hechos como un incidente aislado y no como parte de un fenómeno social, sistémico. Por tanto, se ha perdido otra oportunidad para avanzar más y mejor hacia una verdadera implementación de la perspectiva de género capaz de transformar y erradicar la desigualdad de género estructural que impacta en la vida de las mujeres.

2.2.14- STEDH de 9 febrero 2021 (N.Ç. vs. Turquía)

Sentencia⁴⁵³ que analiza los incumplimientos de los deberes positivos del Estado vinculado por la diligencia debida, en materia de violencia sexual contra una niña.

Se trataba de un caso de delitos sexuales cometidos por varios individuos, siendo la víctima una niña de quince años. Los hechos se produjeron en un contexto rural. Se condena al estado por vulneración de los arts. 3 y 8 del Convenio, identificándose múltiples incumplimientos en la investigación, enjuiciamiento y en la sentencia, que evidenciaron la victimización secundaria a la que fue sometida la niña. Entre tales actuaciones, se destacan las diez exploraciones médicas a las que fue sometida la víctima, tuvo que reproducir las posturas a las que fue sometida durante las violaciones, y no contó con asistencia personal ni psicológica durante el proceso. Además la excesiva duración del proceso favoreció la prescripción de algunos delitos. En ningún momento se evaluó o ponderó el “interés superior del menor”.

El TEDH recuerda en esta sentencia las obligaciones positivas de los Estados en casos como el presente en los que las autoridades deben actuar de forma especial y dando prioridad absoluta a este tipo de procesos en los que debe protegerse ante todo el interés superior de la niña víctima de abuso sexual.

2.2.15- STEDH de 27 mayo 2021 (J.L. vs. Italia)

Por último, en esta reciente sentencia⁴⁵⁴, de nuevo, se abunda sobre las obligaciones positivas de los Estados en la protección de las víctimas de violencia de género (sexual) y se hace expresa referencia a la persistencia de estereotipos sobre los roles de género, en este caso, contenidos en el texto de la sentencia italiana cuestionada.

Siete hombres fueron acusados de la violación grupal de la demandante, de la que fueron absueltos, no obstante, el TEDH determinó que Italia incurrió en victimización secundaria y vulneró el art. 8 del Convenio, al someter a la víctima a una injerencia en su vida privada. Específicamente se destaca que los razonamientos contenidos en la sentencia tienen en cuenta o valoran, la

⁴⁵³ STEDH 9 de febrero de 2021 (N.Ç. vs. Turquía) n° 40591/11).

⁴⁵⁴ STEDH 27 de mayo de 2021 (J.L. vs Italia) n° 5671/16).

ropa interior (roja) de la víctima, su orientación sexual o las relaciones sexuales previas que había tenido. Todo lo anterior, afectó a su credibilidad en el proceso. En cambio, los acusados no fueron cuestionados bajo un escrutinio similar.

Esta resolución recuerda que el derecho de los jueces y juezas a expresarse libremente en sus decisiones judiciales como manifestación del principio de independencia judicial, se ve limitado por la obligación de proteger la imagen y la vida privada de las personas que se presentan ante los tribunales. Se pone de relieve en este caso que el lenguaje y los argumentos utilizados por el tribunal se hacían eco de estereotipos existentes en la sociedad italiana, con respecto a los roles femeninos, lo que probablemente fue un obstáculo para brindar una protección efectiva a los derechos de las víctimas de violencia sexual, a pesar de ser el marco legislativo adecuado.

2.3 El Convenio de Estambul

El Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (*Convenio de Estambul*), de 11 de mayo de 2011, fue ratificado por España en 2014⁴⁵⁵, y entró en vigor este mismo año. Este Convenio se ha calificado como el tratado internacional más completo en la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica⁴⁵⁶. En el mismo, se reconoce la violencia contra las mujeres como

⁴⁵⁵ Instrumento de ratificación (BOE nº 137 de 6 de junio de 2014).

⁴⁵⁶ Los objetivos del Convenio de Estambul, que se recogen en su artículo 1, se resumen en cuatro verbos: prevenir, proteger, castigar y compensar a las mujeres en relación a toda forma de violencia. El concepto de violencia al que refiere el Convenio se aclara en su artículo 3: “por “violencia contra las mujeres” se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada; por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima”. La definición convencional de “género” incluye: “los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres; por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada”. Y la definición de víctima es el de toda

una violación de los derechos humanos. El Convenio aborda la violencia contra las mujeres a través de medidas dirigidas a la prevención de la violencia, la protección a las víctimas y el enjuiciamiento de los autores. Ya en el Preámbulo, se adelanta el enfoque global que se hace partiendo de la naturaleza estructural de este tipo de violencia⁴⁵⁷.

Este convenio se inspira en tratados internacionales como la CEDAW (1979) o regionales como la Convención Belém do Pará (1994), y adopta un compromiso holístico en la lucha contra la violencia de género, englobando en el nuevo concepto de violencia de género toda la experiencia previa internacional, incluyendo el desarrollo del concepto “género” como categoría principal⁴⁵⁸.

El artículo 4.1 del Convenio incluye una obligación para los Estados de protección de las víctimas, que se impone tanto en el ámbito público como privado⁴⁵⁹. En el art. 5, se desarrolla mejor la prohibición de violencia de género institucional, pues bajo el título “obligaciones del Estado y diligencia debida”, se recoge lo siguiente:

“1. Las partes de abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres y se asegurarán de que las autoridades, los

persona física sometida a tales comportamientos y se aclara que el término mujer incluye también a las niñas menores de 18 años.

⁴⁵⁷ “Reconociendo que la realización *de jure* y *de facto* de la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento clave de la prevención de la violencia contra las mujeres; Reconociendo que la violencia contra las mujeres es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a la mujer de su plena emancipación; Reconociendo que la naturaleza estructural de la violencia contra las mujeres está basada en el género, y que la violencia contra las mujeres es uno de los mecanismos sociales cruciales por los que se mantiene a las mujeres en una posición de subordinación con respecto a los hombres; (...) Reconociendo que las mujeres y niñas están más expuestas que los hombres a un riesgo elevado de violencia basada en el género; Reconociendo que la violencia doméstica afecta a las mujeres de manera desproporcionada (...); Reconociendo que los niños son víctimas de la violencia doméstica, incluso como testigos de violencia dentro de la familia” (Extracto del preámbulo del Convenio de Estambul).

⁴⁵⁸ Ushakova, T. “La aportación del nuevo Convenio de Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.1, nº 4, octubre-diciembre 2013, págs. 2 y 3.

⁴⁵⁹ “Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado” (art. 4.1).

funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación.

2. Las Partes tomarán las medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.

El principio de diligencia debida, de acuerdo con la construcción que se ha venido haciendo por parte del TEDH, se desdobra en una obligación legislativa, consistente en la tipificación y sanción como delito de las diferentes formas de violencia contra las mujeres y, de otro lado, en una exigencia de diligencia proyectada en la investigación, protección y reparación adecuada a las víctimas. Entre otras, cabe citar la STEDH de 21 de marzo de 2017 (*Talpis vs Italia*)⁴⁶⁰, en la que la demandante alegaba incumplimiento de las obligaciones positivas de Italia, e incumplimiento de los arts. 2 y 3 de la Convención. Se trataba de un caso de violencia de género por intento de asesinato de una mujer y del hijo, por parte del marido y padre, respectivamente. La mujer había denunciado en varias ocasiones los ataques y acoso padecido por su esposo desde el 2012, que también había atacado a la hija. El 25 de noviembre de 2013, la Sra. Talpis llamó a la policía tras una discusión con su marido, que fue trasladado al hospital en estado de embriaguez. Después de ser dado de alta, armado con un cuchillo de cocina, el marido entró en la residencia familiar y atacó a la Sra. Talpis y apuñaló a su hijo que intervino para proteger a la madre. En enero de 2015, fue condenado a cadena perpetua por el asesinato de su hijo y el intento de asesinato de su esposa y por maltratar a madre e hija. En esta sentencia, el TEDH recuerda, respecto al cumplimiento de diligencia debida, que no todos los riesgos de vida reclamados pueden implicar para las autoridades la exigencia de tomar medidas operativas para evitar que ese riesgo se materialice. Por tanto, el principio de diligencia debida deberá

⁴⁶⁰ También, la STEDH de 9 de julio de 2019 (Caso Volodina vs. Rusia), analizada en el apartado anterior.

analizarse caso a caso, contextualizadamente, aplicándose el denominado “test Osman” proyectado a la violencia de género. En el caso Talpis, el Tribunal destaca que la demandante pertenece a un grupo de personas consideradas “vulnerables” con derecho a protección estatal, al ser víctima de violencia de género que ya había sido agredida en el pasado por el esposo, produciéndole lesiones suficientemente graves, para ser calificado de malos tratos en el sentido del art. 3 del Convenio. Posteriormente, el Tribunal considera que la actuación de las autoridades no fue diligente, por la dilación de siete meses en iniciar el proceso penal, y una vez iniciado este duró tres años, por tanto, se apreció incumplimiento de la diligencia debida, en relación al art. 3. De otro lado, también se apreció infracción del art. 14, pues, partiendo del contexto social de violencia de género existente en Italia, se subestimó por las autoridades estatales, a través de su complacencia, la gravedad de los actos de violencia denunciados.

Por lo que respecta a la violencia sexual, el art. 36 conmina a los Estados firmantes a la toma de medidas en relación a la tipificación del delito de violencia sexual, incluida la violación, y expresamente se refiere al consentimiento, al que dedica el apartado segundo: “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”. De este modo, el Convenio se posiciona a favor del consentimiento sexual explícito (“solo sí es sí”), además de voluntario, para evitar la consideración de violencia sexual. De igual modo, en la concurrencia del consentimiento, debe tenerse presente el contexto y las condiciones circundantes (situación de necesidad o especial, vulnerabilidad de la víctima, etc.).

No obstante, el artículo que más claramente fundamenta la impartición de justicia con perspectiva de género es el 49, que bajo el título “obligaciones generales”, ubicado en el Capítulo VI (investigación, procedimiento, derecho procesal y medidas de protección) preceptúa:

“1. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para que la investigación y los procedimientos judiciales relativos a todas las formas de violencia incluidas en el ámbito de aplicación del presente Convenio se lleven a cabo sin demoras injustificadas, sin perjuicio del derecho de la víctima a todas las fases del proceso penal.

2. Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias, de conformidad con los principios fundamentales de los derechos humanos y teniendo en cuenta la perspectiva de género en este tipo de violencia, para garantizar una investigación y un procedimiento efectivos por los delitos previstos en el presente Convenio”.

En cumplimiento de este precepto, entre otros, la Sala Penal del Tribunal Supremo, dio un giro jurisprudencial de calado a partir de su sentencia de 24 de mayo de 2018 (nº 247/2018)⁴⁶¹, en la que integra de forma expresa, por primera vez, la perspectiva de género y condena por asesinato, en lugar de homicidio, a un hombre que asestó ocho puñaladas a su esposa. A esta le han seguido más sentencias en materia de violencia de género, incluida la violencia sexual en las que el Alto Tribunal integra el género como categoría de análisis jurídico. Obviamente, este mandato se extiende a las diferentes formas de violencia (delito) incluidas en el Convenio. Además de los preceptos señalados, también se incluye en los arts. 12.1 y 15.1 del Convenio obligaciones estatales para la erradicación de estereotipos o patrones socioculturales de género, así como en materia de formación especializada a los profesionales pertinentes sobre “prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria”⁴⁶².

⁴⁶¹ Así se anunciaba en la página web del CGPJ: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-aplica-por-primera-vez--perspectiva-de-genero--y-condena-por-intento-de-asesinato--en-lugar-de-homicidio--a-hombre-que-asesto-ocho-punaladas-a-su-mujer> [Consultada el 24 de julio de 2021].

⁴⁶² En su capítulo dedicado a la prevención, el artículo 12.1 como obligaciones generales de los Estados preceptúa: “Las Partes tomarán las medidas necesarias para promover los cambios en los modos de comportamiento socioculturales de las mujeres y los hombres con vistas a erradicar los prejuicios, costumbres, tradiciones y cualquier otra práctica basada en la idea de la inferioridad de la mujer o en un papel estereotipado de las mujeres y los hombres. (...) Todas las medidas tomadas conforme al presente capítulo tendrán en cuenta y tratarán las

En el capítulo VI del Convenio (arts. 49 a 58), se regula la investigación, procedimientos, derecho procesal y medidas de protección, con una referencia expresa, en el art. 49, a que se integre en la investigación judicial, la perspectiva de género. El art. 54, por su parte, combate un viejo estereotipo de género, mediante un mandato que prohíbe tener en cuenta los antecedentes sexuales o el comportamiento de la víctima (procesos penales y civiles).

Según la doctrina⁴⁶³, en el *Convenio de Estambul*, se señalan un conjunto de medidas que deberían adoptar los Estados como maneras concretas de luchar contra esta lacra. De entre ellas, son especialmente relevantes, en la medida en que podrían considerarse obligaciones positivas concretas exigibles por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las siguientes:

1ª) La obligación de condenar la discriminación contra las mujeres y reconocer que la violencia contra las mujeres es una vulneración de los derechos humanos y la expresión de relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres;

2ª) invertir en medidas preventivas susceptibles de modificar los comportamientos y los roles de las mujeres y de los hombres y suprimir los estereotipos mediante la educación, la formación, la sensibilización y la mayor autonomía de las mujeres;

3ª) proteger a las víctimas en peligro mediante medidas de protección y de prohibición;

necesidades específicas de las personas que sean vulnerables debido a circunstancias particulares, y pondrán en su centro los derechos humanos de todas las víctimas.”

Igualmente, en su artículo 15 sobre formación de profesionales, en su párrafo 1 indica que: “Las Partes impartirán o reforzarán la formación adecuada de los profesionales pertinentes que traten con víctimas o autores de todos los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio, en materia de prevención y detección de dicha violencia, igualdad entre mujeres y hombres, necesidades y derechos de las víctimas, así como sobre la manera de prevenir la victimización secundaria”.

⁴⁶³ Morte Gómez, C., “Discriminación y violencia de género. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Curso Asociación de Fiscales: la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el trabajo diario de los Fiscales Españoles, 12 y 13 de diciembre 2017, pág. 19.

4ª) mejorar la eficacia de la policía, del ministerio público y de los jueces y juezas en el tratamiento de estos casos;

5ª) modificar la legislación, si fuera necesario, para incluir entre las infracciones penales la violencia psicológica, el acoso, la violencia física, la violencia sexual incluida la violación, el matrimonio forzado, las mutilaciones genitales femeninas, el aborto y la esterilización forzados, y prohibir el acoso sexual;

6ª) reforzar la posición de las víctimas en el procedimiento judicial, vigilando y garantizando que estén protegidas y apoyadas durante todo el procedimiento;

7ª) responder a las necesidades particulares de los menores en tanto que víctimas y testigos de violencia doméstica en el momento de adoptar cualquier medida de protección y de asistencia, entre otras.

Entre estas medidas, deben destacarse, a los efectos que nos ocupan, reforzar la posición de las víctimas en el procedimiento judicial, protegerlas eficazmente, y mejorar la eficacia judicial en el cumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de violencia de género, lo que va a exigir de quien juzga tener presente la perspectiva de género en todas las fases del procedimiento e integrar los principios que rigen en materia de derechos humanos, especialmente el principio pro persona⁴⁶⁴, que debe ser un pilar de referencia en la toma de decisiones judiciales en materia de violencia de género porque afecta a los derechos humanos de las mujeres.

2.4 La Carta Social Europea

⁴⁶⁴ Ello significa que debe aplicarse la norma que más favorezca en protección y garantía a la persona humana (art. 5 del Pacto de derechos civiles y políticos, que prohíbe la restricción o menoscabo de los Derechos Humanos). También el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, ordena adoptar la interpretación de mayor protección del derecho.

La Carta Social Europea (en adelante, CSE) fue adoptada en Turín, el 18 de octubre de 1961⁴⁶⁵. Con el Protocolo Adicional a la Carta de 5 de mayo de 1988⁴⁶⁶, se incluyó el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres en materia de empleo y profesión sin discriminación por razón de sexo, y también se amparan las políticas públicas de acción positiva hacia algún sexo para evitar desigualdades de hecho, excluyendo de la consideración de discriminación ciertas disposiciones protectoras de la mujer. En este sentido:

“Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso. (...) 3-El párrafo 1 del presente artículo no será óbice a la adopción de medidas concretas para remediar las desigualdades de hecho”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁵ La Carta Social Europea fue aprobada en el seno del Consejo de Europa en Turín en fecha 18 de octubre de 1961 y ratificada por España en Instrumento de fecha 29 de abril de 1980 (BOE nº 153 de 26 de junio de 1980). Se considera el tratado internacional más importante en materia de derechos sociales, no sólo por el número de derechos reconocidos (31 derechos sociales), sino, sobre todo, desde la perspectiva de la efectiva protección de tales derechos. Fue revisada en 1996, eliminándose ciertas prohibiciones laborales paternalistas respecto de las mujeres, y enmendada por tres protocolos adicionales. Según se dispone en su Introducción, su finalidad es garantizar el goce de los derechos sociales sin discriminación por motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social, para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar en condiciones de igualdad. El Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDH) es un órgano de control en el cumplimiento de los derechos enunciados en la CSE. El Comité Europeo ha permitido confirmar que la Carta Social es un tratado que establece verdaderas obligaciones internacionales, y no meras declaraciones programáticas. En este sentido, la “jurisprudencia” del Comité Europeo de Derechos Sociales ha conocido un desarrollo significativo en materia de empleo, de protección social y de lucha contra pobreza y la exclusión social.

⁴⁶⁶ Ratificado por España en Instrumento de ratificación (BOE nº99 de 25 de abril de 2000).

⁴⁶⁷ El artículo 1(integro) de la PARTE II del Protocolo de 1988, dispone: “Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razones de sexo, las Partes se comprometen

En 1996, se aprobó una versión revisada, la Carta Social Europea revisada⁴⁶⁸, que ha sido recientemente ratificada por España⁴⁶⁹, que establece un nivel de protección mayor que la original.

La doctrina en esta materia se recoge a través del Comité Europeo de Derechos Sociales, que es el órgano que evalúa los informes presentados por los Estados Parte y determina si la legislación y las prácticas de los Estados están en concordancia con la Carta, elaborando “conclusiones” para los informes nacionales. También deben tenerse en cuenta las declaraciones o las recomendaciones del Comité de Ministros, que instan a los Estados a adoptar medidas para la consecución de la igualdad de género de facto.

2.5 La Recomendación sobre la protección de las mujeres contra la violencia

La Recomendación -Rec (2002) 5E- de 30 de abril de 2002 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la protección de las mujeres contra la violencia, fue adoptada, en el seno del Consejo de Europa, por el Comité de Ministros en la 794ª reunión de delegados ministeriales.

En esta Recomendación se recuerda que:

a reconocer ese derecho y a tomar las medidas adecuadas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional; orientación y formación profesionales, reciclaje y readaptación profesional; condiciones de empleo y de trabajo, incluida la remuneración; desarrollo de la carrera profesional, incluido el ascenso. 2. No se considerarán discriminatorias según el párrafo 1 del presente artículo las disposiciones relativas a la protección de la mujer, en particular por lo que respecta al embarazo, al parto y al período postnatal. 3. El párrafo 1 del presente artículo no será óbice a la adopción de medidas concretas para remediar las desigualdades de hecho. 4. Podrán excluirse del alcance del presente artículo, o de algunas de sus disposiciones, las actividades profesionales que, por su naturaleza o las condiciones de su ejercicio, no puedan encomendarse más que a personas de un sexo determinado.”

⁴⁶⁸ Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, que modifica algunos derechos e incorpora ocho más al texto original: a la protección por despido; a la tutela de los créditos de lo-s trabajadores en caso de insolvencia del empleador; a la dignidad en el trabajo; a la igualdad de oportunidades de los trabajadores con responsabilidades familiares; a la protección de los representantes de los trabajadores en la empresa; a la información y consulta en los procedimientos de despido colectivo; a la protección contra la pobreza y la exclusión social; y a la vivienda.

⁴⁶⁹ Instrumento de Ratificación de la Carta Social Europea (revisada) hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996 (BOE nº139 de 11 de junio de 2021).

“la violencia hacia la mujer es resultado del desequilibrio de poder entre el hombre y la mujer y que está desembocando en una grave discriminación del sexo femenino, tanto en la sociedad como en la familia (...) la violencia contra las mujeres anula, viola e impide el disfrute de sus derechos humanos y libertades fundamentales y constituye una violación de su integridad física, psicológica y/o sexual (...) las mujeres a menudo están sujetas a una discriminación múltiple basada en su sexo y origen, inclusive como víctimas de prácticas tradicionales o consuetudinarias incompatibles con sus derechos humanos y libertades fundamentales (...) la violencia contra la mujer va en contra del establecimiento de la igualdad y la paz y que supone un importante obstáculo para la seguridad ciudadana y la democracia en Europa; comprobando con preocupación el alcance de la violencia contra la mujer dentro de la familia, en cualquier modelo familiar, y en todos los niveles sociales”⁴⁷⁰.

Partiendo de las anteriores consideraciones, se recogen recomendaciones generales para los Estados para prevenir y luchar contra “la violencia contra la mujer” que parte de una definición del concepto omnicomprensivo en el que se incluye cualquier acto violento por razón del género que resulta, o podría resultar, en daño físico, sexual o psicológico o en el sufrimiento de la mujer, incluyendo las amenazas de realizar tales actos, coacción o la privación arbitraria de libertad, produciéndose estos en la vida pública o privada. Entre las recomendaciones destacan, a los efectos de este estudio, las siguientes:

“-Que se reconozca la obligación de los Estados de ejercer la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar los actos de violencia, ya sean estos perpetrados por el Estado o por particulares, y de facilitar protección a las víctimas (...).

-Alentar la inclusión de temas relacionados con la violencia contra la mujer en la formación de los jueces.

⁴⁷⁰ Introducción, págs. 2 y 3.

- Contemplar la creación de condiciones especiales para la audiencia de las víctimas o testigos de la violencia para evitar así la repetición de su testimonio y para disminuir los efectos traumáticos del procedimiento.
- Garantizar que los trámites procesales eviten interrogatorios humillantes o no procedentes a las víctimas o testigos de la violencia, valorando como se merece el trauma que éstas han sufrido para evitar, de este modo, traumas posteriores.
- Introducir o reforzar la perspectiva de género en los programas de educación sobre los derechos humanos”.

Junto a las anteriores recomendaciones, también se incluyen otras encaminadas a la adopción de medidas políticas y jurídicas garantizadoras de la protección de las víctimas, incluida la asistencia y apoyo por parte de los poderes públicos, la adaptación de la legislación penal y civil o la sensibilización social.

Estas recomendaciones son estándares interpretativos de los derechos contenidos en los Convenios adoptados en el seno de esta organización internacional, por ello suelen ser integradas en la fundamentación jurídica de las sentencias dictadas por el TEDH. Por ejemplo, esta concreta recomendación se invoca en la sentencia “*Opuz vs Turquía*”. Como puede observarse, se pretende neutralizar estereotipos habituales en el ámbito judicial, como es el relativo a la credibilidad de los testimonios o declaraciones de las mujeres. Ello se traduce, en ocasiones, en interrogatorios humillantes para las víctimas de violencia, como puede ser preguntar si cerró bien las piernas, en procedimientos sobre delitos sexuales. Formular este tipo de preguntas a una persona adulta, con todas sus capacidades cognoscitivas, supone cuestionar con la misma pregunta, la veracidad de la misma denuncia, lo que puede ser humillante o traumático para la propia víctima⁴⁷¹.

⁴⁷¹ “La Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) resolvió el pasado 26 de julio, archivar el procedimiento disciplinario impulsado por la denuncia promovida por la Asociación Clara Campoamor frente a la jueza de Vitoria que en el seno de un procedimiento judicial preguntó a una mujer, víctima de dos agresiones sexuales por parte de su expareja: *¿Cerró bien las piernas?, ¿Cerró bien toda la parte de los órganos femeninos?*”

La decisión se tomó por seis votos a favor y uno en contra, el de la presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del propio CGPJ, Ángeles Carmona, que hizo un

2.6 La Recomendación sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres y Recomendación sobre transversalidad de género

La Recomendación CM/ Rec (2007) 17E de 21 de noviembre de 2007, del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres⁴⁷², tiene por finalidad la adopción o el reforzamiento por parte de dichos Estados de las medidas necesarias para poner en práctica la igualdad entre mujeres y hombres. Las recomendaciones se despliegan a diferentes niveles, pero en el apartado quinto se incluye expresamente:

“La adopción y aplicación efectiva de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, e integración de una perspectiva de género en la legislación en todos los ámbitos (...) e implementación de líneas directrices sobre la integración de la perspectiva de género en la elaboración de la legislación y las políticas en todos los ámbitos”.

También se han adoptado otras recomendaciones⁴⁷³, que evidencian cambios importantes en el abordaje de la igualdad de género, entre las que se destaca

voto particular. En septiembre de 2014, un juez de la Corte Federal de Justicia canadiense llamado Robin Camp, que formuló estas preguntas a una joven de 19 años, víctima de una violación: *¿No podía haber mantenido las rodillas juntas?, ¿Bajó el culo para que no la pudiera penetrar?*. Tras las numerosas quejas presentadas por juristas, el magistrado se disculpó públicamente con la víctima y con todas las mujeres por su vergonzosa conducta y decidió voluntariamente asistir a talleres de sensibilización de género, pero el "espontáneo" arrepentimiento del juzgador no impidió que el Consejo Judicial Canadiense recomendara apartar de inmediato al magistrado de su cargo al considerar su conducta: " *profunda y manifiestamente destructiva con el concepto de imparcialidad integridad e independencia*". Finalmente, en marzo de 2017 el juez Camp presentó su dimisión". Poyatos, G.; Cerró bien las piernas, *Huffingtonpost Blogs*, Madrid, 5 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/gloria-poyatos-matas/cerro-bien-las-piernas-a-23059494/> [Consultada el 24 de julio de 2021].

⁴⁷² Recomendación del Comité de Ministros de los estados miembros CM/Rec (2007) 17E de 21 de noviembre de 2007, sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres. Disponible en: <https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0019.pdf> [Consultada el 24 de julio de 2021].

⁴⁷³ Entre las Recomendaciones relativas a la igualdad por razón de género pueden referirse las siguientes: Recomendación R (90) 4E, de 21 de febrero de 1990, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje. Recomendación Rec(2000) 11E, de 19 de mayo de 2000, sobre

la Recomendación Rec (98) 14E, de 7 de octubre de 1998, sobre transversalidad de género (*gender mainstreaming*)⁴⁷⁴.

II. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

1. Derecho originario

El antiguo artículo 119 del Tratado de Roma⁴⁷⁵, por el que se constituyó la CEE, firmado el 25 de marzo de 1957, en el que se recoge el principio de igualdad retributiva de mujeres y hombres, es la semilla de la amplia política antidiscriminatoria que estaba por venir a través del desarrollo progresivo de la igualdad de trato de mujeres y hombres, tanto normativamente, mediante diversas directivas comunitarias⁴⁷⁶, que arrancan de los años setenta, como

acciones contra el tráfico de seres humanos con fines de explotación sexual. Recomendación Rec (2003) 3E de 12 de marzo de 2003, sobre participación equilibrada de mujeres y hombres en la política y en la toma de decisiones públicas. Recomendación Cm/Rec (2007) 13E de 10 de octubre de 2007, sobre transversalidad de género en la educación. Recomendación CM/Rec (2008) 1E de 30 de enero de 2008, sobre inclusión de las diferencias de género en las políticas de salud. Recomendación CM/Rec (2010) 10E de 30 de junio de 2010, sobre el papel de las mujeres y de los hombres en la prevención y solución de conflictos y la consolidación de la paz. Recomendación CM/Rec (2012) 6E de 13 de junio de 2012, sobre protección y promoción de los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidades.

⁴⁷⁴ El Comité de Ministros adoptó esta Recomendación, sobre la integración de la transversalidad de género («*gender mainstreaming*»), estimando el Comité Intergubernamental para la Igualdad entre Mujeres y Hombres del Consejo de Europa, que resultaba necesario desarrollar una investigación en profundidad respecto a los diferentes métodos de implementación de estrategias de transversalidad de género, considerando, en este sentido, como una prioridad presupuestar con perspectiva de género. Desde Ruiz, S., “La presupuestación con perspectiva de género en el presupuesto general de la UE. El reto de la adopción del Gender Budgeting”, disponible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE15/articulos/11SRuizTarrias.htm> [consultada el 24 de julio de 2021].

⁴⁷⁵ La evolución del principio de igual retribución por igual trabajo supuso un paso importante en la erradicación de las dobles escalas salariales, pero era ineficaz frente a la segregación vertical, lo que motivó su evolución hacia el principio de igualdad retributiva por trabajo de igual valor (art. 119 TCE, después el art. 141 del Tratado de la Unión Europea y actual art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

⁴⁷⁶ Entre ellas pueden destacarse la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social; la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a

jurisprudencialmente mediante la prolífica labor de la jurisprudencia del TJUE (antes de las Comunidades Europeas).

La UE se fundamenta en un conjunto de valores entre los que se incluye la igualdad, y promueve la igualdad entre hombres y mujeres (arts. 2 y 3.3 del TUE). Los avances en el reconocimiento de los derechos de igualdad se presentaron en el Tratado de Ámsterdam, que reitera la relevancia de los principios de no discriminación e igualdad entre hombre y mujer (artículos 2, 3, 118 y 119), así como la igualdad de trato remuneratorio (artículo 141). Este Tratado elevó la transversalidad de género a principio de derecho comunitario, institucionalizando, de este modo, un nuevo concepto jurídico.

El art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁴⁷⁷ (Lisboa 2007), dispone: “En todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad” integrando así la perspectiva de género. Además, tanto la Unión como los Estados miembros se comprometieron, en la Declaración n.º 19 aneja al Acta Final de la Conferencia Intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa, a “combatir la violencia doméstica en todas sus formas (...) prevenir y castigar estos actos delictivos y (...) prestar apoyo y protección a las víctimas”,

De otro lado, en el art. 19.1 del TUE se consagra el derecho a la tutela judicial efectiva por los Tribunales nacionales de los derechos reconocidos por el

la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos o la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo que fueron posteriormente refundidas en la directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

⁴⁷⁷ Nuevo redactado de acuerdo con el Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad europea. (2007/C 306/01). DOUE de 17 de diciembre de 2007. El principio de transversalidad ya aparece en el seno de la UE con anterioridad, en la Decisión 95/593/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1995, relativa al programa de acción comunitaria a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres (1996-2000), en cuyo artículo 2 se recoge como finalidad del programa: “promover la integración de la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres en la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones de la Unión Europea y de los Estados miembros dentro del respeto de sus respectivas competencias”. Y el art. 3.2º del Tratado de Ámsterdam (1.997) ya recogía de forma explícita como objetivo de la UE la promoción de la igualdad entre hombres y mujeres :” En todas las actividades contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover la igualdad”.

Derecho de la UE, lo que va a exigir de quien imparte justicia en los países miembros, la aplicación de la amplia normativa sustantiva existente en materia de igualdad y no discriminación.

Estos derechos también están consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)⁴⁷⁸, vinculante tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa⁴⁷⁹, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, dándose valor y fuerza jurídica de Tratado. En el art. 21 del texto se prohíbe la discriminación⁴⁸⁰, y en el art. 23 se reconoce expresamente la igualdad entre hombres y mujeres⁴⁸¹. De otro lado, el art. 47 protege el derecho a la tutela judicial efectiva. Los derechos fundamentales de la UE son, además, parámetro de interpretación y de referencia fundamental para los actores europeos y nacionales, en el ámbito de aplicación del derecho de la UE (art. 51 de la Carta).

2. Derecho derivado y jurisprudencia del TJUE

2.1-La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006

En el derecho derivado de la UE, debe destacarse la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que derogó y refundió

⁴⁷⁸ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOCE 18 de diciembre de 2000).

⁴⁷⁹ Tratado de Lisboa de 17.12.2007 que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

⁴⁸⁰ Artículo 21: “No discriminación 1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”.

⁴⁸¹ Artículo 23: “Igualdad entre mujeres y hombres La igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas en favor del sexo menos representado”.

las Directivas Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE, transpuestas a nuestra legislación interna. Tiene como principios inspiradores la parificación o igualdad de trato de mujeres y hombres, con la previsión de excepciones que respondan a una finalidad emancipadora de las mujeres reconociéndose expresamente la utilización de acciones positivas (art.3); prohibición de discriminación e Igualdad de trato en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación profesional, a la promoción y a las condiciones de trabajo (art.14); la tutela antidiscriminatoria y reconocimiento de derechos procesales reforzados como la inversión de la carga de la prueba (art. 19); tutela reparadora (art. 25); el principio de diálogo social o igualdad participada (arts. 20 y 22); prevención de la discriminación e información (art. 26 y 30); la transversalidad de la perspectiva de género y la descentralización de las políticas de igualdad de trato (art. 29)⁴⁸².

Los conceptos de discriminación directa, indirecta y acoso, contenidos en el art. 2 de esta Directiva⁴⁸³, fueron transpuestos en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres 3/2007 (LOIEMH). La discriminación directa se define, en el art. 2.1 a), como:

“la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable”

⁴⁸² Art. 29: “*Transversalidad* de la perspectiva de género. Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en la presente Directiva.”

⁴⁸³ Art. 2: “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: a) «discriminación directa»: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable; b) «discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios; c) «acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; d) «acoso sexual»: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”.

Esta definición incorpora los cambios derivados de la Directiva 2002/73 que modificó la Directiva 76/207/CEE para incluir el término “o pudiera ser tratada”, lo que se ha llamado como “comparador hipotético”. Este comparador introduce una nueva perspectiva en el concepto de discriminación directa, porque la hace compatible con comportamientos genéricos de impacto colectivo⁴⁸⁴. Es decir, que en parte traslada la dimensión colectiva, que es esencialmente predicable de la discriminación indirecta, a la discriminación directa, lo que conlleva un refuerzo de la tutela (colectiva), porque al tratarse de discriminación directa, no se admite justificación objetiva y razonable.

Como ejemplo de discriminación directa, puede citarse el supuesto enjuiciado en la STJUE de 26 de octubre de 1999, C-273/1997, en la que se califica de discriminación directa la prohibición a las mujeres de acceder a unidades de combate del servicio armado en Reino Unido. En la misma línea, la STJUE de 11 de enero de 2000, C-285/1998. También la STJUE de 30 junio de 1988, C-318/1986, en la que se declaran discriminatorias las limitaciones impuestas a las mujeres en el acceso a determinados cuerpos de la Administración penitenciaria y de la policía de la República de Francia.

Respecto al concepto de discriminación indirecta, se define actualmente en el art. 1.b) como:

“La situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

⁴⁸⁴ Ballester Pastor, M.A., “Análisis crítico de la transposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación”, *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº 30, 2016, págs. 22 y 23.

La definición de discriminación indirecta fue recogida por primera vez en la Directiva 97/80/CE relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo⁴⁸⁵, en cuyo art. 2 se incluyeron las modalidades de discriminación por razón de sexo, tanto directa como indirecta⁴⁸⁶, haciéndose eco de la jurisprudencia del TJUE y, en su apartado segundo, por primera vez se define así la discriminación indirecta:

“A efectos del principio de igualdad de trato contemplado en el apartado 1, existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”.

Pero esta inicial definición fue superada posteriormente, mediante la Directiva 2002/73/CE⁴⁸⁷, que modificó la Directiva 76/207/CEE ,relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en cuyo artículo 2.2⁴⁸⁸ se sustituyó la referencia a “una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo” de la definición anterior de discriminación indirecta, , por la referencia cualitativa a una “desventaja particular con respecto a personas del otro sexo”.

⁴⁸⁵ Directiva 97/80/CE del Consejo, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (DOCE 20 de enero de 1998).

⁴⁸⁶ “Artículo 2. Definiciones .1. A efectos de la presente Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirecta”.

⁴⁸⁷ Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo. (DOCE 5 de octubre de 2002).

⁴⁸⁸ Artículo 2.2: “discriminación indirecta”: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”.

Ello expande las posibilidades de acreditación de la discriminación indirecta que ya no se reducen a la prueba estadística del impacto adverso, y permite, como apunta la doctrina⁴⁸⁹, que además de tal estadística en casos de incidencia sobre lo cuantitativo, ahora también la incidencia sobre lo cualitativo permita la acreditación de la discriminación cuando la propia naturaleza de la desventaja particular permita deducir un posible impacto adverso. Este cambio obedeció al intento de aplicar, en el ámbito de la prohibición de discriminación sexista, la doctrina referida a la prohibición de discriminación por nacionalidad contenida en la Sentencia del TJUE del caso *O'Flynn*⁴⁹⁰, donde se determinó que una disposición de Derecho nacional debe considerarse indirectamente discriminatoria, cuando pueda afectar a determinado colectivo e implique el riesgo de perjudicarlo, añadiéndose que “no es necesario comprobar a este respecto si la disposición controvertida afecta, en la práctica, a un porcentaje considerablemente más importante, basta con que dicha disposición pueda producir tal efecto⁴⁹¹”.

Las diferencias entre la discriminación directa e indirecta se han venido esculpiendo a través de una prolija jurisprudencia antidiscriminatoria, siendo la discriminación por razón de sexo, con diferencia, la que dispone de un mayor número de pronunciamientos judiciales.

2.1.1-¿Cómo diferenciamos una discriminación directa de una discriminación indirecta?

La respuesta es tan poco sencilla como la casuística, pues al contrario de lo que podría pensarse, el criterio de la intencionalidad exigido en la directa y no en la indirecta, no siempre se presenta con nitidez. Para Lousada, el elemento diferencial entre ambos tipos de discriminaciones, estaría en la distinta

⁴⁸⁹ Lousada Archeda, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 199.

⁴⁹⁰ Sentencia del TJUE de 23 de mayo de 1996, C-237/94 (*caso O'Flynn*), cit. por Lousada Archeda, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, op. y loc. cit.

⁴⁹¹ Se analizaba en este caso, si era discriminatoria indirectamente para las personas trabajadoras migrantes, una norma de protección social de Reino Unido, según la cual la cobertura de los gastos de sepelio de un trabajador exigía que la inhumación o incineración tuviera lugar en Reino Unido.

conexión de causalidad existente en la diferencia de trato: así, en la discriminación directa, el peor trato descansa, como causa inmediata, en los prejuicios de género determinantes de la situación de subordinación de la mujer respecto al hombre (por ejemplo el acoso sexual), mientras que en la discriminación indirecta la causalidad no es inmediata, porque se interpone una circunstancia, que puede obedecer a diferencias físicas apreciables en promedio, que en la construcción social y cultural del género, se sobrevaloran si son de predominancia masculina (por ejemplo, trabajos físicos con mayor retribución frente a trabajos profesionales domésticos o de cuidados con menor retribución)⁴⁹². Podría añadirse, como ejemplo de discriminación indirecta y de causalidad no inmediata, el tratamiento (discriminatorio) en el cálculo de cotizaciones para acceder a pensiones del trabajo a tiempo parcial⁴⁹³.

En suma, a efectos de diferenciar ambas modalidades, se puede decir que:

a) La discriminación directa suele tener un componente subjetivo de intencionalidad; puede ser abierta u oculta; puede ser individual o colectiva; tiene su origen en el género, como causa inmediata para establecer la diferencia de trato (maternidad); descansa en estereotipos de género y roles sexistas (subordinación femenina); y genera diferencia de trato (impacto negativo).

b) La discriminación indirecta: no suele tener un componente subjetivo de intencionalidad; es oculta (tras una disposición, criterio o práctica); suele ser colectiva, pero también puede ser individual; descansa sobre una causa mediata (menor retribución de trabajos feminizados); descansa en estereotipos de género y roles sexistas (subordinación femenina); y genera diferencia de trato (impacto de género adverso).

2.1.2- Discriminación por asociación o vinculación: la doctrina Coleman

⁴⁹² Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., págs. 200 y 201.

⁴⁹³ STJUE de 8 de mayo 2019 (C 161/2018) y STC 91/2019 de 3 de julio de 2019.

Se trata de una nueva modalidad de discriminación acuñada desde la jurisprudencia del TJUE, y un ejemplo, desde la práctica judicial, de integración de la perspectiva de derechos fundamentales en la interpretación de la normativa para evitar dejar fuera del concepto de discriminación, además de la directa o indirecta, situaciones que de forma sutil y soterrada tienen también ese carácter, evitando que una interpretación excesivamente formalista dificulte su calificación como discriminatoria. La STJUE de 17 de julio de 2008 (*caso Coleman*)⁴⁹⁴ resolvió una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial de Reino Unido (Employment Tribunal, London South) cuyo objeto era la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.⁴⁹⁵ La Sra. Coleman, secretaria empleada de un despacho jurídico, vio extinguido su contrato de trabajo por causas objetivas (“exceso de plantilla”), y frente a tal decisión planteó demanda en la que calificaba la decisión de discriminatoria, por ser la causa real los cuidados requeridos por su hijo con discapacidad. El órgano judicial formuló al Tribunal europeo cuatro preguntas relativas a la aplicación de la prohibición de discriminación por discapacidad a personas sin discapacidad, pero que reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona con discapacidad⁴⁹⁶.

⁴⁹⁴ STJUE de 17 de Julio de 2008 (*Coleman y Attridge Law, Steve Law*), C-303/06.

⁴⁹⁵ Según el art. 1 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DOUE 2 de diciembre de 2000), este es el objeto de la misma: “*La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato*”.

⁴⁹⁶ Las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial de Reino Unido, fueron las siguientes: “*1º-En el contexto de la prohibición de discriminación por motivo de discapacidad, ¿protege la Directiva [2000/78/CE] sólo a las propias personas discapacitadas frente a la discriminación directa y el acoso? 2º- En caso de respuesta negativa a la primera cuestión, ¿protege la Directiva [2000/78] a los trabajadores que, aun sin estar ellos mismos discapacitados, reciben un trato menos favorable o sufren acoso por su vinculación a una persona discapacitada?*

3º-Cuando un empresario trata a un trabajador de forma menos favorable en comparación con la forma en la que trata o trataría a otros trabajadores y consta que el motivo del trato del referido trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿constituye dicho trato una discriminación directa que vulnera el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]? 4º-Cuando un empresario acosa a un trabajador y consta que el

En un análisis de la Directiva 2000/78 y, en particular, de sus arts. 1 y 2, apartados 1 y 2, letra a), entiende el Tribunal que deben interpretarse en el sentido de que la prohibición de discriminación directa no se circunscribe exclusivamente a aquellas personas discapacitadas, de modo que debe incluirse también a toda persona que acredite que recibe trato desfavorable por la discapacidad que padece un familiar, a quien la persona trabajadora prodiga la mayor parte de los cuidados que su estado requiere, y califica tal trato como contrario a la prohibición de discriminación directa enunciada en el citado art. 2, apartado 2, letra a) de la Directiva analizada⁴⁹⁷. En base a lo anterior, cuando una empresa trate a una persona trabajadora no afectada por discapacidad de manera menos favorable a como podría tratar a otra persona trabajadora en una situación análoga⁴⁹⁸, y se acredite que el trato desfavorable del que es víctima está motivado por la discapacidad que padece un hijo o hija suya, tal trato es discriminatorio.

La importancia de la *doctrina Coleman* es transcendental porque puede ser extensiva, en casos de discriminaciones por razón de sexo/género, por conectividad, también a los hombres, por ejemplo, en casos en los que reciben un trato desfavorable por asumir roles asociados a la feminidad, o bien cuando se ven perjudicados indirectamente por motivo de discriminaciones de género. Así lo entendió la Sala de lo Social del TSJ de Galicia⁴⁹⁹, en sentencia dictada en materia de extinción contractual con vulneración de derechos fundamentales de trabajador que fue acosado en su empresa por causa del acoso sexual padecido previamente por su esposa (trabajadora de la misma empresa). La Sala gallega, en aplicación de esta doctrina, estimó la acción

motivo del trato de dicho trabajador es el hecho de que tiene un hijo discapacitado a su cuidado, ¿vulnera ese acoso el principio de igualdad de trato establecido por la Directiva [2000/78]?”

⁴⁹⁷ El art. 2.2 a) Directiva 2000/78/CE dispone que: “*existirá discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1*”.

⁴⁹⁸ El TJUE aceptó como referencia comparativa a los compañeros/as de puestos similares y con hijos/as a cargo y observó que se les concedían condiciones de flexibilidad cuando lo solicitaban.

⁴⁹⁹ STSJ Galicia de 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018).

planteada por el trabajador y declaró que fue objeto de “acoso por asociación respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo”. En la fundamentación jurídica se aplica directamente al caso el concepto de acoso contenido en el art. 2.1 c) de la Directiva 2006/54: “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona (la esposa del recurrente) con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona (el recurrente) y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante u ofensivo”. Por tanto, tal y como se pone de relieve en la sentencia, “la norma comunitaria alude a “la dignidad de la persona” no a “su dignidad”, en referencia a quien sufre el acoso, como hace el art. 7.2 de la LOIEMH (acoso por razón de sexo), dejando claro que tiene cabida el acoso por asociación, en aplicación de esta doctrina.

Tal criterio extensivo y acorde con la perspectiva de género judicial, es la línea que, salvando las distancias, ha seguido recientemente el TJUE en su sentencia de 20 de junio de 2019 (C-404/18) en resolución de cuestión prejudicial planteada por Tribunal belga en relación a la extensión de la protección contra las medidas de represalia contenidas en el art. 24 de la Directiva 2006/54, a trabajadora que intervino a favor de otra trabajadora candidata a un puesto de trabajo que fue discriminada por estar embarazada. Tal y como se recoge en su fundamentación jurídica:

“La Directiva pretende circunscribir la categoría de trabajadores, distintos de la persona discriminada, que han de poder acogerse a la protección contra las represalias, no a partir de criterios formales, sino sobre la base del papel que hayan podido desempeñar esos trabajadores a favor de la persona protegida y que haya podido conducir al empresario de que se trate a tomar medidas desfavorables”.

Se evidencia, por tanto, como el TJUE aplica criterios flexibles y extensivos más allá de la persona discriminada, en coherencia con la búsqueda de una

igualdad de resultado , para que también resulten reparadas conductas conectadas con la persona discriminada o “*per relationem*”⁵⁰⁰.

La anterior doctrina ha sido, además, acogida recientemente en la STS de 29 de enero de 2020 (Sala General)⁵⁰¹, que confirma la STSJ Canarias de 2 de mayo de 2017⁵⁰², en la que se aplicaba la discriminación por asociación en el caso de demandante de prestaciones a favor de familiares, hija de causante pensionista SOVI.

2.1.3-Discriminación retributiva

En materia de discriminación retributiva, deben destacarse tres sentencias del TJCE (Defrenne I, II y III)⁵⁰³. Las sentencias Defrenne fueron el principio de una jurisprudencia sobre el derecho fundamental a la no discriminación retributiva⁵⁰⁴ por razón de sexo, partiendo de la aplicación directa del art. 119 TCEE (*self executing*) frente a las Administraciones públicas y particulares, incluyendo la discriminación directa e indirecta.

En la primera sentencia, se analizó la exclusión de las azafatas del régimen de pensiones del personal de vuelo. El Tribunal europeo interpretó que la pensión

⁵⁰⁰Otros ejemplos, en este caso nacionales, de aplicación de la *doctrina Coleman*, los encontramos en la STS de 20 de enero de 2016 (Rec. 3196/2014), en la que se resolvía sobre el acceso a la pensión de viudedad de una mujer víctima de violencia de género que carecía de sentencias condenatorias del causante. No obstante, el Tribunal llega a la conclusión, por la prueba indiciaria, de la existencia de violencia de género, y lo hace, entre otros indicios, a través de la violencia ejercida respecto al hijo común. También la STSJ de Canarias de 2 de mayo de 2017 (Rec.1237/16) ha utilizado la doctrina Coleman. En este caso se trataba del acceso a prestaciones familiares de la hija de una pensionista de jubilación del sistema SOVI fallecida. La Sala analiza el impacto desproporcionado de género que tiene el SOVI y llega a la conclusión de la concurrencia de discriminación indirecta. No obstante, la Entidad Gestora alegó que no cabía aplicar discriminación indirecta a la hija de la pensionista, porque ella (la hija), no era pensionista SOVI. Es aquí donde la Sala hace suya esta doctrina y extiende “*per relationem*” la misma protección a la hija.

⁵⁰¹ STS de 29 enero 2020 (Rcud. 3097/2017).

⁵⁰² STSJ Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016).

⁵⁰³ STJUE de 25 de mayo de 1971, C-80/70; STJUE de 8 de abril de 1976, C-43/75 y STJUE de 15 de junio de 1978, C-149/77.

⁵⁰⁴ Sobre la materia, advierte Lousada Arochena, F. El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cit., págs.197 y 198: “El concepto de discriminación indirecta, apareció para la racial, en el caso Griggs vsDuke Power (1971) (...) Su exportación a Europa se produjo con rapidez a través del caso Defrenne II, aunque de manera confusa. Un desarrollo más acabado se encuentra en la Sentencia del TJUE de 31 de enero de 1981 (caso Jenkins), C-96/80 (...)”.

de jubilación, que se concede en el marco de un sistema previsto por la Seguridad Social financiado mediante las cotizaciones de personas trabajadoras y empresas y por subvenciones del Estado, regulado por ley y aplicable obligatoriamente a categorías generales de trabajadores/as, no constituye una prestación pagada indirectamente por la empresa, por lo que las posibles discriminaciones que se puedan derivar de su aplicación no se sujetan al art. 119 TCEE (efecto directo).

No obstante, esta jurisprudencia evolucionó admitiéndose la aplicación del art. 119 a los convenios colectivos y los contratos de trabajo entre particulares, en el asunto Defrenne II, que establece el efecto directo horizontal del art. 119 TCEE. En la sentencia Defrenne II, se vuelve a analizar el cumplimiento del principio de igualdad retributiva, en materia de trabajos de igual valor con diferente retribución. Se trataba de la remuneración inferior percibida por una azafata en relación con trabajos equivalentes realizados por hombres (auxiliares de vuelo) en la misma compañía. De otro lado, la sentencia recuerda la obligación de los Estados de dar cumplimiento al principio de igualdad retributiva.

La Defrenne III aborda el caso de la jubilación forzosa de las azafatas a los 40 años de edad, mientras que sus compañeros azafatos no estaban sometidos a tal obligación. En esta sentencia, el Tribunal tuvo que examinar la compatibilidad de la discriminación denunciada respecto de la aplicación del art. 119 TCEE que, al ceñirse a la discriminación retributiva, impidió el análisis del conflicto planteado que versaba sobre otras condiciones laborales⁵⁰⁵. Por ello, se determinó que el ámbito de aplicación de este artículo no podía extenderse a otros aspectos de la relación contractual, a pesar de que los derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra la eliminación de toda discriminación por razón de sexo, es uno de los principios generales de Derecho comunitario⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Ugartemendia, J., y Bengoetxea, J., "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género", *Teoría y realidad constitucional*, UNED, nº33, 2014, págs. 443 a 480.

⁵⁰⁶ Sobre la cuestión, la sentencia Defrenne III, nº C- 149/77, de 15 de junio de 1978, declara que: "El artículo 119 del Tratado CEE no puede ser interpretado en el sentido de que, además de la igualdad de retribución, establezca también la igualdad de las demás condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores masculinos y a los trabajadores femeninos. 408 DEFRENNE En la época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar al litigio principal, no

Con posterioridad, el TJUE ha resuelto otros asuntos en los que ha analizado discriminaciones retributivas por razón de sexo, apreciando la discriminación, por ejemplo, en la sentencia del TJUE de 4 de febrero de 1988 (caso *Murphy y otros*)⁵⁰⁷, en la que se determina que la percepción de un salario menor por un trabajo de superior valor contraviene el derecho comunitario; específicamente, se trataba de trabajos de producción con un valor superior, retribuido por debajo que un varón almacenero. Se supera así la formalidad comparativa de trabajos iguales, para introducir como elemento comparativo el trabajo de igual valor, lo que permite identificar discriminaciones indirectas que afectan a trabajos feminizados.

También la STJUE de 17 de octubre de 1989 (caso *Danfoss*)⁵⁰⁸ y la STJUE de 1 de julio de 1986 (caso *Dato*)⁵⁰⁹, son relevantes en materia de discriminación retributiva por incorrecta valoración de puestos de trabajo⁵¹⁰. Aunque admiten la fuerza física como elemento objetivo justificativo de una retribución superior, no obstante, dichas sentencias recuerdan que, para evitar la discriminación indirecta, se hace necesaria la valoración adecuada de las condiciones concurrentes en las actividades feminizadas⁵¹¹.

La STJUE de 26 de junio de 2001 (caso *Brunnhofner*)⁵¹², analiza de nuevo la igualdad retributiva por trabajos de igual valor, acuñando un concepto amplio

existía, por lo que se refiere a las relaciones de trabajo sometidas al Derecho nacional, ninguna norma de Derecho comunitario que prohibiera las discriminaciones entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos en materia de condiciones de trabajo distintas del régimen retributivo a que se refiere el artículo 119 del Tratado CEE”.

⁵⁰⁷ STJUE de 4 de febrero de 1988 (Murphy y otros), C- 157/86.

⁵⁰⁸ STJUE de 17 de octubre de 1989 (Danfoss), C-109/88.

⁵⁰⁹ STJUE de 1 de julio de 1986 (Dato), C-237/85.

⁵¹⁰ En el caso Danfoss, el Tribunal estableció que corresponde a la empresa probar la justificación de la diferencia retributiva, en aquellos casos no transparentes que tenían como resultado una diferencia estadística desfavorable para las actividades desempeñadas mayoritariamente por mujeres, lo que se reitera en la STJUE de 31 de mayo de 1.995 (caso Royal Copenhagen), C-400/93.

⁵¹¹ Entre los pronunciamientos finales de la Sentencia (*Caso Dato*), cit. se afirma que “el hecho de basarse en valores correspondientes a la capacidad media de producción de los trabajadores de un único sexo, para determinar en qué medida un trabajo exige un esfuerzo u ocasiona una carga o es físicamente pesado, constituye una forma de discriminación por razón de sexo, prohibida por la Directiva; sin embargo, para que un sistema de clasificación profesional no sea discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración, en la medida en que la naturaleza de las tareas que deban realizarse lo permita, criterios para los que los trabajadores de cada sexo puedan tener aptitudes especiales”.

⁵¹² STJUE de 26 de junio de 2001 (Brunnhofner), C-381/99.

del término “retribución”, en el que se incluyen las retribuciones directas (sean monetarias o en especie; de presente o de futuro, o salariales o extrasalariales); y las retribuciones indirectas, incluyéndose las prestaciones de regímenes profesionales de la Función Pública, bajo el argumento de que afectan a una categoría particular de trabajadores/as, excluyéndose tan solo las prestaciones de Seguridad Social pública.

Sobre la materia, la doctrina científica ha señalado que las discriminaciones retributivas no constituyen hechos aislados y desviados de la normalidad, sino que son pautas de comportamiento muy arraigadas socialmente”, poniendo “de relieve prácticas intencionadas o no, pero que en la mayoría de las ocasiones pueden identificarse como claramente perjudiciales para las mujeres”, lo que evidencia que “la discriminación retributiva de la mujer es sistémica y paradigmática”. No en vano, “se debe a unas reglas formales e informales perfectamente identificables, pero cuya remoción implica un claro cambio en los valores sociales, los cuales, quiérase o no se quiera, han albergado que haya los que cobran más y las que cobran menos”⁵¹³.

2.1.4-Discriminación indirecta derivada del trabajo a tiempo parcial

En la jurisprudencia comunitaria destaca la STJUE de 31 de marzo de 1981 (*caso Jenkins*)⁵¹⁴, según la cual una retribución por hora de trabajo a tiempo parcial inferior a la abonada en jornada completa, partiendo del impacto adverso de género, es discriminatoria por razón de sexo (discriminación indirecta), si la empresa no justifica la diferencia. Por su parte, la STJUE de 13 de mayo de 1986 (*caso Bilka*)⁵¹⁵ analiza la exclusión de un plan de pensiones de empresa de las personas trabajadoras a tiempo parcial, considerando vulnerado el art. 119 del TCEE por el impacto adverso que produce una medida que afecta mayoritariamente al colectivo femenino, siempre que no se justifique debidamente el trato diferencial. Dicha justificación exige, no sólo que

⁵¹³ Cabeza Pereiro, J., “La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica”, *Lan Harremakak/Revista de Relaciones Laborales*, nº 25, 2012, pág. 20.

⁵¹⁴ STJUE de 31 de marzo de 1981 (Jenkins), C- 96/80.

⁵¹⁵ STJUE de 13 de mayo de 1986 (Bilka), C-170/84.

la decisión se base en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, sino también que los medios elegidos para alcanzar ese objetivo responden a una exigencia efectiva y son idóneos y necesarios para alcanzar el objetivo de que se trata. Los referidos criterios son claramente excluyentes de justificaciones anodinas o basadas en generalizaciones abstractas sobre el trabajo a tiempo parcial, sostenidas en una menor integración en la empresa o en la menor relación económica de dependencia, tal y como se recoge en la STJUE de 13 de julio de 1989 (caso *Rinner-Kühn*)⁵¹⁶, o en factores derivados de la menor experiencia profesional al prestar servicios menos tiempo, como advierte la STJUE de 7 de diciembre de 1991 (caso *Nimz*)⁵¹⁷.

El entendimiento estricto de la justificación del impacto adverso no significa considerar siempre injustificado tal impacto, aunque sí convierte en excepción aquellos casos en los que se logra la justificación, de acuerdo con los estándares jurisprudenciales, tal y como ocurrió en el caso de la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (caso *Rinke*)⁵¹⁸. En esta sentencia, se abordaba la validez de normas relativas a formación específica de medicina general, exigiéndose para la formación en medicina general a tiempo parcial, un determinado periodo de formación a tiempo completo, que el Tribunal considera justificado para contribuir al logro de un nivel elevado de protección de la salud pública dentro de la UE.⁵¹⁹

Los criterios europeos expuestos llevaron al TJUE a dictar la sentencia de 22 de noviembre de 2012 (caso *Elbal Moreno*)⁵²⁰ que resolvía la cuestión prejudicial planteada desde el Juzgado de lo Social nº 33 de Barcelona. Dicha sentencia declaró que el sistema español de cómputo de cotizaciones del trabajo parcial podía colisionar con la Directiva 79/7/CEE de 19 de diciembre

⁵¹⁶ STJUE de 13 de julio de 1989 (Rinner-Kuhn), C-171/88.

⁵¹⁷ STJUE de 7 de diciembre de 1989 (Nimz), C-189/99.

⁵¹⁸ STJUE de 9 de septiembre de 2003 (Rinke), C-25/02.

⁵¹⁹ Lousada Arochena, F. *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. cit., pág. 211.

⁵²⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2012, (Elbal- Moreno) C-385/11.

de 1978⁵²¹. De este modo, el Tribunal de Estrasburgo advirtió a nuestro país, mediante esta trascendente sentencia, que la “doble penalización” en el cálculo de cotizaciones a tiempo parcial, contravenía las previsiones del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Tras el aviso europeo, llegó la respuesta de nuestro TC que, en sentencia de fecha 14 de marzo de 2013⁵²², anuló parcialmente la Disposición adicional VII de la LGSS⁵²³. No obstante, de nuevo el TJUE, en su sentencia de 8 de mayo de 2019 (*Villar Laiz*),⁵²⁴ respondiendo a cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Castilla León, declara (por segunda vez) que el sistema español de cálculo de cotizaciones a efectos de acceso a pensión de jubilación contributiva de quienes trabajan a tiempo parcial se opone al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE. Poco después, el TC español respondió mediante sentencia de 3 de julio de 2019 (cuestión interna de inconstitucionalidad)⁵²⁵. En síntesis, considera que la actual regulación del coeficiente de parcialidad constituye una discriminación indirecta por razón de sexo prohibida por art. 14 CE, por lo que la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación de personas trabajadoras a tiempo parcial deberá realizarse sin tomar en consideración el coeficiente de parcialidad, es decir, sin la reducción derivada del mismo.

En la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (*Espadas Recio*)⁵²⁶, se abordó el acceso a la prestación de desempleo en la contratación a tiempo parcial

⁵²¹ Relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en materia de Seguridad Social.

⁵²² STC (Pleno) 61/2013, de 14 de marzo de 2013, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ (Sala Social) de Galicia en relación con la disposición adicional séptima de la LGSS, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

⁵²³ El nuevo vacío legal “motivó” finalmente al legislador a buscar el esperado pacto con los agentes sociales, en materia de acceso a la protección social de las personas trabajadoras a tiempo parcial, que cristalizó el 31 de julio de 2013, recepcionado mediante el RD Ley 11/2013 de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social.

⁵²⁴ STJUE 8 de mayo de 2019- C-161/18 (caso Villar Laiz).

⁵²⁵ STC 91/2019, de 3 de julio de 2019 que declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “de jubilación y” del párrafo primero de la letra c) de la regla tercera de la disposición adicional séptima, apartado 1, del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del RD-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social, con los efectos previstos en el fundamento jurídico 12 de esta resolución.

⁵²⁶ STJUE 9 de noviembre de 2017 (*Espadas Recio*), C-98/15.

vertical del sistema de seguridad social español, declarando que contravenía el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE, y, por tanto, era discriminatoria por razón de sexo.

Y, más recientemente, el TJUE se pronunció en el Auto de 15 de octubre de 2019 (Asuntos Oh y ER y la Agencia estatal de la Administración Tributaria de España)⁵²⁷, calificando de discriminación indirecta por razón de sexo para las personas trabajadoras fijas discontinuas, el método de cálculo de antigüedad a efectos de trienios, porque solo se tenían en cuenta los periodos de trabajo efectivo, sin que existiera justificación objetiva y razonable.

Lo importante de esta jurisprudencia es que evidencia que el contrato de trabajo a tiempo parcial y todo lo relativo a esta modalidad de trabajo son una zona sospechosa de generar asimetrías de género, lo que exige extremar las cautelas en el análisis judicial de los conflictos relacionados con esta materia. En estos casos, se hace imprescindible un abordaje jurídico con perspectiva de género que nos permita descubrir los impactos legales de género.

2.1.5-Condición de empleo

En cuanto a las condiciones de empleo, en aplicación de la vieja Directiva 76/207/CEE, posteriormente compilada en la Directiva 2006/54/CE, es destacable la sentencia del TJUE de 25 de julio de 1991 (*Stoekele*)⁵²⁸, en la que se considera que la prohibición del trabajo nocturno a las mujeres no satisface las exigencias de igualdad en las condiciones de empleo entre mujeres y hombres, rechazándose las justificaciones utilizadas para amparar la prohibición, tales como las mayores responsabilidades familiares de las mujeres o el riesgo de agresión nocturna.

2.1.6-Discriminación directa derivada del embarazo o maternidad

En cuanto al embarazo y la maternidad como causa de discriminación directa, el TJUE ha admitido la legitimidad de normas protectoras, por la vía de la

⁵²⁷ ATJUE 15 de octubre de 2019 (Asuntos Oh - C-439/18- y ER- C-472/18).

⁵²⁸ STJUE 27 de julio de 1991, C-345/89.

excepción contemplada en el art. 2.3 de la Directiva 76/207/CEE⁵²⁹. Así, en la sentencia de 12 de julio de 1984 (caso *Hoffman*)⁵³⁰, se admite la normativa de un Estado miembro que atribuye un descanso retribuido tras la expiración del plazo legal de protección a la madre, sin permitir su concesión al padre, siquiera por la vía del acuerdo entre los progenitores, por ser medidas adecuadas destinadas a proteger la condición biológica de la mujer, con motivo del embarazo y después del mismo por un lado y, por otro lado, “proteger las particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el periodo que sigue al embarazo y al parto”⁵³¹.

También se desprende de la citada Directiva, que el despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo, tal y como se estableció en la Sentencia de 8 de noviembre de 1990 (caso *Hertz*),⁵³² y en la sentencia de 14 de julio de 1994 (caso *Webb*)⁵³³, y ello, aunque no se haya producido la comunicación expresa a la empresa del estado de gestación, a tenor de la Sentencia de 4 de octubre de 2001 (caso *Tele Danmark*).⁵³⁴ La protección que otorga dicha Directiva frente a perjuicios causados por razón de embarazo incluye también otras situaciones conectadas con el estado de gravidez. Por ejemplo, protege frente a extinciones por ausencias debidas a una incapacidad laboral motivada por los trastornos relacionados con el embarazo, tal y como se estableció en la sentencia de 30 de junio de 1998 (caso *Brown*)⁵³⁵; que amparaba a la

⁵²⁹ El artículo 2.3 de la Directiva 76/207/CEE disponía: “3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.” No obstante, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1.992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha desarrollado la especial protección de la condición biológica. No obstante, el transcrito art. 2.3 fue eliminado por la Directiva 2002/73/CE que reformó la Directiva 76/207/CEE, por lo que no aparece, tampoco, en la Directiva 2006/54/CE de refundición de estas directivas y otras.

⁵³⁰ STJUE 12 de julio de 1984 (Hoffman) C-148/83.

⁵³¹ López Aniorte, M.C., *Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*, Nueva revista española de derecho del trabajo, nº214, 2018, pág. 114.

⁵³² STJUE 8 de noviembre de 1990 (Hertz), C-179/88.

⁵³³ STJUE 14 de julio de 1994 (Webb), C-32/93.

⁵³⁴ STJUE 4 de octubre de 2001 (Tele Danmark), C-109/00.

⁵³⁵ STJUE 30 de junio de 1998 (Brown), C-394/96.

empleada, siempre que aquél sea el fundamento extintivo, ya sea temporal o indefinido el contrato. De igual modo, se prohíbe cualquier trato desfavorable en el acceso al trabajo, como son los supuestos de no contratación debida al embarazo [sentencia de 8 de noviembre de 1990 (*caso Dekker*)]⁵³⁶ o no renovación del contrato de duración determinada por dicha causa [Sentencia de 4 de octubre de 2001 (*caso Jiménez Melgar*)]⁵³⁷, incluso cuando el estado de gestación impida ocupar desde el primer momento el puesto de trabajo, como se resolvió en la sentencia de 3 de febrero de 2000 (*caso Mahlburg*)⁵³⁸. La Sentencia de 5 de mayo de 1994 (*caso Habermann- Beltermann*)⁵³⁹, ha calificado de discriminatoria la ruptura del contrato fundada en una prohibición legal, impuesta por causa del embarazo, que impida temporalmente a la trabajadora desempeñar un concreto trabajo. En este sentido, también puede citarse la STJUE de 11 octubre de 2007 (*Paquay*)⁵⁴⁰.

La Sentencia de 1 de julio de 2010 (*caso Parviainen*)⁵⁴¹ señala, en interpretación de la Directiva 92/85, que la reducción de la remuneración de una trabajadora embarazada, que sigue trabajando efectivamente tras la adaptación del puesto de trabajo, vulneraría las disposiciones del Derecho de la UE en materia de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras. Se trataba de un cambio de puesto de trabajo (azafata de vuelo con categoría de jefa de cabina) por razón del embarazo (puesto de trabajo en tierra). El salario que percibía antes de la adaptación por riesgos estaba integrado en un 40% por complementos⁵⁴², cuyos conceptos y cuantía dependía del número de vuelos efectuados. En dicho supuesto, se estableció que aquellos complementos no fijos y dependientes de las condiciones de trabajo debían abonarse de acuerdo con un cálculo promedio.

⁵³⁶ STJUE 8 de noviembre de 1990 (Dekker), C-177/88.

⁵³⁷ STJUE 4 de octubre de 1991 (Jiménez Melgar), C-438/99.

⁵³⁸ STJUE 3 de febrero de 2000 (Mahlburg), C 207/98.

⁵³⁹ STJUE 5 de mayo de 1994 (Habermann- Beltermann), C-207/98.

⁵⁴⁰ STJUE 11 octubre de 2007 (Paquay), C-460/06.

⁵⁴¹ STJUE 1 de julio de 2010 (Parviainen) C-471/08

⁵⁴² A consecuencia del cambio, la retribución salarial de la trabajadora pasó de 3.383,04 a 834,56 euros al mes.

La STJUE 30 de marzo de 2000 (*caso Jäm OJämställhdetsombudsmannen*)⁵⁴³ puso de relieve que las circunstancias de hecho relativas a la naturaleza de los trabajos realizados y a las condiciones en que se llevan a cabo pueden considerarse, en su caso, constitutivas de factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, capaces de justificar eventuales diferencias de retribución entre diferentes grupos de personas trabajadoras. De igual modo, se ha pronunciado con relación a la retribución que corresponde abonar a la empresa, por motivo del permiso de maternidad, en la STJUE de 13 de febrero de 1996 (*caso Gillespie*)⁵⁴⁴. En esta resolución se reitera que no hay una obligación absoluta de mantener la totalidad de la retribución de las trabajadoras, pero siempre que el importe pagado no sea tan escaso como para comprometer el objetivo del permiso de maternidad. Según el Tribunal, la distinción de partidas económicas debe hacerse en cada caso concreto, teniendo aquí como finalidad básica, no perjudicar el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras embarazadas perseguido por la Directiva 92/85.

Por último, procede hacer referencia a la STJUE de 19 de septiembre de 2018 (*González Castro*)⁵⁴⁵, en materia de riesgos laborales durante la lactancia natural y acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia, en la que se declara aplicable la Directiva 92/85 (protección maternidad), a los casos en los que la trabajadora presta servicios a turnos, y en consecuencia, parcialmente en horario nocturno, de manera que la evaluación de riesgos que debe realizarse debe tener en cuenta la situación actualizada de la operaria, valorándose en relación con su salud y la del hijo lactante. Por tanto, de no realizarse tal examen, se incurre en discriminación directa por razón de sexo [art. 2.2 c) en relación con el art. 19.1 Directiva 2006/54].

2.1.7-Acciones positivas

⁵⁴³ STJUE 30 de marzo de 2000 (Asunto JämO -Jämställhdetsombudsmannen) C-236/98.

⁵⁴⁴ STJUE 13 de febrero de 1996, (Asunto Gillespie), C-342/93.

⁵⁴⁵ STJUE 19 de septiembre de 2018 (González Castro), C 41/17).

Las acciones positivas aparecen reguladas en el art. 3 de la Directiva que remite al art. 141.4 del TUE (derecho comunitario originario)⁵⁴⁶.

La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, ofrece la base legal a las acciones positivas, aunque en la misma no se hace una expresa referencia al concepto de forma directa sino indirecta⁵⁴⁷. La Recomendación 84/635/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la promoción de acciones positivas en favor de la mujer, por primera vez alude de forma expresa al concepto “acciones positivas”, recomendando su implementación a los Estados miembros a fin de compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad⁵⁴⁸. Las

⁵⁴⁶ El art. 141.4 del TUE y actual art. 157.4 del TFUE establece: “4. Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”.

⁵⁴⁷ Art. 2 de la Directiva 76/207/CEE: “1. El principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes, supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.2. La presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación las actividades profesionales y, llegado el caso, las formaciones que a ellas conduzcan, para las cuales, el sexo constituye una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio.3. La presente Directiva no obstará las disposiciones relativas a la protección de la mujer, especialmente en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad.4. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1.”

⁵⁴⁸ Las recomendaciones para los Estados miembros son resumidamente 9 tipos de medidas:”
1. Que adopten una política de acción positiva, destinada a eliminar las desigualdades de hecho de las que son objeto las mujeres en la vida profesional, así como a promover la participación de ambos sexos en el empleo, y que incluya medidas generales y específicas apropiadas, en el marco de las políticas y prácticas nacionales y que respeten plenamente las competencias de las partes sociales (...) 2. que establezcan un marco que comprenda disposiciones apropiadas con el fin de promover y facilitar la introducción y extensión de dichas medidas; 3. que tomen, prosigan y estimulen la adopción de medidas en favor de acciones positivas en los sectores público y privado ;4. que actúen de tal forma que las acciones positivas incluyan, en la medida de lo posible, acciones relacionadas con los siguientes aspectos (...) 5. que aseguren que las acciones y medidas descritas en los puntos 1 a 4 sean puestas en conocimiento del público y del mundo del trabajo, en particular, de los beneficiarios potenciales, a través de todos los medios apropiados y de la forma más amplia ; 6. que permitan a los comités y organizaciones nacionales que trabajan por la igualdad de oportunidades contribuir de forma significativa a la promoción de dichas medidas (...); 7. que estimulen, en la medida de lo posible, a los interlocutores sociales para que promuevan

acciones positivas o afirmativas constituyen una forma de diferenciación para la igualdad. Una estrategia temporal destinada a remover situaciones, prejuicios, comportamientos y prácticas culturales y sociales que impiden a un grupo social minusvalorado o discriminado (en función de la raza, sexo, situación física de minusvalía, etc.), alcanzar una situación real de igualdad de oportunidades. Tienen como objetivo alcanzar la igualdad sustancial. Tratan diferente a lo diferente como mecanismo para generar mayor igualdad. Por ello, se configuran como medidas correctivas de situaciones de desigualdad generadas a lo largo de la historia y siempre son medidas temporales justificadas hasta el momento en que se elimine la desventaja que las originó. Paradójicamente, a pesar de ser numéricamente más del 50% de la población, las mujeres son consideradas susceptibles de medidas de acción positiva a haber sido previamente catalogadas como un grupo oprimido o, más específicamente, como un “grupo minoritario”. Esta aparente contradicción es posible porque los términos jurídicos de “mayoría” y “minoría” a los efectos de las acciones afirmativas describen más el poder de los grupos que su tamaño relativo⁵⁴⁹.

Sobre el particular, la doctrina ha interpretado que, por grupos minoritarios, cabe entender “no aquéllos que serían forzosamente menores en número, sino más bien aquéllos que en una sociedad están en estado de “menor poder”, sea este poder económico, jurídico, político”. De este modo, “las acciones positivas

acciones positivas en el seno de su propia organización y en el lugar de trabajo(...) 8. que realicen, igualmente, en el sector público esfuerzos en materia de promoción de la igualdad de oportunidades que puedan servir de ejemplo (...); 9. que adopten las disposiciones necesarias para reunir información sobre las medidas tomadas por los organismos públicos y privado, y para el control y valoración de dichas medidas”.

⁵⁴⁹ Sobre el particular, Osborne, R., en “*Grupos minoritarios y acción positiva: las mujeres y las políticas de igualdad*”, disponible en: <https://papers.uab.cat/article/view/v53-osborne/pdf-es> [Consultada el 29 de julio de 2021] señala: “Subordinación histórica, carencia de poder y reconocimiento de la discriminación subsecuente serían requisitos imprescindibles para que a un grupo como a las mujeres se les reconozca el estatuto de minoría. (...) una tradición sociológica que arranca de Simmel, vinculada posteriormente a la pujante Escuela de Chicago de los años veinte y treinta y representada por autores como Robert Park o Louis Wirth, entre otros, fue la que comenzó a definir a las minorías por mor de la inferioridad del estatus y no por su envergadura estadística. Y si bien el término fue en sus inicios aplicado a los grupos cuya problemática interesó vivamente a los miembros de aquella escuela —judíos, inmigrantes, negros—, esta forma de entender a las minorías fue la que permitió la aproximación sociológica entre las llamadas minorías étnicas y las mujeres. (...) Ya no se trataba únicamente, pues, de un fenómeno vinculado a la mezcla de diferentes «razas» y culturas, sino relacionado con situaciones de amplio conflicto y cambio social, generadoras de una confusión en la identidad social de las personas adscritas a determinados grupos (...)”.

surgen como rectificación de las políticas tradicionales conducentes a la igualdad de oportunidades, cuyo objetivo es la igualdad de condiciones del punto de partida, al resultar insuficientes en situaciones o grupos en los que se parte de una desigualdad real sustantiva, por más que la igualdad formal se haya conseguido”⁵⁵⁰.

En materia de acciones positivas, debe destacarse la evolución jurisprudencial del Tribunal producida desde la STJUE de 17 de octubre de 1995 (*Kalanke*)⁵⁵¹, en la que se consideró discriminatoria una norma (del Land alemán Bremen), por la que, en casos de concurrencia de distinto sexo a una promoción con la misma capacitación, se establecía preferencia por las candidatas femeninas en sectores en los que estaban infrarrepresentadas. No obstante, dos años después, el TJUE, en su sentencia de 11 de noviembre de 1997 (*Marschall*)⁵⁵², entendió que no era discriminatoria otra norma del Land alemán Nordrhein-Westfalia, en el que también se establecía una acción positiva a favor de las candidatas femeninas en supuestos de promoción profesional, pero no de forma tan contundente como en el caso *Kalanke*, pues en este último caso se incluían salvedades relacionadas con el candidato masculino (“*salvo que concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor*”). En la STJUE de 6 de julio de 2000 (*Abrahamsson y Andersen*)⁵⁵³, el Tribunal concluyó, entre otras cuestiones, que no era discriminatoria una normativa nacional de Suecia según la cual “un candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado puede concedérsele la preferencia frente a un competidor del sexo opuesto, siempre que los candidatos posean méritos equivalentes o sensiblemente equivalentes y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos”⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 68.

⁵⁵¹ STJUE de 17 de octubre de 1995 (*Kalanke*), C-450/93.

⁵⁵² STJUE de 11 de noviembre de 1997 (*Marschall*), C-409/95.

⁵⁵³ STJUE de 6 de julio de 2000 (*Abrahamsson y Andersen*), C-407/98.

⁵⁵⁴ Otras sentencias destacables sobre acciones positivas son la STJUE de 19 de febrero de 2002 (*Lommers*), C-476/99 o la STJUE de 28 de marzo de 2000 (*Badeck*), C-158/1997, entre otras.

2.1.8-El Acoso sexual y por razón de sexo

El acoso sexual y por razón de sexo también aparece definido en el art. 2, apartados 1 c) y d) y 2.a) de la Directiva 2006/54⁵⁵⁵, transpuesto en el art. 7 de la LO 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOIEMH)⁵⁵⁶, aunque la primera regulación de ambas modalidades de acoso se produjo en la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, en la que, por primera vez, se definen ambos tipos (art. 2). La diferencia literal existente entre la definición de la norma española y la europea se halla en el término “no deseado” del comportamiento descrito, lo que parece añadir un plus subjetivo a la exigencia objetiva (“comportamiento relacionado con el sexo o de índole sexual, de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”). Este requisito reforzado de índole subjetivo ha sido criticado por algún sector doctrinal, que lo ha tildado de reminiscencia de la doctrina *vis grata mulieris*, justificativa de la violación⁵⁵⁷.

⁵⁵⁵ Concretamente se señala: Art. 2.1- “A efectos de la presente Directiva, se entenderá por: (...) c) «acoso»: la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo; d) «acoso sexual»: la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo (...) 2. A efectos de la presente Directiva, el concepto de discriminación incluirá: a) el acoso y el acoso sexual, así como cualquier trato menos favorable basado en el rechazo de tal comportamiento por parte de una persona o su sumisión al mismo (...)”.

⁵⁵⁶ Dispone el art. 7 LOIEMH *que*: “1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo. 3. Se considerarán en todo caso discriminatorios el acoso sexual y el acoso por razón de sexo. 4. El condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo.”

⁵⁵⁷ En este sentido, Lousada Arochena, F. *El derecho fundamental la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., p. 318.

2.2-La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012

Se destaca también la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012⁵⁵⁸, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. Dicha Directiva fue transpuesta por la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que se analizará más adelante.

2.3-La Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019

Por último, merece especial referencia la Directiva 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores,⁵⁵⁹ en la que se avanza en materia de conciliación laboral y familiar, creando nuevos permisos, como “el permiso de cuidadores”, y mejorando las condiciones del permiso de paternidad, entre otras cuestiones. Los Estados disponen de un plazo para la transposición que se extiende hasta agosto de 2022. Esta última Directiva deroga la 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental⁵⁶⁰, que a su vez derogó la vieja Directiva 96/34/CE y tiene trascendencia de género por el incuestionable impacto de en la materia del ejercicio del derecho a la conciliación de familia y trabajo. La conciliación laboral y familiar se alza como uno de los pilares de las discriminaciones padecidas por las trabajadoras en el mercado de trabajo, porque los cuidados siguen recayendo mayoritariamente en ellas, y la ausencia de valor curricular, social y económico de este tiempo,

⁵⁵⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo,

de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo (DOUE de 14 de noviembre de 2012).

⁵⁵⁹ Directiva 2019/1158 del Parlamento europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DOUE 12 de julio de 2019).

⁵⁶⁰ Directiva 2010/18/UE del Consejo por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (DOUE 8 de marzo de 2010).

las coloca en una posición desaventajada, con repercusiones claras en la promoción profesional y también retributivamente. Según un estudio del CGPJ encargado a la Universidad de Zaragoza, sobre 1348 sentencias (entre 2010 y 2012), se pudo concluir que el 84% de las acciones planteadas en materia de permisos familiares fueron presentadas por trabajadoras, y en caso de excedencias por cuidado de hijos/as este porcentaje se situaba en el 95'6%⁵⁶¹.

El TJUE ha venido aplicando al ejercicio del derecho a conciliar familia y trabajo, la misma garantía de no lesividad que resulta aplicable a las mujeres que acceden al permiso de maternidad⁵⁶². Destacables son, en este sentido, sentencias, como la STJUE de 20 de junio de 2013 (*caso Riezniece*), en la que se consideró ilícita la privación de acceso, a su puesto de trabajo original u otro equivalente, a una funcionaria que había utilizado un permiso parental y que no pudo reingresar en su puesto porque fue suprimido por razones de ahorro. Esta interpretación jurisprudencial que refuerza la protección de estos derechos, es guía interpretativa en el análisis y resolución de cuestiones relacionadas con la conciliación, al ser un derecho ejercido mayoritariamente por las mujeres⁵⁶³, debiendo integrarse como criterio interpretativo en la perspectiva de género que debe presidir el abordaje judicial de lo relativo a los cuidados⁵⁶⁴.

La STJUE de 22 de octubre de 2009 (*caso Meerts*)⁵⁶⁵, evidencia el traslado de la indemnidad derivada del ejercicio de derechos de maternidad, también al permiso parental, al declarar contrario a la normativa europea la reducción de la indemnización derivada de extinción contractual, a tenor de la jornada reducida por motivo del disfrute de un permiso parental⁵⁶⁶. En la misma línea,

⁵⁶¹ Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-presidente-del-TS-y-del-CGPJ---En-materia-de-igualdad--nunca-deberiamos-darnos-por-satisfechos-> [Consultada el 29 de julio de 2021].

⁵⁶² Ballester Pastor, M.A., "Análisis crítico de la transposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación", cit., pág. 31.

⁵⁶³ Nos remitimos al estudio realizado desde el CGPJ, "Valoración de las medidas de conciliación de la vida familiar y personal y la vida laboral según la regulación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" en 2016.

⁵⁶⁴ SSTSJ Canarias (Las Palmas) de 12 de marzo (Rec.1596/2018 y 19/2019).

⁵⁶⁵ STJUE de 22 de octubre de 2009 (Meerts), C-116/98.

⁵⁶⁶ La LOIEMH modificó el ET para dar acogida legal a este criterio jurisprudencial, que actualmente se contiene en la DA 19º del ET: "Cálculo de indemnizaciones en determinados

se pronuncia la STJUE de 22 de abril de 2010 (*caso ZLT*)⁵⁶⁷, en cuanto al derecho al disfrute de vacaciones tras finalizar un permiso parental, que en este caso era de dos años.

También merece ser mencionada, la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Roca Álvarez*)⁵⁶⁸, que resolvió la cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Galicia, considerándose discriminatorio el permiso de lactancia cuya titularidad era femenina, aunque con posibilidad de traspaso al padre, por considerarse que el citado permiso es concedido por la condición de progenitores y no para asegurar la protección biológica de la madre tras el embarazo o la protección de las particulares relaciones entre la madre y su hijo. Esta sentencia promovió jurisprudencialmente una doctrina hacia la desaparición de normas que atribuyen exclusivamente a las madres determinados beneficios o ventajas relacionadas con el cuidado de los hijos/as, sin que exista un reconocimiento homogéneo en el caso de los padres⁵⁶⁹.

En esta línea, se sitúan la STJUE de 29 de noviembre de 2001 (*caso Griesmar*)⁵⁷⁰ y la STJUE de 17 de julio de 2014 (*caso Leone*).⁵⁷¹ En el caso Griesmar, se califica de discriminatoria por razón de sexo una bonificación ficticia de cotizaciones por hijos/as (biológicos/as o por adopción) en la pensión de jubilación, cuya concesión se reconocía exclusivamente a las funcionarias francesas. Tras esta sentencia, fue modificada la legislación francesa condicionándose este beneficio a cualquier progenitor que hubiera interrumpido su actividad laboral por distintas causas (excedencia, maternidad, adopción, permiso parental por cuidado de menor...). No obstante, en el caso Leone, el Tribunal declara que también incurre en discriminación indirecta, esta

supuestos de jornada reducida. 1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción. 2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el tercer párrafo del artículo 48.6 y en el penúltimo párrafo del artículo 48.7”.

⁵⁶⁷ STJUE de 22 de abril de 2010 (*ZLT*), C-486/08.

⁵⁶⁸ STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Roca Alvarez*) C-104/09.

⁵⁶⁹ Ballester Pastor, M.A., “Análisis crítico de la transposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación”, cit., pág. 33.

⁵⁷⁰ STJUE de 29 de noviembre de 2001 (*Griesmar*), C 366/99.

⁵⁷¹ STJUE de 17 de julio de 2014 (*Leone*), C 173/13.

disposición del sistema de Seguridad Social de Francia que otorga a los funcionarios, con aplicación en la pensión de jubilación, una bonificación de cuatro trimestres por hijo (tiempo que se considera como cotizado), siempre que como consecuencia de su cuidado se haya interrumpido la actividad por un periodo no inferior a dos meses, al entender que dicha regulación, aparentemente neutra, beneficia mayoritariamente a las funcionarias, frente a los funcionarios, al establecerse un sistema de atribución automática para las madres, a través del permiso de maternidad que es obligatorio para ellas en caso de parto.

Esta nueva línea jurisprudencial permitía cuestionar también determinadas prestaciones españolas similares a la analizada en estas sentencias, por ejemplo, el complemento de pensiones contributivas por maternidad que estaba previsto en el art. 60 de la LGSS, y que reconocía un incremento de la pensión a las madres (de “hijos biológicos o adoptados”). En opinión de la doctrina científica, este complemento trataba “aspectos particularmente sensibles relacionados con las políticas de conciliación y corresponsabilidad que parecen no haber sido adecuadamente interpretados e implementados en nuestro país”.⁵⁷² La duda de legalidad del “complemento por maternidad” llevó, primero al Juzgado de lo Social nº 3 de Girona⁵⁷³ y, posteriormente, la Sala Social del TSJ de Canarias (Las Palmas), a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE expresando sus dudas de conformidad del complemento por maternidad español (exclusivo para mujeres trabajadoras) con el Derecho de la Unión⁵⁷⁴.

⁵⁷² Ballester Pastor, M.A., “Análisis crítico de la transposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación”, cit., pág. 44.

⁵⁷³ Auto del JS nº 3 de Girona de 21 de julio de 2018 por el que se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE que tenía por objeto la interpretación del artículo 157 TFUE y de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación. La petición fue planteada en el contexto de un litigio entre trabajador padre de dos hijas y el INSS, en relación a la negativa a concederle la bonificación derivada del complemento por maternidad sobre la pensión contributiva de invalidez permanente absoluta.

⁵⁷⁴ Auto de fecha 7 de diciembre de 2018 en relación a la aplicación del citado “complemento por maternidad” que establece una bonificación porcentual (del 5% al 15%) en las pensiones contributivas de jubilación, invalidez o viudedad, de aquellas madres trabajadoras que hayan tenido dos o más hijos/as (naturales o adoptados). El concepto legal de “maternidad” trasciende de lo biológico y se vincula a la práctica de los cuidados proyectados sobre l descendientes, incluyendo, por ello, a hijos/as adoptados. El caso por el que se planteó la cuestión era el de un viudo padre de 4 hijos que accedió a la pensión de jubilación, solicitando

El TJUE resolvió la primera de las cuestiones en su sentencia de 12 de diciembre de 2019 (Asunto C-450/201) y concluyó que la aportación demográfica y el cuidado, por sí solos no pueden justificar que los hombres y las mujeres no se encuentren en una situación comparable. Ello es así porque la circunstancia de que las mujeres estén más afectadas por las desventajas profesionales derivadas de los cuidados de hijos/as no puede excluir la situación de comparación con la de un hombre que asuma tales cuidados y que, por esa razón, haya podido sufrir las mismas desventajas en su carrera. Por tanto, el Tribunal europeo aprecia discriminación por razón de sexo. Y en coherencia con la resolución europea, el TSJ Canarias dictó la sentencia de 20 de enero de 2020 (rec. 850/2018), en la que se estimaba el recurso planteado reconociéndose el acceso al complemento por maternidad a un varón. Finalmente, el RD-Ley 3/2021 de 2 de febrero por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, modificó el complemento por maternidad, regulado en el art. 90 de la LGSS, ahora denominado “complemento de las pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, permitiendo en determinados casos, el acceso al mismo de los varones, en coherencia con lo contenido en la STJUE de 12 de diciembre de 2019.

Por tanto, y a modo de conclusión, la legislación de la UE ha experimentado una evolución integradora de la perspectiva de género en su contenido sustantivo, lo que se evidencia en el derecho derivado analizado y su interpretación jurisprudencial. El mandato europeo antidiscriminatorio por razón de género, se reitera de forma más contundente en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE⁵⁷⁵, a través de su art. 21 (obligación de no

el citado complemento. Por parte del INSS se le denegó por no ser una mujer, pero en este concreto caso el recurrente había ocupado el rol de cuidador de sus hijos tras la muerte, hacía años, de la madre biológica de sus descendientes. La medida que se implementó a modo de acción positiva, es loable pues incrementa las pensiones por motivo de la maternidad, los cuidados y las brechas de pensiones anudadas, pero en casos como el de personas viudas o también, en parejas homosexuales de hombres, debiera también darse similar protección, mediante la correspondiente cláusula de salvaguarda. De otro modo, se perpetúan roles sexistas que no ayudan a avanzar hacia la igualdad real, máxime cuando los cuidados no tienen sexo, aunque sí género.

⁵⁷⁵ Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (2000/C 364/01- DOCE 18/12/2000) que tuvo efecto directo tras la adopción del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, como

discriminar), en relación con el art. 23 (principio de igualdad), que debe “garantizarse en todos los ámbitos”, lo que se traduce para el órgano judicial de la UE, en un mandato a favor de la igualdad real, a través de la actividad jurisdiccional (también) integradora de la perspectiva de género (cuando sea necesario), en coherencia con la legislación de la UE, las tradiciones constitucionales y las obligaciones internacionales comunes a los estados miembros. El disfrute de los derechos humanos origina responsabilidades y deberes tanto respecto de los demás como de la comunidad humana y de las futuras generaciones⁵⁷⁶.

Y ello conecta igualmente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, protegido en el art. 47 de la Carta, que puede verse afectado en ausencia de perspectiva de género judicial, cuando concurren patrones estereotípicos de género.

III. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DESDE EL DERECHO INTERNO

1. Constitución Española de 1978: la triple dimensión de la igualdad

La Constitución española (en adelante, CE), reconoce a la igualdad una triple dimensión: como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio jurídico informador, y como derecho fundamental.

La igualdad como derecho constituye una herramienta subjetiva para acceder a la justicia, es decir, otorga titularidad a las personas para reclamar, por diversas vías la realización efectiva de la igualdad en el ejercicio del resto de derechos. Y como principio y valor, la igualdad genera una obligación activa del Estado, que condiciona y sustenta todo su quehacer.

2. La igualdad como valor superior

En cuanto valor superior, procede recordar que nuestra carta magna inicia su redacción propugnando los cuatro valores considerados superiores del

establece el artículo 6.1, del TUE, convirtiéndose en una fuente vinculante de Derecho primario.

⁵⁷⁶ Preámbulo de la Carta de los derechos Fundamentales de la UE (DOCE 18/12/2000).

ordenamiento jurídico, en su art. 1.1 (Título Preliminar): la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Respecto de la eficacia jurídica de los valores jurídicos las posiciones son diversas.

Un sector de la doctrina atribuye a tales valores una triple eficacia⁵⁷⁷: como contexto axiológico fundamentador o básico para la interpretación del ordenamiento jurídico; como postulado guía para orientar la hermenéutica desde la interpretación finalista de la Constitución; y, como criterio para medir la legitimidad de las distintas manifestaciones del sistema normativo.

Desde otra perspectiva, también se ha defendido que el derecho no es solamente un sistema de normas, sino que incluye, también, principios, es decir, estándares o pautas de comportamiento, como exigencias de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. Y esos principios son además distinguibles lógicamente desde las normas y son también parte del derecho⁵⁷⁸.

Otro sector de la doctrina defiende el carácter normativo de los valores superiores porque representan las aspiraciones ideales de la comunidad, actuando como mecanismo de integración social, y se desarrollan mediante la legislación y la aplicación judicial, operando, así como límites del poder, cumpliendo una función crítica sobre la parte normativizada de los valores⁵⁷⁹.

Desde la consideración de la igualdad como valor superior, se ha defendido una triple eficacia jurídica a proyectar sobre la aplicación e interpretación de las normas⁵⁸⁰:

- a) la eficacia fundamentadora del ordenamiento jurídico al integrar el contexto axiológico básico para la interpretación de la totalidad de las normas integrantes de nuestro Derecho;

⁵⁷⁷ Pérez Luño, A., *Dimensiones de la igualdad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2005, pág.85.

⁵⁷⁸ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 1ª Edición, Ed. Planeta SA, Madrid, 2012, pág.33.

⁵⁷⁹ Peces Barba, G., *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, pág. 52.

⁵⁸⁰ Pérez Luño, A., *Dimensiones de la igualdad*, cit., pág. 85.

- b) la eficacia hermenéutica del valor superior como postulado guía básico dirigido a orientar la interpretación teleológica y evolutiva de la Constitución española y resto del ordenamiento jurídico;
- c) y la eficacia crítica de la legitimación del sistema normativo como criterio para detectar y visibilizar las carencias, en el ámbito de la igualdad.

La aplicación de la eficacia fundamentadora, hermenéutica y crítica en la labor judicial interpretadora exige la ponderación, como técnica jurídica, en aquellos casos en los que exista colisión entre el principio de igualdad y otros derechos o consideraciones, pero siempre partiendo de la posición jurídica privilegiada que, como valor superior, ocupa la igualdad.

3. La igualdad como principio jurídico informador

Se analiza, a partir de ahora, la igualdad en cuanto principio informador del ordenamiento jurídico. Resulta especialmente relevante el art. 9.2 de la CE, ubicado en el Título Preliminar del texto constitucional, en el que se menciona la igualdad junto a la libertad, para evitar que estos derechos sustanciales fueran degradados a un mero formalismo sin correspondencia con la realidad. Con este fin, se dispone que:

“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Este es un principio básico en la impartición de justicia con perspectiva de género, que tiene una finalidad transformativa de una realidad desigual. Por tanto, este mandato constitucional, desde la acción, no excluye al poder judicial, administrado por mandato constitucional por *“jueces y magistrados”*,

aunque obviamente limitado a la interpretación y aplicación de las normas y con sometimiento al imperio de la ley (art. 117 CE).⁵⁸¹

Por tanto, la perspectiva de género como hermenéutica interpretativa debe ser una herramienta obligada y habitual en la actividad jurisdiccional, porque responde a la remoción de obstáculos que impiden la igualdad real de las mujeres, como colectivo desaventajado.⁵⁸²

La Sentencia del TC 109/1993 de 25 de marzo⁵⁸³ se ha pronunciado, en relación con la interpretación que debe darse al art. 9.2 de la CE, por lo que respecta al poder legislativo:

“Del art. 9.2 de la C.E. deriva, sin duda, una habilitación a los poderes públicos para "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas", campo de aplicación que, en lo reservado al legislador, le otorga una amplia libertad de configuración de esas condiciones según lo exigido para lograr aquella finalidad. Y al llevarlo a cabo puede, evidentemente, partir de las diferencias existentes en la realidad para establecer algún trato diferencial compensatorio de situaciones desfavorables con el fin de lograr aquella efectiva igualdad.”

Y también es destacable la STC 128/1987 de 16 de julio⁵⁸⁴, en la que se resolvía sobre un complemento mensual en concepto de guardería, que se abonaba a mujeres con hijos/as menores de 6 años (solteras, casadas o

⁵⁸¹ Por lo que respecta a los integrantes del Poder Judicial, quedan obligados en la labor aplicativa e interpretativa del ordenamiento jurídico, debiendo controlar la adecuación de las concretas normas en presencia a la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. Como afirma la STC 18/1984 (FJ 6): *“la sujeción de los poderes públicos a la Constitución (art. 9.1) se traduce en un deber positivo de dar efectividad a tales derechos en cuanto a su vigencia en la vida social, deber que afecta al legislador, al ejecutivo y a los Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas. De donde resulta que el recurso de amparo se configura como un remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales, cuando los poderes políticos han violado tal deber. Esta violación puede producirse respecto de las relaciones entre particulares cuando no cumplen su función de restablecimiento de los mismos, que normalmente corresponde a los Jueces y Tribunales a los que el Ordenamiento encomienda la tutela general de tales libertades y derechos (art. 41.1 de la LOTC)”*.

⁵⁸² Art. 4 LOIEMH y art. 9.2 CE.

⁵⁸³ STC 109/1993 de 25 de marzo.

⁵⁸⁴ STC 128/1987, de 16 de julio FJ 10.

viudas) o a hombres viudos, en un momento histórico en el que las dificultades de las mujeres (madres) para incorporarse al mercado de trabajo eran muy importantes. También aquí el Tribunal se refiere a la igualdad real y a los valores superiores de la Constitución, pero la importancia de esta resolución estriba en ser el punto de partida en la introducción, en el debate jurídico/constitucional, de la contraposición de igualdad y diferencia⁵⁸⁵. El impacto adverso de género se obtiene de los datos de la Encuesta de Población Activa del momento, tal y como se indica en la sentencia: “El tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los poderes públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)”

Y expresamente se reconoce en esta sentencia la “larga tradición cultural, caracterizada por la atribución en la práctica a la mujer del núcleo mayor de las cargas derivadas del cuidado de la familia, y particularmente el cuidado de los hijos. Ello supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo”. A partir de la anterior consideración se concluye que las mujeres con hijos e hijas de corta edad se enfrentan a mayores dificultades para incorporarse o permanecer en el trabajo, al estar en una posición social claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. Por ello entiende el TC que: “en tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños”.

⁵⁸⁵ Torres Díaz, MC., “El sustento constitucional de la impartición de justicia con perspectiva de género”, en *Revista Peruana de Derecho Constitucional: Mujer y Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Perú, 2017, págs. 200 y 201.

Debe señalarse, no obstante, que la jurisprudencia constitucional ha ido avanzando de forma acorde a la evolución expansiva del principio de igualdad. Inicialmente, el TC adoptó una rígida interpretación del mismo (exclusivamente formal), a través de la llamada doctrina del varón discriminado (“sex-blind”)⁵⁸⁶, pero, a inicios de los noventa, se produjo un cambio jurisprudencial importante que caminó, sin retorno, hacia la igualdad sustancial⁵⁸⁷, con mayor o menor fortuna.

La Sentencia del TC 12/2008, de 29 de enero⁵⁸⁸, que resuelve cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, introducido por la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 3/2007, señala:

“Nuestra Constitución configura la igualdad como un principio y valor que impregna todo el Ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), como un derecho público subjetivo (art. 14 CE), y como un referente para la acción social del Estado, que debe tender a la igualdad sustancial (art. 9.2 CE). Los valores no conciernen sólo al legislador sino a todos los poderes del Estado y el art. 9.2 CE es la norma de justificación de las posibilidades de conseguir estándares de libertad y de igualdad a través de la actuación de los poderes públicos; desde la interacción de los arts. 9.2 y 14 CE se ha entendido justificada la interacción de las desigualdades compensatorias. En efecto, este Tribunal Constitucional ha fijado su doctrina de forma evolutiva desde la STC 103/1983 hasta la actualidad, profundizando en ese concepto de igualdad material por encima de la mera apariencia formal. El art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones

⁵⁸⁶ SSTC 81/1982 y 98/1983.

⁵⁸⁷ SSTC 145/1991; 216/1991; 229/1992.

⁵⁸⁸ STC 12/2008, de 29 de enero.

discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material".

En la actualidad, la igualdad formal (o igualdad de trato) no se cuestiona ni social ni jurídicamente, pues es un elemento de seguridad jurídica para fundamentar otros derechos; no obstante, la defensa de la igualdad real o material no resulta tan pacífica, cuestionándose desde ciertos planteamientos neoliberales. Por ello, desde las teorías jurídicas feministas se ha visto la igualdad *de iure* como una “estrategia de inclusión” o como “una reparación jurídica para tratar igual a hombres y mujeres”, mientras que la igualdad de *facto* es vista como una “estrategia de inversión” o como la vía del reconocimiento de las diferencias femeninas⁵⁸⁹. En esa andadura se hace imprescindible la integración del principio de igualdad en las resoluciones judiciales, tal y como preceptúa el art. 4 de la LOIEMH, que exige a quienes imparten justicia que en aquellos casos en los que se involucre la igualdad, las decisiones no solo habrán de superar los test de motivación, sino que habrán de tener en cuenta permanentemente el principio informador de la igualdad, como parámetro de la concreta decisión. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, de 15 de febrero⁵⁹⁰, que señala:

“Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

⁵⁸⁹ Pons, E., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas” de Pumar Beltran, N. Y Sanchez Urrutia, A., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, pág. 42.

⁵⁹⁰ STC 3/2007 de 15 de febrero.

También sobre el principio de igualdad, debe destacarse entre otras⁵⁹¹, la STC 216/1991, de 14 de noviembre⁵⁹², en la que se analizaba si era discriminatoria por razón de sexo la prohibición a las mujeres de acceder al Ejército del Aire, en cuya fundamentación jurídica se recoge que “el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución”, y se pone de relieve la incidencia del art. 9.2 CE en el actuar de los poderes públicos, lo que exige de éstos “la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a la corrección” de situaciones históricas de desigualdad entre mujeres y hombres.

Se evidencia así que los requerimientos de la igualdad exigen una aproximación desde una concepción material y estructural. No es suficiente un enfoque jurídico programático puramente formal para lograr la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres y no es suficiente con garantizar a la mujer un trato idéntico al hombre, pues “deben tenerse en cuenta las diferencias biológicas que hay entre la mujer y el hombre y las diferencias que la sociedad y la cultura han creado. En ciertas circunstancias será necesario que haya un trato no idéntico de mujeres y hombres para equilibrar las diferencias⁵⁹³”.

Por tanto, y partiendo de que el sexo en sí mismo, no puede ser motivo de trato desigual, el mantenimiento de determinadas diferenciaciones muy arraigadas social y culturalmente (género) que han situado, tanto por acción como inacción de los poderes públicos, a las mujeres en posiciones desventajadas, da sentido al mandato constitucional del art. 9.2. Este precepto halla su razón de ser, por lo que respecta a las mujeres como “grupo”, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se ha colocado a la población femenina.

⁵⁹¹ La propia sentencia 216/1991 en el FJ 5º refiere expresamente a SSTC 128/1987, 166/1988, 19/1989 y 145/1991, en materia de discriminaciones por razón de sexo.

⁵⁹² STC 216/1991, de 14 de noviembre.

⁵⁹³ Recomendación nº25 del Comité CEDAW, párrafo 8º.

Se podría decir, por tanto, que la justicia con perspectiva de género aplica el deber constitucional de remoción de obstáculos contenido en el art. 9.2 CE, a través del mandato legal de los arts. 4 y 15 de la LOIEMH.

4. Igualdad como derecho fundamental

Por último, el art.14 CE, ya dentro del capítulo segundo del título primero, vuelve a referirse a la igualdad, en esta ocasión, como derecho (fundamental) que vincula a los poderes públicos (artículo 53.1 CE). La importancia y el canon reforzado de protección que tienen los derechos y libertades fundamentales queda de manifiesto mediante las garantías constitucionales reguladas en el art. 53.2 CE, que ordena un procedimiento preferente y sumario para recabar la tutela judicial en cada orden jurisdiccional y contempla que estos derechos tendrán acceso al TC vía recurso de amparo; a lo que se suma, que sólo podrán regularse mediante ley (art. 53. 1 CE), que habrá de ser ley orgánica (art. 81.1 CE). Y lo más importante, a los efectos analizados, es que el citado art. 53.1 CE insiste en que los derechos y libertades del Capítulo segundo del Título primero de la CE “vinculan a todos los poderes públicos”, y, en consecuencia, también al poder judicial.

Además, el *efecto recíproco* que se produce entre los derechos fundamentales y las leyes que regulan su ejercicio o los desarrollan genera un régimen de concurrencia normativa, de manera que tanto las normas que regulan una determinada libertad fundamental como las que establecen límites a su ejercicio, actúan recíprocamente⁵⁹⁴, tal y como recuerda la STC 254/1988 de 21 de diciembre:

“es cierto que los derechos fundamentales no son absolutos, pero no lo es menos que tampoco puede atribuirse dicho carácter a los límites a que ha de someterse el ejercicio de los mismos. (...) Se produce así, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que

⁵⁹⁴ Bastida Freijedo, F., y otros, “Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 46.

establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo; de ahí la exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos (STC 159/1986, entre otras)⁵⁹⁵.

Lo anterior conecta con los principios de interpretación de los derechos fundamentales que se han venido perfilando a través de la jurisprudencia constitucional:

- principio de unidad de la Constitución: las normas constitucionales deben interpretarse en relación a la Constitución, como un conjunto coherente;
- principio de concordancia práctica: los bienes e intereses constitucionales deben armonizarse en la decisión del caso concreto, sin que la protección de unos entrañe sacrificio o desconocimiento de otros;
- principio de proporcionalidad: ningún derecho es ilimitado, pero sus límites deben adecuarse a la proporcionalidad, que consta de un triple juicio sobre la idoneidad del fin perseguido, la necesidad de la medida y su proporcionalidad;
- principio de efectividad: obligación de los poderes públicos de interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales;
- principio de interpretación de todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución: lo que exige que de entre las diversas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas, ha de prevalecer la que permita la mayor efectividad de los derechos fundamentales;
- y principio de interpretación de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España: se trata de un principio reforzado

⁵⁹⁵ STC 254/1988, FJ 3.

por el efecto de primacía de los Tratados internacionales (art.10.1 CE) y también de los Tratados constitutivos de la UE⁵⁹⁶.

Por tanto, la hermenéutica constitucional interpretativa de los derechos humanos va a exigir de quien juzga, la tarea de concretizar en cada caso la garantía de estos derechos partiendo de su protección reforzada, extensiva y conforme al principio “pro persona”, debiendo alcanzar la decisión más justa para dar cumplimiento real (y no formal) a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prohibición de discriminación.

En esta tarea de concreción interpretativa del derecho fundamental, debe destacarse, la STC 229/1992 de 14 de diciembre⁵⁹⁷, que otorga el amparo solicitado por la recurrente contra la sentencia social que desestima demanda de trabajadora frente a decisión de la empresa que le niega el empleo en trabajo en el interior de las minas, con fundamento en diversas normas nacionales e internacionales que prohibían el trabajo de las mujeres en las minas. En esta sentencia de hace tres décadas, además de referirse a la CEDAW en su fundamentación jurídica, se alude a los efectos discriminatorios que los estereotipos de género tienen sobre las mujeres, debiéndose admitir, no obstante, aquellas medidas favorables para las mujeres, con la finalidad de protegerlas por su condición biológica, durante el embarazo y el puerperio y en las relaciones particulares entre la mujer y el recién nacido. En otros casos, señala el Tribunal, la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza:

“El mandato de no discriminación por sexo del art. 14 C.E. consecuente al principio de igualdad de derecho entre hombres y mujeres exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (con la salvedad del embarazo y la maternidad) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más

⁵⁹⁶ Bastida Freijedo, F., y otros, “Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, Editorial Tecnos, Madrid, 2004, pág. 58 y 59.

⁵⁹⁷ STC 229/1992 de 14 de diciembre.

débil. suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo. En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas”.

Esta sentencia integra la perspectiva de género al detectar el prejuicio normativizado que impedía a las mujeres el trabajo en las minas, esto es, la inferioridad física femenina. Una vez detectado, lo franquea mediante una interpretación adecuada a los mandatos internacionales (CEDAW), para evitar el impacto discriminatorio de esta prohibición carente de razonabilidad. Como se ha venido diciendo, los estereotipos (de género) cuando se integran en las leyes, actuaciones o resoluciones de los poderes públicos, son una cuestión de derechos humanos.

Por último, debe destacarse también la STC 59/2008 de 14 de mayo⁵⁹⁸, en la que se resuelve la primera de las más de cien cuestiones de inconstitucionalidad planteadas frente a la LO 1/2004 de 28 de diciembre⁵⁹⁹, en este caso, la cuestión recaía sobre la redacción del art. 153.1 del Código Penal, de acuerdo con la redacción dada por citada norma por el que se agrava la sanción penal las agresiones producidas en el seno de una relación de pareja o análoga (violencia de género). En esta sentencia el TC justifica el

⁵⁹⁸ STC 59/2008 de 14 de mayo, FJ 10.

⁵⁹⁹ Según el diario “El País” se plantearon ante del TC más de 120 cuestiones de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley 1/2004, por un total de 16 órganos judiciales. Disponible en: https://elpais.com/diario/2008/05/31/opinion/1212184805_850215.html [Consultada el 29 de julio de 2021].

mayor reproche penal por la gravedad de estos delitos dado su contexto relacional y porque “tales conductas no son otra cosa que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada”. De este modo, recuerda el alto tribunal, la necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas conductas delictivas dadas las altísimas cifras de esta criminalidad, “que tiene por víctima a la mujer y por agente a la persona que es o fue su pareja”, lo que constituye un aval de razonabilidad a la estrategia legislativa, como medida de prevención ante un “arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”.

En esta sentencia, implícitamente, se hace referencia a los dualismos socioculturales que sostienen la violencia de género, como expresión de poder del hombre respecto de la mujer, y se legitima el mayor reproche punitivo de la violencia de género, como estrategia penal, para compensar esa mayor lesividad y lograr mayor prevención de la vida de las mujeres. Se podría añadir, también, que esta política punitiva desbanaliza esta tipología de violencia a la par que promueve la eliminación de estereotipos de género, sostenidos sobre la superioridad masculina. Es otro ejemplo de justicia con perspectiva de género, que evidencia como la Constitución ampara la recepción del enjuiciamiento de género, como metodología para hacer realidad el principio de igualdad y no discriminación. Debe partirse de una nueva realidad social en la que debe primar el razonamiento contrastado frente a interpretaciones categóricas, transformando la teoría de la interpretación en la teoría de la argumentación.

Por tanto, a modo de conclusión, podríamos decir que la impartición de justicia con perspectiva de género implica:

a) De un lado, partir de un concepto de igualdad que supera el concepto estrecho de igualdad histórico, para integrar no sólo la discriminación directa,

indirecta o por asociación sino también la discriminación por indiferenciación vinculada al concepto de subdiscriminación femenina⁶⁰⁰.

b) Y, de otro lado, se supera el derecho antidiscriminatorio de corte liberal, introduciendo una nueva categoría ontológica, la vulnerabilidad (universal y constante), como estrategia contra las desigualdades reales. Implica, en fin, analizar los casos sospechosos de discriminación, teniendo en cuenta la realidad de opresión o subordinación que llevan siglos viviendo las mujeres.

Lo anterior exige de quien juzga extremar las cautelas de análisis y abordar determinados conflictos jurídicos (no todos), integrando transversalmente una perspectiva global, contextualizada y crítica teniendo en cuenta las asimetrías sociales de género. Tal labor, habitualmente difícil, deberá hacerse caso por caso, siempre con sujeción al imperio de la ley, al que jueces y juezas están vinculados por mandato constitucional⁶⁰¹.

5. Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Se hace necesario hacer referencia también, en este trabajo, a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), en la medida en que, en la misma, se incluyen mandatos nítidos sobre la prevalencia constitucional en la interpretación de las leyes, lo que conecta directamente con la perspectiva constitucional de la igualdad, y su interpretación conforme a lo establecido en los tratados y acuerdos internacionales sobre esta materia, ratificados por España (art. 10.2 CE).

El art. 5.1 de la LOPJ, que se integra en el Título Preliminar de esta norma dispone:

⁶⁰⁰ Fineman, M., "Marta S. Fineman y la igualdad jurídica: vulnerabilidad vs. Subdiscriminación", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 34, 2016, págs. 20 y ss.

⁶⁰¹ Artículo 117.1 CE.

“1. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

Y el artículo 7.1 y 2 de la LOPJ, también desde el Título Preliminar, señala:

“1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos.

2. En especial, los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución, se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido”.

La trascendencia de estos preceptos deriva del mandato general vinculante para todos “los jueces y Tribunales” (art. 5.1 LOPJ), lo que interpretado a la luz de la previsión contenida en el art 9. 1 y 2 de la CE, en relación con los arts. 10.2 y 96.1 de la CE, vincula también a todas las fases procesales y en todas las instancias, y por tanto, independientemente de la jerarquía jurisdiccional, lo que incluye también las resoluciones judiciales dictadas en resolución de los recursos procesales previstos en las normas, que deberán adecuarse al mandato transversal de integración del principio de igualdad, pues no están excepcionados en los arts. 4 y 15 de la LOIEMH, cuando se involucren relaciones asimétricas entre mujeres y hombres, derivadas de roles de género, prejuicios o patrones estereotípicos de género. Por su parte, el art. 7.1 y 2 de la LOPJ refuerza lo contenido en el texto constitucional, de acuerdo con la interpretación del TC, sin que las resoluciones judiciales puedan restringir su contenido.

Desde un punto de vista sistemático, la ubicación de tales preceptos en el Título Preliminar de la Ley, les otorga prevalencia, transversalidad y los conecta

directamente con las líneas más importantes de la norma, y con su finalidad de consagrar jerárquicamente la prevalencia de los principios constitucionales, tal y como expresamente se recoge en la exposición de motivos de la ley⁶⁰².

6. Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres

La LOIEMH fue el vehículo legislativo para dotar nuestro ordenamiento jurídico de una ley transversal para lograr la igualdad (sustancial) entre mujeres y hombres, de ahí que, en su propia denominación, ya se integre el término “efectiva”, con una clara pretensión de remoción de los obstáculos en coherencia con el mandato constitucional del art. 9.2⁶⁰³. Y se incorporaba la estrategia del *mainstreaming*, para propiciar un cambio estructural en nuestro modelo social y erradicar los roles sexistas, prejuicios y estereotipos de género⁶⁰⁴. Esta norma supera la técnica tradicional legislativa basada en la

⁶⁰² Téngase en cuenta que la exposición de motivos de la LOPJ señala: “Las grandes líneas de la Ley están expresadas en su título preliminar. Se recogen en él los principios que se consagran en la Constitución. (...) Una de las características de la Constitución española es la superación del carácter meramente programático que antaño se asignó a las normas constitucionales, la asunción de una eficacia jurídica directa e inmediata y, como resumen, la posición de indiscutible supremacía de que goza en el ordenamiento jurídico. Todo ello hace de nuestra Constitución una norma directamente aplicable, con preferencia a cualquier otra. Todos estos caracteres derivan del propio tenor del texto constitucional. En primer lugar, del artículo 9.1 que prescribe que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento». (...) . El Título preliminar de la presente Ley Orgánica singulariza en el Poder Judicial la vinculación genérica del Artículo 9.1 de la Constitución, disponiendo que las Leyes y Reglamentos habrán de aplicarse según los preceptos y principios constitucionales y conforme a la interpretación de los mismos que realice el Tribunal Constitucional. Se ratifica así la importancia de los valores propugnados por la Constitución como superiores, y de todos los demás principios generales del Derecho que de ellos derivan, como fuente del Derecho, lo que dota plenamente al ordenamiento de las características de plenitud y coherencia que le son exigibles (...)”.

⁶⁰³ También transpuso dos Directivas comunitarias, tal y como se recoge expresamente en el primer apartado de la Exposición de Motivos de la Ley: “En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.”

⁶⁰⁴ Por ello, en su Exposición de Motivos, se recuerda que:” El pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas

homogeneidad para hacer un abordaje potenciando sus objetivos⁶⁰⁵, y pretende hacer real la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, para alcanzar una sociedad más democrática⁶⁰⁶.

6.1.-Mandato de transversalidad del principio de igualdad: análisis de los arts. 4 y 15 LOIEMH

Del extenso articulado de esta ley transversal, debe destacarse, como el precepto sustentador de la justicia con perspectiva de género, el art. 4, en el que literalmente se contiene lo siguiente:

“Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas. La igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y

de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres. (...) Resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. (...) El logro de la igualdad real y efectiva en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares”.

⁶⁰⁵ Lousada Arochena, F. *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 106.

⁶⁰⁶ El título I (arts. 3 a 13), define los conceptos jurídicos de igualdad (principio), discriminación directa (incluida la discriminación por embarazo o maternidad) e indirecta, acoso sexual y acoso por razón de sexo, y acciones positivas, transponiendo las definiciones contenidas en las Directivas comunitarias 2006/54 (refundición). Asimismo, determina las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias e incorpora garantías de carácter procesal para reforzar la protección judicial del derecho de igualdad (inversión carga de la prueba, tutela judicial ...). El Título II (arts. 14 a 35), se dedica a la integración del principio de transversalidad en la actuación de los poderes públicos. Ordenación general de las políticas públicas, bajo la óptica del principio de igualdad y la perspectiva de género, en correspondencia con la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. En el Título III (arts. 36 a 41), se regulan medidas de fomento de la igualdad en los medios de comunicación. El Título IV (arts. 42 a 50), regula un conjunto de medidas para promover la igualdad en el ámbito laboral y también prestacional, con modificaciones importantes para facilitar el ejercicio del derecho a la conciliación de familia y trabajo. El Título V (arts. 51 a 68), supone la integración del principio de igualdad en el empleo público. El Título VI (arts. 69 a 72), se dedica a la regulación de la igualdad de trato en el acceso de bienes y servicios en cumplimiento de la transposición de la Directiva de la UE 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro. El Título VII (arts. 73 a 75), recoge una serie de acciones sociales en materia de igualdad, como aumentar la participación de mujeres en los Consejos de administración, de carácter voluntario. El Título VIII (arts. 76 a 78), constituye un Consejo de participación de la mujer, como órgano colegiado que ha de servir de cauce para la participación institucional en estas materias y se crea la Comisión interministerial de Igualdad entre mujeres y hombres y las Unidades de Igualdad ministeriales. Finalmente, en las extensas Disposiciones Adicionales de la Ley se contienen las reformas de 26 leyes de materias diversas.

mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico y como tal se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Este concreto artículo normativiza el mandato internacional *gender mainstreaming* en el ámbito de la justicia⁶⁰⁷. Respecto del mismo, cabe efectuar las siguientes consideraciones desde el punto de vista sistemático, gramatical y teleológico.

a) El art. 4 se ubica en el Título I de la LOIEMH (“el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación”), en el que se incluyen las definiciones generales, lo que evidencia el carácter general y transversal que tiene, desde un punto de vista sistemático, cuyo ámbito de aplicación se extiende a todos los poderes públicos, incluida la judicatura, que es la genuina intérprete del ordenamiento jurídico en su labor jurisdiccional.

b) De otro lado, y desde un punto de vista gramatical, debe llamarse la atención sobre dos partes bien definidas en su redacción.

-La primera contiene una prescripción: “La igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres es un principio informador del ordenamiento jurídico”. Parte, por tanto, de una afirmación que responde al cumplimiento de las obligaciones internacionales y europeas de España, ya referidas.

⁶⁰⁷ Sentencias que aplican el art. 4 LOIEMH : STS (Sala Social) de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009); STS (Sala Civil) de 20 abril 2011 (Rec. 87/2009); STS (Sala Contencioso-Administrativa) de 26 de mayo de 2017 (Rec. 1306/2017), STSJ Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo 2017 (Rec. 1027/2016), de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016), de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017) o sentencias de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019 y Rec. 1596/2018), STJ de Galicia de 16 de enero de 2017 (Rec. 3940/2016); de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 3956/2017; de 29 de febrero de 2016 (Rec. 1044/2015); de 14 de julio de 2015 (Rec. 1660/2014) entre otras. La tarea interpretativa presenta un alcance más amplio que la simple labor intelectual, en cuanto que no se trata sólo de entender lo que el tenor literal de la norma sino de realizar la tarea de explicar el contenido de la misma. Los diferentes criterios enumerados en el art. 3,1 del Código civil, pueden reconducirse a: interpretación gramatical que aglutina el elemento literal (según el sentido de sus palabras); histórica (teniendo en cuenta los antecedentes del precepto o norma), sistemática (en relación con el contexto), lógica (atendiendo a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada); y lo completa la interpretación teleológica (según el espíritu y finalidad de las normas).

-Y la segunda parte del precepto se traduce en un mandato derivado de la anterior premisa que cristaliza en acciones concretas. En primer lugar, se dice que el principio informador “se integrará y observará”.

Integrar significa “completar un todo con las partes que faltaban”⁶⁰⁸ y observar significa “guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena”, “advertir y reparar”⁶⁰⁹. Se trata por tanto de acciones diferentes (completar y/o dar cumplimiento), pero interrelacionadas porque el proceso integrador deriva de la observación del principio de igualdad de trato que debe proyectarse, también, sobre otras dos acciones separadas y diferentes. Específicamente, se dice: “en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

Interpretar significa “determinar el significado”⁶¹⁰, y aplicar significa “poner algo sobre otra cosa”⁶¹¹. La diferencia no es baladí porque la interpretación de las normas es una labor propia de juristas que debe ponerse en marcha en aquellos casos en los que carece de precisión y claridad suficiente en su redacción literal. En tal caso, debe recurrirse a la interpretación para determinar su contenido, alcance y medir su precisa extensión mediante una indagación completa del sentido de la misma.

En cambio, la acción de aplicar va mucho más allá de la interpretación, se trata de un mandato legal propio, específico y transversal que va a exigir del intérprete un esfuerzo integrador de una perspectiva (el género) ausente en la mayoría de nuestras normas que se han construido tomando como referente las experiencias, aspiraciones y preocupaciones asociadas a lo masculino, y ello enlaza con la perspectiva finalista del precepto.

⁶⁰⁸ 2ª Aceptación del Diccionario Normativo de la lengua española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LqKFoJl>. [Consultada el 15 de julio de 2021].

⁶⁰⁹ 2ª y 3ª Aceptaciones del Diccionario Normativo de la lengua española. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=Qp2DCR4>. [Consultada el 15 de julio de 2021].

⁶¹⁰ 8ª Aceptación del Diccionario Normativo de la lengua española, que literalmente recoge: “determinar el significado y alcance de las normas jurídicas”. Hemos elegido esta acepción al considerarla la más adecuada en nuestro análisis interpretativo de la norma jurídica. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LwUON38>. [Consultada el 29 de julio de 2021].

⁶¹¹ 1ª Aceptación del Diccionario Normativo de la lengua española. Específicamente la definición de la 1ª acepción dispone lo siguiente: “poner algo sobre otra cosa o en contacto con otra cosa” Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=3CjZzQU>. [Consultada el 29 de julio de 2021].

Un ejemplo de lo anterior lo tenemos en el estándar de diligencia civil: “el buen padre de familia”⁶¹²; o el estándar de diligencia mercantil determinado por “el ordenado empresario”⁶¹³. Otro ejemplo aparece en el cuadro de atenuantes de la responsabilidad penal del CP entre los que se incluye, la de obrar bajo estímulos derivados del estado pasional⁶¹⁴, que se halla estrechamente relacionada con la atenuante de confesión del crimen⁶¹⁵, muy cuestionada socialmente por ser muy utilizada en casos de violencia de género. Y, también en el ámbito laboral y de Seguridad Social, existen ejemplos muy ilustrativos que evidencian una jerarquización de valores de acuerdo con patrones masculinos, por ejemplo, la exclusión de la enfermedad de fibromialgia (que afecta mayoritariamente a las mujeres) de la norma reguladora del cuadro de enfermedades a efectos de discapacidad⁶¹⁶.

Por tanto, la integración del principio de igualdad de trato en la aplicación de las normas requiere una labor activa coherente con la previsión del art. 9.2 de la CE, para integrar la perspectiva de género ausente en la mayoría de nuestras normas, desplazada por la asunción exclusiva del referente masculino

⁶¹² El Código civil español se remite en tres ocasiones, al menos, el estándar de diligencia civil, artículos 1094, 1104.2º y 1903. El modelo del buen padre de familia tiene su origen en el paterfamilias del Derecho Romano.

⁶¹³ Según Isabel Ramos: “el ordenado empresario es el término que ha sido utilizado para referirse al modelo de diligencia del administrador de una sociedad anónima. A tal efecto, se recoge en el artículo 127.1 del RD legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (en adelante LSA)Este mismo modelo de referencia se ha recogido en la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en su artículo 61.1 (...)” Ramos, I., “El estándar mercantil de diligencia: el ordenado empresario”, dentro del Proyecto de Investigación del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA) sobre «El vínculo trasatlántico en el Derecho Concursal (aproximación y armonización del Derecho de insolvencias en Europa y América Latina)», Anuario de derecho Civil, nº1, 2006, págs.1 y 2.

⁶¹⁴ Artículo 21.3 CP: “Son circunstancias atenuantes: 3-La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”. El estado pasional (celos) e incluso el arrebato u obcecación que puede llevar a una persona a cometer un delito, es una reacción más vinculada, por razones socioculturales, al sexo masculino. La asignación social de roles de género que predeterminan a los hombres para la autoridad y la responsabilidad y a las mujeres para la sumisión y la dependencia, hacen más probable que los hombres combatan el miedo con agresión y las mujeres con obediencia y sumisión.

⁶¹⁵ Artículo 21.4 CP: “Son circunstancias atenuantes: 4.ª La de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”.

⁶¹⁶ RD 1971/1999 de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

como parámetro de lo universal. Esta interpretación queda arropada, además, por los diversos elementos de interpretación aceptados jurisprudencialmente (art. 3.1 CC). Ello exigirá una labor interpretativa teniendo como límites la propia ley que, en caso de entenderse contraria al principio de igualdad y no discriminación, habilitará a quien juzga al correspondiente planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el TC o, en su caso, la cuestión prejudicial ante el TJUE.

c) Por su parte, desde un punto de vista teleológico, la finalidad del precepto analizado es avanzar en igualdad sustancial, en correspondencia con la previsión del art. 9.2 en relación con el art. 14 de la CE, y ello ante el lento avance de la igualdad (real) entre mujeres y hombres, remitiéndose la propia norma a los diferentes ámbitos, sociales, culturales, laborales, etc. en las que las mujeres siguen teniendo una posición asimétrica en relación al otro sexo. Por ello, esta ley nace con una intención clara y efectiva de remover (efectivamente, no formalmente) los obstáculos que impiden tal propósito.

De este modo, la integración del principio de igualdad en las resoluciones judiciales es una obligación vinculante, lo que exige tener en cuenta, permanentemente, este principio informador como parámetro principal (no adicional o secundario) en las decisiones en las que se comprometa el derecho a la igualdad y no discriminación, por razón de sexo. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, de 15 de febrero⁶¹⁷.

Y, en la citada integración, debe tenerse presente el mandato contenido en el art. 3 de la ley ante cualquier duda interpretativa, porque el mismo realiza una equiparación de la igualdad de trato con la prohibición de discriminación directa e indirecta por razón de sexo, refiriéndose específicamente a determinadas materias de alto impacto de género y normalmente traspasadas por estereotipos de género:

⁶¹⁷ STC 3/2007 de 15 de febrero que destaca: “Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes”.

“El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil⁶¹⁸”.

Otro precepto de la ley de Igualdad que se debe destacar como base jurídica de la justicia con perspectiva de género, es el art. 15, que contiene un mandato de “Transversalidad del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres “que “informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos”. Y, además contiene también un mandato expreso a las Administraciones públicas que deberán integrar el citado principio “de forma activa”, “en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.

El precepto contiene un doble mandato claramente diferenciado, de un lado, para los Poderes Públicos (en general) y, de otro lado, para las Administraciones públicas. Centrándonos en la primera obligación, ello supone el cumplimiento del *gender mainstreaming* o perspectiva de género, que se integra mediante un mandato de transversalidad general, a todas las actuaciones promovidas por los Poderes públicos, que incluye el poder judicial⁶¹⁹. Por tanto, de forma expresa se contiene el principio hermenéutico del *favor muliere*, como informador con carácter general, en las actuaciones de todos los poderes públicos⁶²⁰. En cualquier caso, este precepto debe interpretarse en correspondencia con el art. 4 de la LOIEMH, que descende a un plano activo amparado en este mandato genérico que sustenta jurídicamente la orden de integrar el enfoque de género.

⁶¹⁸ El mandato contenido en el art. 3 conecta con los criterios generales de actuación de los poderes públicos (art. 14 de la ley).

⁶¹⁹ El art. 117.1 CE que se incluye en el Título VI (el poder judicial), establece: “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”.

⁶²⁰ Arts. 1, 9.2, 14, 10.2 y 96.1 CE y arts. 2 y 11 de la CEDAW.

6.2-Proyección jurisprudencial del mandato de transversalidad

El Tribunal Supremo ha interpretado y aplicado los citados preceptos de forma expresa, en diversas sentencias de diferentes Salas, algunas de las cuales se analizan a continuación.

6.2.1 STS (Sala Civil) de 20 de abril de 2011

Esta sentencia (Rec. 87/2009), trataba de un procedimiento en materia de DDFF, en el que se denunciaba, entre otras cuestiones, la discriminación sufrida por médica especialista que prestaba servicios en clínica explotada por el demandado, a cambio de un porcentaje en el precio abonado por los pacientes. Tras quedar embarazada e iniciar baja por embarazo de alto riesgo, el demandado contrató a otro médico, pero se le mantuvo cuando la médica se reincorporó, lo que supuso tener que compartir con el nuevo médico, tanto el trabajo como los porcentajes derivados del trabajo. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, pero se revocó por la AP de Sevilla. Planteado recurso de casación ante el TS, la Sala estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia declarando la existencia de discriminación por razón de sexo, condenándose al demandado a pagar una indemnización de 12.000 euros. En la fundamentación jurídica se hace referencia, entre otras normas al art. 4 LOIEMH, a pesar de no ser directamente aplicable al caso por ser anterior a la entrada en vigor de esta ley. No obstante, la Sala debía interpretar las Directivas comunitarias, que sí eran aplicables al caso, y lo hace usando como guía interpretativa la LOIEMH.

6.2.2-STS (Sala de lo contencioso administrativo) de 17 de julio de 2012

La STS de 17 de julio de 2012 (Rec. 5377/2009) , considera conforme a derecho incluir el criterio “igualdad” dentro de los generales fijados en la adjudicación de un contrato de obras. Se trataba de un concurso promovido por la Consejería de Fomento de la Junta de Extremadura para la contratación de obras de una estación depuradora de aguas residuales. En la sentencia, la Sala se ampara en la LOIEMH y en el mandato de promover la igualdad, y su

dimensión transversal, que legitima que las Administraciones públicas persigan este objetivo en cualquiera actividades, siendo incluso adecuado hacerlo en el ámbito de la contratación pública, tal y como se recoge en la fundamentación jurídica⁶²¹ de la resolución, que viene a resolver los alegatos en contra de la aplicación de la transversalidad del principio de igualdad de trato y oportunidades, en todas las actuaciones de los poderes públicos. Así, se destaca que la remoción de obstáculos referida en el art. 9.2 de la CE vincula a todos los Poderes Públicos y que la LOIEMH tiene carácter transversal , proyectándose también al caso enjuiciado pues “circunscribir la política de igualdad en materia de contratación únicamente al instrumento o mecanismo jurídico de las condiciones de ejecución resulta, en principio, contrario a esa transversalidad que con tanta amplitud se define en la LO 3/2007; pues lo que dicha transversalidad demanda es que, dentro de ese ámbito de la contratación, la igualdad de hombres y mujeres pueda ser perseguida a través de todos los instrumentos jurídicos que la legislación de contratos regula”.

6.2.3-STs (Sala de lo contencioso administrativo) de 26 de febrero de 2018

La STS 26 de febrero de 2018 (Rec. 1306/2017), versa sobre procedimiento de impugnación de resolución de la TGSS por la que se acordó anular el alta de trabajadora contratada para trabajar temporalmente en ente público procedente de la bolsa de trabajo temporal. La causa de la anulación fue, según la Entidad Gestora, que la trabajadora “carecía de aptitud para ser contratada” pues el mismo día que se inició la contratación pasó a situación de riesgo durante el embarazo. La demanda fue estimada tanto por el juzgado contencioso-administrativo como por el TSJ del País Vasco, declarando que la resolución de baja era discriminatoria, siendo confirmado por el TS, que en su FJ6º directamente aborda la interpretación conforme al principio de igualdad con expresa referencia al art. 4 de la LOIEMH.

6.2.4-STs (Sala Social) de 21 de diciembre de 2009

⁶²¹ FJ 6º de la sentencia.

La STS de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009), trata sobre la aplicación del derecho a bonificación de cotizaciones por parto estipulado en la LOIEMH en el acceso a una pensión del extinto sistema SOVI, que fue sustituido a partir de 1.967 por el actual sistema de Seguridad Social. La fundamentación jurídica de la sentencia recuerda que la finalidad de la LOIEMH es "hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (...) sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para en el desarrollo de los arts. 9.2 y 14 CE, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria". También se hace expresa referencia al mandato contenido en el art. 4 de la LOIEMH, para llegar a la convicción de que la solución ajustada en derecho debe ser la de la integración de la bonificación de cotizaciones también en relación al sistema SOVI.

6.2.5-SSTS 6 de febrero de 2020 y 29 de enero de 2020

Más recientemente, esta misma Sala ha dictado dos sentencias, dignas de mención. De un lado, la sentencia del TS de 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017), en la que se declara que debe incluirse el cómputo del periodo de realización del Servicio Social de la mujer, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión de jubilación anticipada⁶²², al integrar en la interpretación de la normativa reguladora de dicha pensión la perspectiva de género de acuerdo con el mandato del art. 4 LOIEMH en relación con el art. 15 de la misma ley, asimilándose el citado Servicio social femenino al servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria realizada por varones, que sí se contabiliza para acceder a la citada pensión.

Y de otro lado, la sentencia del TS de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017), dictada en Sala general, en materia de acceso a prestaciones a favor de familiares de hija de pensionista de jubilación SOVI, que evidencia una rectificación del criterio jurisprudencial existente hasta el momento, al integrar la perspectiva de género (art. 4 LOIEMH) en la interpretación de la normativa

⁶²²Regulada en el art. 208 1 b) de la LGSS.

aplicable. La STS declara la discriminación directa en la que incurre tal normativa excluyente de las pensionistas del sistema SOVI, como causantes de la prestación a favor de familiares.

6.2.6-STS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 17 de julio de 2018

Mención especial se debe hacer a la sentencia del TS (Sala de lo contencioso-administrativo) de 17 de julio de 2018 (Rec. 1002/2017)⁶²³, que, aunque no refiera explícitamente al art. 4 de la LOIEMH, es otro ejemplo de la integración de la perspectiva de género en las resoluciones judiciales. Esta importante resolución es pionera porque reconoce el derecho a indemnización de daños y perjuicios (daño moral), en un procedimiento de protección especial de derechos fundamentales, con amparo en el dictamen del Comité Cedaw de fecha 16 de julio de 2014 (*caso Ángela González vs. España*). Se trata de una sentencia sin precedentes en nuestro país, al dar efectividad judicial a lo contenido en un dictamen, entre cuyas recomendaciones se incluye la reparación económica a favor de la autora de una comunicación.

Este es el *iter* de los hechos relevantes:

La Sra. González tras obtener dictamen del Comité Cedaw⁶²⁴, presentó en España dos reclamaciones para hacerlo efectivo:

a) De un lado, se plantea un recurso extraordinario de revisión⁶²⁵, solicitándose que se dejase sin efecto la resolución⁶²⁶ que denegó la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, y se diese cumplimiento a al dictamen, solicitándose indemnización derivada de daños patrimoniales e inmateriales ascendente a 1.263.470'09

⁶²³ STS (Sala tercera), de 17 de julio de 2018 (Recurso nº 1002/2017).

⁶²⁴ Analizado en el apartado 4.1.1.4 del Capítulo 4.

⁶²⁵ Al amparo del art. 118.2º de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (vigente en aquel momento), que dispone: “*Que aparezcan documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida*”.

⁶²⁶ De 3 de noviembre de 2005.

euros. Tras resolución administrativa negativa, se planteó reclamación judicial desestimada por sentencia de la Audiencia Nacional⁶²⁷, en base a la doctrina de la incompatibilidad entre el recurso extraordinario planteado respecto a decisiones administrativas que ya han sido objeto de confirmación mediante decisiones judiciales firmes. Esta sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2017 (Recurso 2083/2016).

b) Y, de otro lado, en fecha 6 de febrero de 2015 se plantea una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia sustentada en el citado dictamen internacional. Ante el silencio administrativo, se presenta un nuevo recurso contencioso administrativo por el procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, solicitándose condena del Estado en la cantidad de 1.263.470'09 euros. El recurso fue desestimado por sentencia de la Audiencia Nacional⁶²⁸. Esta sentencia desestima la petición haciendo suyo un argumento formalista, cual es el de la inexistencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento que posibilite la eficacia ejecutiva de las recomendaciones del Comité CEDAW y, se añade la inexistencia funcionamiento anormal de la Administración de justicia. Posteriormente, se planteó recurso ante el Tribunal Supremo, que dio lugar a la sentencia comentada, en cuyo fallo, previa anulación de la sentencia recurrida, se estima parcialmente el recurso⁶²⁹ (procedimiento especial de Derechos Fundamentales), imponiendo a la Administración demandada una condena por importe de 600.000 euros por daños morales. La sentencia parte de las siguientes premisas:

b.1)-En primer lugar, se reconoce que el derecho internacional y las obligaciones internacionales contraídas por España son derecho que el Estado debe respetar y aplicar efectivamente.

⁶²⁷ De fecha 25 de abril de 2016.

⁶²⁸ Sentencia de la Sección 3ª de la Sala Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2016 (procedimiento de derechos Fundamentales nº 6/2015).

⁶²⁹ Frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado formulada el 6 de febrero de 2015, ante el Ministerio de Justicia por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

b.2)-En segundo lugar, se afirma que el dictamen del Comité CEDAW debe tenerse en cuenta, como presupuesto válido para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado, ello en base a la existencia de una lesión o daño real o efectivo derivado de la desprotección de la recurrente durante años, ante una situación de discriminación.

b.3)-En tercer lugar, y en cuanto al daño, el tribunal no solo lo aprecia, sino que además lo considera evaluable económicamente y deriva no sólo del fallecimiento de la hija de la recurrente sino también por:

- los daños soportados por la Sra. González como víctima de violencia de género, a pesar de lo cual no ha obtenido nunca una protección de la Administración y una tutela judicial efectiva;
- funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como parte integrante del Estado que ha sido negligente en la protección de los derechos de la recurrente (falta de “diligencia debida”);
- la evidente relación entre la lesión antijurídica y la actuación del Estado, de la que forma parte la Administración de Justicia.

b.4)-En cuarto lugar, se pone de evidencia que no existe en nuestro país un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en nuestro ordenamiento jurídico, las recomendaciones de un dictamen del Comité CEDAW⁶³⁰.

b.5)-En quinto lugar, el TS considera que el dictamen, por su propia naturaleza, puede ser, en sentido amplio, el presupuesto que permita formular esa reclamación de responsabilidad patrimonial. Y a tal convicción llega la Sala en base a los siguientes elementos:

⁶³⁰ Este fue el argumento principal esgrimido por la Administración del Estado en sus alegaciones, negando vulneración de la CEDAW “pues siendo cierto su carácter vinculante para el Estado firmante, no contienen un precepto que afirme que los dictámenes del comité CEDAW son vinculantes, obligatorios y ejecutivos y el art. 7 del Protocolo solo le atribuye la facultad de elaborar “opiniones” y “recomendaciones”. El Ministerio fiscal se sumó a los alegatos de la demandada, añadiendo que la obligación del Estado se limita a establecer un procedimiento autónomo para el cumplimiento de los dictámenes del comité CEDAW, sin que ello se haya establecido hasta el momento, a diferencia de las sentencias del TEDH, ámbito en el que su efectividad viene regulada en el art. 5 bis de la LOPJ

- la ausencia de la una regulación específica para hacer ejecutivos los dictámenes del Comité CEDAW, no son óbice a su carácter vinculante para el Estado signatario de la Convención (art. 24) y el Protocolo (art. 7.4).
- El dictamen emana de un órgano creado en el ámbito de una normativa internacional que por expresa previsión del art. 10.2 y 96 de la CE, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico⁶³¹.
- Y, en conexión con lo anterior, se alude al principio de legalidad y jerarquía normativa (art. 9.3 CE), en base al cual las obligaciones internacionales, forman parte de nuestro ordenamiento interno, una vez recibidas (art. 96 CE), y gozan de jerarquía supralegal o, en su caso, infraconstitucional (art. 95 CE).
- Y se llega a la convicción de vulneración de derechos fundamentales (arts.14, 15 y 24 CE) lo que ha ocasionado una lesión o daño, real y efectivo a la recurrente, cuantificado en 600.000 euros (daño moral).

La trascendencia de esta sentencia es incuestionable porque da efectividad jurídica interna a lo contenido en las recomendaciones del Comité CEDAW, abriendo una puerta al reconocimiento efectivo y no formalista de las decisiones internacionales emitidas por Comités de derechos humanos, lo que dota de mayor y mejor eficacia a estos órganos que son vigilantes del cumplimiento de los convenios internacionales, para que las obligaciones contenidas en los mismos, no acaben siendo *papel mojado*.

⁶³¹ Los tratados y convenios internacionales son normas imperativas de derecho, generadoras de obligaciones erga omnes, si así lo disponen tal y como disponen los arts. 53 y 64 de la Convención sobre el Derecho de los Tratados adoptado en Viena el 23 de mayo de 1.969 (ratificado por España). A nivel interno, la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos internacionales que tiene por objeto regular la celebración y aplicación por España de los tratados internacionales, los acuerdos internacionales administrativos y los acuerdos internacionales no normativos, recuerda en su art. 29 el carácter vinculante que tienen los Tratados internacionales para todos los poderes públicos. Respecto a la prevalencia jerárquica de las normas internacionales ratificadas por nuestro país, se ha pronunciado el TC en la sentencia nº140/2018 de 20 de diciembre de 2018, en cuya fundamentación jurídica (FJ6) se recoge : “la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”.

6.3-Mandato vinculante de nulidad y reparación frente a los actos de discriminación: análisis del art. 10 LOIEMIH

Otro precepto destacable es el art. 10 LOIEMIH, en el que se establecen las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias:

“Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Este mandato legal establecido en una LO traspassa el ordenamiento jurídico y vincula directamente al poder judicial, especialmente en el ámbito de la jurisdicción social, en el que rige más intensamente el principio *“iura novit curia”*, al no exigirse fundamentación jurídica de las demandas⁶³². Ello exige un control activo y en caso de detección de criterio, actuación o cláusula contractual discriminatoria por razón de sexo (directa o indirecta), deberá declarar la nulidad, aunque no sea solicitado por la parte, ello sin perjuicio de respetar, en virtud del principio de justicia rogada, las peticiones de las partes⁶³³. Esta interpretación del art. 10 de la LOIEMIH se corresponde con lo dispuesto en los arts. 9.2, 14 y 53.1 y 3 CE⁶³⁴, que exigen una actitud activa, no

⁶³² Art. 80 de la LRJS.

⁶³³ En la jurisdicción social, existe una consolidada jurisprudencia que en materia de despido establece que la calificación del mismo como nulo o improcedente corresponde a quien juzga, con independencia de la calificación solicitada en el escrito de demanda [(STS 23 de marzo 2005-Rec. 25/2004- que refiere a las SSTs de 28 de octubre de 1987 (RJ 1987,7217) y de 19 de junio de 1999 (RJ 1990,5485)]. No obstante, no podrá imponerse a la parte demandada una condena indemnizatoria si no ha sido solicitada en la demanda, en virtud del principio dispositivo de las partes en el proceso.

⁶³⁴ Art. 53.1 y 3 de la CE: “1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a). (...) 3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser

pasiva, de la justicia, en tanto que poder público, en la remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad sustancial. De igual modo, la vinculación de los efectos de la declaración de nulidad se extiende a todas las jerarquías judiciales y también a todas las fases procesales, incluida la fase de recurso, pues los preceptos constitucionales referidos no hacen excepciones, ni tampoco los arts. 5.1⁶³⁵ y 7.1⁶³⁶ de la LOPJ.

6.3.1 Perspectiva de género implícita en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral Art. 44 LOIEMIH

También el art. 44.1 contiene un mandato integrador de la perspectiva de género, en referencia a la conciliación de la vida familiar y laboral, de incuestionable impacto de género. El precepto establece lo siguiente:

“Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

1. Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (...)”.

Este mandato debe aplicarse en los casos en los que se esté juzgando cualquier cuestión que directa o indirectamente tenga que ver con la conciliación y los cuidados, cuyo análisis deberá realizarse de forma contextualizada y teniendo en cuenta el impacto constitucional del derecho (arts.14 y 39 CE), lo que exige que ante cualquier duda normativa se dé prevalencia a los derechos constitucionales en conflicto⁶³⁷. En esta línea ya se

alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

⁶³⁵ “La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos (...)”.

⁶³⁶ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos (...)”.

⁶³⁷ También STC 26/2011, de 14 de marzo.

ha pronunciado el TC, entre otras, en su sentencia 3/2007 de 15 de enero de 2007, en cuya fundamentación jurídica se advierte que:

“los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes y, sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho.”

6.3.2-Perspectiva de género en el proceso e inversión de la carga probatoria: análisis del art. 13 de la LOIEMH

Por último, se integra la perspectiva de género en la carga probatoria, en correspondencia con lo contenido en la Directiva 2000/78 y la Directiva 97/80/CE del Consejo⁶³⁸, específicamente referida a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. El art. 13 de la ley dispone lo siguiente:

“1. De acuerdo con las Leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación a los procesos penales”.

⁶³⁸ La Directiva 97/80/CEE prevé en su art. 4.1 el principio de inversión de la carga de la prueba, en casos de discriminación por razón de sexo. La interpretación de la regla de la carga de la prueba es su contenido mínimo, pero al mismo tiempo potencialmente expansivo atendiendo a una interpretación finalista y a lo contenido en su art. 4.2, en el que se contempla una posible mejora del nivel de protección, lo que es una autoconfesión de su contenido mínimo. Lousada Arochena, J.F., *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2021 pág.30.

Siguiendo la doctrina fijada por el TC, es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales de la persona afectada, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos objetivos y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Para que opere el desplazamiento del *onus probandi* debe acreditarse la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor del alegato. En tal caso, la demandada asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, a la parte demandada la prueba diabólica de un hecho negativo –la no discriminación–, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales⁶³⁹.

La prevalencia de los derechos fundamentales y las especiales dificultades probatorias de su vulneración, constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo. Tal distribución opera de forma diferente para el TC, dependiendo de la modalidad de discriminación (directa o indirecta). En el caso de discriminaciones indirectas, derivadas de un impacto adverso desfavorable (*disparate impact*) de una medida aparentemente neutral, sobre un sexo, podrá recurrirse a la prueba de carácter estadístico para cumplir con la aportación de la prueba indiciaria⁶⁴⁰. En la discriminación directa, puede ser usado el “*test but for*” o test de sustitución (del derecho anglosajón)

⁶³⁹ SSTC 66/2002, de 21 de marzo; 171/2003, de 29 de septiembre; 49/2003, de 17 de marzo; 17/2003, de 30 de enero y 188/2004, de 2 de noviembre, dictadas en el ámbito de lo social.

⁶⁴⁰ STC 61/2013, de 14 de marzo, que resuelve cuestión prejudicial declarando la inconstitucionalidad y nulidad de toda la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la LGSS relativa al cálculo del período de carencia en trabajo a tiempo parcial, tras haberse dictado la STJUE 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), C-385/11. En esta sentencia se resuelve cuestión prejudicial planteada por órgano judicial español, en la que se cuestionaba la discriminación indirecta por razón de sexo de norma española de cálculo de cotizaciones en el trabajo a tiempo parcial, dio por probados los indicios discriminatorios a través de las estadísticas.

incorporado a la definición de la UE y que ha sido criticado por un sector doctrinal⁶⁴¹.

7. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Esta ley, aprobada por unanimidad parlamentaria, supuso un avance importantísimo en el tratamiento, prevención y sanción de la violencia de género. Define la violencia de género como problema que trasciende del ámbito privado, como manifestación de la discriminación de la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres que se ejerce por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia⁶⁴². Se cataloga la violencia contra la mujer como una manifestación de los estereotipos sociales y culturales de sumisión e inferioridad asociados al sexo femenino dentro de un sistema patriarcal⁶⁴³, lo que trasluce la delimitación de un concepto de violencia de género, según los postulados epistemológicos feministas. Ello supone pasar de la simple protección jurídica de las víctimas, a la necesidad de combatir y erradicar la violencia de género. Por tanto, se infiere de manera automática el deber de diligencia del Estado, en tanto que garante del orden y de la paz social⁶⁴⁴. No

⁶⁴¹ Según Lousada, es criticable y disfuncional el elemento comparativo, sobre todo cuando la comparativa real es imposible, acudiéndose a la comparativa hipotética (*test but for*), que se ha incorporado a nuestro derecho (por ello el art. 2.1º a) de la versión española de la Directiva 2006/54/CE y el art. 6.1 de la LOIEMH, incluyen al definir la discriminación directa el inciso “*podiera ser tratada*”, lo que conduce a calificar como discriminación directa los tratos desfavorables vinculados al embarazo y la maternidad, aunque ello constituye más que un test de comparación, un test de sustitución consistente en cambiar, en una situación dada, a una mujer embarazada por un hombre- que no estaría embarazado- y verificar si se alteran – o no- las consecuencias jurídicas. Lousada Arochena, F. *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres* cit., pág.159.

⁶⁴² Art. 1 de la Ley.

⁶⁴³ Lousada, F., “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, en *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada, nº 48, 2014, pág. 41.

⁶⁴⁴ Gil Ruiz, J., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 4 y 5.

obstante, su ámbito objetivo no incluye otras formas de violencia de género y se reduce subjetivamente a la relación de pareja, expareja o similar⁶⁴⁵.

Entre sus principios rectores, debe destacarse especialmente la finalidad contenida en la letra k) del art. 2:

“Garantizar el principio de transversalidad de las medidas, de manera que en su aplicación se tengan en cuenta las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de violencia de género.”

Se trata de un mandato transversal de aplicación (real) de las necesidades y demandas específicas de todas las mujeres víctimas de género, que va más allá de lo contenido en la propia ley (en adelante, LOPIVG⁶⁴⁶) y que, por tanto, al igual que el art. 4 de la LOIEMH vincula a los poderes públicos, lo que incluye a jueces y juezas en las resoluciones que afecten a víctimas de violencia de género. Ello supone tener en cuenta a la hora de juzgar, la socialización de las mujeres o el contexto personal de las víctimas (edad, nivel cultural, posición social, económica, etc.), evitando la aplicación de la homologación bajo el patrón masculino.

Es pionera, también, por ser una de las más cuestionadas, habiéndose planteado frente a la misma más de un centenar de cuestiones de inconstitucionalidad ante el TC⁶⁴⁷ que han venido siendo resueltas a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional 59/2008, de 14 de mayo⁶⁴⁸, la primera en la que se estableció la línea argumentativa de convalidación constitucional de la norma, poniendo de relieve la razonabilidad del mayor reproche penal

⁶⁴⁵ Se le ha criticado, desde un punto de vista objetivo, la exclusión de otras formas de violencia de género que sí se incluyen en el Convenio de Estambul, que define la violencia de género de forma omnicompreensiva.

⁶⁴⁶ Lousada Arochena, F., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº 48, 2016, pág.10.

⁶⁴⁷ Noticia disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-jueces-presentado-mas-160-cuestiones-inconstitucionalidad-ley-contra-violencia-genero-20080315144541.html> [Consultada el 28 de julio de 2021].

⁶⁴⁸ STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008.

que merecen determinadas actuaciones delictivas perpetradas en el ámbito familiar:

“La ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1 LO 1/2004). Este objeto se justifica, por una parte, en la “especial incidencia” que tienen, “en la realidad española (...) las agresiones sobre las mujeres” y en la peculiar gravedad de la violencia de género, “símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”, dirigida “sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión”, y que tiene uno de sus ámbitos básicos en las relaciones de pareja (...) La igualdad sustancial es “elemento definidor de la noción de ciudadanía” y contra ella atenta de modo intolerable cierta forma de violencia del varón hacia la mujer que es o fue su pareja: no hay forma más grave de minusvaloración que la que se manifiesta con el uso de la violencia⁶⁴⁹”.

En el Título V (tutela judicial), en su Capítulo I, regula una de los más importantes logros de la norma, desde un punto de vista judicial: la creación de los juzgados especializados de violencia sobre la mujer con competencia exclusiva para la tramitación de actuaciones penales y civiles que afecten a las víctimas, lo que supuso un gran avance en el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de esta execrable violencia.

En correspondencia con lo anterior, el art. 47 incluye un mandato de formación especializada para los siguientes estamentos judiciales: judicatura, fiscalía, forensía, secretarios/as judiciales (ahora letrados/as de la Administración de

⁶⁴⁹ FJ 8º STC 59/2008 de 14 de mayo de 2008.

Justicia); Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que, de acuerdo a la sistemática del precepto, refiere a los juzgados especializados de violencia sobre la mujer⁶⁵⁰.

Esta Ley fue un hito legislativo importante en su momento, y un avance de género incuestionable, sobre todo teniendo en cuenta el momento histórico en el que se promulgó; no obstante, es criticable por el restrictivo ámbito subjetivo de aplicación de la ley (pareja, o expareja o similar), que no se corresponde con el concepto de violencia sobre la mujer contenido en el *Convenio de Estambul*. De igual modo, también es cuestionable la limitación de la competencia de los juzgados especializados de violencia sobre la mujer, excluyéndose otras formas de violencia contra la mujer que trascienden del ámbito de las relaciones de pareja (delitos sexuales, trata de seres humanos con fines de explotación sexual, acoso sexual, mutilación genital, explotación sexual, matrimonios forzados, etc.), que deben resolverse en la actualidad por órganos judiciales no especializados en una materia tan sensible.

8. Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito

Esta norma partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas y la defensa de sus bienes materiales y morales tiene como objetivo aglutinar, en un texto único, el catálogo de derechos procesales y extraprocesales de todas las víctimas de delitos, sin perjuicio de remisiones a normativa especial para víctimas con especiales necesidades o especial vulnerabilidad⁶⁵¹. Tal y como expresamente se recoge en su preámbulo, pretende: “ofrecer desde los poderes públicos una respuesta lo más amplia posible, no sólo jurídica sino

⁶⁵⁰ “El Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, asegurarán una formación específica relativa a la igualdad y no discriminación por razón de sexo y sobre violencia de género en los cursos de formación de Jueces y Magistrados, Fiscales, Secretarios Judiciales, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y Médicos Forenses. En todo caso, en los cursos de formación anteriores se introducirá el enfoque de la discapacidad de las víctimas” (art. 47).

⁶⁵¹ Esta ley transpone la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil

también social, a las víctimas, no sólo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal”.

Las estadísticas desagregadas por sexos de la población reclusa de cualquier centro penitenciario del mundo son desproporcionadas. En Europa, por ejemplo, el promedio de la población reclusa femenina es del 5% frente al 95% masculino, aunque, en España, las estadísticas (2018) arrojan un ligero incremento en la población reclusa femenina situado en el 7%⁶⁵². La escasa presencia de mujeres en prisiones, no es algo nuevo, ha sido así desde hace siglos. La escritora Concepción Arenal, lo visibiliza en su libro “La mujer del porvenir”, publicado en 1869⁶⁵³:

“en ningún pueblo del mundo puede compararse la criminalidad de la mujer con la del hombre, ni por el número ni por la gravedad de los delitos. En los Estados-Unidos donde están mejor educadas y tienen mayor facilidad de ganar el sustento honradamente, el número de mujeres criminales es tan corto, que al establecer el sistema penitenciario, creyeron los reformadores que podían prescindir de ellas. En España la proporción de criminalidad entre los dos sexos es de siete hombres por una mujer y mientras en los hombres la cuarta parte de los delitos son contra las personas, entre las mujeres, uno de trece”.

Por tanto, es más probable que, judicialmente, las mujeres ocupen la posición de víctimas. Incluir la perspectiva de género en la justicia supone tener en cuenta la perspectiva de víctima en los procesos judiciales. Hemos referido a esta norma por su impacto de género pues supone, por primera vez, poner el foco en las víctimas, y no solo en el sujeto activo. Ello tiene una clara

⁶⁵² Según Informe del CGPJ para 2016, disponible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Cumplimiento-de-penas/Estadistica-de-la-Poblacion-Reclusa/> consultada el 19 de junio de 2021.

⁶⁵³ Arenal, C., *La mujer del porvenir*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, pág. 27.

repercusión positiva, también, en las víctimas de delitos de género, en general, que ahora cuentan con un conjunto de derechos para evitar la victimización secundaria aspirando a lograr una justicia más reparadora. No obstante, es criticable que la ley no fuera acompañada de asignación presupuestaria para dotarla de efectividad, mediante la asignación de medios humanos y materiales necesarios⁶⁵⁴. Ello ha convertido esta norma en un brindis al sol, que ha limitado sustancialmente su completa aplicación.

9. El pacto de Estado en materia de violencia de género de 2017

Los pactos de Estado alcanzados en democracia en España se remontan a 1977 (pactos de la Moncloa), posteriormente el pacto de Toledo sobre pensiones (1995) y, por último, los cuatro grandes acuerdos antiterroristas rubricados entre 1987 y 2015 contra ETA y el yihadismo.

Este nuevo pacto (2017)⁶⁵⁵ fue el resultado de los trabajos elaborados por la Subcomisión de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados (214 medidas), así como por parte de la Ponencia creada dentro de la Comisión de Igualdad del Senado (267 medidas), a partir de los cuales se desarrolló, culminando, en diciembre de 2017, con los acuerdos alcanzados entre el Gobierno y el resto de Administraciones autonómicas y locales, entidades y organismos intervinientes. Sus recomendaciones y propuestas de actuación se estructuran en diez ejes⁶⁵⁶:

- Primer eje. Fomento de las acciones de sensibilización de la sociedad y de la prevención de la violencia de género.
- Segundo eje. La mejora de la respuesta institucional a las víctimas de violencia de género a través de la coordinación y el trabajo en red.

⁶⁵⁴ “Las medidas incluidas en esta Ley no podrán suponer incremento de dotaciones de personal, ni de retribuciones ni de otros gastos de personal” (disposición adicional segunda).

⁶⁵⁵ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, núm. 225, de 9 de octubre de 2017.

⁶⁵⁶ Disponible en: http://www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/pactoEstado/docs/Documento_Refundido_PE_VG_2.pdf [Consultada el 21 de junio de 2019].

- Tercer eje. El perfeccionamiento de la asistencia, ayuda y protección que se ofrece a las víctimas de la violencia de género y a sus hijos e hijas.
- Cuarto eje. La intensificación de la asistencia y protección de menores.
- Quinto eje. El impulso de la formación de los distintos agentes para garantizar la mejor respuesta asistencial.
- Sexto eje. Formación especializada a profesionales de medios de comunicación, de la administración de justicia, de Cuerpos de Seguridad del Estado, y a los profesionales que atienden en cualquier ámbito a las víctimas de violencia de género.
- Séptimo eje. Recomendaciones a Comunidades Autónomas, Entidades Locales y otras instituciones.
- Octavo eje. La visualización y atención de otras formas de violencia contra las mujeres, prestando especial atención a la violencia sexual, a la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual, a la mutilación genital femenina y a los matrimonios forzados, de acuerdo con el Convenio de Estambul.
- Noveno eje. El compromiso económico con las políticas para la erradicación de la violencia sobre las mujeres.
- Décimo eje. Propuesta de creación de una Comisión Permanente no legislativa en el Congreso, para el seguimiento del Pacto.

10. LO 5/2018 de reforma de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio sobre medidas urgentes en aplicación del pacto de Estado en materia de violencia de género

En cumplimiento de este compromiso, el 29 de diciembre de 2018 fue publicada la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LO 6/1985, de 1

de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del pacto de Estado en materia de violencia de género⁶⁵⁷.

Esta ley, que modifica diversos preceptos de la LOPJ, pretende trasladar algunos de los contenidos del citado pacto, relativos a la formación especializada en género y derecho antidiscriminatorio de la carrera judicial, tanto en las pruebas selectivas de acceso (común para la carrera judicial y fiscal), como en la formación continua de la judicatura española, incluida la formación impartida desde la escuela judicial.

Por ello, se reitera en esta ley la obligación de juzgar con perspectiva de género. Ello se contiene de forma explícita en la nueva redacción dada art. 433 bis.5 de la LOPJ, que en relación al plan de formación continua de la carrera judicial recoge:

“El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos”.

En el capítulo siguiente se analizará con más detalle las líneas básicas de esta reforma.

11. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras

Esta ley de incuestionable impacto de género⁶⁵⁸, ha supuesto en el ámbito de las relaciones laborales la integración del derecho a conciliar familia y trabajo.

⁶⁵⁷ BOE de 29 de diciembre de 2018.

⁶⁵⁸ De acuerdo con informe del CGPJ publicado en septiembre de 2016, elaborado por la Universidad de Zaragoza, para evaluar las medidas de conciliación de la vida personal y laboral

La exposición de motivos recuerda tal impacto de género y la vinculación de este derecho social a la igualdad y no discriminación por razones de sexo⁶⁵⁹.

No se pretende hacer un análisis de las modificaciones legales introducidas por esta norma, muchas de ellas superadas por otras posteriores, sino incluirla como una herramienta legal de derecho interno en la interpretación y aplicación del derecho a conciliar con dimensión constitucional (art. 14 y 39.1º CE), que debe servir de orientación en cualquier duda interpretativa, tal y como señala la STC 26/2011, de 14 de marzo⁶⁶⁰, que recuerda que la interdicción de la discriminación incluye la adopción de medidas que compensen las desventajas reales que padecen las mujeres en el acceso y conservación del empleo, lo que implica: “no sólo la proscripción de aquellos tratamientos peyorativos que se fundan ya en la pura y simple constatación del sexo de la persona(...), sino también la adopción de medidas que tratan de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre (...)” , para , de este modo , hacer realidad y asegurar la efectividad en el disfrute de los derechos exigida por el art. 9.2 CE.

Y en la misma línea la STC 233/2007, de 5 de noviembre⁶⁶¹ recuerda que “la protección constitucional asociada a factores diferenciales que inciden en las mujeres, no se detiene en el embarazo “ , ello es así porque, “existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para

según la regulación prevista en la Ley de Igualdad, el 84% de las demandas planteadas por motivos de conciliación familiar y laboral son para el cuidado de los hijos/as y se presentan por mujeres. Noticia disponible en: <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/11324-el-84-de-las-demandas-de-conciliacion-son-para-el-cuidado-de-los-hijos-y-se-presentan-por-mujeres/>. [Consultada el 30 de julio de 2021].

⁶⁵⁹ “La Constitución Española recoge en su artículo 14 el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición. En el artículo 39.1, el texto constitucional establece el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el artículo 9.2, atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. La incorporación de la mujer al trabajo ha motivado uno de los cambios sociales más profundos de este siglo.

Este hecho hace necesario configurar un sistema que contemple las nuevas relaciones sociales surgidas y un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada.” (extracto de la exposición de motivos Ley 39/1999).

⁶⁶⁰ STC 26/2011 de 14 de marzo.

⁶⁶¹ STC 233/2007 de 5 de noviembre.

incorporarse al trabajo o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación”.

Por tanto, la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante y después del embarazo, ni a las relaciones entre madre e hijo/a durante el período que sigue al parto, sino que también, se proyectan en el ámbito de las vicisitudes de la relación laboral, tal y como ha venido reiterando el TC en numerosas sentencias⁶⁶², una interpretación restrictiva del ejercicio de este derecho, sin valorarse adecuadamente en clave constitucional, supone una discriminación indirecta de las trabajadoras, por ser ellas las que mayoritariamente lo ejercitan. Tal interpretación que aspira a no quedarse en una tarea judicial mecánica o rigorista, es la esencia de la impartición de justicia con perspectiva de género que pretende una observación diferente, más amplia, holística y personalizada desde una nueva categoría jurídica de análisis (el género), que va a permitir la superación de categorizaciones limitativas del libre ejercicio de los derechos humanos de las mujeres⁶⁶³.

IV. LAS TRES ETAPAS DEL DERECHO A LA IGUALDAD SEXO/GÉNERO: IGUALDAD FORMAL, IGUALDAD MATERIAL E IGUALDAD ESTRUCTURAL

Lo expuesto hasta el momento evidencia que la teorización sobre el género, desarrollada por el discurso feminista en general y por el *iustfeminismo* en particular, ha sido determinante en la evolución dinámica del derecho de igualdad hasta nuestros días y en la aparición de un tratamiento legal específico y global frente a la violencia de género. Pero, a pesar de la andadura jurídico-igualitaria iniciada en el siglo pasado, se evidencia, en este siglo, un desdoblamiento del concepto de igualdad en dos modalidades,

⁶⁶²STC nº17/2003 de 30 de enero, entre otras.

⁶⁶³Como ejemplos de tal interpretación en materia de conciliación familiar y laboral: STSJ Canarias (Las Palmas) de 12 de marzo de 2019 (Rec. 19/2019 y 1596/2018); STSJ Cataluña de 9 de marzo de 2018 (Rec. 6987/2017), STSJ Galicia 16 enero 2017 (Rec.3940/2016).

aunque sean caras de una misma moneda: igualdad formal, jurídica o *de iure* frente a la igualdad real, sustancial o *de facto*.

Las herramientas legislativas tradicionales han sido insuficientes y el fracaso se evidencia cuando, incluso en países como el nuestro, con potente legislación en género, las desigualdades entre mujeres y hombres siguen presentes. Esta es la razón por la que el principio de igualdad y no discriminación por razón de género ha tenido que mutar y buscar nuevas formas de transformar una sociedad resistente a la equidad. Por ello, con perspectiva dinámica, se puede hablar de una evolución jurídica de la igualdad en tres etapas diferenciadas, en el entorno de la UE, y también internacional, aunque a distintas velocidades⁶⁶⁴, dependiendo del Tribunal Regional de Derechos Humanos⁶⁶⁵ de que se trate.

La primera etapa (igualdad formal o de trato) fue la de la paulatina integración de la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, que se podría situar cronológicamente desde los años sesenta hasta los años ochenta en Europa. En la UE se inició con la declaración de igualdad retributiva formal (art.119 del TCEE). Entre 1975 y finales de los noventa se aprobaron un total de 10 directivas comunitarias en materia de género⁶⁶⁶, que fueron interpretadas por el

⁶⁶⁴ Según profesora Argelia Queralt, “a pesar de que hace años que el TEDH ha conocido asuntos relativos de violencia ejercida por hombres sobre sus parejas o exparejas, no se puede afirmar que lo haya tratado con línea jurisprudencial con entidad propia, ya que en muchos casos lo ha tratado como actos de violencia individualizada y no como violencia social, y consecuentemente esta violencia no ha estado considerada hasta hace bien poco, como una manifestación de discriminación entre sexos prohibida por el art. 14 de la CEDH”. Queralt, A., “*El reconeixement europeu de la violència de gènere com a discriminació de les dones per raó de sexe. Un nou camí en la jurisprudència del Tribunal d’Estrasburg*”, cit., págs. 70 y 71.

⁶⁶⁵ La jurisprudencia de género de la CoIDH ha sido más prolífica cualitativa y cuantitativamente que la del TEDH.

⁶⁶⁶ “Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, que complementa el artículo 141 al exigir la igualdad de retribución «para un trabajo al que se atribuye un mismo valor»;

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, que amplía el ámbito de aplicación del artículo 141 al establecer el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo y abrir el camino a las medidas de acción positiva;

Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que aplica progresivamente el principio de igualdad de trato en los regímenes legales de seguridad social;

actual TJUE, a través de una prolífica jurisprudencia de género que caminaba hacia la segunda etapa⁶⁶⁷. A nivel nacional, la igualdad formal fue integrada con cierto retraso. Las reformas legales iniciadas tímidamente partir de los años 60 culminaron con la CE (1978)⁶⁶⁸. Este retraso se correspondió con una

Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social (modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996), que aplica el principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de la seguridad social. Esta Directiva fue modificada el 20 de diciembre de 1996;

Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad, que aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas;

Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), que promueve la mejora de la seguridad y de la salud de las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente;

Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, dirigida a conciliar la vida familiar y laboral. Ésta fue la primera directiva que aplicó un acuerdo marco celebrado por los interlocutores sociales a nivel comunitario;

Directiva 97/75/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, por la que se modifica y amplía al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte la Directiva 96/34/CE relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES;

Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo, por la que la carga de la prueba recae en los acusados de discriminación laboral, a los que corresponde probar que no han vulnerado el principio de igualdad de trato;

Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES, cuya finalidad es conciliar la vida familiar y la vida laboral y aplicar un acuerdo marco celebrado por los interlocutores sociales a nivel comunitario.(...)” Parlamento Europeo(2009-2014) Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género “*Derechos de las Mujeres e Igualdad de género: Información básica*”, págs. 3 y 4.

⁶⁶⁷ De esta primera etapa podemos destacar las sentencias del TJUE (*Defrenne I, II y III*), la sentencia de 31 de marzo de 1981 (*Jenkins*) o la sentencia de 13 de mayo de 1986 (*Bilka*).

⁶⁶⁸ En 1958 se produjo la primera reforma del Código civil, promovida por la abogada Mercedes Formica popularmente bautizada como la “*Re-Formica*”, iniciando de este modo una andadura, sin vuelta atrás, hacia una España igualitaria, ganándose con su hazaña jurídica el sobrenombre de “La Agustina de Aragón del Código Civil”. Entre los nuevos derechos femeninos impulsados por Formica se destacan, la supresión del “depósito de la mujer casada”; la extensión también a los hombres de la infidelidad como causa de separación; la concesión a la mujer de la guarda de los hijos e hijas menores de siete años; la supresión del diferente trato dado a las viudas (respecto de los viudos) que contraían segundo matrimonio y eran “castigadas” con la pérdida de la potestad sobre los hijos de la primera unión; eliminación de la reminiscencia de la “imbecilitas sexus” que equiparaba a las mujeres con menores, enfermos o delincuentes impidiéndole ser testigos en testamentos o ejercer cargos tutelares; el domicilio conyugal dejó de ser la casa del marido pasando a ser la casa de la familia y se limitaron los poderes casi absolutos que tenía el marido para administrar y vender los bienes del matrimonio. Más tarde, en 1.975, se elimina la licencia marital del Código civil español por la que se limitaba la capacidad de obrar de la mujer casada a la que se exigía el permiso marital para trabajar, abrir un negocio o una cuenta bancaria o para viajar.

primera etapa constitucional caracterizada por una interpretación rígida *sex-blind* (sexo ciego), por la que se extendió a los hombres beneficios de las mujeres sostenidos en estereotipos sociales, dando lugar irónicamente a la llamada doctrina del “varón discriminado”⁶⁶⁹. Como ejemplo puede destacarse la STC 103/1983 de 22 de noviembre⁶⁷⁰, que extiende a los hombres la pensión de viudedad; equiparación por arriba que partía de la equiparación de los hombres a las mujeres, como también se hizo en el caso de la STC 207/1987 de 22 de diciembre⁶⁷¹ (respecto de la jubilación anticipada de auxiliares de vuelo femeninas) o de la STC 81/1982, de 21 de diciembre⁶⁷² (equiparación de ATS masculinos en cuanto al salario y otras condiciones de trabajo en relación con el personal femenino). No obstante, poco a poco se fue superando la bilateralidad ciega, iniciando una tímida evolución hacia la igualdad material, en un momento histórico en el que las mujeres, sobre todo las mujeres casadas, estadísticamente apenas se habían integrado en el mercado de trabajo. Así pueden destacarse, las SSTC 128/1987, de 16 de julio⁶⁷³, 76/1983, de 5 de agosto⁶⁷⁴ y 7/1983, de 14 de febrero⁶⁷⁵.

⁶⁶⁹ Lousada Arochena, F., “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española”, *Cuadernos Digitales de Formación*, CGPJ, nº45, 2011, pág. 3.

⁶⁷⁰ STC 103/1983 de 22 de noviembre, de extensión a los hombres, de la pensión de viudedad. La legislación vigente hasta ese momento, establecía un sistema jurídico diferente en orden a las pensiones de las viudas y a las de los viudos, ya que para las primeras exige sólo la previa relación conyugal y la convivencia habitual con el consorte en tanto que para los segundos exige además la incapacidad para el trabajo y la dependencia económica respecto del otro cónyuge.

⁶⁷¹ STC 207/1987, de 22 de noviembre. Esta sentencia analiza el derecho a la jubilación anticipada que se reconocía a las auxiliares de vuelo femeninas, que se justificaba para garantizar el atractivo físico y se declara discriminatoria por el TC.

⁶⁷² STC 81/1982, de 21 de diciembre.

⁶⁷³ STC 128/1987, de 16 de julio. En esta sentencia se deniega la extensión incondicional a los trabajadores varones, de un plus estipulado en concepto de guardería y que se condicionaba al requisito de ser mujer u hombre en estado de viudedad. El Tribunal recuerda en la fundamentación jurídica (FJ 10): “, resulta patente que, aun excluyendo que exista una diferencia de obligaciones familiares entre hombre y mujer, la mujer que tiene a su cargo hijos menores se encuentra en una situación particularmente desventajosa en la realidad para el acceso al trabajo, o el mantenimiento del que ya tiene. (...) Si la tasa de actividad de la población femenina es ya muy baja en comparación con la masculina, tal diferencia se extrema si se compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9 por 100) con la correspondiente de hombres casados (el 70,92 por 100)(...) En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias (...)”.

⁶⁷⁴ STC 76/1983, de 5 de agosto. En esta sentencia se recuerda por el Tribunal que “el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas.”

La segunda etapa (Igualdad material), que cronológicamente arranca a partir de la década de los noventa, se caracterizó por impulsar acciones tendentes a compensar los efectos perjudiciales que resultan, para las mujeres en activo, de actitudes, de comportamientos y de estructuras de la sociedad (acciones positivas)⁶⁷⁶, dando lugar a un acervo comunitario de gran amplitud e importante calado por parte del TJUE en interpretación y aplicación del concepto de discriminación indirecta, discriminación compensatoria y acciones positivas⁶⁷⁷.

El Tratado de Ámsterdam (1997)⁶⁷⁸ supuso un avance en la igualdad sustantiva al reconocerse la misma retribución no sólo a un mismo trabajo sino

⁶⁷⁵ STC 7/1983, de 14 de febrero. El Tribunal consideró discriminatoria la excedencia femenina, forzosa y voluntaria derivada de matrimonio, aunque sin referencia expresa al carácter paternalista de la medida.

⁶⁷⁶ Señala, sobre el particular, Lousada Arochena, F, *El derecho fundamenta a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 258 y 259, “El origen de las acciones positivas está en el proceso de construcción del derecho a la no discriminación acaecido en los Estados Unidos. Precedente absoluto es la Orden Ejecutiva 8.802 de 1941 del presidente Roosevelt, que buscaba erradicar la segregación racial en la industria armamentística. Con carácter general para el empleo público y los contratistas de la administración, la Orden ejecutiva 10.925 de 1961 del presidente Kennedy (que utilizó la expresión “affirmative action”) y sobre todo la orden ejecutiva 11.246 de 1965 del presidente Johnson que obligaban a adoptar acciones positivas raciales. A su vez, la Orden 11.375 de 1.967 del presidente Johnson añadió la no discriminación sexual. (...) Las civil Rights Acts (de 1964 y de 1991), atribuyen a los órganos judiciales amplios poderes para fijar los remedios de una discriminación, incluyendo planes de acción positiva y para aprobar acciones positivas entre empresa y representación del personal.”

⁶⁷⁷ Según la profesora Eva Pons: “en esta segunda etapa la normativa y jurisprudencia de la UE reconocerían la necesidad de otorgar un trato especial a las mujeres con el fin de alcanzar una igualdad real. Este reconocimiento de las especificidades de las mujeres como trabajadoras se halla en la Directiva 92/85/CEE, relativa a la seguridad e higiene en el trabajo de las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz recientemente o en periodo de lactancia. También la Recomendación 84/635/CEE del Consejo, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer.” Pons, E., “Igualdad y no discriminación por razón de sexo: nociones jurídicas básicas”. Del libro: Pumar Beltran, N. Y Sanchez Urrutia, A., *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

⁶⁷⁸ Con vigencia desde el 1 de mayo de 1999. “Este Tratado reviste una especial importancia para el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres en toda la UE, en la medida en que constituye un progreso fundamental en la consecución de una situación de igualdad en el mundo laboral: (...) En el artículo 141, apartado 1, establece que el principio de igualdad de retribución debe aplicarse no sólo a un mismo trabajo, sino también a un trabajo de igual valor. (...) el artículo 141, apartado 4, contempla la posibilidad de «adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales (...)”. Parlamento Europeo (2009-2014) Comisión de derechos de la mujer e igualdad de género “*Derechos de las Mujeres e Igualdad de género: Información básica*”, págs. 4 y 5.

también a un trabajo de igual valor y contemplarse normativamente la utilización de medidas afirmativas para compensar desventajas del sexo menos representado en las carreras profesionales. Además, se proclama el fomento de “la igualdad entre el hombre y la mujer”, como una de las misiones fundamentales de la Comunidad. La estrategia igualitaria de la UE se mantuvo viva con el Tratado de Niza (2000) y el Tratado de Lisboa (2007)⁶⁷⁹. De esta fase puede destacarse la STJUE de 28 de marzo de 2000 (*caso Badeck*),⁶⁸⁰ o la STJUE de 11 de enero de 2000 (*caso Kreil*)⁶⁸¹.

En esta etapa, el Comité de Derechos Humanos se pronunció en su Observación General nº28, sobre la necesidad de que los Estados adopten medidas para eliminar los obstáculos que se interponen en el goce de los derechos en condiciones de igualdad, incluyendo las acciones afirmativas⁶⁸². En el mismo sentido lo reiteró, años después, el Comité CEDAW en su Recomendación nº25, señalando que la obligación de los Estados trasciende de la simple obligación jurídica formal de igualdad, pues la mujer debe tener las mismas oportunidades que el hombre y disponer de un entorno que le permita

⁶⁷⁹ No obstante, existen voces doctrinales que denuncian los retrocesos producidos en la UE materia antidiscriminatoria durante los últimos años. Ballester destaca que desde el año 2000 hasta la actualidad se han introducido importantes excepciones y matizaciones a los principios antidiscriminatorios de la normativa y jurisprudencia de la UE, como por ejemplo las limitaciones a las cuotas femeninas, que desde la perspectiva de “la discriminación del hombre” llevó al TJUE a declarar que las cuotas femeninas se oponen el derecho comunitario cuando establecen una preferencia absoluta femenina en el momento de la contratación en caso de igual capacitación. También denuncia esta jurista un retroceso en las políticas relacionadas con la cuestión antidiscriminatoria, pasándose de la estrategia 2010-2015 para la igualdad entre hombres y mujeres a su sucesora, que no es siquiera una estrategia, sino un “compromiso de estrategia” 2016-2019, con un interés más limitado, lo que ha sido criticado por el propio Parlamento Europeo (apartado 3º y 8º de la Resolución del Parlamento Europeo de 3 de febrero de 2016). Véase, Ballester Pastor, M.A., “Análisis crítico de la trasposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación”. *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº30, 2016, pág. 5.

⁶⁸⁰ STJUE de 28 de marzo de 2000 (*Badeck*), C-158/1997. En esta sentencia se analizan cinco acciones positivas diferentes.

⁶⁸¹ STJUE de 11 de enero de 2000 (*Kreil vs Bundesrepublik Deutschland*) C-285/98. La reclamante solicitaba trabajar como ingeniera eléctrica en las fuerzas armadas, y le fue denegado porque las mujeres estaban excluidas de todos los puestos militares que implicaran el uso de armas y por tanto solo podían participar en servicios médicos y musicales del ejército. El TJUE consideró la exclusión demasiado amplia y no se justificaba en relación a las funciones a realizar en cada puesto concretos. Además, las mujeres también estaban obligadas a realizar formación básica de armas para fines de autodefensa y de defensa de otras personas, por lo que la medida no era proporcionada para la consecución de su finalidad.

⁶⁸² Comité de Derechos Humanos, Observación General nº28, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres (art. 3), 68º periodo de sesiones, 2000.

la igualdad real siendo las acciones positivas un medio para hacer realidad la igualdad, acelerando la modificación y eliminación de prácticas culturales y actitudes y comportamientos estereotípicos que sitúan a las mujeres en posición desaventajada⁶⁸³.

También la Doctrina constitucional española abrazó la jurisprudencia de la desigualdad justificada, en sentencias como la STC 315/1994, de 28 de noviembre⁶⁸⁴. De esta etapa también pueden destacarse la STC 145/1991, de 1 de julio⁶⁸⁵, en relación a la discriminación retributiva fijada convencionalmente para trabajos feminizados- limpiadoras hospitalarias- en relación a otros de igual valor. En la misma línea, la STC 286/1994, de 27 de octubre⁶⁸⁶.

Por último, la tercera etapa o actual (Igualdad estructural -*gender mainstreaming*), que arranca desde finales del siglo XX, se caracteriza por la adopción de la igualdad entre mujeres y hombres, como valor y un objetivo principal que debe integrarse en todas las políticas y acciones del entorno europeo (UE y Consejo de Europa), con la finalidad de alcanzar la igualdad de resultado. Ello supone la incorporación de la perspectiva de igualdad de género, en todas las políticas a todos los niveles y en todas las etapas por los actores normalmente involucrados en la adopción de medidas políticas. La finalidad es que los Estados adopten una posición activa y transformativa de

⁶⁸³ Recomendación General Núm. 25 del Comité CEDAW, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal (2004)

⁶⁸⁴ STC 315/1994, de 28 de noviembre. En esta sentencia se deniega la extensión al demandante varón de una norma de la mutualidad de empleados locales donde se establecía una diferencia en el acceso a la pensión de orfandad (a los hijos hasta los 25 años y a las hijas sin límite de edad salvo si contraen matrimonio o toman estado), bajo la fundamentación jurídica siguiente:

“el principio de igualdad como reacción respecto de un trato discriminatorio, es un arma defensiva para impedir la privación o limitación arbitraria de un derecho existente y no para conseguirlo indirectamente a su través. En otras palabras, no puede ser un medio para adquirir derechos ajenos, en virtud del agravio comparativo (STC 28/1992), salvo que esa desigualdad resulte arbitraria por reflejar una concepción peyorativa del así discriminado, constitucionalmente inaceptable, lo que no es el caso. No resulta posible una parificación o equiparación en la discriminación misma (...)” – FJ 4º de la sentencia

⁶⁸⁵ STC 145/1999, de 1 de julio (Hospital Gregorio Marañón).

⁶⁸⁶ STC 286/1994, de 27 de octubre (Galletas fontaneda). En este caso se declaró discriminatoria la retribución abonada al personal adscrito a tareas de envasado, empaquetado y acabado (mayoritariamente femenino), en relación al personal de producción (mayoritariamente masculino), al considerarse trabajos de igual valor.

las desigualdades reales, lo que conlleva el reconocimiento de las diferencias existentes entre las personas y grupos sociales, con la finalidad de que dichas diferencias no las coloquen en situación de inferioridad desterrando el entendimiento de igualdad como semejanza. La igualdad estructural, por tanto, supone que el estado se haga cargo de las desventajas históricas en las que se sitúan determinados grupos sociales evitando su continuación, a través de actuaciones concretas que tienen como finalidad revertir sus efectos logrando la igualdad de resultados.

A ello se alude de forma expresa en la recomendación general nº 25 del Comité CEDAW⁶⁸⁷. También la Recomendación nº33 del mismo Comité⁶⁸⁸, supuso un importante avance internacional en la promoción de la igualdad de resultado en el ámbito judicial.

Uno de los casos más emblemáticos en los que se hace expresa referencia a la “discriminación estructural” es el caso “*campo algodono*”⁶⁸⁹, cuyo Informe expedido por la CIDH, destaca que la violencia contra las mujeres en Ciudad Juárez “tiene sus raíces en conceptos referentes a la inferioridad y subordinación de las mujeres”⁶⁹⁰. En el mismo sentido se pronunció la Relatora sobre la Violencia contra la Mujer de la Organización de Naciones Unidas que destacó que la violencia contra la mujer en México solo puede entenderse en el

⁶⁸⁷ “La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutaran de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia. La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente” (Recomendación general nº25, Apartado II, 9 y 10).

⁶⁸⁸ Recomendación nº33 del Comité CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia de 3 de agosto de 2015.

⁶⁸⁹ Sentencia de la Corte IDH de 16 de noviembre de 2009 (González y otras vs. México).

⁶⁹⁰ CIDH, Informe sobre la situación de los derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación. (7 de marzo de 2003).

contexto de “una desigualdad de género arraigada en la sociedad”⁶⁹¹. Este enfoque igualitario nos acerca a una nueva categoría de discriminación, añadida a la discriminación directa e indirecta, y a la discriminación interseccional, que es la discriminación estructural. Deriva del reconocimiento de la denegación sistemática de poder y la existencia de relaciones de subordinación; conforme a ello, el moderno mandato de igualdad da un paso más y no se limita a la nivelación a partir de la similitud-diferencia de las personas en situaciones concretas, sino que debe asegurar la efectiva protección de los colectivos desaventajados, en el ámbito legal y judicial. Con base en ello, puede concluirse que existirá discriminación estructural cuando una ley, política pública o acto tenga como consecuencia la perpetuación de la situación de exclusión u opresión de personas pertenecientes a un grupo de población históricamente desaventajado.

En el ámbito del Consejo de Europa puede destacarse la STEDH de 31 de marzo de 2009 (*Weller vs. Hungría*),⁶⁹² en la que se consideró discriminatoria la decisión de negar el derecho a la prestación de maternidad a un padre húngaro, dado que la madre y esposa del demandante carecía del derecho por no ser de nacionalidad húngara, en base a que los padres y tutores adoptivos varones sí podían acceder a tal derecho. Y como referente europeo en materia de violencia de género institucional, cabe destacar la importantísima STEDH de 9 de junio de 2009 (*Opuz vs. Turquía*) o la STEDH de 25 de julio de 2017 (*Carvalho Pinto de Sousa vs. Portugal*), entre otras.

De esta etapa pueden destacarse la STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Roca Álvarez*)⁶⁹³, la STJUE de 11 de noviembre de 2010 (caso *Danosa*). También la STJUE de 20 de septiembre de 2007 (*caso Kiiski*)⁶⁹⁴, la STJUE de

⁶⁹¹ Relatoría sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Informe integración de los derechos humanos de la mujer y la perspectiva de género: la violencia contra la mujer, Misión México, 62º periodo de sesiones, 2006, párrafo 7.

⁶⁹² STEDH de 31 de marzo de 2009 (*Weller vs. Hungría*), nº44399/05.

⁶⁹³ STJUE de 30 de septiembre de 2010 (*Roca Álvarez*), C-104/09, que consideró discriminatoria la titularidad femenina estipulada por la ley española, del permiso de lactancia.

⁶⁹⁴ STJUE de 20 de septiembre de 2007 (*Kiiski*), C-116/06. Se trataba de un caso en el que operaría disfrutando de un permiso parental, solicita su modificación a permiso por maternidad, al quedar embarazada. Ello se le deniega porque no estaba prevista en la ley esa posibilidad, a

18 de marzo de 2004 (*Merino-Gómez*)⁶⁹⁵, o la STJUE de 20 de junio de 2019 (*caso Hakelbracht y Vandenbon*)⁶⁹⁶.

A nivel nacional, se subraya la STC 12/2008 de 29 de enero⁶⁹⁷, que declara la constitucionalidad de las cuotas electorales, con amparo en el art. 9.2 de la CE, aunque resulte criticable, de otro lado, por no haber profundizado sobre las desigualdades estructurales y sistémicas que sufren las mujeres.

Este nuevo derecho de igualdad demanda, a su vez, una impartición de justicia acorde con el concepto internacional de discriminación contra la mujer que no dice que se trate a una mujer igual que a un hombre sino que es discriminatorio todo lo que tiene como resultado la desigualdad. Por ello se dice que la perspectiva de género nos ayuda a “des-cubrir” la invisibilización de las asimetrías sociales de género.

Estas tres etapas evolutivas normativa y jurisprudencial del principio de igualdad y no discriminación, evidencian que las teorías feministas del derecho se han transpuesto al orden normativo actual y se han condensado conceptualmente en el principio de transversalidad de la dimensión de género, que pretende dar una respuesta desde la generalidad, con visión contextual, global y crítica. La institucionalización de la discriminación ha permitido revisar

pesar de que sí estaba previsto para otros casos, como la enfermedad, o el fallecimiento del hijo/a.

⁶⁹⁵ STJUE de 18 de marzo de 2004 (*Merino- Gómez*), C-342/01. Resolvía una prejudicial planteada por el juzgado de lo social nº33 de Madrid en la que se solicitaba un pronunciamiento sobre el derecho a disfrute de vacaciones en periodo diferente a la licencia por maternidad, cuando las vacaciones anuales de todo el personal se habían establecido en acuerdo colectivo. El Tribunal entiende que las directivas referidas por el magistrado español han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para el conjunto de la plantilla.

⁶⁹⁶ STJUE de 20 de junio de 2019 (*Hakelbracht y Vandenbon*), C-404/18.

⁶⁹⁷ STC 12/2008, de 29 de enero, en cuyo FJ4º se recoge: “En cuanto al art. 9.2 CE hemos tenido ocasión de afirmar que “la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva(...)”

el clásico principio de igualdad, superando la idea de comparación para pasar al mandato de antidisdiscriminación⁶⁹⁸, que pretende a través de “la perspectiva de género” implementar cambios sustanciales de igualdad efectiva inter-géneros, partiendo del axioma de subordinación estructural-grupal de las mujeres⁶⁹⁹, dando prevalencia a la igualdad de las diferencias.

V. EL ORIGEN DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO: *GENDER MAINSTREAMING*

La expresión “perspectiva de género” o “transversalización de la perspectiva de género” es la traducción al española de *gender mainstreaming*⁷⁰⁰, que se ha venido desarrollando en el ámbito de las instituciones internacionales y nacionales para referirse a una técnica con la que hacer frente a las desigualdades entre mujeres y hombres. Como ha señalado la doctrina científica⁷⁰¹, la expresión “perspectiva de género” es la traducción al española de *gender mainstreaming* y tal concepto fue utilizado por vez primera en los años setenta del siglo XX, en la literatura sobre educación para describir un método de enseñanza que integra en una misma clase alumnado de distintas capacidades, en lugar de separarlo por este criterio.

⁶⁹⁸ Lousada Arochena, F. *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pág. 63.

⁶⁹⁹ Gil Ruiz, JM., “La interpretación de las normas bajo una perspectiva de género”, págs. 3 y 4. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOM%20%89STICA/OTRAS%20ACTIVIDADES%20FORMATIVAS/FICHEROS/20130502%20JP%20La%20interpretaci%C3%B3n%20de%20las%20normas%20bajo....pdf> [Consultada el 1 de agosto de 2021].

⁷⁰⁰ Procede del término Mainstream, como conjunto de ideas y prácticas de la corriente o pensamiento general, lo que trasladado al concepto Gender Mainstreaming sería esa acción de integrar la perspectiva de género en las ideas y prácticas del pensamiento general, o sea de las políticas públicas, de forma transversal. El término anglosajón no es de fácil traducción al español, por lo que el término “transversalidad”, presenta dudas respecto a la estrategia global del mainstreaming, ya que la transversalidad viene siendo entendida como una estrategia vertical, a veces trabajada más desde un planteamiento de mujer como “grupo minoritario” que considerando al género como una variable de interpretación de la realidad, que pone de manifiesto la secular desventaja de las mujeres y de los hombres en los contextos y estructuras sociales”. Casco, B., (Coord.) (2003): “Mainstreaming. Una Aproximación Teórica”, Madrid: Instituto De La Mujer.

⁷⁰¹ Carmona Cuenca, E., *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 27.

El concepto *gender mainstreaming* se incluyó por primera vez, en el discurso de la Organización de Naciones Unidas, en el año 1975⁷⁰², en relación a las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres al cuestionarse que unas políticas aparentemente neutrales podían tener como efecto la consolidación de las desigualdades de género. En tal contexto se presentó el *gender mainstreaming* como una herramienta inclusiva de los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y para contrarrestar las políticas “neutrales”, que venían a consolidar las desigualdades de género existentes.

La aplicación de la perspectiva de género en las políticas y asuntos de las mujeres se volvió a tratar también en la III Conferencia sobre Mujeres que tuvo lugar en Nairobi en 1985. En la IV Conferencia Mundial de Mujeres de Naciones Unidas celebrada en Beijing, en 1.995, fue profusamente utilizado para la acción, como estrategia para remediar la desigual situación de las mujeres en doce áreas: educación, salud, violencia, conflictos armados, economía, toma de decisiones y derechos humanos. La Plataforma de la acción de Beijing se refirió al concepto como “la necesidad de tener en cuenta el impacto de género antes de que las decisiones sean adoptadas”⁷⁰³. Se trataba de implementar un mecanismo para incluir los intereses de las mujeres en la idea de desarrollo y evitar la perpetuación de las relaciones de poder y subordinación existentes entre mujeres y hombres.

La perspectiva de género, volvió a ser tenida en cuenta en la Comisión de Naciones Unidas sobre la Situación de la Mujer, desde el Secretariado General de Naciones Unidas y el Consejo Económico y Social (ECOSOC), que adoptó una definición de la “transversalización de la perspectiva de género”

⁷⁰² Las Conferencias mundiales sobre las mujeres promovidas desde Naciones Unidas han sido la celebrada en México (1975) donde arranca la Década de las Naciones Unidas para las Mujeres; la siguiente fue celebrada en Copenhagen (1980); la tercera en Nairobi (1985) y la última en Beijing (1995). Todas ellas versan sobre la igualdad de las mujeres y su contribución al desarrollo y la paz de las Naciones. El concepto *gender mainstreaming* se consolida en la última Conferencia (1995), que es donde por primera vez se aborda el concepto de género, y también la violencia contra las mujeres como una vulneración de derechos humanos.

⁷⁰³ Carmona, E., *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, pág. 28.

(*mainstreaming a gender perspective*) en 1997⁷⁰⁴. En junio de 2000, la Asamblea General adoptó la decisión de celebrar su 23º periodo extraordinario⁷⁰⁵ de sesiones para llevar a cabo un examen y una evaluación quinquenales de la aplicación de la Plataforma de Acción de Beijing, así como para estudiar posibles medidas e iniciativas futuras. La evaluación, a la que se dio el nombre de “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”, tuvo lugar en Nueva York, y de ella surgió una declaración política y nuevas medidas e iniciativas para la aplicación de la Declaración y la Plataforma de acción de Beijing⁷⁰⁶. Su aplicación tuvo un seguimiento posterior, tanto en el año 2005 como en 2010⁷⁰⁷.

La idea fue también acogida por el Consejo de Europa, constituyéndose un grupo de personas expertas en 1996⁷⁰⁸, que ha venido elaborando diversos informes sobre la cuestión en Europa.

Desde la Unión Europea, el Parlamento Europeo adoptó oficialmente el concepto *mainstreaming* de género en 1997, en su Resolución sobre la Comunicación de la Comisión "*Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*"⁷⁰⁹. La UE, desde entonces, se convierte en uno de los organismos promotores de

⁷⁰⁴ Referida en el apartado 4.6 de este capítulo.

⁷⁰⁵ Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/followup/beijing+5.htm>. [Consultada el 8 de julio de 2021]

⁷⁰⁶ Disponible en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/S-23/13>. [Consultada el 9 de julio de 2021].

⁷⁰⁷ El 12 de marzo de 2010 se llevó a cabo el examen de la Plataforma de Acción de Beijing y los Estados miembros aprobaron una declaración en la que se acogían los progresos realizados con el fin de lograr la igualdad de género, y se comprometían a adoptar nuevas medidas para garantizar la aplicación integral y acelerada de la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing.

⁷⁰⁸ Consejo de Europa, *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de “buenas prácticas”*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* (EG-S-MS), Instituto de la Mujer, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Serie documentos, número 28, Madrid, 1999, p. 26.

⁷⁰⁹ Resolución sobre la Comunicación de la Comisión "*Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*" (COM (96) 0067 C4-0148/96) Diario Oficial C 304 de 6 de octubre de 1997.

esta estrategia⁷¹⁰. El Plan de acción de la UE, en materia de género 2016-2020, titulado “Igualdad de género y empoderamiento de la mujer: transformar las vidas de niñas y mujeres a través de las relaciones exteriores de la UE 2016-2020”⁷¹¹, destacaba la necesidad de conseguir plenamente el disfrute íntegro y en condiciones de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales de mujeres y niñas. Asimismo, se subrayaba la necesidad de intensificar el compromiso de la UE con la correcta aplicación de la CEDAW, promover actuaciones que hagan real la participación de las mujeres en todos los ámbitos y en negociaciones y mediaciones para la paz, especialmente en la prevención y resolución de conflictos y en la reconstrucción posterior a los conflictos. Y también integrar la perspectiva de género en todos los instrumentos y que este enfoque se refleje en todas las herramientas de la Unión.

Por último, se destaca el más reciente Plan de Acción europeo en materia de género (2021-2025), para “la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres en la Acción Exterior de la UE” que tiene por objeto acelerar los avances en el empoderamiento de las mujeres y las niñas, y salvaguardar los logros conseguidos en materia de igualdad de género durante los 25 años transcurridos desde la adopción de la Declaración de Pekín y su Plataforma de Acción⁷¹².

En base a lo expuesto, puede catalogarse el *gender mainstreaming* como la tercera etapa en el cumplimiento de los mandatos internacionales, regionales y nacionales en materia de igualdad de género. Desde un punto de vista judicial, supone el traslado de los estudios sociales de género al terreno jurídico, tras el

⁷¹⁰ El Reglamento Comunitario (Nº 1083/2006 del Consejo de 11 de julio de 2006) en su art. 16 establece entre los criterios generales para la asignación de los Fondos Europeos: “*Los Estados Miembros y la Comisión velarán por promover la igualdad entre hombres y mujeres y la integración de las cuestiones de género en las diferentes etapas de la ejecución de los Fondos*”.

⁷¹¹ Informe aprobado conjuntamente por la Comisión de Desarrollo (DEVE) y la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género (FEMM), en fecha 24 de mayo de 2018. Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2017/2012\(INI\)&l=en](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2017/2012(INI)&l=en). Consultada el 10 de agosto de 2021].

⁷¹² “Plan de Acción para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres en la Acción Exterior 2021-2025 (GAP III) de la UE”, presentado en noviembre 2020. Disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_20_2184 [Consultada el 30 de julio de 2021].

fracaso de las dos etapas previas en este complicado proceso. Los problemas de igualdad en los años ochenta y noventa no son los mismos que los del siglo XXI, por ello se requieren nuevas estrategias jurídicas que sean útiles y efectivas en este propósito igualitario.

De lo expuesto puede concluirse, siguiendo doctrina científica autorizada⁷¹³, que el principio de transversalidad de la dimensión de género determina cambios funcionales y orgánicos. De un lado, los cambios funcionales obligan a considerar la dimensión de género en la totalidad de las operaciones jurídicas (elaboración, interpretación y aplicación de las normas) y por la totalidad de los agentes jurídicos. Y de otro lado, los cambios orgánicos obligan a los poderes públicos a actuar coordinadamente entre sí, a potenciar los organismos de igualdad y a colaborar con los grupos sociales de defensa de la igualdad. Además, estos cambios funcionales y orgánicos tienen como finalidad última erradicar los prejuicios de género en cuanto supongan la subordinación de la mujer.

De este modo, la transversalización o perspectiva de género, se consolida como un novedoso instrumento de transformación social, que pretende garantizar la efectiva salvaguardia de los derechos de las mujeres ante la necesidad de reconocer de diversidad de género, tanto en la interpretación y aplicación de los tratados generales sobre derechos humanos como en la implementación de todas las estrategias y acciones en materia de género.

VI. PARTICULAR ATENCIÓN A LA VIOLENCIA DE GÉNERO INSTITUCIONAL

Las distintas caras de la violencia de género solo pueden entenderse con perspectiva global, porque traspasan fronteras y trascienden de lo privado a lo público, lo que ha dado lugar a una nueva modalidad de violencia: La violencia de género institucional. La alta nocividad de esta tipología de violencia, ejecutada desde las entrañas institucionales de lo público, la ha convertido en una cuestión de derechos humanos.

⁷¹³ Lousada Arochena, F. *El principio de transversalidad de la dimensión de género*. MTAS, Madrid, 2007.

El derecho internacional de los derechos humanos ha reconocido que el estado puede perpetrar por medio de sus agentes o políticas públicas violencias contra de las mujeres en base al género, o bien, tolerar estas violencias. En este sentido, debe destacarse que el estudio realizado sobre todas las formas de violencia contra la mujer del Secretario General de Naciones Unidas establece sin ambages que un estado puede cometer violencia contra las mujeres mediante sus leyes o políticas y puede tolerar esta violencia mediante leyes inadecuadas o por su ineficaz aplicación, asegurando la impunidad⁷¹⁴. La violencia ejercida contra las mujeres y niñas es una manifestación extrema de desigualdad y una herramienta, a veces mortal, para mantener su situación subordinada. Se trata de un grave problema social de impacto internacional causante de más muertes que cualquier guerra conocida⁷¹⁵.

Sobre la materia se ha señalado que la dimensión institucional de las violencias contra las mujeres ha sido una de las novedades que la perspectiva feminista ha incorporado al análisis de dicho fenómeno porque, desde sus inicios, el movimiento feminista ha sido consciente del papel ambiguo del estado⁷¹⁶. Por ello, se ha venido visibilizando a través de distintas herramientas legales de ámbito internacional, europeo y nacional, que el estado puede ser también un agente activo de violencias de género a través de sus propias instituciones, y ello no solo a través de la acción directa (violencia física, psicológica, sexual ...), sino también por ser responsabilidad del mismo la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias contra las mujeres.

1. Naciones Unidas

⁷¹⁴ Naciones Unidas (2006). Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer. Informe del Secretario General, A/61/122/Add.1, párrafos 139 y 140.

⁷¹⁵ Según el “Estudio mundial sobre el homicidio 2011” realizado por UNODC, casi el 50% de las víctimas mujeres, murieron a manos de miembros de su familia o de sus parejas frente al 6%, en el caso de los hombres. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/statistics/Homicide/BOOK_Global_study_on_homicide_2011_Spanish_ebook.pdf. [Consultada el 7 de julio de 2018].

⁷¹⁶ Bodelón, E., “Violencia institucional y violencia de género” cit., pág. 132.

En 1993, la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer de la Asamblea general de Naciones Unidas, especificó por primera vez que una de las formas de violencia física, sexual o psicológica era aquella perpetrada o tolerada por el propio estado. Como antídoto a esta modalidad de violencia, el art. 2 d) de la CEDAW⁷¹⁷, aunque no refiera expresamente al término “diligencia debida”, sí define su concepto y el compromiso asumido por los Estados firmantes. También los art. 2.f)⁷¹⁸ y 5.a)⁷¹⁹ de la CEDAW concretizan obligaciones de los Estados en el cumplimiento de su deber de diligencia frente a formas de discriminación contenidas en leyes, reglamentos, usos, prácticas que constituyan discriminación contra la mujer. Las Recomendaciones n°28 sobre las obligaciones básicas de los Estados partes en virtud del art. 2 de la Convención⁷²⁰ y n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia (2015)⁷²¹,

⁷¹⁷ Artículo 2- “Los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas; convienen en seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer y, con tal objeto, se comprometen a : (...) d) abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer y velar porque las autoridades e instituciones públicas actúen de conformidad con esta obligación (...).”

⁷¹⁸ Artículo 2 f): “(...) Adaptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

⁷¹⁹ Artículo 5 a): “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

⁷²⁰ Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 16 de diciembre de 2010.

⁷²¹ Recomendación N° 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, en cuya introducción se recoge: “El derecho de acceso de las mujeres a la justicia es esencial para la realización de todos los derechos protegidos en virtud de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza (...) El derecho de acceso a la justicia es pluridimensional. Abarca la justiciabilidad, la disponibilidad, el acceso, la buena calidad, el suministro de recursos jurídicos para las víctimas y la rendición de cuentas de los sistemas de justicia (...) En la presente recomendación general, el Comité examina las obligaciones de los Estados partes para asegurar que las mujeres tengan acceso a la justicia.(...) En la práctica, el Comité ha observado una serie de obstáculos y restricciones que impiden a la mujer realizar su derecho de acceso a la justicia en pie de igualdad, incluida una falta de protección jurisdiccional efectiva de los Estados partes en relación con todas las dimensiones del acceso a la justicia. Esos obstáculos se producen en un contexto estructural de discriminación y desigualdad, debido a factores como los estereotipos de género, las leyes discriminatorias, los procedimientos interseccionales o compuestos de discriminación y las prácticas y los requisitos en materia probatoria”.

desarrollan más claramente la obligación de diligencia debida de los Estados partes⁷²².

También la observación general n°16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 13 de mayo de 2005⁷²³, parte de un marco conceptual en el que se separa nítidamente la igualdad formal y sustancial, con la pretensión de lograr la igualdad sustancial, lo que exige que los poderes públicos respeten el principio de igualdad ante la ley y en la ley, que se concretiza en una triple obligación de los Estados: obligación de respetar, proteger y cumplir.

2. Consejo de Europa

En el ámbito europeo la violencia institucional también está muy presente en el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (*Convenio de Estambul*), en su art. 5 (obligaciones del estado y diligencia debida) y art. 30, sustancialmente (en relación a la obligación de concesión de indemnización por actos de violencia)⁷²⁴. En el art. 5 del Convenio se recoge literalmente lo siguiente:

“Obligaciones del Estado y diligencia debida. 1. Las Partes se abstendrán de cometer cualquier acto de violencia contra la mujer y se asegurarán de que las autoridades, los funcionarios, los agentes y las instituciones estatales, así como los demás actores que actúan en nombre del Estado se comporten de acuerdo con esta obligación. 2. Las Partes tomarán las

⁷²² Desarrollado en el apartado 4.1 de este capítulo.

⁷²³ Observación General del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre la Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3 del Pacto Internacional de derechos Económicos, Sociales y Culturales), 34º periodo de sesiones Ginebra, 25 de abril a 13 de mayo de 2005.

⁷²⁴ Y en el apartado 2 y 3 artículo 30 se dispone lo siguiente: “2. El Estado debería conceder una indemnización adecuada a quienes hayan sufrido graves daños contra su integridad física o a la salud, en la medida en que el perjuicio no esté cubierto por otras fuentes, en particular por el autor del delito, los seguros o los servicios sociales y médicos financiados por el Estado. Esto no impide a las Partes requerir al autor del delito el reembolso de la indemnización concedida, siempre que la seguridad de la víctima se tenga en cuenta de manera adecuada. 3. Las medidas tomadas con arreglo al apartado 2 deberán garantizar la concesión de la indemnización en un plazo razonable.”

medidas legislativas y demás necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.

Entre las autoridades a las que refiere expresamente este precepto se incluyen las judiciales, en su labor jurisdiccional, porque actúan en nombre del Estado. Esta obligación, además, debe conectarse a la obligación de integrar la perspectiva de género a la que expresamente refiere el art. 49.2 del Convenio de Estambul.

Además, también fue integrada esta obligación en el propio CEDH mediante el Protocolo 12 al CEDH de 4 de noviembre de 2000⁷²⁵.

Este protocolo tiene por finalidad tomar nuevas medidas para promover la igualdad mediante la garantía colectiva de prohibición general de discriminación. Específicamente en los apartados 21 y 22 se recoge lo siguiente:

“El artículo 1 prevé una cláusula general de no discriminación, y de este modo el alcance de la protección que ofrece va más allá del «goce de los derechos y libertades reconocidos en el [presente] Convenio».

En particular, el alcance de la protección adicional en virtud del artículo 1 se refiere a los casos en que una persona es objeto de discriminación:

- i. en el goce de todo derecho específicamente concedido al individuo por el derecho nacional;
- ii. en el goce de cualquier derecho derivado de obligaciones claras de las autoridades públicas en el derecho nacional, es decir, cuando la ley nacional obliga a esas autoridades a actuar de cierta manera;
- iii. por parte de las autoridades públicas debido al ejercicio de un poder discrecional (por ejemplo, la concesión de ciertas subvenciones);

⁷²⁵ Instrumento de ratificación del Protocolo numero 12 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Número 177 del Consejo de Europa), hecho en Roma el 4 de noviembre de 2000. (BOE nº64 de 14 de marzo de 2008).

iv. debido a otros actos u omisiones por parte de las autoridades públicas (por ejemplo, el comportamiento de los responsables de la aplicación de las leyes para sofocar una revuelta)”.

Y en el apartado 25 se insiste:

“el artículo 1 garantiza la protección contra la discriminación por parte de las autoridades públicas⁷²⁶ (...)”

Se trata, por tanto, de un protocolo aclaratorio en el ámbito del Consejo de Europa de la extensión del principio de no discriminación (art. 14 del CEDH), incluyendo su protección también frente a las actuaciones de autoridades, incluso judiciales.

En aplicación de esta obligación de diligencia debida, el TEDH ha condenado a los Estados en diversas sentencias, entre otras, la STEDH de 9 de junio de 2009 (Opuz vs. Turquía) o más recientemente la STEDH de 9 de febrero de 2021 (N-Ç vs. Turquía) y la STEDH de 27 de mayo de 2021 (J.L. vs. Italia)⁷²⁷.

3. Unión Europea

En el seno de la UE, debe destacarse la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

El art. 25 de esta importante Directiva establece que las personas profesionales que hayan de tratar con las víctimas reciban una formación especializada y adecuada para evitar la victimización secundaria y, por tanto, la

⁷²⁶ En el apartado 30 se aclara que “La fórmula «autoridad pública» que figura en el apartado 2 se ha tomado del apartado 2 del artículo 8, y del apartado 1 del artículo 10 del Convenio, y posee el mismo significado que en esas disposiciones. Abarca no sólo a las autoridades administrativas, sino también a los tribunales y a los órganos legislativos”.

⁷²⁷ Nos remitimos al apartado 1.3.2 de este capítulo, en el que se analizan sentencias relevantes del TEDH.

violencia de género institucional que pueda ejercerse respecto a las víctimas de delitos. Se hace una expresa mención a la formación de “jueces, fiscales y abogados”⁷²⁸. Esta Directiva fue transpuesta por España, a través de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito⁷²⁹.

La revictimización o victimización secundaria es, por tanto, una forma de violencia de género institucional, porque dificulta el acceso a la justicia de las mujeres víctimas de delitos de género, impidiendo el pleno disfrute de los derechos humanos. La perspectiva de género conlleva también una perspectiva victimocéntrica en los delitos de género, que debe tener en cuenta las necesidades de las víctimas para evitar que la tramitación judicial pueda tener efectos traumáticos, dilatorios o impidan su participación en el proceso. Por ello, el art. 1 de esta ley lo acota claramente⁷³⁰.

Ello se traduce en obligaciones específicas que vinculan desde el ámbito de la justicia a quienes tramitan causas penales, de tal modo que no dar cumplimiento de tales obligaciones, en el caso de las víctimas de violencias de

⁷²⁸ Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establece normas mínimas sobre los derechos el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En los párrafos 1º y 2º del artículo 25, dispone lo siguiente: “1.Los Estados miembros garantizarán que aquellos funcionarios que probablemente vayan a entrar en contacto con las víctimas, como los agentes de policía y el personal al servicio de la administración de justicia, reciban tanto formación general como especializada a un nivel adecuado al contacto que mantengan con las víctimas, con el fin de mejorar su concienciación respecto de las necesidades de las víctimas y de capacitarlos para tratar a las víctimas de manera imparcial, respetuosa y profesional. 2. Sin perjuicio de la independencia judicial y de las diferencias en la organización de los sistemas judiciales en la Unión, los Estados miembros solicitarán a los responsables de la formación de los jueces y fiscales que participen en procesos penales que velen por que se imparta tanto formación general como especializada, con el fin de mejorar la concienciación de jueces y fiscales respecto de las necesidades de las víctimas.”

⁷²⁹ Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE nº101 de 28 de abril de 2015).

⁷³⁰ El art. 1 dispone: “Toda víctima tiene derecho a la protección, información, apoyo, asistencia y atención, así como a la participación activa en el proceso penal y a recibir un trato respetuoso, profesional, individualizado y no discriminatorio desde su primer contacto con las autoridades o funcionarios, durante la actuación de los servicios de asistencia y apoyo a las víctimas y de justicia restaurativa, a lo largo de todo el proceso penal y por un período de tiempo adecuado después de su conclusión, con independencia de que se conozca o no la identidad del infractor y del resultado del proceso”.

género, puede llevar aparejada la responsabilidad del estado por incumplimiento del principio de “diligencia debida”⁷³¹.

Por tanto, la perspectiva de género es una herramienta que evitará, en muchos casos, o bien disminuirá, las posibilidades de incurrir en el incumplimiento del principio de diligencia debida por parte de las autoridades judiciales en la investigación, tramitación y enjuiciamiento del procedimiento, porque el análisis de la controversia no se hace desde posiciones mecanicistas sino teniendo en cuenta el contexto y las circunstancias personales de la víctima (edad, origen, nivel educativo, capacidad económica etc.), humanizando la justicia para lograr una mayor equidad.

4. Resoluciones de interés sobre violencia de género institucional

Los organismos especializados y tribunales regionales de derechos humanos se han pronunciado reiteradamente sobre la violencia de género institucional. Veamos algunos ejemplos relevantes⁷³².

4.1-Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 16 de abril de 2001 (María da Penha vs. Brasil) en materia de violencia de género y omisión de la diligencia debida

Este informe versa sobre violencia de género y omisión de la diligencia debida⁷³³. En 1983, en Brasil María da Penha, biofarmacéutica, fue víctima de

⁷³¹ Aunque no tiene efectos jurídicos para nuestro país, también la “Convención Belém do Pará” (1996), incluye expresamente entre los deberes de los estados (artículo 7) la obligación de diligencia debida: “a)-abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar por que las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación; b)-actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer.”

⁷³² Las resoluciones, dictámenes o sentencias de organismos especializados o tribunales regionales, en esta materia, son múltiples por lo que se ha hecho una selección de varios casos que hemos considerado relevantes.

⁷³³ Informe de la CIDH 54/01 (Caso 12.051) de 16 de abril de 2001 (María da Penha vs Brasil). La CIDH, en aplicación, por primera vez, de la Convención Belém do Pará, resolvió que Brasil incumplió su obligación de ejercer la diligencia debida para prevenir, sancionar y erradicar la violencia doméstica, calificando de violencia “el patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado”.

un doble intento de homicidio por su entonces marido y padre de sus tres hijas. El agresor, economista y profesor universitario, le disparó por la espalda, mientras dormía⁷³⁴. La Sra. Da Penha no murió, pero quedó parapléjica. Posteriormente, el mismo agresor intentó electrocutarla en el baño y aunque fue condenado en dos ocasiones, quedó en libertad provisional tras apelar. En 1.998, quince años después, y sin haber recaído resolución judicial definitiva, la Sra. Da Penha acudió a la CIDH, denunciando la tolerancia estatal de la violencia de género, por no haber tomado, en quince años de duración del proceso, medidas efectivas necesarias para sancionar al agresor, que seguía en libertad, habiendo cumplido, finalmente, tan solo dos años en prisión.

La CIDH dictó resolución determinando que la omisión de la debida diligencia para prevenir e investigar una denuncia de violencia de género constataba la responsabilidad del Estado de Brasil en virtud de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención de Belém do Pará y también había violado los derechos de la solicitante y la falta de cumplimiento de su deber de condenar todas las formas de violencia contra las mujeres (art 7 Convención de Belém do Pará) como resultado de su inactividad. En concreto, la Comisión sostuvo que:

“La tolerancia de esta situación por todo el sistema sólo sirve para perpetuar las raíces y factores psicológicos, sociales e históricos que mantienen y alimentan la violencia contra las mujeres. Teniendo en cuenta el hecho de que la violencia contra María da Penha forma parte de un patrón general de negligencia y falta de acción efectiva del estado para procesar y condenar a los agresores”.

También se señaló por la Comisión, como la ineffectividad judicial generó una situación discriminatoria creando un ambiente de tolerancia y normalización de la violencia de género padecida por la víctima, al no haberse adoptado medidas eficaces de sanción y prevención. Resulta igualmente destacable como el informe descende a prácticas concretas administrativas y judiciales

⁷³⁴ La víctima, María Penha escribió en su libro “Sobreviví...puedo contar”: “Me desperté repentinamente, con un fuerte ‘estampido’ dentro de la habitación. Abrí los ojos. No he visto a nadie. Traté de moverme, pero no logré. Inmediatamente cerré los ojos y un sólo pensamiento me ocurrió: ¡Dios mío, Marco me mató con un tiro!”.

habituales en Brasil, especialmente en relación a la presentación de denuncias por violencia de género y su tramitación e investigación: “incluso cuando las mujeres toman las medidas necesarias para denunciar la práctica de delitos violentos, no hay garantía de que éstos serán investigados y procesados”. Y recuerda que, aunque desde 1991 fue prohibida en Brasil la “defensa del honor”, como justificación del asesinato de la esposa, muchos tribunales siguen siendo reacios a procesar y sancionar a los autores de la violencia de género, y sigue requiriéndose a las mujeres para que demuestren la “santidad de su reputación y su inculpabilidad moral a fin de poder utilizar los medios judiciales legales a su disposición”⁷³⁵.

La denuncia internacional de María Da Penha logrando la “condena” de Brasil por parte de la CIDH fue el detonante de importantes cambios legislativos en este país : la Ley 11.340 de agosto de 2006, conocida como *Ley María da Penha*, una legislación trascendental por la que el gobierno brasileño triplicó la pena mínima para quien cometiera crímenes de “violencia doméstica”, aumentando la protección a mujeres vulnerables.

4.2-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2009 (González y otras “Campo Algodonero” vs México)

Esta sentencia de la CoIDH⁷³⁶ es paradigmática, en la visibilización de patrones estereotípicos de género y la falta de diligencia debida estatal. Es un referente judicial en el análisis de la nocividad de los estereotipos y prejuicios de género en las instituciones, como causa directa de discriminación contra las mujeres.

El caso trata sobre la desaparición y “homicidios” de tres jóvenes (dos de ellas menores), cuyos cuerpos sin vida fueron encontrados en un campo algodouero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001. La demanda reclamaba la responsabilidad internacional del Estado mexicano por la falta de medidas de

⁷³⁵ Apartado 47 del Informe.

⁷³⁶ Sentencia de la Corte IDH de 16 de noviembre de 2009, (González y otras “campo algodouero” vs México).

protección a las víctimas y la falta de prevención de estos crímenes, pese al conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género generalizado en la zona. Específicamente se denunciaba la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos y la denegación de justicia, así como la falta de reparación adecuada. En la extensa resolución (de más de 150 folios), se analizaron las siguientes cuestiones, de gran trascendencia en la materia que nos ocupa, que resumimos:

-Antecedentes contextuales de Ciudad Juárez, donde sucedieron los hechos, con aportación de datos sobre homicidios de mujeres y los altos índices de violencia de género (delitos sexuales), que llevaron a la Corte a concluir que existía un riesgo evidente para las mujeres en la zona, constatándose una respuesta ineficiente por parte de las autoridades que incurren en actitudes de indiferencia en la investigación de los crímenes⁷³⁷.

-Hechos del caso: Se constató que, tras presentar la denuncia por las desapariciones, hubo una actuación pasiva por las autoridades que advirtieron a las familias que debían esperar 72 horas. También hicieron referencias prejuiciosas respecto a las niñas (“las muchachas eran muy voladas”, “todas las niñas que se pierden, se van con el novio”⁷³⁸). Los cuerpos de las tres jóvenes fueron hallados en un campo algodonero junto a cinco cuerpos más de mujeres sin vida. Fueron víctimas de un particular ensañamiento, fueron

⁷³⁷ Apartado 1.8 de la sentencia, pág. 48: “la Corte concluye que desde 1993 existe en Ciudad Juárez un aumento de homicidios de mujeres, habiendo por lo menos 264 víctimas hasta el año 2001 y 379 hasta el 2005. Sin embargo, más allá de las cifras, la Corte observa que no existe firmeza, es preocupante el hecho de que algunos de estos crímenes parecen presentar altos grados de violencia, incluyendo sexual, y que en general han sido influenciados, tal como lo acepta el Estado, por una cultura de discriminación contra la mujer, la cual, según diversas fuentes probatorias, ha incidido tanto en los motivos como en la modalidad de los crímenes, así como en la respuesta de las autoridades frente a éstos. En este sentido, cabe destacar las respuestas ineficientes y las actitudes indiferentes documentadas en cuanto a la investigación de dichos crímenes, que parecen haber permitido que se haya perpetuado la violencia contra la mujer en Ciudad Juárez. La Corte constata que hasta el año 2005 la mayoría de los crímenes seguían sin ser esclarecidos, siendo los homicidios que presentan características de violencia sexual los que presentan mayores niveles de impunidad”.

⁷³⁸ Pág. 57 y ss. de la sentencia (punto 2.4 -Alegados estereotipos proyectados por los funcionarios hacia los familiares de las víctimas).

violadas y abusadas con extrema crueldad. El Tribunal consideró que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género dentro de un reconocido contexto geográfico de violencia contra la mujer.

-Deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas. Seguidamente se analizó si la violencia perpetrada contra las víctimas, que terminó con sus vidas, era atribuible al Estado de México⁷³⁹.

Se partió de dos momentos claves en los que el deber de prevención debía ser analizado. El primero, antes de la desaparición de las víctimas y el segundo antes de la localización de sus cuerpos sin vida⁷⁴⁰.

- En relación al deber de investigar efectivamente los hechos, conforme a la Convención⁷⁴¹, el Tribunal concluyó que se incumplió con el deber de investigar y garantizar los derechos convencionales de las víctimas⁷⁴². Respecto de este deber, se analizaron las irregularidades del proceso entre otras la demora injustificada, la fragmentación de las investigaciones o la falta de sanción a los funcionarios públicos involucrados con irregularidades⁷⁴³. Por los mismos

⁷³⁹ Págs. 64 y ss. de la sentencia (punto 4º- Deber de respeto, garantía y no discriminación de los derechos consagrados en los artículos 4, 5 y 7 de la Convención Americana y acceso a la justicia conforme a los artículos 8 y 25 de la misma y deber de prevención de los derechos a la libertad personal, integridad personal y vida de las víctimas).

⁷⁴⁰ Respecto al primero, la Corte consideró el contexto en este caso y las obligaciones internacionales le imponían al Estado una responsabilidad reforzada con respecto a la protección de mujeres en Ciudad Juárez, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad, especialmente las mujeres jóvenes y humildes. En cuanto al segundo momento, sin dejar de observar el contexto del caso, existía un conocimiento de riesgo real e inmediato respecto de las víctimas. Por ello se consideró que ante tal contexto surgía un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación exigía una exhaustiva actividad de búsqueda.

⁷⁴¹ Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención.

⁷⁴² Págs. 75 y ss. de la sentencia (punto 4.2.2- Deber de investigar efectivamente los hechos, conforme a los artículos 8.1 y 25.1 de la Convención, derivado de la obligación de garantía de los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal).

⁷⁴³ Arts. 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y con el artículo 7.b) y 7.c) de la Convención Belém do Pará (pág. 100 de la sentencia).

motivos, se vulneraron, también, los derechos de acceso a la justicia y protección judicial⁷⁴⁴, en perjuicio de los familiares de las víctimas.

- En cuanto a la obligación de no discriminar, la Corte, partiendo de la “cultura de la discriminación” de las mujeres de la zona, determinó que la impunidad de los delitos envía un mensaje de tolerancia de la violencia contra la mujer, lo que genera un sentimiento de inseguridad en las mujeres y desconfianza de estas en el sistema de administración de justicia. Respecto de esta cuestión se recuerda el contenido del Informe temático sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷⁴⁵. Por ello también se violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en la Convención⁷⁴⁶, en perjuicio de las víctimas; así como en relación con el acceso a la justicia⁷⁴⁷, en perjuicio de los familiares de las víctimas.

-Respecto de las víctimas menores, la Corte analizó el deber reforzado del Estado obligado a adoptar, por su minoría de edad, medidas especiales de cuidado, prevención y garantía, como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. En base a lo anterior, el Tribunal puso de relieve el incumplimiento del deber del Estado de actuar de forma rápida tras las denuncias y garantizar los derechos de las

⁷⁴⁴ Arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b) y 7.c) de la Convención Belém do Pará (pág.100 de la sentencia).

⁷⁴⁵ “La influencia de patrones socioculturales discriminatorios puede dar como resultado una descalificación de la credibilidad de la víctima durante el proceso penal en casos de violencia y una asunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos, ya sea por su forma de vestir, por su ocupación laboral, conducta sexual, relación o parentesco con el agresor, lo cual se traduce en inacción por parte de los fiscales, policías y jueces ante denuncias de hechos violentos. Esta influencia también puede afectar en forma negativa la investigación de los casos y la valoración de la prueba subsiguiente, que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser el comportamiento de las mujeres en sus relaciones interpersonales” Pág.102 de la sentencia (apartado 400).

⁷⁴⁶ Artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la Convención (pág. 102 de la sentencia).

⁷⁴⁷ Artículos 8.1 y 25.1 de la Convención (pág. 102 de la sentencia).

niñas por lo que también se apreció la vulneración del artículo 19 de la Convención, en relación con los artículos 1.1 y 2⁷⁴⁸.

-Declarados los diversos incumplimientos, la Corte estableció las reparaciones, recordándose que:

“El concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo”⁷⁴⁹.

Entre las medidas reparadoras a las que se condena al Estado de México, se incluyen:

- Medidas de satisfacción, como la publicación de la sentencia o un monumento en memoria de las víctimas.
- Creación de una página electrónica, actualizada, con la información sobre desaparecieron. Base de datos nacional, con información personal y genética de las mujeres y niñas desaparecida⁷⁵⁰.
- La capacitación y formación con perspectiva de género a “funcionarios públicos” y también a la población en general.
- Medidas de rehabilitación psicológica o psiquiátrica a todos los familiares de las víctimas⁷⁵¹, y determinadas cantidades reparadoras del daño material e inmaterial producido⁷⁵².

⁷⁴⁸ Pág. 104 de la sentencia (apartado 410).

⁷⁴⁹ Págs. 113 y ss. de la sentencia (IX-Reparaciones).

⁷⁵⁰ Págs. 128 y 129 de la sentencia (apartado 508 y 512).

⁷⁵¹ Pág. 137 de la sentencia (apartado 549).

⁷⁵² Págs. 142 y ss. de la sentencia (apartado 6.1 y ss.).

Tal y como concluye la doctrina⁷⁵³ en su análisis crítico respecto a esta emblemática resolución regional:

“La Corte llega a dar una definición sobre los estereotipos de género y va más allá de aportar una definición realizando las siguientes consideraciones: (1) se puede asociar la subordinación de las mujeres a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y persistentes; (2) la subordinación de las mujeres se agrava cuando los estereotipos se reflejan implícita o explícitamente en las políticas y las prácticas, en particular, en el razonamiento y lenguaje de las autoridades de la policía judicial, y (3) la creación y uso de los estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencia de la violencia de género en contra de las mujeres. La estereotipación de género e interseccional constituye violencia institucional en contra de las mujeres en base al género y se caracteriza por culpar a las víctimas y trasladarles la responsabilidad a ellas y sus familiares (...).”

Este caso exhibe claramente la vulneración de los derechos de las víctimas y sus familias, en base a prejuicios sobre un determinado tipo de comportamiento moral de las mujeres. Los estereotipos banalizaron la gravedad de las desapariciones, porque los funcionarios que debieron iniciar la búsqueda de las jóvenes, las culparon de su propia suerte, tanto por su origen humilde, como por el lugar donde se las vio por última vez (zona de bares), o por estar en las calles de noche. Las decisiones prejuiciosas del primer eslabón de la cadena judicial (personal funcionario), impidieron el cumplimiento de la ley viéndose discriminadas, con un trágico final.

Por tanto, confluyeron dos tipologías de discriminación de género a la par, de un lado la violencia sexual y física que acabó con sus vidas por el hecho de ser niñas-mujeres y ,de otro lado, la discriminación desde las instituciones públicas que por omisión, no dieron cumplimiento al deber de diligencia debida en la

⁷⁵³ Sordo, T., *Violencias en contra de las mujeres en base al género en el Estado mexicano. Un análisis interseccional* [tesis inédita]. Universidad Autónoma de Madrid, 2017, págs. 224 a 244.

tramitación de la correspondiente investigación y proceso judicial, lo que se tradujo en una nueva discriminación, en este caso institucional, con efectos nocivos no sólo respecto a las víctimas directas sino, también, respecto a sus familiares.

4.3-Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 8 marzo de 2018 (V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua)

Esta sentencia, sobre violencia sexual Institucional y falta de diligencia debida⁷⁵⁴, es una resolución sin precedentes, en la que se condena a Nicaragua por incumplir diversos preceptos de la *Convención Belém do Pará* al incurrir en discriminación de género institucional, incluso de índole sexual, contra una niña de 9 años. Estos son los datos más relevantes del caso⁷⁵⁵:

- La menor (V.R.P.) era hija de un conocido abogado y vivía con su madre y sus hermanos.
- Según relató la niña, entre los meses de septiembre y octubre de 2000, cuando tenía 8 años de edad, su padre la llevó en dos ocasiones a un lugar conocido como "Las Flores", donde le dio café que le produjo mareo y somnolencia. Al despertarse notó que su padre le limpiaba la zona anal mientras se subía el pantalón.
- Meses más tarde, la madre llevó a la menor a una consulta médica debido a las dificultades que tenía para defecar y a los dolores de la región anal. Dos médicos diferentes determinaron que presentaba ruptura del himen, presencia de úlceras en el ano, desgarros de la mucosa en la región anal, lesiones en el cuello uterino y también el virus del papiloma humano y condilomas en la

⁷⁵⁴ Sentencia de la Corte IDH de 8 de marzo de 2008 (V.R.P., V.P.C. y otros vs Nicaragua).

⁷⁵⁵ Poyatos Matas, G., La nocividad de la violencia de género institucional, *Huffingtonpost Blogs*, Madrid, 30 de mayo de 2018. Disponible en: <https://www.huffingtonpost.es/gloria-poyatos-matas/la-nocividad-de-la-violencia-de-genero-institucional-a-23446059/> [Consultada el 31 de julio de 2021].

región perianal. Se concluyó por los especialistas, que la niña fue víctima de abuso sexual.

- La madre denunció al padre ante el juzgado por violación. En base a las pruebas médicas presentadas y el testimonio de la víctima, calificado de "coherente, claro y fundamentado", se detuvo preventivamente al denunciado.

- En el marco de la instrucción, se ordenó recibir 21 declaraciones testimoniales y la realización de otro examen médico de la menor por una junta médica compuesta por un pediatra, un cirujano y un ginecólogo para que, junto al médico forense, practicasen una valoración médica, a la que se sumaron la psiquiatra, la jueza y la secretaria del despacho judicial. Este examen médico, según la sentencia comentada, incurrió en una serie de graves irregularidades incompatibles con la diligencia reforzada y protección especial que se exige en investigaciones por violencia sexual de menores. En primer lugar, se destaca que la exploración médica se llevó a cabo en un lugar parecido a "la morgue" de un hospital, con planchas de aluminio. La niña se expuso desnuda ante un grupo numeroso de personas. El forense no era profesional especializado en menores, y tuvo un comportamiento "antiético grotesco y vulgar", que puso muy nerviosa a la niña a la que no se le permitió ponerle una colcha debajo para aliviar el dolor de sus heridas, dirigiéndose a ella con estas palabras: "Las niñas del campo vienen aquí, abren las piernas y yo les hago los exámenes y ellas no se quejan. ¿Qué va a pasar cuando yo vaya a examinar el ano?". La niña gritó y lloró y se resistió al examen médico y el profesional intentó continuar en contra de su voluntad, hasta el punto que la jueza recordó a la menor que si no colaboraba "su papá saldría en libertad". Finalmente fue suspendido el examen haciéndose constar como causa "la negatividad de la menor".

- La niña coincidió en las instalaciones judiciales con su agresor al menos, en una ocasión, según reza en la sentencia.

- Otra de las pruebas acordadas en la instrucción fue una inspección ocular judicial y reconstrucción de los hechos solicitándose a la hija que relatara, de nuevo, lo ocurrido con su padre y recorriera los mismos lugares a los que había sido llevada por su agresor. Se la vistió con las mismas prendas y se le hizo reproducir la misma posición en la que se encontraba cuando sucedieron los hechos.

- La evaluación psicológica de la niña concluyó que padecía afectación psíquica de un trastorno de estrés post-traumático, acompañado de un cuadro significativo de depresión, y que existían indicadores emocionales de vergüenza, miedo, sentimientos de culpa, relacionados a la vivienda estresante, compatible con agresión sexual crónica.

-Durante la celebración del juicio por un Tribunal de Jurados, se produjeron suspensiones sin causa razonable y algunos de los miembros del jurado recibieron paquetes en varias ocasiones, a través de los abogados defensores del procesado. También el presidente del Tribunal recibió un sobre cerrado ofrecido en público por uno de los abogados defensores.

- El 13 de abril de 2002, el Tribunal emitió su veredicto declarando al procesado inocente del delito de violación, ordenándose su libertad.

- La madre planteó recurso de nulidad ante las irregularidades del procedimiento que fue desestimado el 9 de agosto de 2005. De igual modo planteó recurso de apelación que fue rechazado el 24 de octubre de 2007. También presentó diversas quejas frente a la actuación del médico forense, el fiscal y la jueza a cargo del proceso. Pero esas mismas personas presentaron acciones contra la madre y sus familiares por delitos de injurias y calumnias.

- Finalmente la madre, la niña y resto de hermanos tuvieron que huir de Nicaragua hacia los Estados Unidos donde se les concedió asilo. En su nueva residencia, la niña inició tratamiento psiquiátrico debido a "sus severos

síntomas relacionados con el abuso sexual que sufrió" y tuvo que ser hospitalizada el 1 de abril de 2008, debido al tratamiento psiquiátrico.

En base al espeluznante relato fáctico descrito, la CoIDH condenó al Estado de Nicaragua como responsable por la violación de los derechos a la integridad personal, a las garantías judiciales, a la vida privada y familiar y a la protección judicial, tanto por acción como por omisión. Se incumplió la obligación estatal de garantizar, sin discriminación por motivos de sexo y género, así como por su condición de persona en desarrollo de la víctima, el derecho de acceso a la justicia y se incurrió en actos revictimizantes llevados a cabo por los funcionarios en perjuicio de la menor constituyeron violencia institucional calificada de trato cruel, inhumano y degradante. La Corte condenó al Estado infractor a una diversidad de medidas tendentes a la *restitutio in integrum* de las víctimas que fueron desde indemnizaciones reparadoras por los daños (actuales y futuros) y estudios de la menor, hasta la obligada adopción de protocolos de investigación de casos de violencia sexual de menores; formación especializada del personal funcionario y creación de la figura del "abogado" de niñas, niños y adolescentes que brinde asistencia jurídica especializada y gratuita a víctimas de delitos en materia penal.

En el caso analizado se visibilizan distintos estereotipos que traspasan las actuaciones y decisiones tomadas por parte de personal funcionario y juzgadora que convierte este proceso en un ejemplo emblemático de violencia de género institucional.

Para empezar, se cuestiona la veracidad de las declaraciones de la menor, (estereotipo de la inferioridad moral de las mujeres), lo que justifica el trato humillante y degradante que recibe la menor por parte de la magistrada y el médico forense durante la exploración médica (pública), en la que se exhibe a la menor ante un gran número de personas vulnerándose su derecho a la intimidad y a dignidad. Ello, sumado a la reconstrucción de los hechos y a la exposición de la menor ante su agresor (y padre) se traduce en un cruel proceso de victimización secundaria que lleva aparejados sus propios efectos traumáticos, que adquieren mayor gravedad, si tenemos en cuenta la edad de

la víctima. Por tanto, se incumple por las autoridades el cumplimiento de la debida diligencia vulnerando diversos derechos humanos de la menor.

De lo expuesto en materia de violencia institucional, puede concluirse lo siguiente:

1º- Las distintas caras de la violencia de género solo pueden entenderse con perspectiva internacional, porque traspasan fronteras y trascienden de lo privado a lo público, lo que ha dado lugar a una nueva modalidad de violencia contra las mujeres: la violencia de género institucional promovida desde las instituciones, administraciones públicas, personal funcionario o autoridades.

2º-Es una de las más perversas formas de violencia, porque quien la ejerce lo hace bajo el amparo legítimo del Estado de Derecho lo que multiplica su impacto devastador, social e individualmente, e incrementa su virulencia convirtiendo a las Administraciones en un "segundo agresor". Esta violencia vulnera los derechos humanos de las mujeres y de niñas, niños y adolescentes.

3º- Esta modalidad de violencia puede ejercerse por acción u omisión. El enfoque clásico de los derechos humanos, centrado en el ámbito público ha perjudicado históricamente a las víctimas de violencia de género y, por parte de los tribunales, se ha venido prestando mayor atención en proteger los derechos del acusado que en proteger los derechos de las víctimas.

4º-Para evitar este tipo de violencia, los poderes públicos de los estados deben cumplir con el principio de diligencia debida, que exige respetar, proteger y cumplir los compromisos internacionales en materia de igualdad y no discriminación de género. En el caso de la judicatura, tal mandato debe adaptarse a la función jurisdiccional sometida al imperio de la ley, para cuya aplicación deberán tener en cuenta la prevalencia de los Tratados y Convenios

internacionales ratificados por España (STC 140/2018 de 20 de diciembre)⁷⁵⁶. La perspectiva de género conlleva una perspectiva victimocéntrica en los delitos de género, que tenga en cuenta las necesidades de las víctimas para evitar que la tramitación judicial pueda tener efectos traumáticos, dilatorios o impidan su participación, porque, recordando la conocida frase de Concepción Arenal⁷⁵⁷: “pocas cosas desmoralizan más que la injusticia hecha en nombre de la autoridad y de la ley”.

⁷⁵⁶ “El marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. (...) En síntesis, la facultad propia de la jurisdicción para determinar la norma aplicable al supuesto controvertido se proyecta también a la interpretación de lo dispuesto en los tratados internacionales (STC 102/2002, FJ 7), así como al análisis de la compatibilidad entre una norma interna y una disposición internacional. Ello supone que, en aplicación de la prescripción contenida en el artículo 96 CE, cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto” (STC 140/2018, FJ6).

⁷⁵⁷ Concepción Arenal (1820-1893) fue una experta en derecho, pensadora, periodista, poeta y autora dramática española encuadrada en el [realismo literario](https://es.wikipedia.org/wiki/Realismo_literario) y pionera en el feminismo. (Wikipedia) Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Concepci%C3%B3n_Arenal [Consultada el 31 de julio de 2021].

CAPÍTULO IV

ARGUMENTOS PARA LA FORMACIÓN Y GUÍA EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO

Del análisis efectuado en el análisis precedente se deduce que Incorporar la perspectiva de género en la función judicial responde a una obligación constitucional e internacional para garantizar una justicia imparcial, así como el acceso a la justicia de las mujeres. Así, la justicia opera como una herramienta emancipadora que va a permitir un proyecto de vida libre, en condiciones de autonomía e igualdad.

En este capítulo se aborda la necesidad de la justicia con perspectiva de género, como herramienta eficaz para librar las resoluciones y actuaciones judiciales de la nocividad de los estereotipos.

I. PLANTEAMIENTO: JUSTICIA Y ESTEREOTIPIA

El sistema judicial, al igual que otras disciplinas como la literatura, el cine o el arte, es reflejo fiel de los valores sociales imperantes. Los ordenamientos jurídicos son atravesados por sistemas de valores dominantes en cada momento, y en cada lugar. Las leyes reproducen y cristalizan los sistemas jerárquicos de ordenación social, determinado por el juego de las relaciones de poder en pugna. Desde tiempos remotos, nuestro pensamiento se ha estructurado en torno a dualismos (racional/irracional, activo/pasivo, objetivo/subjetivo, fuerte/débil, etc.), que fueron sexualizados, asociándose unos a lo masculino y otros a lo femenino, estableciéndose jerarquías y privilegiándose aquellos caracteres asociados a lo masculino en detrimento de los asociados a lo femenino. El derecho no fue inmune a este pensamiento binario del que fue receptor mediante la configuración de unas normas y

prácticas jurídicas de las que, hasta el siglo pasado, estaban excluidas las mujeres⁷⁵⁸. Así, los denominados “valores sociales” sobre los que se han construido los reproches jurídicos y el reconocimiento de derechos, no representan en igual medida las experiencias de hombres y mujeres.

Por las razones expuestas, desde el feminismo jurídico se critica al derecho por no ser realmente neutro al haberse modelado de acuerdo a los valores, preocupaciones y aspiraciones masculinas. Ello se deduce de sus severas carencias de la perspectiva femenina, tanto en el fondo como en la forma, de las que ya se ha venido dando cuenta.

Como se ha dicho, los estereotipos no son genéticos, se adquieren por la interacción social y se deconstruyen de forma similar. Pueden ser explícitos e implícitos. Los primeros se caracterizan por ser asumidos por las personas de forma consciente y aceptada. Pero los más habituales son los implícitos, de difícil identificación⁷⁵⁹. Son persistentes y difíciles de modificar e influyen en nuestras decisiones sin percibirlo, a través de las percepciones, dando lugar a valoraciones y juicios abstractos que no tienen en cuenta las características particulares de las personas. Los estereotipos implícitos dan lugar a discriminaciones sutiles u ocultas adaptadas a las nuevas democracias y más difíciles de detectar⁷⁶⁰. Por ello, puede afirmarse que, en España, donde la igualdad jurídica ya ha sido conquistada, las discriminaciones de género funcionan indirectamente, travestidas de igualdad forma, lo que dificulta su visibilización y detección.

⁷⁵⁸ Olsen, F., “El sexo del Derecho” en *Identidad femenina y discurso jurídico*, compilado por Alicia E.C., Editorial Biblos, Colección identidad, Mujer y Derecho, Buenos Aires, 2000, págs. 137 a 140.

⁷⁵⁹ Chacón, F., “Estereotipos de género y toma de decisiones”, *Cuadernos digitales de Formación del CGPJ*, nº 30 , 2016, pág. 4.

⁷⁶⁰ Chacón, F., “Estereotipos de género y toma de decisiones”, cit., pág.4. Según este autor este tipo de discriminación, a la que algunos autores llaman a “moderna”, puede suponer graves perjuicios para la población estereotipada, siendo un buen ejemplo de como afectan estos estereotipos a la vida moderna, los micromachismos.

Partiendo de las anteriores premisas, no es descabellado pensar que el grado de exposición a los estereotipos es universal, afectando a todas las personas socializadas, sin importar el sexo, la edad o el nivel cultural, y sin que se tenga conciencia de su existencia, salvo que se cuente con la formación necesaria para detectarlos, identificarlos y franquearlos, lo que no siempre es sencillo, dada su simbiosis con el ser humano socializado. Pero el mayor peligro de los estereotipos no radica en su aspecto perceptivo sino en su aspecto motivacional, que conecta con su uso intergrupar, hasta el punto que puede convertirse en una norma social justificativa de un comportamiento o acción colectiva contra los miembros de un grupo.

Dentro de dicho contexto social categorizado de forma dicotómica respecto al sexo, las personas construyen su identidad, autoconcepción y valores. Desde temprana edad, se utilizan las categorías sexuales para establecer diferencias entre las personas, y en ese proceso de diferenciación se construye la autoconcepción de género con identificación con los rasgos característicos de la categoría a la que se pertenece. Estas expectativas sobre los hombres y las mujeres sesgan la percepción, la interpretación.

Un sector de la doctrina ha señalado que existe un conjunto de creencias falsas sobre cómo es una mujer maltratada⁷⁶¹: pasiva, dependiente, insegura, inestable emocionalmente, que oculta las agresiones, sin trabajo, deteriorada físicamente..., y cuantas más características pertenecientes al prototipo de mujer, y específicamente de mujer maltratada, estén presentes en un caso, más probable es que los jurados la declaren no culpable, es decir que los atributos prototípicos de la acusada afecten al juicio de culpabilidad⁷⁶².

⁷⁶¹ Chacón, F., “*Estereotipos de género y toma de decisiones*”, cit., pág. 10.

⁷⁶² “Para probar la teoría del prototipo, Russell y Melillo (2006) presentaron a jurados ficticios diversos casos en los que variaban el grado de tipicidad de la acusada tanto en atributos físicos como psicológicos y sociales; y la actitud de la agresora durante el asesinato (pasiva: la mujer mataba a la pareja mientras dormía después de sufrir una agresión, o activa: el asesinato ocurría durante la agresión). Los resultados confirmaron los efectos del género, las mujeres daban más veredictos de no culpabilidad y los hombres más de asesinato en segundo grado. Por último, los datos apoyaron la teoría, el mayor número de veredictos de asesinato en segundo grado se dieron en la condición de mujer atípica en la situación activa, mientras que

En este sentido, se ha defendido que, tradicionalmente, el poder judicial en España ha contribuido a consolidar estereotipos perjudiciales para las mujeres en razonamientos y prácticas, ajenas a las habilidades, necesidades o circunstancias particulares de las propias mujeres, imponiendo generalizaciones sobre cómo son las mujeres o cómo deberían ser⁷⁶³. Todo ello de la mano del ordenamiento jurídico, que ha sido, con no menos intensidad, a su vez, receptor, transmisor y perpetuador de desvalores androcéntricos, con especial relieve en determinados sectores del mismo, que han servido a la construcción socio cultural de la identidad de las mujeres, en cuanto seres subordinados a los varones, contribuyendo incluso a despersonalizar a las mujeres, a animalizarlas, al identificarlas como hembras en textos jurídicos de forma asimétrica frente al concepto “varón” (entre otros, en la legislación del Registro Civil, durante mucho tiempo), lo que ha sido asumido acríticamente por nuestros tribunales, que todavía en el siglo XXI, lo incorporan a algunas resoluciones⁷⁶⁴. Estos desvalores androcéntricos han servido para invisibilizar a las mujeres en el espacio público o social, también para negarles el carácter de personas sujetas de derechos y para legitimar los patrones de conducta diferenciados entre varones y mujeres, exhibiendo sin pudor la plasmación de relaciones de poder desiguales⁷⁶⁵.

Existe, por tanto, una nocividad estereotípica endógena en nuestra sociedad que afecta tanto a quien legisla, como a quien interpreta y aplica las leyes,

en la condición de mujer prototípica y situación pasiva se daban mayor número de veredictos de legítima defensa”.

Citado por Chacón, F., “Estereotipos de género y toma de decisiones”, cit., pág.10.

⁷⁶³ Marín López, P., “La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género”, págs. 2 y 3. Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales (CU16017), 19, 20 y 21 de octubre del 2016.

⁷⁶⁴ Entre las más recientes, cabe destacar las siguientes: La SAP de Navarra , Sec.2ª, de 29 de marzo de 2016, que recoge, al examinar un delito de violación, que “en relación con el acceso carnal ... (es) suficiente con que se haya producido conjunción de órganos genitales de varón y hembra, aún sin traspaso de la zona vestibular femenina” (ROJ SAP NA 415/2016); la SAP de Almería, Sec.2ª, de 25 de abril de 2016, que, entre las depravaciones en el comercio carnal de cierta importancia se refiere a: “la masturbación hecha a cualquier varón o hembra, por otro del mismo o diferente sexo” (ROJ SAP AL 376/2016). Resoluciones judiciales citadas en, Marín López, P., “La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género”, cit., pág.3.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, pág. 3.

proyectándose sobre las personas que tienen el poder para tomar decisiones de trascendencia, o quienes operan en la justicia, sin excluir a la carrera judicial, fiscalía, forensía, abogacía, etc. Quienes trabajan en la justicia nacen y se educan en la misma sociedad prejuiciosa que el resto de profesiones. Por ello, hay una alta probabilidad de que los estereotipos se deslicen, a veces escandalosamente⁷⁶⁶, en las actuaciones y resoluciones judiciales. Los estereotipos son sociales, no sólo porque son compartidos sino porque configuran una “realidad social construida”, con efectos tan reales como la propia realidad. Por ello, el mayor riesgo radica en el modo más o menos dogmático o flexible de adherirse a las creencias estereotípicas, facilitado por su utilización intergrupala. Una creencia compartida socialmente sobre un determinado grupo puede convertirse en una norma social, aceptada pasivamente⁷⁶⁷.

Tal y como se expuso en el capítulo tercero, el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos, características o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres, respectivamente. El prejuicio es un fenómeno cognitivo y actitudinal al servicio de esta función irracional. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, tal y como se refleja de forma explícita en la normativa internacional, europea y nacional a la que se ha aludido en capítulos anteriores. Pero la toxicidad del prejuicio de género se incrementa exponencialmente cuando penetra en la justicia, porque elimina su imparcialidad, la equidad y, en el peor de los casos, puede impedir el acceso a la justicia en todas las esferas de la ley, afectando particularmente a las víctimas y supervivientes de la violencia de género. Los estereotipos distorsionan la justicia y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. La aplicación de prejuicios afecta a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres como partes y como testigos de los procedimientos. En muchos

⁷⁶⁶ Un ejemplo paradigmático es el caso *Carvalho Pinto de Sousa*, resuelto por el TEDH en sentencia de 25 de julio de 2017. Sentencia analizada en el capítulo 4.

⁷⁶⁷ Chacón Fuertes, F., “Estereotipos de género y toma de decisiones”, cit., pág. 5.

lugares del mundo, el poder judicial adopta normas rígidas sobre lo que debe considerarse un comportamiento apropiado en las mujeres (roles) y castiga a las que no se ajustan a esa norma⁷⁶⁸. Las sentencias tienen un poder transformativo, individual y colectivo por su impacto en la vida de las personas, y conforman la identidad del poder judicial como dinamizador imprescindible en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho. Las sentencias representan la palabra pública, oficial y autorizada que se denuncia en nombre de la sociedad frente a la sociedad.

Por ello, hacer real el principio de igualdad exige franquear, desde la justicia, los estereotipos. La asignación de estereotipos de género es un factor sustancial que consolida la violencia contra las mujeres, y su presencia en el sistema judicial convierte la justicia en canal de discriminación institucional porque el efecto negativo de la estereotipación se exagera cuando se institucionaliza mediante su acogida en el Derecho⁷⁶⁹. A continuación, se examinan algunos ejemplos.

II. ALGUNAS MANIFESTACIONES DE ESTEREOTIPIA EN LAS ACTUACIONES JUDICIALES

1. Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 19 de enero de 2001 sobre roles en el Código civil de Guatemala

La CIDH tuvo que resolver el 19 de enero de 2001⁷⁷⁰ sobre la impugnación de diversas disposiciones contenidas en el CC de 1963 de la República de Guatemala. Las disposiciones impugnadas conferían al esposo el poder y

⁷⁶⁸ Por ejemplo la exigencia de resistencia física de la víctima para que pueda configurarse el delito de agresión sexual, motivo por el cual el Comité CEDAW, en su comunicación n° 34/2011 de 12 de marzo de 2014, condenó a Filipinas por incumplimiento de la Convención, ya que la sentencia analizada no condenó al denunciado por violación, al no haber quedado probado que la menor denunciante se resistiese de forma activa y contumaz a la agresión, pues "el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza."

⁷⁶⁹ Así sucede en muchos países del mundo actuales, en los que se limitan los derechos civiles y políticos a las mujeres; así sucedía en España hasta el siglo pasado, siendo ejemplo de ello la prohibición del sufragio activo de las mujeres hasta 1931, o la figura del "depósito de la mujer casada" hasta 1958 o la licencia marital hasta 1975.

⁷⁷⁰ Informe n° 4/01 CIDH de 19 enero 2001 (Morales de Sierra vs. Guatemala).

responsabilidad de sostener económicamente y representar el hogar conyugal, atribuyendo a la esposa el derecho y la obligación de cuidar a los hijos, al tiempo que condicionaban el derecho al trabajo de la mujer casada a su papel como esposa y madre y al consentimiento marital. En su decisión, la Comisión determinó que dichas disposiciones imponían estereotipos sobre roles sexuales, subordinando la capacidad de las esposas a la voluntad de los maridos, generando una situación de dependencia y un desequilibrio insalvable en la autoridad del cónyuge dentro del matrimonio y la vida familiar, definiendo mediante estereotipos de género las funciones y responsabilidades conyugales del matrimonio. Como puede observarse en este caso, los estereotipos y sus correlaciones ilusorias, devalúan la dignidad de las personas integrantes del grupo al que pertenecen (en este caso, las mujeres casadas), perpetuando un orden social injusto. En capítulos anteriores, se ha presentado un listado de estereotipos de género clasificados, que son la base psicológica que sostiene a modo de cimiento las más variadas modalidades de discriminaciones (directas e indirectas) operativas en ámbito jurídico.

2. Dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014 (R.P.B. vs. Filipinas), sobre el estereotipo de “víctima ideal” en delitos sexuales

En 2006, un Tribunal Regional filipino descartó la existencia de agresión sexual (violación) a una joven sordomuda de 17 años, utilizando como argumento que:

“el comportamiento de la autora no fue coherente con el de una filipina corriente, cuyo instinto hace que recurra a toda su fuerza y su valor para frustrar todo intento de profanar su honor y su pureza”⁷⁷¹.

La estereotipación judicial es un problema universal que afecta a todos los países del mundo, en mayor o menor medida, sin excluir España.

Los estereotipos que traspasaban esta resolución judicial dieron lugar a la condena de Filipinas por parte del Comité CEDAW el 21 de febrero de 2014, al

⁷⁷¹ Dictamen del Comité Cedaw de 21 de febrero de 2014 (R.P.B. vs Filipinas), pág 4.

observar que los estereotipos de género y las ideas erróneas aplicadas por el tribunal impidieron el acceso a la justicia de la víctima.

3. STS (Sala Penal) de 1990: El caso de la minifalda

En 1990, el TS español (Sala Penal) desestimó el recurso planteado frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lleida⁷⁷², en la que se condenaba por abusos deshonestos (tipo penal actualmente inexistente)⁷⁷³ a un empresario, y se señalaba que la joven de 17 años (víctima de los abusos) "pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta". Quedó probado que la trabajadora llevaba una minifalda el día que sucedieron los hechos. La sentencia integra el estereotipo de "la víctima sexual ideal o racional", partiendo de lo que se espera que sea una víctima de acoso sexual ocupacional, proyectado sobre la manera de vestir y culpabilizando por ello a la trabajadora. Este es un ejemplo de sentencia ajustada a derecho en cuanto a la decisión (fallo) que, a pesar de ser condenatoria y, por tanto, dar credibilidad a la víctima, incluye otro juicio de tipo moral respecto a la actuación previa de la víctima que es juzgada también por su vestimenta, para descargar de culpabilidad la actuación reprochable penalmente (acoso sexual).

El Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas", es extrapolable al ámbito español en cuanto describe que uno de los principales obstáculos que las mujeres víctimas de violencia deben soportar, para acceder a la justicia, es la influencia de patrones socioculturales discriminatorios presentes en el imaginario de las personas que trabajan en el ámbito de la justicia. Esto se traduce en la falta de credibilidad de la víctima durante el proceso judicial y en la presunción tácita de responsabilidad de ella por los hechos denunciados, ya sea por su forma de vestir, por su trabajo, conducta

⁷⁷² La sentencia denominada popularmente "sentencia de la minifalda" tuvo gran impacto social y mediático, lo que motivó su referencia generalizada. No se ha podido acceder desde la BBDD de jurisprudencia del CGPJ (CENDOJ) a esta resolución.

⁷⁷³ Actualmente el delito sería el de acoso sexual, tipificado en el art. 184 CP.

sexual, relación o parentesco con el agresor, lo que acaba limitando o impidiendo su acceso a la justicia en condiciones de imparcialidad e igualdad⁷⁷⁴.

Es interesante destacar que las percepciones de las víctimas de delitos sexuales y las que tienen las personas que operan en el sector de la justicia (magistratura, fiscalía, abogacía, etc.), sobre los obstáculos que enfrentan este tipo de víctimas en las etapas del proceso penal, son sustancialmente diferentes. Por ejemplo, uno de los intereses de estas víctimas mejor valorados por las personas profesionales que operan en el ámbito judicial, es la seguridad de las víctimas de delitos sexuales (3'41), siendo, sin embargo, uno de los intereses peor satisfechos, según la percepción de las víctimas (0'83)⁷⁷⁵, junto a la obtención de respuestas⁷⁷⁶.

4. STS (Sala Social) de 19 de abril de 2011: Uniformes femeninos de las enfermeras provistos de cofia, delantal con peto, falda y medias, que no vulneran la dignidad de las trabajadoras

La Sala de lo Social del TS dictó sentencia de 19 de abril de 2011⁷⁷⁷, en la que calificaba de discriminatoria la imposición de uniformes diferentes para el personal de enfermería de una empresa, dependiendo del sexo, integrado por cofia, delantal con peto, falda y medias para las mujeres y pijama sanitario para el personal masculino. En este caso, el Tribunal, superando los criterios contenidos en anteriores sentencias en cuanto al uso de uniformes diferentes

⁷⁷⁴ Véase Comisión Interamericana de Derechos Humanos –CIDH–, Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas. Washington, CIDH, 2006 OEA/Ser.L/V/II. y CIDH, Acceso a la Justicia para mujeres víctimas de violencia sexual: educación y salud CIDH, 2011, OEA/Ser.L/V/II.

⁷⁷⁵ Evaluaciones en una escala de Likert 1 (mínima satisfacción) a 5 (máxima satisfacción).

⁷⁷⁶ Datos extraídos del Informe Nacional España (2021) “Obstáculos que enfrentan las víctimas de delito sexual en las etapas del proceso penal”, Executive Report Retreat. Disponible en:

http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/CCG_ac_2021_Violencia-comparada-RETREAT-informe-executivo.pdf [Consultada el 2 de agosto de 2021].

⁷⁷⁷ Rec. 16/2009.

por razón de sexo⁷⁷⁸, declara injustificada e irrazonable tal diferencia de vestuario y, por ende, discriminatorio (art. 14 CE). A este respecto, no hay nada que objetar a la decisión judicial desde la perspectiva de este estudio. No obstante, entiende la misma resolución que no se vulnera el derecho a la intimidad ni a la dignidad de las trabajadoras (arts. 10 y 18 CE), que también se alegaba en la demanda, porque la falda del uniforme femenino tenía unas “dimensiones normales” y no había “una exhibición física inadecuada o excesiva” que no fuese “total y absolutamente normal según nuestros usos sociales”. Esta resolución es un ejemplo curioso pues, de un lado, reconoce la existencia de discriminación por razón de sexo en la asignación diferenciada de los uniformes, pero, de otro lado, no integra esa misma perspectiva en los razonamientos esgrimidos para concluir que no se vulneran otros derechos fundamentales, basándose, para ello, en la vestimenta que se entiende moralmente aceptable para las mujeres, a tenor de la longitud de la falda, banalizando de este modo las restantes prendas (cofia, delantal con peto, medias...), que también formaban parte del uniforme y que no son objeto de atención por la Sala que limita su escrutinio de la longitud de la falda. Constituye, un ejemplo en el que se proyecta una interpretación judicial de “dignidad” bajo el patrón masculino de cómo deben actuar las mujeres.

5. STS (Sala Militar) de 8 de junio de 2012: reducción de la sanción impuesta a un militar que agredió físicamente a su esposa, por sus condecoraciones y misiones de paz en Afganistán

La Sala de lo Militar del TS dictó sentencia, de 8 de junio de 2012⁷⁷⁹, en la que se reduce la sanción impuesta a un militar por agredir físicamente a su esposa, en atención a sus condecoraciones militares. No se cuestiona la decisión judicial, que está fundamentada jurídicamente al igual que las anteriores, pero sí se quiere poner de relieve los elementos que llevaron a la Sala a tal

⁷⁷⁸ La STS (Sala Social) de 23 de enero de 2001 (Rec. 1851/2000), con relación al uso diferenciado de uniformes del personal de RENFE, más específicamente, a la obligación de usar falda del personal femenino (azafatas) asignado al AVE, determinó no discriminatoria tal diferencia, en atención a la exigencia fundada en razones organizativas empresariales, consistente en “el ofrecimiento a la clientela de una buena imagen a través de la adecuada uniformidad en el vestir”.

⁷⁷⁹ Recurso nº 105/2011.

convicción. El Tribunal se basó en que, en la decisión disciplinaria, no se tuvieron en cuenta las condecoraciones militares ni la participación en la misión de paz en Afganistán del recurrente, donde “resulta frecuente acudir al empleo de la fuerza”. Como se ha dicho, no se cuestiona la disminución de la sanción impuesta, sino la fundamentación a través de la cual se llega al resultado, pues se banaliza la gravedad del delito cometido por el militar, justificando la disminución de la sanción con elementos no homogéneos (condecoraciones). Se aprecia en esta sentencia el estereotipo de superioridad del hombre (marido) respecto de la mujer (esposa)⁷⁸⁰.

6. Preguntas judiciales estereotipadas: ¿cerró bien las piernas?

En 2016, una jueza española preguntó en la declaración realizada a la mujer que había denunciado por agresión sexual (violación) a su expareja, si había “cerrado bien las piernas” y si había cerrado bien “toda la parte de los órganos femeninos”⁷⁸¹. La formulación de este tipo de preguntas está cuestionando la credibilidad de la víctima, en la medida en que integra el estereotipo de la inferioridad moral de las mujeres (“las mujeres son mentirosas”). Ello, además, podría considerarse revictimizador, a tenor de lo establecido en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito⁷⁸². Por su parte, la

⁷⁸⁰ Este estereotipo muy conectado con la disciplina marital, formaba parte de las relaciones conyugales en nuestro país hasta la segunda mitad del siglo pasado y tuvo su reflejo legal en el CP español, mediante la regulación del delito de *uxoricidio honoris causa*, que dulcificaba la pena aplicable (destierro), en los casos en los que el esposo acabara con la vida de la esposa, hallada en adulterio. Otra muestra de la autoridad marital de la época, fue la licencia marital vigente hasta el año 1975 en nuestro CC, exigida a la mujer casada, para poder trabajar, viajar, abrir un comercio o una cuenta bancaria.

⁷⁸¹ La Comisión disciplinaria del CGPJ resolvió el 26 de julio de 2017 archivar el procedimiento disciplinario impulsado por la denuncia promovida por la Asociación Clara Campoamor frente a la jueza. La decisión fue tomada por 6 votos a favor y 1 en contra, el de la presidenta del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del propio CGPJ, Ángeles Carmona, que hizo un voto particular disidente con la decisión mayoritaria. Noticia disponible en: <https://confiilegal.com/20170726-la-disciplinaria-archiva-la-causa-la-jueza-vitoria-pregunto-una-victima-agresion-sexual-cerro-las-piernas/>. [Consultada el 2 de agosto de 2021].

⁷⁸² El art. 19 de esta ley dispone: “Las autoridades y funcionarios encargados de la investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos adoptarán las medidas necesarias, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para garantizar la vida de la víctima y de sus familiares, su integridad física y psíquica, libertad, seguridad, libertad e indemnidad sexuales, así como para proteger adecuadamente su intimidad y su dignidad, particularmente cuando se les reciba declaración o deban testificar en juicio, y para evitar el riesgo de su victimización secundaria o reiterada”.

Recomendación n° 33 del Comité CEDAW, también insiste sobre ello, cuando recomienda a los Estados que:

“Utilicen un criterio confidencial y con una perspectiva de género para evitar la estigmatización durante todas las actuaciones judiciales, incluida la victimización secundaria en casos de violencia, durante el interrogatorio, la reunión de pruebas y otros procedimientos relacionados con la investigación”⁷⁸³.

A mayor abundancia, las recomendaciones contenidas en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género promovido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México (2013), actualizado en 2020, al que se hará referencia más adelante, expresamente proponen evitar declaraciones que puedan revictimizar, de acuerdo con las siguientes recomendaciones⁷⁸⁴:

-No revictimizar requiriendo de la víctima una narración precisa y detallada de lo sucedido, partiendo de la base de que no se cree a la víctima porque ello podría alterarla psicológicamente y reafirmar su sentido de culpa.

-Sensibilización del personal involucrado que debe tener la adecuada formación.

-Características de la violencia de género. Tener en cuenta las peculiares características de la violencia de género, cuyo funcionamiento implica, en muchas ocasiones, hechos cíclicos y cotidianos, por lo que resulta difícil que la víctima pueda ofrecer circunstancias específicas de modo, tiempo y lugar.

⁷⁸³ Letra g) del apartado 51 (Derecho penal, letra D), dentro de las recomendaciones para esferas específicas del derecho (III) de la Recomendación n° 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

⁷⁸⁴ Protocolo para Juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México), 2015, pág. 96. Disponible en: <http://187.174.173.99:8080/leyes/protocolos/3.pdf>. [Consultada el 3 de agosto de 2021].

- Intimidad. Respetar la intimidad de la víctima, omitiendo los detalles de su vida que no tengan que ver con los hechos judicializados.

- Acceso a la Justicia. La precisión solicitada en la declaración pone en las víctimas de violencia de género una gran carga probatoria, lo cual, sumado a las consecuencias psicológicas de la violencia, haría prácticamente imposible que prospere su acción.

7. SAP Murcia de 17 de junio de 2016: Sexualización y cosificación de las trabajadoras

La Sentencia de la AP de Murcia de 17 de junio de 2016⁷⁸⁵, desestimó el recurso de apelación planteado por dos trabajadoras de unos grandes almacenes frente a la sentencia penal en la que se absolvió a su jefe inmediato de los delitos de acoso sexual y abuso sexual.

En el relato fáctico de la sentencia, quedó probado que “el acusado era desconsiderado con otras dependientas llamándolas "chochitos" o "pilón". Y también, que dejaba notas a las denunciantes; en concreto, a una de ellas, le dejó una nota en la que decía: "este año si es posible estas más guapa y mucho más buena". El denunciado fue sancionado laboralmente por la empresa, por motivo de tales hechos. Ambas denunciantes estuvieron en situación de baja médica entre 2006 y 2008, por trastorno adaptativo y estado de ansiedad. La sentencia de la Audiencia confirma la sentencia penal y desestima los recursos planteados. Sin cuestionar la subsunción de los hechos, se aprecia en la resolución cierta banalización de las expresiones sexistas utilizadas por el denunciado, en calidad de jefe, respecto de las empleadas que debían trabajar bajo sus órdenes. La sentencia califica de “falta de consideración o desatención” que un jefe de planta se dirija a las trabajadoras como “chochitos” o “pilón”, con evidente ánimo de cosificación de las trabajadoras. La tibieza judicial con la que se califican las expresiones proferidas por el denunciado en un contexto de superioridad laboral, legitima institucionalmente un actuar sostenido en la subordinación femenina.

⁷⁸⁵ Sentencia de la AP de Murcia de 17 de junio de 2016 (Recurso 58/2015).

8. Sentencia del Juzgado penal nº 1 de Granada de 18 de julio de 2018 (Caso Juana Rivas)

Más recientemente, el Juzgado penal nº 1 de Granada dictó sentencia de fecha 18 de julio de 2018⁷⁸⁶, que condena a la procesada por dos delitos de sustracción de menores. El presente análisis no se proyecta sobre los tipos aplicados ni el relato fáctico, sino exclusivamente respecto a los estereotipos que, desde nuestro punto de vista, se incluyen en la fundamentación jurídica de la sentencia⁷⁸⁷, y que llevan al juzgador a la convicción de que el procesado no se corresponde con el perfil prototipo de un “maltratador”⁷⁸⁸:

“La experiencia en este tipo de sucesos, muestra que los maltratadores habituales que efectivamente desarrollan una forma de tortura, suelen ser personas de mente atávica y primigenia, con escasos mecanismos de autocontrol y empatía, que contagian todo su entorno con un hábito de causar daño que no pueden controlar. Por ello no suelen reparar ni ponerse límites en presencia de menores, pues actúan por impulsos y en una situación de esas, es muy raro que no haya episodios que tengan lugar en presencia de menores ni que estos sean perceptores de ese ambiente, que suele dejarles una imborrable huella y los profesionales psicólogos, saben como detectarla, porque se vuelven retraídos, preocupados, irritables, temerosos, abstraídos, más si ellos son las víctimas”.

La anterior apreciación genérica respecto al perfil del “maltratador”, supone partir de un estereotipo abstracto que impide un análisis contextualizado y específico del caso, que puede llevar a una convicción sesgada. De nuevo,

⁷⁸⁶ Sentencia nº 257/2018 de 18 de julio de 2018, del Juzgado Penal nº 1 de Granada (caso Juana Rivas)

⁷⁸⁷ Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial de Granada y en fecha 23 de abril de 2012 se pronunció el Pleno del Tribunal Supremo (Rec. 1665/2019) confirmando la condena por delito de sustracción de menores, pero redujo la pena de 5 años a 2 años y 6 meses de prisión al considerar que, aunque fueron dos los menores sustraídos, cometió un único delito y no dos.

⁷⁸⁸ FJ 1º, página 7 de la sentencia.

concorre en este caso el estereotipo social de la figura de un maltratador, obviando que el maltrato de género puede tener una amplia diversidad de caras y formas de ejecutarse, que no siempre se corresponden con ese “perfil atávico” referido en la resolución.

De otro lado, también se cuestiona la veracidad de los malos tratos denunciados por la víctima, apelando a fórmulas abstractas o mágicas como “la experiencia judicial”. Ello contraviene las recomendaciones internacionales en orden a la supresión o eliminación en los procedimientos judiciales de normas de corroboración que excluyen o atribuyen valor inferior al testimonio de las mujeres⁷⁸⁹.

Se señala, literalmente, en la sentencia:

“Cuando las denuncias por malos tratos se interponen de forma coetánea a un proceso de separación o por disputas sobre guarda y custodia o bienes, se exige un análisis cauteloso, sobre todo si en ellas se relatan hechos pasados, que se pudieron denunciar antes. Sabido es el efecto tuitivo que despliegan los poderes públicos con respecto a las personas afectadas por malos tratos, uno de los cuales es apartar a los menores del maltratador y, lógicamente, con esa perspectiva, no es extraño, como muestra la práctica, que en algunos casos se recurra a esta vía como medio de obtener ventajas procesales⁷⁹⁰”.

Finalmente, se incluye en la argumentación jurídica que lleva al juzgador a la convicción de que la denunciante miente, el hecho de no haber denunciado antes los presuntos malos tratos:

⁷⁸⁹ *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer*. ST/ESA/329 de Naciones Unidas, 2010, Apartado 3.9.7 Eliminación de elementos discriminatorios en los procedimientos judiciales. Y también, la Recomendación general nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, en el apartado 25 a) iii) y iv), literalmente recomienda a los estados que supriman: “ iii) Las normas de corroboración que discriminan contra las mujeres como testigos, querellantes y demandadas exigiendo que cumplan con una carga de la prueba superior a la de los hombres a fin de establecer un delito o solicitar un recurso; iv) Los procedimientos que excluyen o atribuyen un valor inferior al testimonio de las mujeres”.

⁷⁹⁰ Fundamento de derecho 1º de la sentencia.

“No se comprende que, si fue maltratada en Italia entre 2012 y 2016, al nivel que ella dijo, de torturas y terror, no denunciara allí al momento en que se producía cada uno de los varios episodios que tuvieron lugar, según ella, tratándose de un país con una legislación y cultura de rechazo a estas conductas, similar a la nuestra. Si hubiera residido en otro país con una cultura de las que manifiestamente no combaten el maltrato, sería comprensible que no hubiera denuncia o incluso podría tener sentido haber callado los hechos hasta en un círculo más íntimo. Pero no es el caso de Italia. Y en este país, en España, no inicia actuación alguna en respuesta a estos supuestos episodios, ni siquiera aporta dato alguno indiciario de haber tenido lugar alguno de ellos, a nivel incluso de haberlo contado a familiares o allegados”⁷⁹¹.

La valoración jurídica que se hace en cuanto a la ausencia de denuncias previas en casos de violencia de género, contraviene los estándares internacionales en materia de violencia contra la mujer y la jurisprudencia penal interna que, en la STS (Sala Penal) de 24 de mayo de 2018⁷⁹², indicó que el maltrato habitual se configura con unas características de especial crueldad en el autor que en el círculo de su propio hogar familiar ejerce un maltrato prolongado en el tiempo, que crea una especie de “*escenario del miedo*”. Se destacó expresamente que el retraso en denunciar el maltrato no supone merma en la credibilidad de las víctimas, pues estas lo silencian por miedo, temor a una agresión mayor, o a que las maten. Por ello, el alto Tribunal destacó que no debe admitirse que el estado de pánico y terror que sufren las víctimas les suponga una “*traba de credibilidad*” cuando estas deciden denunciarlo más tarde.

9. Sentencia del Tribunal de Apelación de Oporto de 11 de octubre de 2017, que justifica las agresiones físicas producidas a la mujer adúltera

⁷⁹¹ Fundamento de derecho 1º de la sentencia, pág. 6.

⁷⁹² STS (Sala Penal) de 24 de mayo de 2018 (Rec. 10.549/2017).

Por último, el Tribunal de Apelación de Oporto (Portugal) firmó una sentencia el 11 de octubre de 2017⁷⁹³, en un procedimiento en el que se solicitaba la suspensión de las penas impuestas al esposo y ex amante de una mujer agredida por ambos, usando un martillo y secuestrándola previamente, en la que literalmente se recoge:

“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”.

III. LA FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN EN GÉNERO, COMO ANTÍDOTO FRENTE A LA ESTEREOTIPIA JUDICIAL

A través de los ejemplos anteriormente referidos se observan los obstáculos institucionales que limitan o impiden el acceso de las mujeres a la justicia. Los estereotipos judiciales incorporan las desigualdades en la misma justicia y la inutilizan en términos de equidad e imparcialidad. Por ello, es imprescindible definir la estereotipación de género como una problemática social que afecta a todos los ámbitos, identificar los roles y categorizaciones de género como fase previa del prejuicio, para que, una vez desvelados, se diagnostiquen a fin de determinar un tratamiento adecuado. En esta tarea, resulta imprescindible la formación especializada en género y la implementación de una metodología o protocolo de impartición de justicia con perspectiva de género para lograr una justicia libre de sesgo. La justicia de género no busca una justicia particular para las mujeres en cuanto tales, sino que aspira a que las instituciones judiciales no refuercen ni reproduzcan las discriminaciones que forman parte del sistema sexo/género, que perjudican fundamentalmente a las mujeres.

⁷⁹³ Noticia disponible en: https://elpais.com/internacional/2017/10/23/actualidad/1508762944_523916.html [Consultada el 5 de agosto de 2021].

Los Estados tienen una responsabilidad superior en la perpetuación de los estereotipos, al tolerar y condonar su aplicación y ejecución mediante una atmósfera de legitimidad y normalidad, sin adoptar medidas legales para remediar la perpetuación del estereotipo. Por ello, los diferentes instrumentos internacionales que se han referido aquí previenen frente a ello y obligan a los Estados en cumplimiento de su obligación de “diligencia debida” a adoptar medidas preventivas. De otro lado, la justicia y las personas que la integran no son inmunes a los estereotipos y sus correspondientes prejuicios, lo que exige la toma de medidas efectivas de carácter preventivo en este sector, eminentemente de carácter formativo y de sensibilización, capacitando a quienes juzgan para la detección precoz de los estereotipos concurrentes. La ausencia de formación jurídica especializada abona la predisposición cognitiva al uso de la estereotipia prescriptiva. Dicha carencia se aprecia desde la formación universitaria, en la que el temario de derecho adolece de información jurídica sobre derecho internacional antidiscriminatorio, a pesar de su vinculación con el derecho constitucional⁷⁹⁴. Y ello se corresponde con las posteriores oposiciones (incluso a judicatura y fiscalía), en las que tampoco se integra la formación jurídica en derecho internacional de derechos humanos y derecho antidiscriminatorio, en el que se sostiene, como se ha dejado constancia en el anterior capítulo, la impartición de justicia con perspectiva de género⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ El Dictamen del Comité CEDAW de 16 de julio de 2015 (Ángela González vs. España), comunicación nº 47/2012, recogía entre las distintas recomendaciones vinculantes para España: “Proporcionar formación obligatoria a los jueces y personal administrativo competente sobre la aplicación del marco legal en materia de lucha contra la violencia doméstica que incluya formación acerca de la definición de la violencia doméstica y sobre los estereotipos de género, así como una formación apropiada con respecto a la Convención, su Protocolo Facultativo y las recomendaciones generales del Comité, en particular la recomendación general núm. 19”.

De igual modo, el Manual de Legislación sobre violencia de género del Departamento de asuntos económicos y Sociales de la ONU (2010), recomienda la formación de jueces y juezas en materia de violencia contra la mujer. Disponible en: <http://www.endvawnow.org/es/articles/146-formacion-de-los-jueces.html>. [Consultada el 2 de agosto de 2021].

⁷⁹⁵ Por ejemplo, en la convocatoria 2017 de acceso a la carrera judicial (Judicatura y Fiscalía) el temario se componía de un total de 320 temas, los epígrafes que hacían referencia a cuestiones de género eran solo 2 temas de derecho material, 1 tema procesal y 1 epígrafe en el bloque de Derecho constitucional y no se hacía referencia alguna al Convenio de Estambul o la CEDAW, a pesar de que sí se estudian otros Convenios internacionales de similar rango jurídico. Dicha convocatoria puede consultarse en el Acuerdo de 10 de julio de 2017, de la

Las herramientas que se proponen para evitar el efecto nocivo de la estereotipación en la justicia, deben implementarse desde la capacitación y formación judicial y del resto de operadores judiciales (abogacía, forensía, fiscalía, letrados/as de la Administración de Justicia, etc.). Ello no puede dejarse al albur del voluntarismo judicial o, en su caso, de la mayor o menor sensibilidad en género de quien opera en la justicia, sino que tal formación debe ser un requisito de acceso a las carreras jurídicas, incluyéndose dentro del temario de oposición, y también debe actualizarse a través de una formación continua obligatoria, porque el derecho es una herramienta de trabajo en la justicia. Ello se corresponde con los mandatos contenidos en los Convenios internacionales de género analizados en el capítulo anterior, y también con las líneas de actuación aprobadas en el Pacto de Estado contra la violencia de género⁷⁹⁶.

En cumplimiento de dicho Pacto, el 29 de diciembre de 2018 fue publicada la LO 5/2018, de 28 de diciembre, de reforma de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, sobre medidas urgentes en aplicación del Pacto de Estado en materia de violencia de género. En el Preámbulo, ya se indica nítidamente que el objetivo de la reforma es avanzar hacia una efectiva formación y especialización en violencia de género de quienes trabajan en este ámbito (el judicial), por ser un elemento clave para una adecuada respuesta desde la justicia. Por ello, la ley reforma la LOPJ sobre tres ejes fundamentales:

-El primer eje es la obligación de inclusión de materias específicas en materia de derecho antidiscriminatorio y también para juzgar con perspectiva de género. Ello se contiene de forma explícita en la nueva redacción dada a los arts. 310 y 433 bis.5 de la LOPJ, específicamente en este último, en relación con el plan de formación continua de la carrera judicial, se recoge:

Comisión de Selección a la que se refiere el artículo 305 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por el que se convocan pruebas selectivas para la provisión de plazas de alumnos de la Escuela Judicial, para su posterior acceso a la Carrera Judicial por la categoría de Juez, y plazas de alumnos del Centro de Estudios Jurídicos, para su posterior ingreso en la Carrera Fiscal por la categoría de Abogado Fiscal (BOE nº 164 de 11 de julio de 2017).

⁷⁹⁶ Aprobado en el Pleno del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017.

“El Plan de Formación Continuada de la Carrera Judicial contendrá cursos específicos de naturaleza multidisciplinar sobre la tutela judicial del principio de igualdad entre mujeres y hombres, la discriminación por cuestión de sexo, la múltiple discriminación y la violencia ejercida contra las mujeres, así como la trata en todas sus formas y manifestaciones y la capacitación en la aplicación de la perspectiva de género en la interpretación y aplicación del Derecho, además de incluir dicha formación de manera transversal en el resto de cursos”.

Y el art. 310 fija la obligación de integrar esta materia y “su aplicación con carácter transversal en el ámbito de la función jurisdiccional”, por lo que respecta a “las pruebas selectivas para el ingreso y la promoción en las carreras judicial y fiscal”.

-El segundo eje introduce pruebas selectivas de especialización en violencia sobre la mujer que garanticen la adquisición de conocimientos multidisciplinarios para el abordaje de la compleja temática y la realidad social en la que se encuadra la violencia contra la mujer en sus distintas formas.

-Y el tercer eje pretende reforzar la especialización de los juzgados de lo Penal, bien de manera exclusiva, cuando el volumen de trabajo lo justifique, bien de manera compatible con otras materias. Con esta medida, se pretende contribuir a optimizar la respuesta institucional en la misma línea que otros recursos especializados correspondientes a otras instituciones (Fiscalía, Abogacía, Instituto de Medicina Legal y Unidades Integrales de valoración Forense).

Tras esta reforma, el CGPJ, en marzo de 2019, puso en marcha el primer curso de formación obligatoria en perspectiva de género para el acceso de cualquier especialidad dentro de la carrera judicial⁷⁹⁷. De este modo, se traslada a la LOPJ, indirectamente, por la vía de la formación en el acceso a la carrera

⁷⁹⁷ Disponible en : <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-CGPJ-pone-en-marcha-el-primer-curso-de-formacion-obligatoria-en-perspectiva-de-genero-para-los-jueces-que-quieran-acceder-a-cualquier-especialidad> [Consultada el 2 de agosto de 2021].

judicial, y en la formación continua, el mandato de justicia con perspectiva de género normativizado en el art. 4 de la LOIEMH, integrando el abordaje de género judicial dentro de los contenidos sustantivos, lo que refuerza su obligación.

También, desde el Consejo de Europa, se ha valorado la importancia de la capacitación judicial para contrarrestar la influencia de la estereotipia en la actividad jurisdiccional, tal y como se indica en el Plan de Acción para fortalecer la independencia judicial y la imparcialidad 2016-2021⁷⁹⁸. Igualmente, en las estrategias para la igualdad de género correspondiente al periodo 2018-2023, dentro de los objetivos se incluyen: combatir los estereotipos de género y el sexismo y garantizar el acceso igualitario de las mujeres a la justicia⁷⁹⁹.

Por último, junto a la formación, es también un factor importante para lograr una justicia libre de estereotipos, fijar cargas máximas de trabajo judicial con criterios saludables, que permitan, de un lado, prevenir riesgos psicosociales judiciales y, de otro, permitir la inversión de tiempos razonables compatibles con un análisis contextualizado y completo de cada asunto, para evitar que los estereotipos se introduzcan subrepticamente en el proceso de toma de decisiones⁸⁰⁰.

IV. PROTOCOLOS Y GUÍAS DE ACTUACIÓN PARA UNA JUSTICIA LIBRE DE ESTEREOTIPOS

⁷⁹⁸ “Plan of Action on strengthening judicial Independence and impartiality 2016-2012”, CM (2016) 36. (inglés). Específicamente, en la línea de acción 2.4 se prevé contrarrestar la influencia negativa de los estereotipos en las decisiones judiciales y se refiere a la educación y capacitación de quienes juzgan para facilitar el acceso a la justicia de los grupos vulnerables (traducción propia). Disponible en <https://rm.coe.int/1680700285> [Consultada el 2 de agosto de 2021].

⁷⁹⁹ Disponible en: en español: http://www.igualdadgenerofondoscomunitarios.es/Documentos/comunicacion/un_minuto/Minuto_Igualdad_21_06_18.pdf [Consultadas el 2 de agosto de 2021].

⁸⁰⁰ En el año 2017 todas, las Asociaciones Judiciales españolas plantearon una acción de conflicto colectivo ante la jurisdicción social en la que solicitaban la fijación de cargas saludables que en la actualidad no se ha resuelto definitivamente. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunal-Supremo/Noticias-Judiciales/El-Tribunal-Supremo-establece-que-es-competencia-de-la-jurisdiccion-social-resolver-la-demanda-de-las-asociaciones-de-jueces-frente-a-CGPJ-por-la-carga-trabajo> [Consultada el 5 de agosto de 2021].

A continuación, se detallan algunas guías de buenas prácticas, recomendaciones o protocolos para promover una justicia con perspectiva de género, libre de estereotipos. No se contienen todas las que existen a nivel internacional, sino una selección de aquellas que nos parecen de mayor utilidad⁸⁰¹.

1. Protocolo para juzgar con perspectiva de género: haciendo realidad el derecho a la igualdad (México,2013)⁸⁰²

En este camino exploratorio sobre la justicia con perspectiva de género, es obligado detenerse en este protocolo promovido desde la Corte Suprema de México, que responde, tal y como se indica en el mismo, a los resultados obtenidos tras la realización del diagnóstico llevado a cabo en la Corte Suprema entre 2008 y 2009, sobre “conocimiento y percepciones sobre

⁸⁰¹ Otras guías judiciales sobre justicia con perspectiva de derechos humanos son las siguientes: “Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad” Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). En Colombia, “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 (2011). En Panamá, “*Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*” (2014), elaborada por Oficina Regional para América Central del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) con el apoyo de la Oficina Regional para las Américas y el Caribe de la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres). En Guatemala, “*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*” (Corte Suprema de Justicia de Guatemala y Escuela de estudios, por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Guatemala- 2015). En Argentina, “*Guía interactiva de Estándares Internacionales sobre Derechos de las Mujeres*” promovido desde la oficina de la Mujer de la Corte Suprema de la Nación (2015). En Bolivia, “*Protocolo para juzgar con perspectiva de género*” (Ministerio de Justicia del estado Plurinacional de Bolivia, Tribunal Supremo, Comité de género con apoyo de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2017). Y en Chile, “*Cuadernos 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*” (Lucía Arbaláez de Tobón y Esmeralda Ruiz González y Poder Judicial de la República de Chile, 2018).

A nivel de actuación letrada, debe destacarse la guía impulsada desde el Consejo General de la Abogacía Española: “*Enfoque de género en la actuación letrada, guía práctica de la abogacía española*” (2017), y a nivel europeo, “*El proyecto Travaw formativo para la abogacía de la European Lawyers Foundation*” (2018).

⁸⁰² Protocolo para Juzgar con perspectiva de género diseñado e implementado por la Corte Suprema de justicia de la Nación de México (2013). Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_perspectiva_genero.pdf [Consultada el 2 de agosto de 2021]. 2ª Edición (2015).

derechos humanos del personal de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, y también de los resultados obtenidos en el diagnóstico sobre género y cultura laboral, elaborado en 15 Tribunales Superiores de Justicia estatales.

Tales diagnósticos evidenciaron un desconocimiento en los instrumentos internacionales y la legislación nacional en materia de derechos humanos⁸⁰³. Por ello, se impulsó esta herramienta para adecuar la impartición de justicia a los estándares fijados por las normas y jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos. El propio protocolo, en su presentación (Capítulo I), fija entre sus objetivos atender las problemáticas detectadas y las medidas de reparación ordenadas por la CoIDH en los casos de “Campo algodonero”, “Inés Fernández Ortega” y “Valentina Rosendo Cantú”, relativas al ejercicio de control de quienes imparten justicia, así como al establecimiento de estrategias de capacitación y formación en perspectiva de género y derechos de las mujeres. Se trata, por tanto, de un instrumento no vinculante, para preservar la independencia e imparcialidad judicial, pero que sirve de ayuda a quienes operan en la justicia para vislumbrar e identificar en los casos sometidos a resolución, las circunstancias estructurales que perpetúan las violaciones de derechos humanos en virtud de la identidad genérica por sexos de las personas, para poder franquear los roles y estereotipos de género, en la impartición de justicia. No obstante, esta guía se ha hecho vinculante a través de su integración en las resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo de México, por la vía de la jurisprudencia⁸⁰⁴.

⁸⁰³ En la Corte Suprema, por ejemplo, el 18’3% admitió no saber qué significaba la perspectiva de género y el 50% no tenía claro como incluirla en su labor, o no la consideraba una prioridad. Existe un importante apego a la igualdad formal omitiendo su componente material o estructural. Además, predominaba la idea de que, adoptar la perspectiva de género significa “no hacer distinción alguna entre hombres y mujeres” (pág. 10 del Protocolo).

⁸⁰⁴ Entre otras, la sentencia de la Suprema Corte de la Nación, de amparo directo en revisión n° 5999/2016 (sesión 21 junio de 2017), sentencia de amparo directo en revisión n° 3186/2016, 1 marzo de 2017; o la sentencia en amparo directo en revisión 2655/2013, en la que la Primera Sala del Alto Tribunal estableció las bases metodológicas para juzgar con perspectiva de género, tal y como se refiere expresamente en la última edición del “Protocolo para juzgar con perspectiva de género” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2020), pág. 16. Disponible en:

<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2020-11/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20g%C3%A9nero%20%28191120%29.pdf> [Consultada el 2 de agosto de 2021].

El Capítulo II expone la justificación del protocolo, poniendo de relieve que existen condiciones estructurales que obstaculizan la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres a partir de su identidad “sexo-genérica”, lo que demanda un especial compromiso de las juezas y jueces, quienes por medio de sus sentencias impactan en la vida de las personas.

En el Capítulo III, se incluye el marco jurídico del protocolo, que se ampara en el derecho internacional y en su jurisprudencia, especialmente se señala la jurisprudencia de la CoIDH.

El Capítulo IV analiza el marco conceptual, y expone las bases para aplicar la perspectiva de género en el quehacer jurisdiccional y comprender la importancia de hacerlo partiendo de la construcción teórica de la igualdad como principio y como derecho que demanda ciertos enfoques, reivindicaciones y contenidos sustantivos en las sentencias. También se esbozan los elementos para identificar en qué casos es necesario un trato diferenciado para garantizar la igualdad.

El Capítulo V se ocupa de exponer los elementos para la aplicación de la perspectiva de género en el enjuiciamiento, como técnica judicial para hacer realidad la igualdad y responde a una obligación constitucional y convencional para combatir la discriminación y garantizar, así, el acceso a la justicia, remediando situaciones asimétricas de poder. Y se facilita, a modo de sugerencia, una metodología para aplicar la perspectiva de género⁸⁰⁵:

Se trata, en fin, de una herramienta práctica de gran utilidad para la justicia, al facilitar mediante una exposición clara y sistemática las influencias estereotípicas más habituales, aportando útiles preguntas (a modo de test), para poder identificar, en cada caso, los prejuicios. La normalización de los estereotipos y roles de género, así como su integración en nuestro tejido

⁸⁰⁵ La citada metodología se adecua al cuadro que, por su especial interés, se incorpora en el ANEXO de este estudio.

perceptivo, dificultan claramente su identificación, por lo que visualizarlos de forma clara y concreta es una gran ayuda para poder franquearlos. De otro lado, también se expone de forma detallada el andamiaje jurídico del protocolo, mediante referencias explícitas a la jurisprudencia internacional en materia de Derechos Humanos, y las distintas herramientas internacionales vinculantes y las consideradas *soft law*.

Este Protocolo ha sido inspiración de otros muchos posteriores, entre los que destacamos el “Modelo de incorporación de la perspectiva de género en las sentencias” de la Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia de la Cumbre Judicial Iberoamericana (2014)⁸⁰⁶.

En el año 2020, vio la luz la última edición del “Protocolo para Juzgar con Perspectiva de Género” de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se recogen los avances de la doctrina jurisprudencial y la evolución que han tenido los estándares internacionales de derechos humanos en materia de género, pretendiendo auxiliar a quienes imparten justicia, en la aplicación de la perspectiva de género como método de análisis para la resolución de controversias. Se hace referencia, en esta última revisión, a las encuestas efectuadas en el sector de la justicia de México en relación con el uso del protocolo de 2013, que evidenció que el 78% de las personas consultadas usaban el protocolo⁸⁰⁷. Esta última versión abarca tres grandes temáticas:

-La primera pretende aportar una base conceptual mínima para comprender las cuestiones básicas de género.

-La segunda incluye un estudio sobre la incorporación y evolución de la perspectiva de género en la administración de justicia.

⁸⁰⁶ Disponible en: <https://escuelajudicialpj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/otrasPublicaciones/Modelo%20de%20Incorporaci%C3%B3n%20de%20la%20Perspectiva%20de%20G%C3%A9nero%20en%20las%20Sentencias%20.pdf> [Consultada el 2 de agosto de 2021].

⁸⁰⁷ Pág. 17 del Protocolo.

-Y la tercera pretende ser una nueva guía práctica para juzgar con perspectiva de género, identificando tres niveles en los que impacta dicha obligación: El primer nivel abarca las obligaciones previas al estudio de la cuestión debatida; el segundo, el análisis de fondo de la controversia; y el tercero es una obligación genérica que permea el dictado de la sentencia en su integridad⁸⁰⁸.

2. Guías de buenas prácticas y criterios de actuación judicial frente a la violencia de género del CGPJ

“El Observatorio contra la violencia doméstica y de género” es una institución creada en el año 2002, en el seno del CGPJ, cuya finalidad principal consiste en abordar el tratamiento de estas violencias desde la Administración de Justicia. Está integrado actualmente por el Consejo General del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Igualdad, el Ministerio del Interior, la Fiscalía General del Estado, las CCAA con competencias transferidas en Justicia, el Consejo General de la Abogacía Española y el Consejo General de Procuradores de España.

Constituye un instrumento de análisis y de actuación que, en el ámbito de la Administración de la Justicia, promueve iniciativas y medidas dirigidas a erradicar el problema social de la violencia doméstica y de género⁸⁰⁹. En cumplimiento de sus fines, se han venido diseñando distintas guías de actuación⁸¹⁰, de entre las que cabe destacar las siguientes.

-La *Guía práctica contra la violencia de género* (2005), donde se establecen criterios para la toma de medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, relacionadas con las órdenes de protección, suspensión de patria potestad, suspensión del régimen de visitas, etc.

⁸⁰⁸ Pág. 18 del Protocolo.

⁸⁰⁹ Puede accederse a toda la información sobre esta institución desde el enlace: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/El-Observatorio-contra-la-violencia-domestica-y-de-genero/> [Consultada el 1 de agosto de 2021].

⁸¹⁰ Disponibles en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Guias/> [Consultada el 2 de agosto de 2021].

-La *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género* (2013), dirigida a quienes operan en el ámbito de la justicia (judicatura, fiscalía, forensía etc.). Parte de la igualdad como principio informador del ordenamiento jurídico, la interpretación de las normas desde la perspectiva de género, uso de un lenguaje no sexista, etc. Esta guía se actualiza con posterioridad a través de la *Guía práctica de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (2016).

-La *Guía de buenas prácticas para la toma de declaración de víctimas de violencia de género* (2018). Esta guía responde al cumplimiento de la obligación de proporcionar a las víctimas de violencia de género un estatus de protección y atención debida en cumplimiento de lo contenido en la exposición de motivos de la Ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la víctima del delito, que fue objeto de análisis en el capítulo anterior.

3. Bangkok general Guidance for judges on applying a gender perspective in south east (2016)⁸¹¹

Este Protocolo de actuación judicial fue el resultado de la reunión entre jueces y juezas del Sudeste asiático y la Comisión Especial de *ONU Mujeres* para discutir sobre el acceso de las mujeres a la justicia. Se trata de una serie de recomendaciones, con directrices generales que orientan a quienes juzgan para una valoración probatoria sin estereotipos de género, y también pretende incorporar los principios de igualdad y no discriminación de acuerdo con los estándares internacionales fijados en la CEDAW.

⁸¹¹ Los días 24 y 25 de junio de 2016, jueces y juezas del sudeste asiático se reunieron con la Comisión Especial de ONU Mujeres para discutir sobre justicia con perspectiva de género y como resultado de la misma, los países del sudeste asiático asumieron el acuerdo de Bangkok con directrices generales que orientan a los juzgadores/as para que valoren las pruebas sin estereotipos de género e incorporen los principios de igualdad y no discriminación de la CEDAW. El protocolo incluido en dicho acuerdo, *The Bangkok General Guidance for Judges in Applying Perspective*, se encuentra disponible en: <https://www.icj.org/wp-content/uploads/2018/06/Southeast-Asia-Bangkok-Guidance-Advocacy-2016-ENG.pdf>. [Consultada el 7 de agosto de 2021].

Se trata de una guía para los países del sudeste asiático presentes en la reunión que asumieron la Guía de Bangkok. Este “protocolo” integra el principio de igualdad (de resultado) en la justicia, partiendo de la especial posición de la judicatura, a efectos de crear precedentes (jurisprudencia), que traspasen la idea de igualdad formal. La Guía de Bangkok, parte de que las nociones de género son constructos sociales y deben cambiarse a través de las leyes, sin perjuicio de lo cual, recoge, entre otras directrices o recomendaciones judiciales, que deben guiar a los jueces y juezas en su actividad judicial, las siguientes:

-Deben considerar, en cada caso, el contexto para ver si una de las partes se encuentra en una situación desigual.

-Debe tenerse en cuenta que el género se interrelaciona con otros factores (orientación sexual, religión, origen étnico, etc.), dando lugar a discriminación interseccional.

-Quienes juzgan deben evitar los estereotipos de género que adviertan en la ley y para ello deben revisar si la ley está basada en un estereotipo.

-Deben evaluar las consecuencias de la ley que tengan, además, efectos indirectos (discriminación indirecta).

-Deben preferir las interpretaciones legales que garanticen mejor la igualdad sustancial.

-Deben aplicar los tratados internacionales y, si el Estado no es parte, deben aplicar los principios para resolver ambigüedades y llenar el vacío; usando, en su caso, las definiciones de derecho internacional que no estén en las leyes nacionales.

-Deben, además, razonar la aplicación de esos principios.

-Identificar los estereotipos en los procedimientos y en la valoración de la prueba.

-Evitar la revictimización.

-Usar un lenguaje neutro o inclusivo en sus fallos.

En esta guía, pueden apreciarse elementos comunes con el protocolo mexicano; entre ellos, la detección y evitación de estereotipos, aplicar los estándares internacionales de derechos humanos, interpretaciones “pro persona” o la utilización de un lenguaje no sexista, pues no sólo el contenido de las resoluciones judiciales deben integrar la perspectiva de género, sino también la forma que adoptan las sentencias, que deben tener una redacción respetuosa con la víctima, no revictimizadora y usar un lenguaje inclusivo.

4. Training manual for judges and prosecutors on ensuring women’s access to justice (2017)⁸¹²

Desde el Consejo de Europa y la Unión Europea, en correspondencia con los estándares del Convenio de Estambul, la normativa de la UE y la jurisprudencia del TEDH y del TJUE, se ha impulsado un interesante y completo protocolo para ayudar a jueces y juezas, fiscales y fiscalas a impartir una justicia con perspectiva de género y libre de estereotipos.

Tal y como se indica en la introducción, el proyecto se implementó en 2015-2016, en cinco de los seis países de la Europa Oriental, y Bielorrusia se unió al proyecto en 2017. Pretende mejorar el acceso de las mujeres a la justicia, logrando liberar las actuaciones del ámbito judicial de estereotipos de género. Es una iniciativa regional cooperativa entre el Consejo de Europa y la Unión

⁸¹² Manual de capacitación dirigido a jueces, juezas y fiscales/as para garantizar el acceso de las mujeres a la justicia. Se trata de un manual impulsado y editado y recomendado desde la UE y el Consejo de Europa, en el que se hacen específicas recomendaciones y proponen pautas de actuación judicial para evitar la estereotipación en la justicia. Disponible en: <https://rm.coe.int/training-manual-women-access-to-justice/16808d78c5> [Consultada el 7 de agosto de 2021].

Europea en el marco de “la Asociación para el buen gobierno (PGG)”. El proyecto tiene como objetivo identificar y apoyar la eliminación de los obstáculos al acceso de las mujeres a la justicia y también fortalecer la capacidad de cada país participante para diseñar medidas que aseguren una justicia con perspectiva de género. Para ello, se recurre al análisis de distintas sentencias dictadas por el TEDH, por el TJUE o por otros tribunales u organismos internacionales de derechos humanos. El manual fue desarrollado por un grupo de personas expertas con el apoyo de la Unidad de Igualdad de Género de la Secretaría del Consejo de Europa, y se divide en una parte general y capítulos nacionales específicos referidos a Armenia, Georgia, la República de Moldova y Ucrania.

La justicia puede reconocer derechos, pero también confirmar patrones de desigualdad y discriminación. Tomar conciencia de la existencia de barreras de acceso a la justicia y la responsabilidad de garantía que tienen los y las juzgadoras, torna insoslayable hacer este tema presente. La perspectiva de género permite reconocer que una cosa es la diferencia sexual y otra son las atribuciones o prescripciones sociales construidas tomando como referencia la diferencia sexual. La discriminación institucional de género es considerada internacionalmente una forma de violencia de género; por ello, la aplicación de la perspectiva de género en la función judicial es ya una cuestión de derechos humanos. Pero juzgar con perspectiva de género no es sencillo, dada la banalización social de los estereotipos sexistas, lo que dificulta enormemente su aplicación. Por ello, protocolos o buenas prácticas de actuación judicial, como los analizados, se convierten en útiles herramientas de asistencia judicial para facilitar una justicia realmente imparcial. Se trata de buscar guías que allanen el camino de la toma de decisiones libres de prejuicios, permitiendo identificar los elementos y categorías que deben servir de referente a quien juzga, para garantizar la igualdad sustancial. Así, el quehacer judicial asume un papel activo en las transformaciones necesarias para la consecución de una sociedad realmente igualitaria.

CAPÍTULO V

UN MÉTODO MANEJABLE PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDEN DE LO SOCIAL

Tal y como ha declarado el Comité CEDAW, “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”⁸¹³. Por ello, la estereotipación en la actividad judicial es una cuestión de derechos humanos y 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”⁸¹⁴.

Tras lo expuesto en capítulos anteriores, es ya incuestionable que la aplicación de la perspectiva de género en las decisiones judiciales forma parte de los compromisos internacionales asumidos por España, pero cabe plantearse cómo se proyecta esta perspectiva en la resolución del caso concreto.

I. CONCEPTUALIZANDO EL METODO Y SU UTILIDAD

1. El concepto “juzgar con perspectiva de género”

⁸¹³ Apartado C (Leyes, procedimientos y prácticas discriminatorias), punto 28 de la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

⁸¹⁴ *Ibíd.*

El traslado del *gender mainstreaming* al ámbito judicial, que no puede permanecer ajeno a este mandato internacional⁸¹⁵, es lo que se ha venido llamando, de forma sintética, justicia de género. La perspectiva de género cuestiona el paradigma construido a partir del ser humano neutral y universal, que tiene como base al hombre (blanco, heterosexual, propietario, adulto y sin discapacidad), así como los roles que se atribuyen a dicho paradigma. Por tanto, la perspectiva de género también será de utilidad para las personas que tienen diversos contextos y necesidades. Además, pretende deconstruir la falsa dicotomía que impacta en la construcción del proyecto de vida de las personas, interpelando la construcción estereotipada de lo femenino y lo masculino, por lo que, desde este punto de vista, también cuestiona la “masculinidad normativa” edificada sobre roles, conductas y actitudes asignados a los hombres, que (también) son discriminados cuando tales expectativas masculinas no se cumplen. Por ello, la perspectiva de género es una herramienta que trasciende del colectivo femenino y permite descubrir tratos desfavorables, en el caso de los hombres, cuando se resisten a seguir los patrones de género asociados a la masculinidad.

Como se ha expuesto, el principio de integración de la dimensión de género en la actividad jurídica vincula a todos los poderes del Estado. La vinculación de la actividad jurisdiccional del poder Judicial (dada su independencia) a dicho principio, deriva de su sumisión al imperio de la ley (art. 117 CE), lo que se encadena a los arts. 9.2 y 14, en relación con los arts. 4 y 15 de la LOIEMH, así

⁸¹⁵ Naciones Unidas incluye un llamamiento a la incorporación de la perspectiva de género de forma global y general en Conclusiones Convenidas del ECOSOC (1997). Resoluciones y Decisiones del Consejo Económico y Social de la ONU. De otro lado, también han sido objeto de análisis los estereotipos de género en la labor jurisdiccional desde la ONU, en el estudio de la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 9 de junio de 2014 (*Eliminating judicial stereotyping*) y con posterioridad. Puede accederse a distintas guías sobre la materia en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Women/WRGS/Pages/GenderStereotypes.aspx> [Consultada el 3 de agosto de 2021]. El Consejo de Europa también se pronunció sobre esta necesidad institucional en la Guía *Equal* sobre integración de la perspectiva de género UE (2004); esta y otras guías se encuentran disponibles en: <https://ec.europa.eu/esf/transnationality/content/equal-methodological-guides.html> [Consultada el 3 de agosto de 2021]. Y, en la UE, la perspectiva de género forma parte de todas sus políticas. Entre otras, destacamos la Guía EQUAL sobre integración de la perspectiva de género (2004), de la Comisión Europea (UE). Disponible en: https://ec.europa.eu/employment_social/equal_consolidated/data/document/gendermain_es.pdf [Consultada el 3 de agosto de 2021].

como a los arts. 10.2 y 96.1 CE, en relación con la CEDAW⁸¹⁶ y el Convenio de Estambul⁸¹⁷.

De acuerdo con la doctrina de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México, que ha integrado la perspectiva de género como metodología habitual en el enjuiciamiento, la misma “constituye una categoría analítica - concepto- que acoge las metodologías y mecanismos destinados al estudio de las construcciones culturales y sociales entendidas como propias para hombres y mujeres, es decir, lo que histórica, social y culturalmente se ha entendido como ‘lo femenino’ y ‘lo masculino’. En estos términos, la obligación de las y los operadores de justicia de juzgar con perspectiva de género puede resumirse en su deber de impartir justicia sobre la base del reconocimiento de la particular situación de desventaja en la cual históricamente se han encontrado las mujeres”⁸¹⁸.

La importancia de este reconocimiento permitirá a quien juzga, la identificación de las discriminaciones que, de hecho, o de derecho, puedan sufrir las mujeres u hombres que no sigan los patrones masculinos, directa o indirectamente. Dicho de otra manera, “la obligación de juzgar con perspectiva de género exige a quienes imparten justicia que actúen remediando los potenciales efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales pueden tener en detrimento de las personas, principalmente de las mujeres”⁸¹⁹.

Con base en lo expuesto, técnicamente, podríamos definir el enjuiciamiento con perspectiva de género como un criterio hermenéutico de análisis jurídico que obliga a todos los órganos judiciales, a adoptar un enfoque crítico, holístico y contextualizado del conflicto jurídico ante patrones estereotípicos o

⁸¹⁶ Incluyendo las Recomendaciones Generales y los Dictámenes del Comité CEDAW, como legítimo intérprete de la Convención, que también son vinculantes para los Estados partes.

⁸¹⁷ Nos remitimos a los preceptos detallados en el capítulo cuarto relativo a la fundamentación jurídica.

⁸¹⁸ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) de 25 de mayo de 2016 (Amparo directo de Revisión n° 4811/2015).

⁸¹⁹ *Ibíd.*

situaciones asimétricas de género, que garantice una mayor protección de los derechos humanos, frente a otros criterios hermenéuticos tradicionales, como la literalidad.

Una segunda aproximación al concepto, más finalista o teleológica, debe partir de la incorporación de la perspectiva de género como una nueva forma de acercarse al derecho para hacer efectiva la igualdad, asumiendo la obligación de remover los obstáculos que la dificulten, aspirando a la superación de la histórica subordinación de las mujeres a los hombres a causa de los roles de género. Es decir, estamos ante una nueva herramienta jurídica de aproximación a una justicia equitativa, que pretende que las experiencias, aspiraciones y preocupaciones femeninas sean visibilizadas, reconocidas y satisfechas en la misma medida en que lo son las masculinas. Nos ayuda a reconocer situaciones sistémicas de inequidad y discriminación de género, y en su caso, a integrar en el derecho, la perspectiva femenina ausente, para convertir los “valores sociales” en verdaderos valores humanos, que representen por igual a mujeres y hombres.

Así, esta perspectiva actúa como hermenéutica jurídica correctora que ayuda a comprender las causas de las históricas desigualdades estructurales entre mujeres y hombres, y a trazar estrategias que permitan detectar, corregir y compensar situaciones desiguales de género para lograr la igualdad de resultado. Es, por tanto, un método de impartición de justicia equitativa a través del derecho con dos finalidades sustanciales: franquear los estereotipos en las actuaciones judiciales y detectar las asimetrías de género del ordenamiento jurídico.

Y, desde un punto de vista metodológico, puede definirse como una técnica de impartición de justicia consistente en detectar, corregir y compensar situaciones desiguales de género. Es, en fin, una técnica de análisis jurídico contextualizada aplicable a mujeres y hombres, en casos en los que se involucren roles de género, que pretende franquear los estereotipos en la justicia y descubrir las asimetrías de género en el derecho.

Este método debe estar presente en todas las ramas del derecho y en todas las jurisdicciones (civil, penal, contencioso administrativo, social o militar). Todos los ámbitos sociales son susceptibles de albergar situaciones estructurales de desigualdad o relaciones asimétricas de poder. Se trata de una aproximación judicial al conflicto jurídico con mente abierta, curiosa, crítica y contextual, que nos permita ver y entender realidades que colocan a las mujeres en una situación de desventaja (normalizada). Esta variable de análisis permite ver a las personas en todo su contexto, superando estereotipos sexistas.

Las sentencias tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en estereotipos que sostienen la exclusión y la marginación. Por ello, la justicia puede ser promotora de cambios sociales transformativos hacia la igualdad real.

2. ¿Por qué un método manejable para juzgar con perspectiva de género en el orden de lo social?

España debe adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la igualdad sustantiva entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida, así como la protección efectiva de las mujeres contra toda forma de discriminación a tenor de sus compromisos internacionales⁸²⁰.

El acceso a la justicia no es real si no se asume que la discriminación contra las mujeres sustenta la violencia y su impunidad supone perpetuarla. Evitar la impunidad es una forma activa y eficaz de prevenir la violencia de género. Todos los órganos judiciales tienen la obligación de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación o violencia por razón de género contra la mujer y deben aplicar todas las disposiciones que sancionan esa violencia, garantizando la imparcialidad mediante una justicia libre de estereotipos⁸²¹.

⁸²⁰ Punto 6 (Introducción) de la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

⁸²¹ Recomendación general nº 35 del Comité CEDAW de 26 de julio de 2017 (Apartado B.2 c- "Las obligaciones de diligencia debida por actos u omisiones de agentes no estatales- plano judicial").

Jueces y juezas tienen un rol esencial en la respuesta integral desde el Estado para combatir y erradicar las inequidades de género.

El mercado de trabajo es un contexto traspasado históricamente por estereotipos sexistas, muy presentes en la construcción de un derecho (social) forjado sin perspectiva de género. En el siglo XXI, las discriminaciones de género se camuflan en actuaciones que fácilmente pasan desapercibidas en un análisis judicial superficial. La perspectiva de género aspira a la búsqueda de la igualdad de resultados⁸²². Es una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad, necesidades y autonomía, y, además, un imperativo legal que recuerda la Recomendación General n° 33 del Comité CEDAW⁸²³.

La impartición de justicia con perspectiva de género, como método de análisis jurídico, va a permitir:

- 1) visibilizar la asignación de roles o patrones estereotípicos de género;
- 2) determinar las diferencias de oportunidades y derechos derivados de la anterior asignación;
- 3) evidenciar las relaciones de poder vinculadas a las diferencias socioculturales existentes entre mujeres y hombres;
- 4) traspasar un abordaje formalista del caso y preguntarnos por el impacto de género diferenciado derivado de las normas, las políticas, los convenios colectivos o las prácticas de las empresas;

⁸²² Igualdad de resultados, de acuerdo con la definición de discriminación contenida en el art. 1 de la CEDAW en relación con el art. 1 LOIEMH y los arts. 9.2 y 14 CE.

⁸²³ “La buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos, de participación, abiertos a las medidas innovadoras prácticas, sensibles a las cuestiones de género y tengan en cuenta las crecientes demandas de justicia que plantean las mujeres”: Apartado II, A, 14 d) de la Recomendación n° 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

- 5) determinar en qué casos un trato diferenciado es arbitrario y en qué casos necesario⁸²⁴.

De acuerdo con la doctrina de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México:

“El contenido de esta obligación puede resumirse de la siguiente forma.

Primero, aplicabilidad: es intrínseca a la labor jurisdiccional, de modo que no debe mediar petición de parte, la cual comprende obligaciones específicas en casos graves de violencia contra las mujeres, y se refuerza aún más en el marco de contextos de violencia contra éstas; y,

Segundo, metodología: exige cumplir los seis pasos mencionados en la tesis de jurisprudencia ("*Acceso a la Justicia en condiciones de Igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género*")⁸²⁵, que puede resumirse en la necesidad de detectar posibles -mas no necesariamente presentes- situaciones de desequilibrio de poder entre las partes como consecuencia de su género, seguida de un deber de cuestionar la neutralidad de las pruebas y el marco normativo aplicable, así como de recopilar las pruebas necesarias para visualizar el contexto de violencia o

⁸²⁴ Protocolo para Juzgar con perspectiva de género de la Corte Suprema de justicia de la Nación de México (2013), pág. 65.

⁸²⁵ Los seis pasos a los que refiere esta sentencia , son los siguientes: “i) identificar primeramente si existen situaciones de poder que por cuestiones de género den cuenta de un desequilibrio entre las partes de la controversia; ii) cuestionar los hechos y valorar las pruebas desechando cualquier estereotipo o prejuicio de género, a fin de visualizar las situaciones de desventaja provocadas por condiciones de sexo o género; iii) en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclarar la situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, ordenar las pruebas necesarias para visibilizar dichas situaciones; iv) de detectarse la situación de desventaja por cuestiones de género, cuestionar la neutralidad del derecho aplicable, así como evaluar el impacto diferenciado de la solución propuesta para buscar una resolución justa e igualitaria de acuerdo al contexto de desigualdad por condiciones de género; v) para ello debe aplicar los estándares de derechos humanos de todas las personas involucradas, especialmente de los niños y niñas; y, vi) considerar que el método exige que, en todo momento, se evite el uso del lenguaje basado en estereotipos o prejuicios, por lo que debe procurarse un lenguaje incluyente con el objeto de asegurar un acceso a la justicia sin discriminación por motivos de género”: “Acceso a la Justicia en condiciones de Igualdad. Elementos para juzgar con perspectiva de género “, 2011430. 1a./J. 22/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 29, abril de 2016, Pág. 836. Disponible en: <https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2011430&Tipo=1> [Consultada el 3 de agosto de 2021].

discriminación, y finalmente resolver los casos prescindiendo de cualesquiera cargas estereotipadas que resulten en detrimento de mujeres u hombres⁸²⁶.

Por tanto, estamos ante un acto judicial dinámico, que por su propia definición no puede ser mecánico, abstracto o automático sino contextual y creativo desde el derecho analítico y conforme al principio *pro persona*, dando prevalencia a los derechos sustantivos frente a consideraciones abstractas, o excesivamente rigoristas. Ello exige de las personas que imparten justicia la toma de decisiones objetivas que tengan por finalidad respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de las mujeres, pues el acceso a la justicia debe verse como un proceso que no solo comprende la presentación de una denuncia, demanda o recurso ante los tribunales sino, también, la garantía de recibir una respuesta de la justicia respetuosa, idónea, razonada, eficaz y efectiva.

Pero llevar ello a la práctica judicial no es fácil, más bien todo lo contrario. Entre los elementos que dificultan la justicia con perspectiva de género, pueden destacarse los siguientes:

1) La falta de formación en materia de género y derecho antidiscriminatorio internacional, tal y como hemos referido en capítulos anteriores. Ello lleva a su rechazo por considerarlo un método sospechoso o amenazante para la justicia “normativizada”, lo que puede colocar a España, inconscientemente, en el incumplimiento internacional, tal y como ha advertido el Comité CEDAW⁸²⁷.

⁸²⁶ Sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (México) de 25 de mayo de 2016 (Amparo directo de Revisión nº 4811/2015).

⁸²⁷ “El Comité ha observado (...) como las deficiencias que se suelen observar en la calidad de los sistemas de justicia (por ejemplo, decisiones o sentencias que no tienen en cuenta el género debido a una falta de entrenamiento, demoras y la longitud excesiva de los procedimientos, la corrupción, etc.), son todos factores que impiden a la mujer el acceso a la justicia.” (Apartado II, A, 13 de la Recomendación nº 33 del Comité Cedaw de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia).

2) Un excesivo apego a la justicia formal y positivista frente a los nuevos paradigmas de justicia constitucional (postpositivismo). El derecho antidiscriminatorio internacional incorpora nuevas definiciones y conceptos (enfoque contextualizado y *pro persona*), que entran en conflicto con posiciones excesivamente rígidas.

3) La influencia cognitiva del estereotipo dificulta enormemente la identificación de los impactos normativos, actuaciones o prácticas discriminatorias, que operan mayoritariamente de forma oculta y naturalizada. La opacidad de las discriminaciones impide detectarlas.

4) La sobrecarga judicial es otro factor objetivo que puede obstaculizar la integración de la perspectiva de género judicial porque exige, al contrario que la justicia formalista, un razonamiento jurídico añadido que debe construirse caso a caso, mediante la argumentación desde la ponderación de los derechos en conflicto, lo que exige un esfuerzo añadido que se convierte en sacrificio, dentro de un contexto de sobrecarga judicial. En España, el poder judicial es un poder desconcentrado, integrado por miles de jueces y juezas repartidos por todo el territorio español que deben dar respuesta a los centenares de miles de conflictos que se plantean⁸²⁸. Quienes juzgan son individualmente independientes⁸²⁹, no existe entre ellos una relación de dependencia jerárquica como la que existe en el interior del poder ejecutivo. Por ello, una carga irrazonable de trabajo puede ser una peligrosa herramienta de neutralización colectiva, además de afectar a la salud y la vida personal y familiar, pero,

⁸²⁸ El 25 de julio de 2018 se publicaron los resultados de la 1ª evaluación de riesgos específicos psicosociales de la carrera judicial, llevada a cabo por la entidad Quirón Prevención en la judicatura española durante los años 2017 y 2018, denominado, “Informe final de la Evaluación Específica de Riesgos Psicosociales de la carrera judicial”. En dicho informe se determina la carga de trabajo como factor de riesgos “muy elevado” en el 88% de los jueces y juezas destinados a órganos unipersonales, mientras que el porcentaje es del 69% en destinados en órganos colegiados (AP, TSJ, TS). Entre los órganos unipersonales, además, la puntuación más negativa es para los Juzgados de lo Mercantil (94%) y la más positiva para los Registros Civiles Exclusivos (40%) y los Juzgados de Menores (45%). Y la carga de trabajo como factor de riesgo está más presente en las mujeres.

⁸²⁹ El art. 117 de la CE dispone: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley (...)”.

también, abona el camino de los estereotipos por el ahorro cognitivo que lleva aparejada su utilización mediante un proceso de “pensamiento rápido”.

Los factores descritos no ayudan, más bien al contrario, dificultan, la práctica de este mandato normativo, y se traduce en una justicia aferrada a la igualdad formal o de trato, ya superada en la normativa internacional y nacional, convirtiendo el *gender mainstreaming*, en un brindis al sol. Los estereotipos vuelven ciega e insensible a la persona que juzga frente al enfoque diferencial, por ello las obligaciones internacionales nos obligan a eliminarlos. Para contrarrestar tal situación, puede ser de ayuda la aportación de un método práctico y manejable de análisis jurídico que arranque desde la psicología y la detección de los estereotipos de género que pueden operar en cada una de las materias propias del orden social. Con él se pretende aportar una herramienta jurídica útil para la jurisdicción social, que sirva de guía en la impartición de justicia con perspectiva de género en el análisis jurídico de categorías sospechosas. Una guía susceptible de revelar cómo la sociedad y su infraestructura jurídica atribuyen consecuencias a partir de los roles asociados a los cuerpos de las personas.

Este método propone una mirada judicial diferente de aproximación a la controversia jurídica. Tiene algo que le separa del resto de guías o protocolos expedidos hasta el momento, y es que su punto de partida está en lo cognitivo que se pone en el centro, partiendo de visibilizar y nombrar los estereotipos de género (descriptivos y normativos) y sus prejuicios asociados. Conocer el poder cognitivo de los estereotipos y el poder emocional de los prejuicios, aportará una visión imparcial más completa y real de la controversia que aumentará nuestros recursos para detectar, con mayor y mejor precisión judicial, inequidades y realidades asimétricas de género.

Otra peculiaridad de este método, que lo convierte en único, es su especialidad, pues está diseñado para su aplicación en la jurisdicción social, lo que lo hace más cercano y eleva su carácter práctico al disminuir su abstracción. Cada rama del derecho tiene sus peculiaridades y sus

particularidades cognitivas que se traducen en un funcionamiento no homogéneo de los estereotipos jurídicos concurrentes. Ello exige, si se pretende lograr un método manejable, una adaptación personalizada para cada jurisdicción.

En fin, la aplicación de esta herramienta-guía pretende facilitar la ardua tarea de elaborar sentencias en el orden de lo social, sensibles al género, imparciales y respetuosas con las obligaciones internacionales y los derechos humanos de la otra mitad de la población. Se espera que sea de utilidad en el sector jurídico y permita a quienes juzgan sumergirse en las lógicas del género y los estándares internacionales antidiscriminatorios para conocerlos mejor, entenderlos y aplicarlos en el día a día, para que la justicia sea (realmente) accesible para todas las personas.

II. ESTRUCTURA, AMBITO DE APLICACIÓN Y LENGUAJE

No se trata de un método infalible de aplicación universal, sino de pautas o recomendaciones sencillas de actuación sostenidas en las experiencias judiciales de otros países y organismos internacionales. Una especie de hoja de ruta orientativa, a través de un método sencillo que ayude a quien juzga a visibilizar, detectar y nombrar los mitos de género más habituales en la rama social del derecho, para caminar judicialmente hacia la igualdad *de facto*.

En el método se utiliza indistintamente el concepto “género”⁸³⁰ y “sexo”, por ser este último el contenido en la CE y otros textos normativos no actualizados con la normativa internacional, pero dándole un significado jurídico similar, a efectos de protección constitucional, tal y como se ha analizado en capítulos precedentes. Nuestro método ha sido pensado para ser aplicado a las

⁸³⁰“El género se define como los significados sociales que se confieren a las diferencias biológicas entre los sexos (...) Afecta la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones y el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. Pese a las variantes que existen según las culturas y la época, las relaciones de género en todo el mundo entrañan una asimetría de poder entre el hombre y la mujer como característica profunda”: Estudio Mundial sobre el papel de la mujer en el desarrollo: *Mundialización, género y trabajo*, Naciones Unidas, Nueva York, 1999, pág. 8 (citado en la Recomendación General nº 25 del Comité CEDAW, pág. 10).

personas trabajadoras⁸³¹ o demandantes de prestaciones del sistema de Seguridad Social. Ciertamente, el concepto “perspectiva de género” no determina ni concretiza el sexo, por lo que cabría aplicarlo tanto a mujeres como a hombres, aunque la normativa promotora de la justicia de género surge para corregir las deficiencias de la igualdad formal, incapaz, hasta la fecha, de acabar con las desigualdades y discriminaciones (reales) contra las mujeres que, por tanto y pese a ser mayoría, tienen la consideración jurídica de “colectivo” vulnerable.

Con las correspondientes adaptaciones, este método diseñado para la jurisdicción social, podría trasladarse a otros órdenes jurisdiccionales. Del mismo modo, también podría adaptarse a otros sesgos estereotípicos operantes en otros factores de discriminación (por edad, origen racial o étnico, orientación sexual, discapacidad, ideología etc.).

1. Estructura

Se estructura en tres fases objetivas de actuación judicial como proceso dinámico concretizado en las acciones detección, corrección y compensación, que se exponen a modo de antídoto frente a la estereotipación. Esta estructura se acopla técnicamente al proceso intelectual de impartir justicia, desde el análisis de la controversia, valoración de la prueba, aplicación y, en su caso, interpretación del ordenamiento jurídico y, por último, reparación del daño. El abordaje de cada una de las fases se hace con apoyo normativo y un carácter eminentemente práctico, a través de ejemplos extraídos de resoluciones judiciales reales a modo de “imagen que vale más que mil palabras”.

⁸³¹ Literalmente, la aplicación de la perspectiva de “género” no se reduce a las mujeres, pues el término género puede referir a lo masculino o a lo femenino. Como se ha explicado la perspectiva de género tiene funcionalidad no solo para las mujeres, como “colectivo” históricamente desfavorecido, sino también para otros grupos en situación desaventajada e incluso es aplicable en determinados casos a los hombres, que también son discriminados cuando asumen roles asociados a la feminidad y no al patrón social asignado de la “masculinidad”. Como ejemplo de ello, cabe citar la STJ de Canarias (Las Palmas) de 20 de enero de 2020 (R 850/2018) que, aplicando la perspectiva de género y lo contenido en la STJUE de 12 de diciembre de 2019(C 450/2018), reconoce el acceso al complemento de maternidad regulado en el art. 60 LGSS, en su redacción anterior a la reforma del RD-Ley 3/2021, de 2 de febrero, a un padre trabajador viudo.

Los precedentes ayudan a visibilizar cómo camina la estereotipia en la justicia social y también cómo podemos detectarla a tiempo, y corregirla, para no perpetuar las desigualdades sistémicas mediante las resoluciones judiciales.

2. Punto de partida: estándares internacionales

Tal y como ha venido poniendo de manifiesto el Comité CEDAW⁸³²:

“la discriminación contra la mujer, sobre la base de los estereotipos de género, la estigmatización, las normas culturales dañinas y patriarcales y la violencia basada en el género, que afectan particularmente a las mujeres, tienen efectos adversos sobre la capacidad de éstas para obtener acceso a la justicia en pie de igualdad con los hombres”.

Nos hemos acercado a la estereotipia desde la psicología social, para tener mayor y mejor información de su funcionamiento cognitivo⁸³³. Los estereotipos también permean la labor de quien juzga, con manifestaciones que van desde esperar cierto comportamiento de las personas involucradas a suponer que las normas, aparentemente neutrales, no generan discriminación. Sabemos que uno de los mandatos contenidos en la CEDAW es el de hacer frente a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a las mujeres⁸³⁴, no solo mediante actos individuales sino también porque todavía

⁸³² Punto 8 (Introducción) de la Recomendación n° 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

⁸³³ Capítulos 3 y 5.

⁸³⁴ La obligación de los Estados de eliminar la asignación de estereotipos de género se preceptúa con nitidez en el artículo 5 a) de la CEDAW, que requiere a los Estados partes para que tomen 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 inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”. En simbiosis con tal precepto, el artículo 2 f) de la Convención, recoge el compromiso de los estados a: “Adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”.

tienen reflejo en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales⁸³⁵.

La estereotipación judicial es una forma de discriminación, que puede comprometer la responsabilidad del Estado, por ello quienes juzgan deben erradicarla de sus actuaciones, en cumplimiento del principio general de la debida diligencia o diligencia debida, aplicando los principios que rigen en materia de derechos humanos, entre ellos el principio *pro persona* que exige adoptar la interpretación protectora de los mismos⁸³⁶. Tales obligaciones demandan una posición activa para eliminar los prejuicios y prácticas estereotipadas, lo que lleva aparejada una actitud de sospecha y análisis crítico de las leyes, las políticas y las prácticas.

Hemos expuesto de forma ordenada la normativa y jurisprudencia aplicable, en materia de juzgar con perspectiva de género. También hemos ilustrado con ejemplos prácticos, la nocividad de los prejuicios en la justicia. Queda, por tanto, fuera de toda duda que la aplicación, ejecución o perpetuación de los

⁸³⁵ Recomendación general n° 25 del Comité CEDAW, en cuyos antecedentes (apartados 6, 7 y 8), se recoge: “Una lectura conjunta de los artículos 1 a 5 y 24, que constituyen el marco interpretativo general de todos los artículos sustantivos de la Convención, indica que hay tres obligaciones que son fundamentales en la labor de los Estados Partes de eliminar la discriminación contra la mujer. Estas obligaciones deben cumplirse en forma integrada y trascienden la simple obligación jurídica formal de la igualdad de trato entre la mujer y el hombre. En primer lugar, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que no haya discriminación directa ni indirecta contra la mujer en las leyes y que, en el ámbito público y el privado, la mujer esté protegida contra la discriminación —que puedan cometer las autoridades públicas, los jueces, las organizaciones, las empresas o los particulares— por tribunales competentes y por la existencia de sanciones y otras formas de reparación. La segunda obligación de los Estados Partes es mejorar la situación de facto de la mujer adoptando políticas y programas concretos y eficaces. En tercer lugar, los Estados Partes están obligados a hacer frente a las relaciones prevalecientes entre los géneros y a la persistencia de estereotipos basados en el género que afectan a la mujer no sólo a través de actos individuales sino también porque se reflejan en las leyes y las estructuras e instituciones jurídicas y sociales. En opinión del Comité, un enfoque jurídico o programático puramente formal, no es suficiente para lograr la igualdad de facto con el hombre, que el Comité interpreta como igualdad sustantiva (...)”.

⁸³⁶ Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en relación con el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, que regula la regla general de interpretación de los Tratados.

estereotipos en el sector justicia pueden lesionar los derechos humanos de las mujeres⁸³⁷.

3. Ámbito jurisdiccional

Este método está pensado para su aplicación en el orden de lo social español, es decir, en los tribunales y juzgados competentes de dicha jurisdicción, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 9.5⁸³⁸ y 25 de la LOPJ, en relación con los arts. 6,7,8 y 9 de la LRJS⁸³⁹, cuya competencia material se corresponde con la rama social del Derecho.

4. Ámbito objetivo

El ámbito objetivo de aplicación se corresponde con las materias competencia del orden social, a tenor de lo dispuesto en el art. 1, 2 y 3 de la LRJS⁸⁴⁰. Dentro de dicho ámbito objetivo, las categorías sospechosas o en las se han detectado jurisprudencialmente mayor número de discriminaciones directas o indirectas, por razón de sexo/género, son las siguientes:

a) Relación laboral y contrato de trabajo:

- Acceso al empleo. Precontrato (arts. 1, 2, 6, 7, 8, 9 y 14 ET).
- Modalidades contractuales (arts. 10 a 13, 15, 16, ET).
- Condiciones laborales (arts. 3 a 7 ,17 ,18 y 34 a 37 ET).
- Promoción profesional (arts. 22 a 25 ET).

⁸³⁷ Recomendación nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, sobre el acceso de las mujeres a la justicia.

⁸³⁸ El art.9.5º LOPJ dispone: “(...)5. Los del orden jurisdiccional social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en conflictos individuales como colectivos, así como las reclamaciones en materia de Seguridad Social o contra el Estado cuando le atribuya responsabilidad la legislación laboral”.

⁸³⁹ Juzgados de lo social, Tribunales Superiores de Justicia (Sala Social), Audiencia Nacional (Sala Social) y Tribunal Supremo (Sala Social).

⁸⁴⁰ Según el art. 1 LRJS: “Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán de las pretensiones que se promuevan dentro de la rama social del Derecho, tanto en su vertiente individual como colectiva, incluyendo aquéllas que versen sobre materias laborales y de Seguridad Social, así como de las impugnaciones de las actuaciones de las Administraciones públicas realizadas en el ejercicio de sus potestades y funciones sobre las anteriores materias”.

- Discriminaciones retributivas (arts. 4 ,17 y 28 ET).
- Derecho de conciliación personal, familiar y laboral (arts. 37, 45, 46 y 48 ET).⁸⁴¹
- Externalización (art. 42 ET).
- Violencia de género intrafamiliar (arts. 45, 48 y 49 ET).- Violencia de género ocupacional: acoso sexual, acoso por razón de género y acoso ambiental. (arts. 4 ,17 y 54 ET).
- Extinción contractual (arts. 49 a 57 ET).
- Faltas y sanciones (poder disciplinario) (arts. 58 y 59 ET).
- Discriminaciones retributivas derivadas del convenio aplicable (arts. 4, 17 y 28 ET).
- Otras discriminaciones derivadas del convenio colectivo (trabajos feminizados) (arts. 4, 17 y 28 ET).
- Impacto normativo adverso por razón de género (discriminación indirecta, discriminación estructural) (arts. 4, 17 y 28 ET).
- Discriminación por asociación (jurisprudencia)⁸⁴²

b) Seguridad Social⁸⁴³:

- Prestaciones de género (nacimiento y cuidado del menor⁸⁴⁴, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia). (capítulos VI, VIII y IX LGSS).
- Viudedad (capítulo XIV- arts. 216y 219 a 223).
- Prestaciones a favor de familiares (capítulo XIV- arts. 226 y 227 LGSS).

⁸⁴¹ Número 4 del artículo 37 del ET, redactado por el apartado nueve del artículo 2 del RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

⁸⁴² Se trata de una modalidad de discriminación impulsada por el TJUE a partir de su sentencia de 17 de julio de 2008 (caso Coleman) C-303/2006, que ha sido seguida también por el TS (Sala 4ª) en diversas sentencias, destacando entre las más recientes la STS de 29 de enero 2020 (Rec. 3097/2017), que confirma STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016), que también aplicaba esta modalidad de discriminación por asociación.

⁸⁴³ Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre que aprueba el Texto Refundido de la LGSS (BOE nº261 de 31 octubre; rectificaciones en BOE nº. 36 de 11 de febrero 2016).

⁸⁴⁴ Rúbrica de Capítulo VI del Título II de la LGSS, modificada conforme establece el apartado dos del artículo 4 del RD-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Anteriormente la denominación era “maternidad”.

- Prestaciones en protección a la familia (Capítulo XV- arts. 235 a 237 LGSS).
- Jubilación (capítulo XIII LGSS).
- Incapacidad permanente (capítulo XI LGSS).
- Accidente de trabajo (capítulo III- art. 156 LGSS).
- Enfermedades profesionales (capítulo III- art. 157 LGSS).
- Determinación de contingencias profesionales (Capítulo III LGSS en relación al 140 y ss. LRJS).
- Prestación y subsidio de desempleo (Título III- arts. 262 a 304 LGSS).
- Renta Activa de Inserción (RD 1369/2006 de 24 de noviembre).
- Discapacidad (RD 1971/1999 de 23 de diciembre).
- Impacto normativo adverso por razón de género (discriminación indirecta, discriminación estructural).
- Discriminación por asociación.

c) Prevención de riesgos laborales:

- Adaptación de puesto de trabajo por riesgo durante el embarazo o la lactancia natural (arts. 186 a 189 de la LGSS en relación con el art. 26 LPRL).
- Prevención de riesgos psicosociales: acoso sexual o por razón de género [art. 4.2.e) del ET en relación con los arts. 14 y ss. LPRL].

d) Impugnación de las actuaciones de las Administraciones Públicas en materias competencia del orden social [art. 2. n) LRJS]-

5. **Ámbito subjetivo**

Como se ha avanzado, este método va a ser aplicado, sustancialmente, a las mujeres⁸⁴⁵, por ser ellas quienes parten de una situación estructural y sistémica de desventaja (en relación con los hombres) y por ser ellas quienes se ven afectadas por un mayor número de estereotipos negativos de género, por

⁸⁴⁵ Ello incluye no solo a personas de sexo femenino sino también a personas que tengan esta orientación sexual o identidad de género.

tanto, referiremos a las “trabajadoras”, “las mujeres” o a “ellas”. No obstante, debe aclararse que esta metodología también puede ser aplicada a los hombres, aunque en menor medida, por ejemplo, cuando son discriminados por la asunción de roles asociados a la feminidad (rol de cuidadores)⁸⁴⁶ o cuando son represaliados por actuar en defensa de la igualdad y no discriminación por razón de género⁸⁴⁷. La perspectiva de género podrá aplicarse tanto a la parte actora como a la demandada o, en su caso, a la parte interesada, o la partícipe en un proceso a través de la práctica de la prueba pericial, testifical, etc.

6. Ámbito procesal

El método aquí propuesto tiene proyección universal⁸⁴⁸, sobre todas las fases del proceso, incluso en un estadio previo a la interposición de la acción, y una vez interpuesta, a las fases declarativa, de recursos y de ejecución (definitiva o provisional), lo que incluye:

a) Fase previa

- Actos preparatorios, diligencias preliminares y exhibición documentos (arts. 76 y 77 LRJS).
- Anticipación y aseguramiento de la prueba (art. 78 LRJS).
- Medidas cautelares (art. 79 LRJS).

b) Fase declarativa

⁸⁴⁶Auto del TSJ de Canarias (Sala Social) de 7 de diciembre de 2018 (Rec. 850/2018), planteando cuestión prejudicial ante el TJUE por posible discriminación por razón de sexo de pensionista varón que solicita el acceso al complemento por maternidad del art. 60 LGSS. También, STSJ Canarias (Las Palmas) de 20 de enero de 2020 (Rec. 850/2018).

⁸⁴⁷ STSJ Galicia de 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018) en cuyo fallo se determina que el demandante varón sufrió “acoso por asociación respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo” y se estima el recurso de suplicación formalizado, extinguiéndose el contrato laboral y condenando a la empresa demandada a abonarle la indemnización legal correspondiente y además otra indemnización adicional por vulneración de derechos fundamentales (entre ellos, el art. 14 CE).

⁸⁴⁸ El mandato de integración de la perspectiva de género contenido en el art. 4 LOIEMIH es general, por lo que impregna cualquier decisión judicial de cualquier procedimiento, en cualquier fase del mismo y de cualquier orden jurisdiccional.

- Admisión de la demanda (art. 80 y 81 LRJS).
- Señalamiento de los actos de conciliación y juicio (art. 82 LRJS).
- Admisibilidad de los medios de la prueba (art. 90 LRJS).
- Suspensión de los actos de conciliación y juicio (art. 83 LRJS).
- Celebración del acto de conciliación (art. 84 LRJS).
- Celebración del juicio (art 85 LRJS).
- Interrogatorio de las partes (art. 91 LRJS).
- Interrogatorio de testigos (art. 92 LRJS).
- Prueba pericial (art. 93 LRJS).
- Informe de expertos (art. 95 LRJS).
- Práctica de la prueba en el acto del juicio (art. 87 LRJS).
- Carga de la prueba en el acto del juicio (art. 96 LRJS).
- Diligencias finales (art. 88 LRJS).
- Forma de la sentencia (art 97 LRJS).
- Medios de impugnación frente a providencias, autos, diligencias de ordenación y decretos (arts. 186 a 190 LRJS).
- Recurso de suplicación (arts. 190 a 204 LRJS).
- Recurso de casación y casación para unificación de doctrina (205 a 228 LRJS).

c) Fase de ejecución

- Ejecución de sentencias (237 a 288 LRJS).
- Ejecución provisional (289 a 305 LRJS).

7. Lenguaje judicial

La forma de la sentencia y, por tanto, las expresiones o construcciones del lenguaje utilizadas para hacer justicia (verbal o escrita), también deben ser escrutadas, bajo el filtro de la perspectiva de género, evitando el uso de un lenguaje sexista o estereotipado que pueda discriminar, en sí mismo, sin necesidad de descender al contenido final de la resolución.

El lenguaje reproduce las concepciones culturales de cada momento histórico, y permite, a su vez, que se construyan realidades sociales lo que le habilita para ser promotor de cambios transformativos, desde un punto de vista social.

7.1. Lenguaje libre de prejuicios

El lenguaje es mucho más que palabras. Nuestra lengua es la manifestación de nuestra estructura ideológica, de nuestra forma de entender y sentir el mundo, de interpretar la realidad. El lenguaje es un reflejo del pensamiento y es el instrumento a través del cual nos relacionamos y mostramos nuestra manera de ver el mundo, una herramienta fundamental para construir la identidad social de las personas. No solo se nombra la realidad, sino que se interpreta. Por ello, es consustancial a una interpretación de las normas libre de estereotipos que su verbalización también lo sea. No hacerlo puede derivar en un lenguaje judicial irrespetuoso o denigrante que vulnere los derechos fundamentales de las víctimas mujeres y, además, puede perpetuar los prejuicios sociales contra las mujeres revictimizándolas, mediante juicios de valor que afectan a su dignidad e intimidad (art. 10 y 18 CE). Por las razones expuestas, la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW advierte que⁸⁴⁹:

“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, incluida la revictimización de las denunciantes (...)”.

Evitar la revictimización y dar un trato humano y respetuoso a las víctimas, también es una exigencia legal en el Estatuto de la Víctima del delito⁸⁵⁰. Por tanto, el lenguaje estereotípico y/o irrespetuoso de las resoluciones judiciales también queda sometido a escrutinio, como otra modalidad de vulneración de los derechos humanos de las mujeres.

⁸⁴⁹ Recomendación General nº 33 del Comité CEDAW (apartado nº 26).

⁸⁵⁰ Preámbulo y art 3 de la Ley 4/2015 de 27 de abril del estatuto de la Víctima del Delito.

Así lo entendió la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia de 12 de abril de 2018⁸⁵¹, que, a pesar de desestimar el recurso en cuanto al fondo, estima la petición realizada por la Asociación Colombiana de Juristas, en relación al lenguaje inadecuado e irrespetuoso con una gran carga de estereotipos, contenido en el relato fáctico de las sentencias dictadas en instancias inferiores. La Corte consideró que el lenguaje judicial fue revictimizante, y vulneró el derecho a la dignidad e intimidad de la víctima, recordándose en su fundamentación jurídica que:

“El papel del juez constitucional no es el de impulsar el adecuado uso de un nuevo lenguaje, sino evitar que conduzca a situaciones de discriminación, o contrarias a la dignidad humana, o que niegue el deber estatal de crear medidas para que la igualdad sea real (...).

En ese mismo sentido, las autoridades judiciales tienen el deber de utilizar en las providencias un lenguaje respetuoso con la situación de la víctima de violencia sexual. Les corresponde a los jueces en sus sentencias, transformar los estereotipos de género que originan toda clase de actos de violencia contra las mujeres. En ese sentido lo ha expresado también la CoIDH en el caso de *Karen Atala contra Chile*, en el que subrayó la responsabilidad que tienen las autoridades judiciales de motivar sus decisiones al margen del uso de prejuicios y estereotipos sociales, los cuales perpetúan la discriminación de poblaciones históricamente invisibilizadas⁸⁵²”.

Con base en ello, la Corte determinó que las sentencias no aplicaron las garantías que deben observarse en casos de violencia sexual contra las mujeres, ni evitaron la revictimización en la valoración de los hechos, por lo que revocó parcialmente las sentencias recurridas, exclusivamente para que fueran

⁸⁵¹ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 12 de abril de 2018 (Sentencia T-126/18).

⁸⁵² Apartados 5.3.2.2 y 5.3.2.3 de la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 12 de abril de 2018.

modificadas determinadas descripciones del relato fáctico y fundamentación jurídica.

7.2. Lenguaje incluyente. Criterios y recomendaciones

Además, también las resoluciones judiciales deben ser promotoras de la utilización de un lenguaje incluyente y no sexista⁸⁵³, para evitar la invisibilización de la mitad de la sociedad. Por ello, quienes juzgan deben hacer uso de un lenguaje más específico en el tratamiento de profesionales y de las partes que intervienen en el proceso y una elección de términos para referir a situaciones, hechos, personas y argumentos jurídicos que excluyan conceptos que impliquen desvalorizaciones o discriminaciones hostiles.

El lenguaje, oral y escrito, es un importante instrumento humano a través del cual las personas codificamos y transmitimos los pensamientos y ejercemos la comunicación, por tanto, vale la pena esforzarnos y dar pasos para buscar alternativas de avance en el uso del lenguaje, para que represente, cada vez más, la realidad igualitaria que debemos construir.

La importancia del lenguaje inclusivo en el ámbito jurídico se puso de relieve por la Corte Constitucional de Colombia en su sentencia de 27 de septiembre de 2006⁸⁵⁴. Dicha sentencia declaró inconstitucional la utilización del término “hombre” contenida en el art. 33 del Código Civil de aquel país, para referirse a mujeres y hombres, sustituyéndose por la palabra “persona”. La Corte colombiana recuerda que el lenguaje es a la vez instrumento y símbolo. Es instrumento, puesto que constituye el medio con fundamento en el cual resulta

⁸⁵³ Según Bosch Fiol, E: “Se entendería por sexismo la respuesta evaluativa (positiva o negativa), cognitiva, afectiva y conductual ante una persona en razón de su pertenencia a uno u otro sexo biológico. (...) A la vista de los cambios acontecidos en los últimos decenios en la consideración de las mujeres y de lo femenino en los países occidentales (...) es posible hacer una distinción entre sexismo hostil (es decir el sexismo entendido a la manera clásica), y otras formas de sexismo, más sutil o benévolo, que se manifiesta en la negación de la discriminación que padecen las mujeres, en el antagonismo hacia sus demandas o la falta de apoyo a las políticas diseñadas para ayudarlas” (“Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos”, *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, nº 45, 2011, pág. 2).

⁸⁵⁴ Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia de 27 de septiembre de 2006 (C-804/06).

factible el intercambio de pensamientos entre los seres humanos y la construcción de cultura. Es símbolo, por cuanto refleja las ideas, valores y concepciones existentes en un contexto social determinado, pero no aparece desligado de los hombres y mujeres que lo hablan y escriben quienes contribuyen a llenar de contenidos las normas jurídicas en una sociedad determinada. También se destaca que el lenguaje debe estar acorde con los principios y valores constitucionales y se recuerda a quienes trabajan en la justicia lo siguiente:

“Es preciso subrayar la necesidad de que las operadoras y los operadores jurídicos interpreten siempre ese tipo de expresiones de forma que armonice con los principios, valores y derechos consignados en la Constitución Nacional y con los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Esta obligación se extiende, pues, a la interpretación de los distintos niveles normativos, de inferior a superior jerarquía, reglamentos, ley, Constitución y tratados internacionales”.

A continuación, se detallarán algunas de los criterios de actuación y recomendaciones más relevantes sobre la cuestión.

7.2.1. Criterios generales de actuación de los poderes públicos

La transversalidad de género y su mandato normativo, sintetizado en el art. 14.11 de la LOIEMH, han establecido como criterios de actuación, el uso de un lenguaje inclusivo o no sexista, en todas las actuaciones de los poderes públicos (incluido el judicial), lo que tiene, también, su repercusión en las actuaciones judiciales. Puede afirmarse que la utilización de un lenguaje no sexista en el ámbito jurídico se ha convertido en una cuestión de igualdad, al haber entrado su utilización en el ordenamiento jurídico europeo y nacional.

“Criterios generales de actuación de los poderes públicos:

11º- La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas”⁸⁵⁵.

El mandato de integración transversal del principio de igualdad, que el art. 15 de la LOIEMH dirige a los poderes públicos, se logra, en correspondencia con los mandatos contenidos en el art. 14 (más específicos), que incluye la citada obligación del uso de un lenguaje que no invisibilice a las mujeres. Este criterio de actuación es vinculante también para el poder judicial, como poder público que es, sin que a ello obste la referencia al “ámbito administrativo”, que debe interpretarse en sentido amplio e incluyente también de la Administración de justicia, pues carece de sentido implementar criterios diferenciados de actuación, entre el poder ejecutivo y el resto.

7.2.2. Recomendaciones del CGPJ sobre el lenguaje inclusivo

También el CGPJ ha venido recomendando, desde su Comisión de Igualdad, el uso del lenguaje no sexista en las actuaciones judiciales. En esta línea se promueven las recomendaciones y criterios contenidos en las “Normas mínimas para evitar la discriminación de la mujer en el lenguaje administrativo del CGPJ”, de fecha 16 de junio de 2009⁸⁵⁶, que pretenden cumplir con el compromiso de igualdad que, como órgano constitucional, debe ser ejemplificador en esta materia, tal y como se indica en esta recomendación.

Dicho documento contiene una serie de directrices para evitar el sistemático uso del masculino para referirse a ambos sexos, ocultando a la mujer, tales como:

⁸⁵⁵ Redactado del art. 14.11 de la LOIEMH.

⁸⁵⁶ Disponible en la web del CGPJ: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Igualdad-de-Genero/Normas-minimas-lenguaje-inclusivo/> [Consultada el 4 de agosto de 2021].

- Diferenciación del uso del masculino y del femenino en la designación de profesiones y actividades, y evitar en la designación de cargos, la identificación de las mujeres a través de los hombres.
- Uso del femenino jueza y magistrada, admitido por la RAE.
- Sustituir expresiones como “jueces y magistrados” por “Carrera Judicial”, en algunos casos, y por “miembros de la Carrera Judicial” en otros. Presidencia, en lugar de presidente, o vocalía en lugar de Vocal, o gerencia en lugar de gerente.
- En expresiones genéricas como “ascenso forzoso a la categoría de magistrado”, añadir una “/a”.
- Se recomienda usar el artículo en formularios, impresos y documentos administrativos tipo, en los que no se conoce de antemano el género (el/la letrado/a, el/la declarante, el/la denunciante, el/la inspector/a, etc.).
- Y también se insta a evitar todas aquellas expresiones, en ocasiones innecesarias, que llevan a un uso excesivo del masculino. Por ejemplo, tener nacionalidad española en lugar de ser español; o acreditación de discapacidad en lugar de estar afectado por discapacidad, etc.).

7.2.3. Recomendaciones desde la UE sobre el uso de lenguaje no sexista

El "Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo, aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008⁸⁵⁷, recuerda que “La finalidad del lenguaje no sexista o lenguaje neutral en cuanto al género es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el

⁸⁵⁷ Aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008. Disponible en: <http://www.fademur.es/documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf> [Consultada el 4 de agosto de 2021].

sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante. La utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política. El lenguaje influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones”.

Por ello, se toma partido en esta materia desde el Parlamento Europeo manifestándose abiertamente que, desde esta institución, “se respalda plenamente el principio de igualdad de género, y el lenguaje que utiliza debe reflejar este hecho. Para este fin, es importante establecer orientaciones que aseguren en la medida de lo posible que el lenguaje no sexista en la norma, en lugar de ser la excepción, en los documentos parlamentarios”⁸⁵⁸.

7.2.4. Recomendaciones del Consejo de Europa sobre lenguaje inclusivo

También, el Consejo de Europa se pronunció sobre la cuestión, en la Recomendación R (90) 4E, de 21 de febrero de 1990 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje, en el que se recomienda “promover la utilización, en la medida de lo posible, de un lenguaje no sexista que tenga en cuenta la presencia, la situación y el papel de la mujer en la sociedad , tal como ocurre con el hombre en la práctica lingüística actual (...) que la terminología empleada en los textos jurídicos, la

⁸⁵⁸ En el Informe se hacen recomendaciones específicas para la lengua española, respecto a las profesiones, los desdoblamientos, el uso de barras, el uso del término “hombre” con valor genérico, fórmulas de tratamiento o la utilización de formas perifrásticas inclusivas, incluyéndose ejemplos muy ilustrativos como: “ Técnicas de redacción que evitan el sexismo en el lenguaje: -Utilización de sustantivos genéricos y colectivos: Ejemplo: «el interesado», «los andaluces», «los profesores» Propuesta de cambio: «la persona interesada», «el pueblo andaluz», «el profesorado» - Utilización de perífrasis: Ejemplo: «los médicos» Propuesta: «las personas que ejercen la medicina» - Utilización de construcciones metonímicas: Ejemplo: «los directores», «el Presidente de la Comisión» Propuesta: «la dirección», «la Presidencia de la Comisión» - Utilización del imperativo: Ejemplo: «El candidato debe enviar su currículum a la dirección indicada» Propuesta: «Envíe su currículum a la dirección indicada» - Utilización de la forma pasiva: Ejemplo: «El solicitante debe presentar el formulario antes del día 15» Propuesta: «El formulario debe ser presentado antes del día 15» (Este recurso debe utilizarse con precaución en textos jurídicos) - Utilización de estructuras con «se» (impersonal o pasiva refleja) Ejemplo: «El juez dictará sentencia» Propuesta: «Se dictará sentencia judicial» - Utilización de formas no personales del verbo: Ejemplo: «Es necesario que el usuario preste atención» Propuesta: «Es necesario prestar atención» (Este recurso debe utilizarse con precaución en textos jurídicos) - Utilización de determinantes sin marca de género u omisión del determinante en el caso de sustantivos de una sola terminación: Ejemplo: «Todos los miembros del comité recibirán la información por escrito» Propuesta: «Cada miembro del comité recibirá la información por escrito»”.

administración pública y la educación esté en armonía con el principio de igualdad de sexos (...)."

Años más tarde se aprobó la Recomendación CM/Rec (2007) 17 del Comité de Ministros a los Estados miembros, sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje y promoción de un lenguaje que refleje el principio de igualdad entre mujeres y hombres, donde se señala lo siguiente ⁸⁵⁹: "el lenguaje desempeña una función básica en la formación de la identidad social del individuo e interactúa con las actitudes sociales y la cultura. La utilización de un lenguaje que refleje y trate con el mismo valor y la misma dignidad la presencia, la situación y el papel de mujeres y hombres en la sociedad es simultáneamente un aspecto esencial de la igualdad entre mujeres y hombres y un medio de conseguir una igualdad material".

Por ello, se insta desde esta institución a que las acciones de los Estados miembros tengan como objetivo el fomento de la utilización de un lenguaje no sexista en todos los sectores, en particular, en el sector público. Entre los elementos que indican la voluntad política de los estados y su compromiso a favor de la igualdad entre mujeres y hombres en este sentido, se incluye expresamente en la Recomendación:

"la adopción/existencia e implementación de normas que impongan al sector público la obligación de utilizar un lenguaje no sexista en los documentos oficiales, en particular, en los textos jurídicos, los documentos políticos, los programas, los formularios y los cuestionarios (...)"⁸⁶⁰

⁸⁵⁹ Apartado 6 de la Recomendación CM/Rec (2007)17 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre mujeres y hombres (adoptada por el Comité de Ministros el 21 de noviembre de 2007, durante la 1011ª reunión). Disponible en:

<https://www.inmujeres.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0019.pdf> [Consultada el 4 de agosto de 2021].

⁸⁶⁰ También: "Existencia de un mandato claro dado a las instituciones dedicadas a la igualdad entre mujeres y hombres y a otras instituciones pertinentes para controlar la implementación del principio de utilización de un lenguaje no sexista. Existencia/promoción de la investigación sobre cuestiones de género en el lenguaje utilizado, en particular en la enseñanza y en el

Con base en el conjunto de recomendaciones expuestas, el lenguaje jurídico no sexista es un elemento sustancial para el logro de una justicia, realmente representativa y un requisito imprescindible para el logro de una justicia integradora de la perspectiva de género. No se trata de cambiar el lenguaje corriente sino de adecuar el lenguaje jurídico a los estándares internacionales. Las descripciones contenidas en las definiciones legales, o en su caso, en las resoluciones judiciales, tienen incidencia en la perpetuación de roles sexistas o en su eliminación, de modo que aquellas definiciones tendentes a reproducir contenidos sexistas pueden ser discriminatorias, en sí mismas, vulnerando los mandatos internacionales dirigidos a reconocer la dignidad de las mujeres como personas autónomas y libres. Por ello, los estados deben adoptar las medidas apropiadas y conducentes a fin de eliminar el lenguaje sexista en sus distintas manifestaciones porque es otro camino más para romper con el sistema de jerarquías excluyente y con la subordinación histórica de las mujeres. Se trata, en fin, de una estrategia orientada a garantizar una igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. El lenguaje jurídico tiene un enorme potencial transformador y, junto a otras medidas, es imprescindible para avanzar hacia una cultura jurídica, realmente incluyente.

Y, más recientemente, es destacable la Recomendación CM/Rec (2019)¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo, adoptada el 27 de marzo de 2019, en la reunión nº 1342 de los delegados de los ministros. El Comité de Ministros, según lo dispuesto en el artículo 15.b del Estatuto del Consejo de Europa, efectúa diversas recomendaciones a los Estados miembros con el objetivo de crear una Europa libre de sexismo y acabar con la comunicación estereotipada como forma de educar, sensibilizar y prevenir comportamientos sexistas. Dicha comunicación incluye la eliminación de expresiones sexistas y recomienda el uso del femenino y masculino, o las formas de género neutro al dirigirse a un

sector de la información, incluidos los medios de comunicación. Y existencia de iniciativas que fomenten la eliminación de expresiones discriminatorias entre mujeres y hombres en función de su apariencia física o cualidades y funciones de género atribuidas a su sexo" (párrafo 6º del Apartado A de la Recomendación CM/Rec(2007)¹⁷ del Comité de Ministros).

grupo, así como la garantía de igualdad entre mujeres y hombres en las representaciones visuales o de cualquier otro tipo. Entre las recomendaciones, se recoge expresamente que “las acciones de los Estados miembros deben tener como objetivo el fomento de un lenguaje no sexista en todos los sectores, en particular, en el sector público”, y, de nuevo, se insta a los Estados a “realizar una revisión sistemática de todas sus leyes, reglamentos, políticas, etc., para detectar el lenguaje sexista y el recurso a asunciones y estereotipos basados en el género, con el fin de sustituirlos por terminología con perspectiva de género. Las buenas prácticas en este sentido incluyen la elaboración de manuales prácticos de lenguaje y comunicación no sexista y sin estereotipos de género para su uso en documentos de la administración pública”.

Según la doctrina más especializada, existen tres motivos para el uso del lenguaje inclusivo: la precisión, el principio de igualdad y el imperativo legal. Además, el lenguaje no sexista no puede quedar al margen del resto de los principios rectores de un lenguaje modernizado: claridad, sencillez y transparencia. Para las ciudadanas, entrar en el mundo simbólico de la política y el derecho (ser dichas) significaba adquirir simultáneamente las dimensiones simbólica y material de las que se las había despojado en la legislación anterior: ser sujetos en el lenguaje implicaba ser sujetos sociales, responsables y agentes. El lenguaje jurídico no puede ser ajeno al movimiento político más relevante del último siglo, el fin del patriarcado⁸⁶¹.

Otros autores se posicionan claramente a favor del uso del lenguaje inclusivo⁸⁶², aduciendo los siguientes motivos:

⁸⁶¹ Bengoechea Bartolomé, M., “*El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje modernizado del siglo XXI*”. En *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 4, 2011, págs. 15 a 26.

⁸⁶² Balaguer Callejón, M.L., “Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, *UNED, Revista de Derecho Político*, nº 73, septiembre-diciembre 2008, págs. 96 y 98.

-El lenguaje es el elemento que diferencia a la humanidad del resto de los seres vivos. La importancia del lenguaje estriba en la posición que ocupa en la formación del pensamiento.

-El lenguaje es un elemento identitario en las personas y los grupos. Un lenguaje que no responde a la identidad de las personas y cosas, no designa la realidad.

- La ocultación de las mujeres por parte del lenguaje es una consecuencia directa del ejercicio del poder por parte de los hombres para mantener la estructura social del patriarcado.

-En el estado actual del desarrollo de las ciencias jurídicas se impone el reconocimiento del derecho a ser nombradas, como condición del derecho a una igualdad real.

-Una técnica jurídica adecuada exige el establecimiento de un lenguaje comprensivo de la mujer y del hombre, que recoja la realidad de las personas que se dedican a la actividad pública y designe a las mujeres como sujetos de derechos y obligaciones jurídicas⁸⁶³.

Por tanto, quienes imparten justicia deben esforzarse por usar un lenguaje inclusivo, lo que no significa desdoblarlo todo o multiplicar la vocal “a”, sino reconfigurar nuestra estructura de pensamiento dando un espacio a las mujeres, a través del uso de palabras inclusivas (ciudadanía, persona trabajadora, persona accidentada, la empresa, la representación social, la parte actora ...), o formas perifrásticas que eviten la masculinización (quien juzga, quien trabaja ...). Una masculinización, por cierto, que prepondera en el ámbito jurídico de lo social, donde la palabra “trabajadora” es difícilmente visible en el “Estatuto de los Trabajadores”⁸⁶⁴. Y este es el patrón que vamos a encontrar

⁸⁶³ *Ibíd.*

⁸⁶⁴ Por ejemplo, en el ET, art. 45.1 n) en referencia a las víctimas de violencia de género.

también en la LRJS⁸⁶⁵, donde solo hay trabajadores, abogados, graduados sociales, secretarios, inspectores, peritos, abogados del Estado, el juez o los actores. En la LGSS⁸⁶⁶, en la LPRL, LOLS, LISOS o restante normativa de utilización habitual en esta disciplina del derecho, salvando la Ley 39/1999, que a pesar de ser temporalmente anterior a las citadas normas (excepto la LOLS), usa la palabra “persona trabajadora”.

Por tanto, existen, a modo de conclusión, dos razones para impartir una justicia, escrita u oral, inclusiva:

-la primera, es que las recomendaciones referidas así lo establecen. La invisibilización de las mujeres a través del lenguaje es una consecuencia directa del ejercicio del poder masculino para mantener la estructura social de subordinación femenina. El lenguaje no sexista se ha convertido en otra herramienta de promoción de la igualdad, lo que excluye otra opción (judicial), al menos en el ámbito de las actuaciones de los poderes públicos.

- Y la segunda, es que como ha afirmado la doctrina⁸⁶⁷, “el lenguaje es lo que nos permite comprender el mundo”. El español es una lengua viva que crece y cambia dentro de su contexto social. Las transformaciones no se dictan desde la Academia, surgen espontáneamente desde la sociedad misma. Las personas deciden el destino del lenguaje y la RAE regula, no al revés.

III. LAS FASES DE APLICACIÓN DEL MÉTODO

La aplicación del método debe realizarse en tres fases concretas que iremos desarrollando en relación con las materias del orden social indicadas para facilitar, mediante ejemplos prácticos, su dinámica aplicativa:

⁸⁶⁵ La forma masculina se encuentra en los arts. 2, 15, 20, 21, 47, 49, 50, 78, 83, 85, 93, 95, 118, 232, 257, 265, entre otros muchos de la LRJS. Como excepción, el art. 180.4 de la LRJS alude a la “trabajadora víctima de la violencia de género”.

⁸⁶⁶ Sí se usa el término “trabajadora” en las prestaciones por riesgo durante la lactancia y riesgo durante el embarazo (arts. 186 a 189 LGSS).

⁸⁶⁷ Wittgenstein, L., *Tractatus Lógico-Philosophicus*, Alianza Universidad, Madrid, 1993, pág. 11.

-Fase primera o de detección de los prejuicios o estereotipos concurrentes e identificación de la discriminación o situación marginal, desigual o asimétrica lesiva, por razón de género.

-Fase segunda o de corrección, que exige la aplicación de la perspectiva de género como criterio corrector o reparador jurídico, al amparo de la normativa y jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos en conexión con el valor, principio y derecho fundamental a la igualdad (arts. 1, 9.2 y 14 CE).

-Fase tercera o de compensación, que se traduce en una resolución judicial equitativa, resultante de la integración de la perspectiva de género, que debe tender a la *restitutio in integrum*, en congruencia con los pedimentos de las partes.

1. Fase primera o de detección. Justicia analítica

Esta es, quizás, la fase más importante porque exige un análisis global y contextualizado de cada conflicto jurídico, que va más allá de la mera subsunción automática de los hechos a la norma, y de este esfuerzo judicial dependerá llegar (o no), a una resolución equitativa. Debemos partir del reconocimiento de posibles influencias cognitivas en la toma de decisiones judiciales para, de este modo, profundizar en el análisis del caso de forma imparcial, despejando la subjetividad, y actuando con garantía de legalidad en la resolución judicial que se adopte.

1.1. ¿Procede aplicar la perspectiva de género en todos los casos?

No procede en todos los casos.

Llegar a la conclusión de que debemos hacer un enfoque diferente del asunto con perspectiva de género, puede ser relativamente fácil cuando se alega por las partes, o cuando estamos ante materias de claro impacto de género o sospechosas de discriminar (embarazo o prestaciones de seguridad social

vinculadas a la maternidad, derechos laborales de la víctima de violencia de género ...), pero en muchos otros casos no es tan sencillo.

La perspectiva de género es mucho más que resolver un asunto en el que se alega discriminación, se trata de una mirada que nos desvela que la realidad se vive de manera muy diferente siendo hombre o mujer, con amplias desventajas sociales si se es mujer. Por tanto, cualquier asunto puede requerir un enfoque analítico y contextualizado de género como corrector de una asimetría sexista, que nos pasará desapercibida si no ponemos en marcha el detector de estereotipos. No obstante, efectuado el “test de género”, la aplicación de la categoría analítica de género solo será necesaria cuando concurren patrones estereotípicos o relaciones asimétricas de género.

Por ello, esta fase requiere invertir cierta dosis de psicología, para entender cómo opera cognitivamente el estereotipo y emocionalmente el prejuicio, porque en su detección está la visibilización de la distinción, exclusión o restricción lesiva de género. Ello no siempre es fácil pues va a exigir un esfuerzo crítico añadido para poder identificar el mito de lo que consideramos “nuestro propio pensamiento”. También debe tenerse presente que tal diferencia o exclusión podría estar justificada bajo una finalidad legítima y objetiva, en los casos de discriminación indirecta, a tenor del concepto legal contenido en LOIEMH⁸⁶⁸.

La trasposición del estereotipo a las relaciones de trabajo y Seguridad Social, puede manifestarse, mayoritariamente, de las siguientes formas⁸⁶⁹.

1.1.1. Mediante la negación de un derecho

⁸⁶⁸ Art. 6.2: “Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados(...)”.

⁸⁶⁹ Cook, R. y Cusak, S. *Estereotipos de Género*. Perspectivas legales Transnacionales. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, pág. 59.

Por ejemplo, negando la calificación de *in itinere*, al accidente sufrido por una trabajadora al dejar a su hija en el colegio, como cada mañana, antes de ir a su centro de trabajo⁸⁷⁰. La aplicación de la perspectiva de género sería extensible, también, a casos en los que trabajadores varones cuidan y concilian, al asumir este rol asociado a la feminidad.

Otros ejemplos son las dificultades de acceso a las prestaciones por riesgo durante el embarazo en los casos de embarazos de alto riesgo en los que se prescribe reposo absoluto⁸⁷¹. También en el acceso a las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural⁸⁷². Además, procesalmente, estas prestaciones no disponen de procedimiento urgente y exento de reclamación previa, al contrario que otras prestaciones de seguridad social, como la incapacidad temporal, lo que convierte las sentencias, incluso estimatorias, en victorias pírricas, al dictarse más allá de los 9 meses de embarazo o periodo protegido legalmente, en caso de la lactancia natural.

Otro ejemplo sería la calificación de “enfermedad común” que se hace habitualmente por las Entidades gestoras o colaboradoras de la Seguridad Social, en dolencias derivadas de la gestación o el parto, que biológicamente solo pueden afectar a las mujeres. A este respecto debe destacarse la reciente STS de 2 de julio de 2020⁸⁷³, en la que se da un giro a esta calificación determinando que la contingencia de la que derivaba la Incapacidad

⁸⁷⁰ STSJ Canarias (Las Palmas) de 24 de julio de 2018 (Rec. 271/2018) y también la STSJ Galicia de 14 de julio de 2015 (Rec. 1660/2014), que califica de accidente *in itinere*, el producido cuando la trabajadora retornaba a su domicilio, antes de la finalización de su jornada laboral, para atender una urgencia familiar.

⁸⁷¹ STSJ Canarias (Las Palmas) de 20 de julio de 2016 (Rec.121/2016) confirmada por la STS de 10 diciembre 2018 (Recud.2654/16). La trabajadora, dependiente de profesión, presentó demanda solicitando el abono de las prestaciones por riesgo durante el embarazo. La sentencia de la instancia desestimó la demanda al entender que el embarazo de riesgo de la trabajadora, no tiene encaje en la vía de protección de las prestaciones reclamadas al no estar relacionada la patología con los agentes, procedimientos o condiciones de trabajo del puesto desempeñado. La Sala, no obstante, reconoció el derecho de la trabajadora a las prestaciones reclamadas, haciendo una interpretación finalista de la normativa aplicable.

⁸⁷² STSJ Canarias (Las Palmas) de 7 de junio 2019 (Rec. 223/2019). Trabajadora médica pediatra que reclamaba acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural, por habersele prescrito a su bebé la lactancia materna como medio exclusivo de ingesta calórica (intolerancia a tetinas artificiales). La Entidad colaboradora denegó el acceso a las prestaciones forzando a la madre a solicitar una excedencia. Tanto el juzgado como el TSJ reconocieron el derecho de la madre trabajadora, haciendo una interpretación finalista y acorde con la perspectiva de género.

⁸⁷³ STS de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018).

permanente absoluta de la trabajadora actora, cuyas dolencias se produjeron durante el parto, debía ser la de accidente de trabajo y no enfermedad común como se propugnaba por el INSS.

1.1.2. Imponiendo una carga añadida

Por ejemplo, en el cálculo de cotizaciones para el acceso a las pensiones y prestaciones de la Seguridad Social que penalizaba doblemente el trabajo a tiempo parcial⁸⁷⁴. También, en el caso de limitar a la trabajadora la promoción profesional, en aplicación de un criterio estricto y formalista del cómputo de antigüedad de las situaciones de reducción de jornada por cuidados familiares, permisos familiares o trabajo a tiempo parcial como herramienta de conciliación⁸⁷⁵. También puede afectar a trabajadores varones, por asunción de patrones asociados a lo femenino, pero estadísticamente en número inferior.

1.1.3. Marginando a la persona

Por ejemplo, mediante la feminización profesional, y la asignación a las mujeres de tareas peor retribuidas que otras de similar valor reconocidas⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Nos referimos al sistema establecido por la antigua disposición adicional 7ª de la LGSS, que fue declarada inconstitucional en la STC 61/2013 de 14 de marzo, en correspondencia con la STJUE (Elbal Moreno) de 22 de noviembre 2012, C-385/11. Y más recientemente el TJUE se pronunció de manera similar en sentencia de 8 de mayo de 2019 (C-161/18), que dio lugar a la STC 91/2019, de 3 de julio, en la que de nuevo se anulaba el sistema de cálculo de cotizaciones para el acceso a la pensión de jubilación derivadas de trabajo a tiempo parcial, por considerarlo discriminatorio por razón de sexo.

⁸⁷⁵ STS Madrid de 23 de febrero de 2018 (Rec. 1179/17) que confirma Sentencia del juzgado social nº 2 de Móstoles de 27 de junio de 2018 (autos 388/2017), en materia de derechos fundamentales. Se trataba de una demanda planteada por dos trabajadoras, en respecto de un supuesto en que se contabilizó su antigüedad (trabajo a tiempo parcial) por tiempo efectivo de alta en la Seguridad social, a efectos de la cobertura de un concurso oposición de promoción interna en una Administración pública. En la sentencia se declara que: “el cómputo de la antigüedad de las trabajadoras, atendiendo a los tiempos de prestación de servicios, es una medida discriminatoria indirecta respecto de las dos demandantes, puesto que impide su promoción en el trabajo, en un sector ocupado mayoritariamente por hombres”, y se estima la demanda planteada condenando a la Administración pública demandada a reconocer a las actoras una puntuación superior, así como a abonarles una indemnización de 2.000 euros, en concepto de daños y perjuicios.

⁸⁷⁶ STSJ Canarias de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/2021), que declara la existencia de categorías profesionales convencionales para la realización de trabajos de igual valor con una retribución diferente que discrimina por razón de sexo a las mujeres incluidas en la categoría inferior.

También, mediante la exclusión en la contabilización de trienios del tiempo no trabajado en el caso de personas trabajadoras fijas discontinuas, que afecta estadísticamente más a las mujeres⁸⁷⁷.

La marginación también puede afectar a trabajadores, por asunción de patrones impropios de lo considerado masculino.

1.1.4. Vulnerando su dignidad

Como sucede en los casos de acoso sexual⁸⁷⁸, acoso ambiental o acoso por razón de género. También puede afectar a trabajadores, pero estadísticamente en número muy inferior.

Tal y como ha venido señalando, reiteradamente, la CoIDH, la noción de igualdad ante la ley y la no discriminación es inseparable de la dignidad esencial de la persona, “frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad”⁸⁷⁹.

STS de 14 de mayo de 2015 (Rec. 2328/2013), que apreció discriminación retributiva indirecta por razón de sexo en el abono empresarial de un "plus voluntario y absorbible", que a diferencia de lo que sucedía en otros departamentos, era sensiblemente inferior en el departamento de pisos en el que sólo trabajaban mujeres sin apreciarse justificación objetiva y razonable de esa disparidad en el "plus", pese a encontrarse unos y otras en el mismo Nivel salarial IV del convenio colectivo de aplicación. Según la sentencia, el plus que se abonaba a los camareros de bar era de 168'19 euros, en cambio el de las camareras ascendía a 10'37 euros.

⁸⁷⁷ El Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (Asuntos acumulados C- 439/18 y C-472/18), resolvió dos cuestiones prejudiciales planteadas por el TSJ de Galicia, concluyendo que es discriminatoria la normativa y práctica empresarial, conforme a las cuales, en el caso de las personas trabajadoras fijas discontinuas, solo se computan, a efectos del cálculo de la antigüedad requerida para poder percibir trienios en concepto de complementos retributivos, los períodos efectivamente trabajados. Tal exclusión, por tanto, supone la existencia de una discriminación indirecta de las mujeres por cuando son contratadas bajo estas circunstancias en mayor número que los hombres.

⁸⁷⁸ STSJ Galicia de 9 de febrero de 1995 (Rec. 320/1995), en la que se estimó recurso de suplicación de la empresa frente a sentencia de la instancia, que había estimado demanda en materia de derechos fundamentales por acoso sexual, al entender que la trabajadora acosada no había manifestado de forma clara y contundente su negativa frente a los actos de acoso sufridos y probados. La Sentencia gallega fue anulada por la STC nº 224/1999, de 13 de diciembre, que determinó que una sola negativa es suficiente para mostrar la repulsa frente a actos de acoso sexual ocupacional.

⁸⁷⁹ SCoIDH 24 de febrero 2012 (Atala Riffo y niñas vs. Chile), párrafo 79.

Es importante señalar que los estereotipos cambian según la cultura y evolución social, lo que suele acompañar cambios jurídicos. Además, los daños derivados de la estereotipación pueden variar según la comunidad, país o región y según la naturaleza del grupo estereotipado. Por ejemplo, el estereotipo normativo que establece el rol de cuidadoras de las mujeres, puede llevar aparejada distintas prohibiciones o discriminaciones más o menos sutiles:

- Matrimonio infantil, sustentado en tradiciones que limitan e impiden la capacidad de decidir de las niñas, bajo la justificación del rol asignado socialmente.
- La prohibición o limitación de los derechos civiles de la mujer casada (licencia marital) que sigue presente en las legislaciones de determinados países⁸⁸⁰.
- Limitar del acceso de las mujeres a un determinado trabajo⁸⁸¹.
- Titularidad femenina del permiso por lactancia⁸⁸².

⁸⁸⁰ En España fue así hasta la entrada en vigor de la Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código civil y del Código de Comercio respecto de la situación jurídica de la mujer casada y de los derechos y deberes de los cónyuges. La CIDH en su Informe 4/2001 de 19 de enero de 2001 (caso Morales de Sierra vs. Guatemala) determinó que diversas disposiciones del Código Civil de este Estado, presentaban “nociones estereotípicas de los roles de mujeres y hombres”, y que, por tanto, tales roles habían discriminado a la Sra. Morales de Sierra, como mujer casada, al subordinar la capacidad de las esposas de actuar en una variedad de situaciones a la voluntad de sus maridos, despojándolas de su autonomía y capacidades legales.

⁸⁸¹ STC 216/1991 de 14 de noviembre (BOE 301 de 17 de diciembre de 1991), en la que se declara discriminatoria la prohibición de acceso de las mujeres al ejército del aire.

⁸⁸² STJUE de fecha 30 de septiembre de 2010 (Roca Álvarez), que resolvió cuestión prejudicial en la que se planteaba si la regulación del permiso de lactancia establecida por la legislación española, en la que se preveía el permiso de lactancia como un derecho únicamente de las trabajadoras por cuenta ajena, estaba amparada por la Directiva 76/207/ CEE, interpretando la Sala que el permiso de lactancia se ha desvinculado del hecho biológico de la lactancia natural adquiriendo un carácter de medida conciliadora de la vida familiar y laboral. Por ello se determina en esta sentencia que la denegación del disfrute del permiso porque la madre no sea trabajadora por cuenta ajena, sino trabajadora por cuenta propia, supone una limitación de su actividad profesional, además de implicar que la madre deba soportar sola la carga derivada del nacimiento de su hijo, sin poder recibir ayuda del padre, y por tanto se concluyó que la norma española contravenía la Directiva. Posteriormente el TC se pronunció en similares términos en la sentencia 75/2011, de 19 de mayo.

- Las denominadas “cláusulas de celibato” en virtud de las cuales el matrimonio determinaba la suspensión del contrato de trabajo de la mujer⁸⁸³.
- O la feminización de un determinado trabajo al que se asigna una retribución inferior al considerarlo de menor “valor”⁸⁸⁴, entre otros ejemplos.

1.2. ¿Hace falta que la parte alegue vulneración de derechos fundamentales (art.14 CE) para poder aplicar la perspectiva de género?

La respuesta ha de ser negativa. Juzgar con perspectiva de género no es una opción judicial sino un mandato legal imperativo vinculante para el poder judicial, a tenor de la normativa internacional e interna ya referida⁸⁸⁵. Lo determinante en la aplicación de la perspectiva de género no es su alegación de parte, sino la detección, por el órgano judicial, de la existencia de situaciones asimétricas de poder o bien de contextos de desigualdad estructural derivados del sexo/género. Ello es aplicable a todas las jerarquías y fases de los procedimientos, porque las desigualdades de género no distinguen por tribunales o fases procesales, salpican todos los ámbitos de la sociedad y pueden manifestarse o visibilizarse de múltiples formas, en cualquier momento del procedimiento.

⁸⁸³ El TC español ha declarado que las cláusulas de celibato son contrarias al derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), en sus SSTC 7/1983, 13/1983 y 15/1983.

⁸⁸⁴ SSTC 145/1991(Hospital Gregorio Marañón) y 58/1994 (galletas Fontaneda). Asimismo, sobre la cuestión, véase la STS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 2328/2013), y la STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/2021).

⁸⁸⁵ Nos remitimos a lo contenido en el mapa de género jurídico referido a juzgar con perspectiva de género, que vincula a jueces y juezas en la interpretación de los derechos fundamentales (arts. 9.2 y 14 CE), de acuerdo con los arts. 10.2 y 96.1 del ET, y arts. 5.1 y 7.1 y 2 de la LOPJ.

El derecho a la igualdad y el acceso a la justicia son normas imperativas de derecho internacional público de *ius cogens*⁸⁸⁶ generadoras de obligaciones *erga omnes*⁸⁸⁷, y el órgano judicial, como poder del Estado parte, queda vinculado por el principio internacional de diligencia debida⁸⁸⁸. No es posible seccionar internacionalmente las obligaciones del Estado parte, manteniendo las obligaciones sólo respecto a unos de sus poderes y sustraer a otros, pues la responsabilidad del Estado es única y quedará comprometida por los incumplimientos de cualquiera de los tres poderes del Estado.

Por tanto, quienes imparten justicia quedan especialmente compelidos a hacer que ambos derechos se traduzcan en realidades, y para ello cuentan con una serie de herramientas⁸⁸⁹. De no utilizarlas, podrían estar, no solo perpetuando

⁸⁸⁶ La SCoIDH de 24 de agosto de 2017 (Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala), en su párrafo 150, “La Corte recuerda que, en la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”.

⁸⁸⁷ Según el art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificado por España (BOE nº142 de 13 de junio de 1980), acerca de los “tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”), se afirma que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Y el art. 64 de la citada Convención sobre la aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*ius cogens*”), dispone que “Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará”.

Respecto del derecho interno y la observancia de los Tratados, el art. 27 establece que, “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”.

El art. 46 hace referencia a disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar Tratados.

⁸⁸⁸ La SCoIDH de 24 de agosto de 2017 (Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala), en su párrafo 150, recuerda: “Los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de *iure* o de *facto*”.

⁸⁸⁹ El Dictamen del Comité CEDAW de 6 de agosto de 2007 (Sahide Goekce vs. Austria), en su párrafo 12.1.2, señala que: “El Comité observa que el Estado Parte ha establecido un modelo amplio para hacer frente a la violencia doméstica que incluye legislación, recursos penales y civiles, sensibilización, educación y capacitación (...) Sin embargo para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de la igualdad de hombres y

la discriminación y revictimización a las mujeres, sino negándoles el acceso a sus derechos y generando responsabilidad internacional del Estado⁸⁹⁰. De ello ya tenemos un lamentable ejemplo en España, pues la STS (sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (Rec.1002/2017), condenó a la Administración General del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, en el caso *Ángela González*⁸⁹¹.

En esta línea, y sobre cómo debe interpretarse “el control de convencionalidad judicial” en nuestro país, se ha pronunciado el TC⁸⁹², destacando que “la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario”.

Y más recientemente, ha recordado que: “en el caso en que la pretensión objeto de respuesta esté vinculada a derechos fundamentales sustantivos o intereses de relevancia constitucional, implica la obligación de que se exteriorice el nexo de coherencia entre la decisión adoptada, la norma que le sirve de fundamento y los fines que justifican la institución. No cabe una motivación estereotipada ni la mera constatación apodíctica de que “no se cumplen las circunstancias” que la ley exige ni la justificación en el carácter

mujeres y de sus derechos humanos y libertades fundamentales, la voluntad política expresada en el sistema amplio de Austria que acaba de describirse debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del estado parte”.

También la SCIDH de 24 de febrero de 2012 (Atala Riffo y niñas vs. Chile) en sus párrafos 119 y 120 incide en el deber de los Estados de adoptar medidas de refuerzo positivo para combatir la discriminación.

En la misma línea, se pronuncia el Informe de la CIDH nº 80/11 de 21 de julio de 2011 (Jessica Lenahan y otros vs EEUU), párrafos 111 y 170.

⁸⁹⁰ Protocolo para Juzgar con perspectiva de género de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2015), pág. 27.

⁸⁹¹ Nos remitimos al análisis de esta sentencia efectuado en el capítulo 4.

⁸⁹² STC 140/2018 de 20 de diciembre (FJ6º).

discrecional de la potestad que se ejerce, pues las potestades discrecionales deben también ejercerse motivadamente”⁸⁹³.

1.2.1. Tribunal *a quo*

En la jurisdicción social no se exige la fundamentación jurídica en el escrito de demanda, reduciéndose los requerimientos de su admisión a: “la enumeración clara y concreta de los hechos (...) y la súplica correspondiente, en términos adecuados a lo contenido en la pretensión ejercitada”⁸⁹⁴.

Por tanto, rige en este orden jurisdiccional, con mayor plenitud, el principio *iura novit curia*, sin perjuicio de la necesaria congruencia de la sentencia con las pretensiones de las partes y más específicamente con los pedimentos de la parte actora (art. 97.2 LRJS) y el principio dispositivo⁸⁹⁵, pero ello, sin olvidar el mandato transversal de nulidad como efecto jurídico derivado de actos discriminatorios por razón de sexo⁸⁹⁶, que deberá razonarse debidamente en la resolución⁸⁹⁷.

Lo anterior tiene también respaldo en la Constitución, pues los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos (horizontal y verticalmente), tienen eficacia directa, como norma suprema del ordenamiento

⁸⁹³ STC 113/2021 de 7 de julio (FJ 2º).

⁸⁹⁴ Los requisitos sobre la forma y contenido de la demanda se regulan en el art. 80 de la LRJS entre ellos, además de requisitos identificativos de las partes, firma, designa de representante procesal, documento justificativo de haber celebrado el acto de conciliación en su caso, etc., en los apartados c) y d), se hace referencia a los hechos y a la súplica. El art. 81 de la LRJS regula la admisión de la demanda y las subsanaciones, en su caso.

⁸⁹⁵ Por ejemplo, no puede reconocerse una indemnización a la parte que ha sido discriminada si no se solicita expresamente en la demanda.

⁸⁹⁶ Contenido en el ar 10 de la LOIEMH.

⁸⁹⁷ Hay otras muchas situaciones en el derecho social en las que, igualmente, el órgano judicial de la instancia, aportados los hechos determina el derecho de aplicación. Por ejemplo, imaginemos en el caso de una persona trabajadora que perciba un salario por debajo del SMI, sin que lo haya denunciado en una demanda en la que se limita a reclamar diferencias salariales sobre el salario ilegal que viene percibiendo. En este caso, por la vía de la indisponibilidad prevista en el art. 3.5 ET, se le reconocería tal derecho a la persona demandante, respetando la congruencia con las cantidades reclamadas. En el caso de la perspectiva de género, no hablamos solo de un derecho indisponible, sino de un derecho fundamental protegido supranacionalmente.

jurídico⁸⁹⁸, y deben interpretarse en el sentido más favorable para su plena efectividad, de acuerdo con la doctrina del TC y de los órganos de garantía establecidos en los tratados y convenios internacionales (art. 10.2 CE)⁸⁹⁹, así como en virtud del art. 4 de la LOIEMH que ordena la integración y observación del principio de igualdad, no solo en la interpretación de las normas sino en su misma aplicación, convirtiéndose por tanto en un mandato vinculante para quien juzga, sin necesidad de haber sido expresamente planteado por las partes.

En el orden de lo social, tal obligación se refuerza por la propia informalidad de la demanda, en congruencia con una jurisdicción en la que la parte trabajadora puede actuar sin necesidad de asistencia técnica, lo que exige de quien juzga efectuar una correcta subsunción jurídica de los hechos contenidos en la demanda, máxime cuando pueden verse afectados derechos de protección multinivel reforzada. No debe sorprender esta adecuación y calificación jurídica de los hechos expuestos en la demanda por parte del órgano judicial, que no queda vinculado por la calificación jurídica del “petitum” de parte, pues la jurisprudencia lo ha venido admitiendo sin reproche respecto a la calificación del despido (nulo o improcedente)⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ Arts. 53.1 y 9.1 CE, y en relación a los órganos judiciales, arts. 5.1 y 7.1 y 2 de la LOPJ.

⁸⁹⁹ STC 116/2006, de 2 de abril y STC 81/1989, de 8 de mayo. Igualmente, el TEDH en sentencia de 9 de junio 2009- Opuz vs Turquía. Y también el Comité CEDAW en la Recomendación General nº 33 determina que la interpretación de los derechos humanos debe hacerse de acuerdo con la jurisprudencia internacional. De igual modo, el art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, fija un criterio hermenéutico que obliga a los órganos a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos. Y, en esta misma línea, se ha pronunciado también el Comité CEDAW en su Dictamen de 26 de enero de 2005 (*AT vs. Hungría*), comunicación nº 2/2003, según el cual: “los derechos humanos de la mujer a la vida y a la integridad física y mental no pueden ser anulados por otros derechos, como el derecho a la propiedad o a la intimidad”, y también el Dictamen del Comité CEDAW de 6 de agosto de 2007 (*Fatma Yildirim vs. Austria*), comunicación nº 6/2005, en el caso de violencia de género intrafamiliar que acabó con la vida de la mujer, se recoge: “ los derechos del autor del delito no pueden dejar sin efecto los derechos humanos a la vida y a la integridad física y mental de la mujer”.

⁹⁰⁰ Véase, la STS de 23 de marzo de 2005 (Rec. 25/2004), que reconoce que no se incurre en incongruencia de la sentencia cuando el despido se declara improcedente pese a que en la demanda solo fue solicitada la nulidad. Se aplica el mismo criterio a la inversa.

No obstante, ello debe realizarse sin comprometer otros derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a la defensa de la contraparte), y en su caso, quien juzga deberá recurrir a la técnica de la ponderación de los derechos en conflicto, con los correspondientes razonamientos jurídicos que sostengan su convicción final.

1.2.2. Tribunal *ad quem*

Esa misma doctrina internacional y constitucional vincula también a los órganos judiciales “*ad quem*”, en la resolución de recursos, de conformidad con las interpretaciones jurisprudenciales dadas por órganos internacionales⁹⁰¹, que prevalecen respecto a las interpretaciones procesalistas, abstractas y rigoristas. Entenderlo de otro modo, nos instalaría en la fase de la igualdad formal, ya superada desde finales de los noventa, y nos colocaría en el incumplimiento de la normativa internacional que exige, de quien juzga, un enfoque contextualizado, *pro persona*⁹⁰².

Por tanto, la fase suplicacional o casacional deberá resolverse vigilando el cumplimiento de los estándares internacionales en la impartición de justicia⁹⁰³, por quienes asumen el rol institucional de poder público⁹⁰⁴, combatiendo la

⁹⁰¹ Arts. 9.2 y 14 de la CE; arts. 10.2 y 96.1 de la CE; y arts. 5.1 y 7.1 y 2 de la LOPJ. También la doctrina constitucional contenida en diversas resoluciones, como la Sentencia del TC 26/2011 de 14 de marzo de 2011, que insiste en la interpretación de la norma de manera más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales de las mujeres y no de forma mecánica o formalista en correspondencia al mandato constitucional de remoción de los obstáculos impeditivos de la Igualdad real o sustancial. En la misma línea, véase la STC 39/2002, de 14 de febrero de 2002.

⁹⁰² En el sentido de no restringir o limitar mediante criterios formalistas, el acceso a la justicia de las mujeres. Por el contrario, debe optimizarse tal derecho mediante la promoción de una justicia *pro actione*, que facilite la acción y también el recurso relacionado con tal pretensión. La Recomendación nº 33 del Comité CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la justicia de 3 de agosto de 2015, en su Apartado II, punto 13 recuerda que existen: “deficiencias que se suelen observar en la calidad de los sistemas de justicia (por ejemplo, decisiones o sentencias que no tienen en cuenta el género debido a una falta de entrenamiento (...).”

⁹⁰³ STC 140/2018, de 20 de diciembre, sobre la supralegalidad de los tratados internacionales ratificados por España, y la STC 113/2021 de 7 de julio.

⁹⁰⁴ Debe recordarse la obligación estatal de “diligencia debida” contenida en las herramientas internacionales, referidas en el capítulo 4 sobre violencia de género institucional. Dicha obligación se expande hacia todos los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial).

discriminación por medio del quehacer judicial, para asegurar el acceso a la justicia de las mujeres⁹⁰⁵ y remediar situaciones asimétricas de poder.

En este entendimiento, la sentencia del TSJ del Andalucía de 6 de junio de 2019 determinó el acceso al recurso de suplicación, en un caso en el que por razón de la cuantía no tenía viabilidad suplicacional, por considerar que “en la demanda se contenía fundamentación tácita del derecho a la igualdad sin discriminación (art. 14 CE)”⁹⁰⁶.

También, la Sentencia del TSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 ,resolvió un recurso de suplicación en materia de extinción contractual derivada de acoso laboral, en la que no solo se apreció la existencia de esta modalidad de acoso, sino también otra modalidad de acoso concurrente, “acoso por asociación respecto al derecho de la esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo” (art. 14 CE), que no había sido alegada por el actor ni en la demanda ni en el recurso. La Sala llega a tal convicción, tras hacer un análisis pormenorizado del relato fáctico poniendo de relieve que “en la aplicación del derecho rige el principio *iura novit curia*, y más aún en un tema en el que están en juego los más altos valores de nuestro texto constitucional”⁹⁰⁷.

En la misma línea se manifiesta el voto particular de la sentencia del TSJ de Canarias de 4 de junio de 2018, en materia de sanción muy grave confirmada en la instancia a camarera de pisos, por no haber acabado de limpiar el número total de habitaciones asignadas por jornada laboral diaria (23 habitaciones), que declara la existencia de discriminación múltiple (sexo y edad)⁹⁰⁸. E, igualmente, el voto particular contenido en la STSJ de Canarias de 17 de febrero de 2021⁹⁰⁹, en materia de seguridad social. Esta sentencia confirma la denegación a la trabajadora de la pensión de jubilación, por no

⁹⁰⁵ Art. 2 de la CEDAW y Recomendación general del Comité CEDAW nº 33, de 3 de agosto de 2015.

⁹⁰⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rec. 550/2018), FJ2º.

⁹⁰⁷ STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018), FJ 3º.

⁹⁰⁸ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 junio 2018 (Rec. 1739/2017). Voto particular.

⁹⁰⁹ STSJ de Canarias (las Palmas) de 17 febrero 2021 (Rec. 641/2020). Voto particular.

cumplir el requisito de carencia específica, sin plantearse el impacto del nacimiento y cuidado de sus hijos en el apartamiento del mercado laboral, ni la sospechosa discriminación indirecta de la regulación legal de la doctrina del paréntesis en España. El voto particular incluye toda la fundamentación jurídica de la cuestión prejudicial que debió plantearse ante el TJUE.

No obstante, reiteramos que, en aquellos casos en los que se produzcan conflicto de derechos fundamentales, deberá recurrirse a la técnica de la ponderación y razonabilidad justificativa de la decisión judicial, entendiendo por razonabilidad, la proporcionalidad y adecuada ponderación de la finalidad de los derechos en juego, la protección normativa (canon reforzado, desarrollo normativo, protección internacional ...), y la medida tomada.

1.3. ¿Cuáles son los estereotipos y/o prejuicios más operativos en el orden de lo social?

A continuación, nos aproximaremos a las materias laborales en las que pueden producirse situaciones de distinción, exclusión o restricciones lesivas para las mujeres, que descansan sobre estereotipos que siguen latentes en nuestra sociedad y que suelen estar detrás de una decisión, disposición legal, criterio o práctica.

Se trata de ocho estereotipos lesivos y habituales que, desde el plano cognitivo, devalúan y desprecian laboralmente a las mujeres (trabajadoras) o bien a las características codificadas como femeninas. Los estereotipos de género laborales son diversos y múltiples, por tanto, no se trata de elaborar una lista cerrada sino de visibilizar aquellos que hemos considerado más habituales, advirtiendo que sus efectos (mayor o menor lesividad para la trabajadora), pueden variar dependiendo del contexto, el sector productivo, las dimensiones del centro de trabajo y la empresa, su acumulación con otros factores de discriminación (interseccionalidad: edad, origen racial, orientación sexual ...), y en su caso, también pueden variar dependiendo de la actuación

de la representación social⁹¹⁰. Lograr la igualdad efectiva exige la deconstrucción de los estereotipos y prejuicios⁹¹¹, que puede lograrse, sobre todo gracias a la educación (social y en las escuelas), pero desde un punto de vista judicial, también, mediante resoluciones judiciales correctoras de situaciones desiguales que vulneran los derechos humanos de las mujeres por el hecho de ser mujeres. La incorporación de la perspectiva de género en las actuaciones judiciales pretende acabar con las históricas barreras estructurales de acceso a la justicia de las mujeres, promoviendo la igualdad de resultado.

1.3.1. Las trabajadoras son cuidadoras y aspiran a ser madres

Este es el estereotipo estrella en la historia del Derecho del trabajo. El más operativo y clásico en las relaciones laborales y el más utilizado en el mundo laboral, para discriminar, directa o indirectamente, a las personas que cuidan (mayoritariamente mujeres, pero también hombres), lo que ha sido generador de una prolija jurisprudencia nacional y supranacional, especialmente, desde el TJUE. Se trata de una categorización que parte de la idea de que las mujeres son “por naturaleza” más aptas para los cuidados familiares cuya justificación “objetiva” se busca en razones biológicas a través de las cuales se pretende “racionalizar” la ilusión cognitiva del propio prejuicio: “las estadísticas indican que las mujeres prefieren cuidar y los hombres trabajar, las mujeres tienen menos flexibilidad laboral”.

Este es un estereotipo prescriptivo prevalente que es valorado negativamente en términos jurídico-laborales, porque el embarazo, la maternidad y la práctica

⁹¹⁰ Aquí se incluye tanto la representación social (comité empresa, delegado/a de personal o junta de personal) como la representación colectiva en materia de prevención de riesgos laborales (delegado/a de prevención).

⁹¹¹ De acuerdo con los párrafos 9 y 10 de la Recomendación General nº 25 del Comité CEDAW: “9-La igualdad de resultados es la culminación lógica de la igualdad sustantiva o de facto. Estos resultados pueden ser de carácter cuantitativo o cualitativo, es decir que pueden manifestarse en que, en diferentes campos, las mujeres disfrutan de derechos en proporciones casi iguales que los hombres, en que tienen los mismos niveles de ingresos, en que hay igualdad en la adopción de decisiones y la influencia política y en que la mujer vive libre de actos de violencia. 10-La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva (...)”.

de cuidar son excepciones laborales que colisionan frontalmente con el interés empresarial de flexibilidad laboral inescindible del beneficio económico. Además, socialmente, el tiempo dedicado a la crianza de hijos/as o a los cuidados familiares carece de valoración social, económica y curricular y no tiene la consideración de tiempo “productivo” económica y laboralmente, es decir se trata de un “trabajo” devaluado o “improductivo”, técnicamente.

Por tanto, el estereotipo genera a su vez un prejuicio que se asigna automáticamente a las mujeres, en relación con sus capacidades y disponibilidad profesional que se presume inferior a la que potencialmente pueda ser ofertada por un varón, colocándolas, de partida, en una posición devaluada, en términos de competición profesional⁹¹². Y el prejuicio, a su vez, eclosiona en una constelación de discriminaciones con proyección negativa en materia laboral, salarial y de Seguridad Social.

La otra cara de este prejuicio es que las mujeres son socializadas para la asunción de las tareas domésticas y los cuidados, lo que les genera la “doble presencia”, afectando negativamente a sus derechos laborales, retributivos y de pensiones, al carecer de reconocimiento curricular o contributivo, salvo las limitadas prestaciones familiares previstas en la LGSS⁹¹³. De igual modo, el embarazo, la maternidad y la lactancia, también han sido y siguen siendo causas de discriminación que operan de formas muy diversas (retribución, condiciones laborales, protección a la salud, promoción profesional, prestaciones de género, etc.).

⁹¹² Según los datos estadísticos aportados por el Instituto de la Mujer y para la igualdad de oportunidades del Gobierno de España, el número de mujeres que solicitaron excedencias por cuidado de hijos/as en 2017 fue de 40.536 y el de hombres de 3.363; durante el año 2016, mujeres 37.531 y hombres 2.986; y durante el año 2015 33.779 mujeres, y 2.416 hombres. En el caso de excedencias por cuidado de familiares, en 2017 fueron solicitadas por mujeres un total de 9.398 y por hombres 1.836; durante el año 2016, mujeres 8.421 y hombres 1.599; y durante el año 2015, mujeres 7.924 y hombres 1.445. Disponible en: <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/Conciliacion/ExcedPermisos.htm> [Consultada el 4 de agosto de 2021].

⁹¹³ Arts. 235 a 237 (contributivas) y art. 351 a 362 (no contributivas) LGSS.

La interiorización en las mujeres de este estereotipo, les atribuye subjetivamente la carga de esta tarea, limitando el desarrollo de sus planes de vida y las oportunidades de participación en la esfera pública y colectiva, en virtud del dualismo social existente entre lo público y lo privado. Por ello, muchas mujeres solo se “sienten” realizadas cuando cumplen su “deber” de procrear, convirtiéndose la maternidad en una función relevante de la identidad femenina. Tanto si las mujeres cumplen con el rol, como si no lo hacen, van a ser potencialmente discriminadas, en cualquier caso, aunque en el ámbito de las relaciones laborales el grado de exposición a las discriminaciones será potencialmente proporcional al tiempo invertido en dar cumplimiento al rol. Los efectos lesivos tienen proyección en las siguientes materias:

1.3.1.1. Acceso al empleo

Las históricas repercusiones que este rol femenino tiene en el acceso al empleo de las mujeres, se evidencian en las estadísticas de la UE, que reflejan las diferencias en la tasa de empleo entre mujeres y hombres que aumenta, a medida que lo hace el número de hijos que tienen las mujeres⁹¹⁴.

De ello se hace eco la importante STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18) en la que se resuelve cuestión prejudicial planteada por Bélgica en materia de discriminación por razón de sexo. En este caso el tribunal europeo determina que la protección frente a tratos represaliadores por reclamar el cumplimiento del principio de igualdad previsto en el art. 24 de la Directiva 2006/54 , incluye a las personas trabajadoras distintas de la persona directamente discriminada pero que han dado apoyo formal o informal a la persona que ha sido discriminada por razón de sexo. En este caso la represalia se proyectó sobre la gerente de una empresa que mostró su oposición a la decisión empresarial de no contratar a una candidata a un puesto de trabajo, que era adecuada, porque estaba embarazada.

⁹¹⁴ La tasa de empleo de mujeres sin hijos en 2019 en la UE era del 67%, mientras que la de los hombres era del 75%. En mujeres con tres o más hijos la tasa descendía al 58%, en cambio en los hombres aumentaban la tasa de empleo al 85% (“La vida de las mujeres y los hombres en Europa. Un retrato estadístico”, Eurostat e INE, Edición 2020).

1.3.1.2. Modalidades contractuales

La probabilidad de que una trabajadora ejerza sus derechos laborales vinculados a la maternidad o la conciliación puede influir en la suscripción de contratos temporales en lugar de indefinidos, que facilita la extinción contractual vinculada al “absentismo” femenino⁹¹⁵. De igual modo, las mujeres hacen uso mayoritariamente de los contratos a tiempo parcial, como una herramienta contractual que les permite compatibilizar su vida laboral y familiar, con las repercusiones económicas, contributivas y profesionales que lleva aparejadas. Destacamos en relación con esta materia la doctrina del TJUE, asimilada por el TC en materia de trabajo a tiempo parcial y discriminación por razón de sexo en la contabilización de la cotización⁹¹⁶. Más recientemente, el Auto del STJUE de 15 de octubre de 2019⁹¹⁷ reconoce a las personas trabajadoras fijas discontinuas de la Agencia Tributaria española (mayoritariamente mujeres), el derecho a la contabilización de los trienios en función de la antigüedad, sin descontar los periodos de inactividad, pues su descuento es discriminatorio por razón de sexo.

1.3.1.3. Condiciones laborales

En el caso de las mujeres, puede existir una repercusión en las condiciones laborales pactadas al esperarse de ellas, en razón de su rol de cuidadoras, una “entrega” laboral o profesional inferior. Por ejemplo, la pérdida de un derecho, una condición más beneficiosa o una ayuda económica (por comida), por

⁹¹⁵ Debe destacarse a este respecto el voto particular de la magistrada M^a Luisa Balaguer a la STC 118/2019, de 16 octubre 2019, respecto de la constitucionalidad del despido objetivo por absentismo regulado en el art. 52 d) del ET, que fue derogado por el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero de 2020. En el citado voto particular, se declara que la norma incurre en discriminación indirecta por razón de sexo, por cuanto el mantenimiento de los roles tradicionales provoca que la mujer deba asumir dobles jornadas, repercutiendo negativamente en su salud y en su actividad laboral.

⁹¹⁶ STC 61/2013 de 14 de marzo de 2013, en correspondencia con la STJUE (Elbal Moreno) de 22 de noviembre 2012, C-385/11, y, más recientemente, el TJUE se pronunció de manera similar en sentencia de 8 de mayo de 2019 (C-161/18), que dio lugar a la STC 91/2019 de 3 de julio, en la que de nuevo se anulaba el sistema de cálculo de cotizaciones para el acceso a la pensión de jubilación derivadas de trabajo a tiempo parcial por considerarlo discriminatorio por razón de sexo.

⁹¹⁷ Auto del TJUE de 15 de octubre de 2019 (asuntos acumulados C-439/18 y C-472/18).

motivo de una reducción de jornada por cuidado de un hijo, fue calificada de discriminatoria por la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2012⁹¹⁸.

1.3.1.4. Promoción profesional

En la promoción profesional, las mujeres pueden ser discriminadas bien por haber usado permisos relacionados con la maternidad o cuidados familiares, al carecer de valoración profesional o curricular, o bien pueden serlo por la sospecha de que quiera usar tales permisos en el futuro. La STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018⁹¹⁹ califica de discriminatoria por razón de sexo, la contabilización de la antigüedad de trabajadoras para la obtención de un ascenso profesional, al valorarse el tiempo de trabajo a jornada parcial, a pesar de su vinculación con la conciliación laboral y familiar. La STJUE de 30 de abril 1998⁹²⁰, califica de discriminatoria la pérdida de una promoción por ejercer su derecho al descanso por maternidad. En la misma línea, la STJUE de 18 de noviembre de 2004⁹²¹, considera discriminatoria la práctica de descontar a efectos de promoción profesional, el tiempo en el que la trabajadora estuvo de baja por maternidad

1.3.1.5. Discriminaciones retributivas y prestacionales vinculadas a la gestación y la maternidad

Las licencias y prestaciones relacionadas con la maternidad (cuidado del menor, riesgo embarazo, riesgo lactancia), han sido históricamente un campo de abono para la discriminación (directa o indirecta), que ha dado lugar a toda una doctrina jurisprudencial desde el TJUE⁹²², seguida por nuestros TC y TS⁹²³.

⁹¹⁸ STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2012 (Rec. 6752/2011).

⁹¹⁹ La STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018 (Rec. 1179/17), que confirma Sentencia del juzgado de lo social nº 2 de Móstoles de 27 de junio de 2017 (autos 388/2017), califica de trato discriminatorio en el ascenso profesional, la inadecuada valoración del tiempo de trabajo a jornada parcial, por razón del ejercicio de la conciliación laboral y familiar.

⁹²⁰ STJUE de 30 de abril de 1998 (C-136/95).

⁹²¹ STHJUE de 18 noviembre de 2004 (C-248/02).

⁹²² Así, la STJUE 13 febrero de 1996 (C-342/93) consideró discriminatoria por razón de sexo, la exclusión de las trabajadoras de baja por maternidad de un incremento general de sueldos. En las SSTJUE de 10 de octubre de 1996 (C-312/94) y de 18 de julio de 2007 (C-213/05), se detectó por el Tribunal discriminación indirecta por razón de sexo, al denegarse a trabajadoras una prestación o ayuda por crianza de hijos por tener contratos a tiempo parcial. Y la STJUE de

La interpretación y aplicación de las normas relativas al reconocimiento de estas prestaciones debe efectuarse teniendo en cuenta la finalidad de las mismas. La sentencia del TSJ de Canarias de 7 de junio de 2019 (Rec. 223/2019), resolvió recurso en materia de acceso a la prestación por riesgo durante la lactancia natural de una médica pediatra que, por prescripción facultativa, solo podía alimentar a su bebé, mediante lactancia materna por intolerancia del bebé a las tetinas artificiales. No obstante, se le denegó la prestación y tuvo que solicitar una excedencia. Tanto el juzgado de instancia como la Sala reconocen el derecho de la trabajadora a acceder a la prestación⁹²⁴. En el caso de prestaciones por riesgo durante el embarazo, la negativa injustificada de acceso a tales prestaciones puede colocar a las futuras madres en situación de incapacidad temporal que claramente no se corresponde con la gestación (no es una enfermedad), y que comporta retribuciones sustancialmente inferiores.

Igualmente, la aplicación de una disminución retributiva de todos los complementos salariales, en proporción (ciega) a la reducción de jornada solicitada por cuidados de familiares, puede ser discriminatoria por razón de sexo, por lo que debe estarse a la finalidad de los pluses⁹²⁵.

9 de septiembre de 1999 (C-281/97) declara discriminatoria la denegación de una gratificación de fin de año a una enfermera que había cambiado su régimen de trabajo de jornada completa a jornada parcial para dedicarse al cuidado de su hijo.

⁹²³ En relación a las prestaciones por riesgo durante el embarazo y la lactancia se ha producido un cambio jurisprudencial por el TS, abriéndose a su reconocimiento y teniendo en cuenta la finalidad de las prestaciones de acuerdo con las características de cada caso. Así en el caso de profesiones médicas o sanitarias, que prestan servicios en urgencias, turnos continuados o en aviones medicalizados, se ha reconocido el derecho a percibir las prestaciones en sentencias del TS, de fecha 24 de enero de 2017 (Rec. 1902/2015); de 26 de junio de 2018 (Rec. 1398/2016); de 3 de abril de 2018 (Rec. 762/2017); y de 11 de julio de 2018 (Rec. 396/2017), entre otras. Nos remitimos a la jurisprudencia del TJUE y del TC referida en el capítulo 4 de este trabajo.

⁹²⁴ En la misma línea, véase la STSJ de Canarias (Las Palmas) de fecha 20 de julio de 2016 (Rec. 506/2016) y, en materia de prestaciones por riesgo durante el embarazo, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 26 de abril de 2016 (Rec. 121/2016), en la que se resolvía sobre la denegación de prestaciones a una trabajadora con “embarazo de alto riesgo”, estimándose el recurso de la trabajadora y reconociéndose su derecho a percibir las prestaciones reclamadas. Esta sentencia fue confirmada por la STS de 10 de diciembre de 2018 (Rec. 2654/2016).

⁹²⁵ La STS de 10 de noviembre de 2017 (Rec. 188/2016), reconoció el derecho a percibir íntegramente el plus de asistencia regulado convencionalmente, a todas las personas trabajadoras con independencia de la jornada de trabajo realizada, sea a tiempo parcial, reducida o a jornada ordinaria, sustancialmente atendiendo a la propia finalidad del plus que no

También debemos sospechar de los pluses o derechos que traten desigualmente, sin justificación objetiva y razonabilidad, o penalicen directa o indirectamente a personas o categorías profesionales que utilicen más permisos vinculados al embarazo, maternidad o cuidados familiares en general⁹²⁶. Debe recordarse, igualmente, que en la interpretación de prestaciones por riesgo durante el embarazo y lactancia debe integrarse también la perspectiva de infancia y el “interés superior del niño” como consideración primordial⁹²⁷.

1.3.1.6. Derecho de conciliación personal, familiar y laboral

Esta materia ha venido siendo muy controvertida judicialmente, de un lado, por la propia redacción de los arts. 36.5 y 37.6 y 7 del ET, antes de la reforma

se vincula a la jornada o al tiempo de trabajo. Por su parte, la STS de 1 de octubre de 2020 (Rec. 238/2018), reconoce el derecho al percibo íntegro de los pluses de quebranto de moneda y de conservación de material previstos en el convenio de aplicación. En la misma línea, se ha pronunciado el Voto particular de la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 29 de julio de 2021 (Rec. 1061/2021), en la que se reconoce el derecho de la trabajadora que redujo su jornada para cuidar a su hijo, a que no se aplicase la proporcionalidad ciega a los pluses convencionales, turnicidad, nocturnidad y disponibilidad, al no depender los mismos de la extensión de la jornada de trabajo sino del desempeño del trabajo en unas condiciones concretas, que cumplía la trabajadora con la jornada reducida.

⁹²⁶ STS de 14 de mayo de 2014 (Rec. 2328/2013). La STC nº 162/2016, de 3 de octubre, revoca una STSJ del País Vasco (Sala 3ª) que había convalidado la privación de un complemento retributivo a una jueza en situación de baja por encontrarse disfrutando de diversas licencias en relación a la maternidad. El TC recuerda en esta sentencia: "Los permisos y licencias legalmente establecidos con motivo de la gestación y posterior alumbramiento en tanto conectados con la protección de la salud e integridad del feto y de la madre, no pueden quedar equiparados al resto de permisos y licencias. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo".

⁹²⁷ Mandato derivado de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (1989) y de la Observación general del Comité de los Derechos del Niño nº 14. La perspectiva de infancia y adolescencia ha sido reiteradamente aplicada por el TSJ de Canarias (Las Palmas) en SS de 17 de diciembre de 2019 (Rec.860/19), de 1 de septiembre de 2020 (Rec. 197/20), de 29 de enero de 2021 (Rec. 940/20) y de 1 de julio de 2021.

operada por el RD-ley 6/2019 y, de otro lado, por los diferentes criterios judiciales, al ser una materia sin acceso suplicacional⁹²⁸.

Se trata de una categoría trascendental, en clave de igualdad, que siempre ha de abordarse con perspectiva de género, sea hombre o mujer quien ejerce el derecho⁹²⁹, y analizando en cada caso las circunstancias concurrentes y ponderando los derechos en conflicto, pero partiendo de que el derecho a la conciliación laboral y familiar es un derecho reforzado de protección multinivel⁹³⁰ con incuestionable impacto de género, que debe interpretarse de conformidad con los criterios constitucionales⁹³¹. Igualmente, en este caso, cuando la persona causante del derecho de conciliación de que se trate sea menor de edad, deberá integrarse, también, la perspectiva de infancia y adolescencia.

1.3.1.7. Externalización

Este estereotipo puede ser un factor influyente en la decisión de externalizar una determinada categoría feminizada frente a otra que no lo esté⁹³², por ejemplo, el sector de limpieza de habitaciones de un hotel. En estos casos, debido al impacto de género desproporcionado que conlleva la decisión

⁹²⁸ El derecho a la conciliación familiar y laboral es un derecho laboral con impacto constitucional (art. 14 y 39 CE), que debe prevalecer ante cualquier duda legal (SSTC 3/2007 y 26/2011).

⁹²⁹ STEDH 7 de octubre de 2010 (Konstantin Markin vs. Rusia) que condena al Estado por la vulneración estatal de las obligaciones de protección de la vida familiar de un militar varón derivada de la prohibición legal de licencia familiar al personal militar masculino, por sustentarse tal exclusión en estereotipos de género.

⁹³⁰ Arts. 36 y 37 ET; Ley 39/1999 de 5 de noviembre; LOIEMH (arts. 14 y 44); Directiva 2010/18/UE del Consejo; CEDAW [arts. 11.1 y 2 c)]; Convenio nº 156 OIT (arts. 3 y 4); Carta Social Europea (art. 8.3).

⁹³¹ SSTC 140/2018, 3/2007y 26/2011, entre otras.

⁹³² La alegación de discriminación indirecta por razón de sexo fue esgrimida en el caso de “las camareras del Hotel Meliá”, resuelto por el TS, en su sentencia de 20 de noviembre de 2015 (Rec. 104/2015), que determinó que no concurría discriminación en la externalización de pisos y habitaciones (que afectaba a 40 mujeres y 3 hombres), de los Hoteles Meliá Barajas y Trip Alameda de Madrid. Se afirma, en esta sentencia, que se hubiese llegado a la misma decisión si se hubiera tratado de un colectivo masculino, aplicando para ello el “test but for” propio de las discriminaciones directas [art. 2.1 a) de la Directiva 2006/54/CE], no de las indirectas. La sentencia cuenta con un voto particular disidente de cuatro magistrados que aprecian la discriminación indirecta.

empresarial, deben extremarse las cautelas, exigiéndose una justificación objetiva y razonable de los motivos por los que la decisión de externalizar recae sobre categorías feminizadas, en relación con otras que no lo estén, porque podría encubrir una discriminación indirecta.

1.3.1.8. Extinción contractual

La extinción contractual puede ser una reacción laboral, en represalia al embarazo o al uso de permisos familiares, tal y como se ha determinado en numerosas sentencias del TJUE y del TC⁹³³. Por ello, debe vigilarse especialmente y con perspectiva de género cualquier extinción contractual, sanción o afectación de los derechos laborales, cercana en el tiempo al hecho biológico de la maternidad, la lactancia o el ejercicio de derechos de conciliación, aplicando criterios flexibles en la interpretación de la ley para no dejar desprotegidas situaciones discriminatorias. Así lo hizo la STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2019⁹³⁴, que declaró la nulidad del despido de una trabajadora, acaecido ocho días después de los nueve meses de protección legal tras la maternidad (existente en ese momento), por la vía del indicio de discriminación, por razón de sexo, dada por la proximidad temporal, invirtiéndose la carga probatoria⁹³⁵. En la misma línea, la STSJ de Cantabria de 25 de febrero de 2009⁹³⁶ califica de discriminación indirecta por razón de sexo, el despido por causas objetivas, que afectaba mayoritariamente a mujeres, al considerarse un indicio de discriminación que no fue desvirtuado por la empresa.

⁹³³ Nos remitimos a la jurisprudencia del TJUE y del TC referida en el capítulo 4.

⁹³⁴ STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2019 (Rec. 74/2019).

⁹³⁵ “Cree esta Sala que la realidad diferenciada de la circunstancia de género no discutida, unida al supuesto cercano a la protección objetiva, debe llevar aparejado un halo de indicio para con el supuesto de autos, que a su vez exige la inversión de la carga probatoria para con la empresarial, que no queda enervada del esfuerzo protocolario para demostrar la causalidad plasmada en la carta de despido, sino que, al contrario su conducta procesal debe ser exquisita e interesada al objeto de evidenciar su justificación y razonabilidad en el tipo de causalidad disciplinaria invocada, debiendo en el caso de autos esforzarse por la búsqueda de datos y consideraciones que demuestren al juzgador la ideación de la disminución voluntaria y continuada del rendimiento de la trabajadora” (FJ 3º de la Sentencia).

⁹³⁶ STSJ Cantabria de 25 de febrero de 2009 (Rec.112/2009).

1.3.1.9. Otras discriminaciones derivadas del convenio colectivo

Si puede probarse, por ejemplo, la vinculación entre el uso de permisos familiares y relacionados con el embarazo y maternidad en mayor proporción en determinadas categorías profesionales, y su inferior retribución o decisiones o prácticas empresariales diferenciadas, en relación con otras de similares características en las que estadísticamente no sea tan elevada la utilización de estos permisos, podría razonarse jurídicamente la existencia de un nexo de unión entre el rol de cuidadoras de las mujeres y una inferior retribución o trato diferenciado lesivo que podría ser calificado de discriminación indirecta.

1.3.1.10. Impacto normativo adverso por razón de los cuidados familiares

Cabe hacer referencia, nuevamente, al contrato a tiempo parcial y a la histórica discriminación en el cálculo de las cotizaciones parciales para acceder a las prestaciones y las pensiones del sistema de la Seguridad Social⁹³⁷.

Asimismo, han de mencionarse en este apartado las bonificaciones vinculadas a la práctica de cuidar previstas exclusivamente para un sexo, y que son susceptibles de perpetuar roles sexistas. Es el caso del complemento por maternidad regulado en el art. 60 de la LGSS, que fue declarado discriminatorio por razón de sexo, en la STJUE de 12 de diciembre de 2019⁹³⁸, y tuvo que ser reformado legalmente⁹³⁹.

⁹³⁷ STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno), C 385/2013; STC 61/2013, de 14 de marzo, que declaró la nulidad de la disposición adicional 7ª de la LGSS Recientemente, STJUE de 8 de mayo de 2019 (C 161/2018), y STC 91/2019, de 3 de julio de 2019.

⁹³⁸ Por parte del TSJ de Canarias (Las Palmas) fue planteada cuestión prejudicial ante el TJUE mediante auto de 7 de diciembre de 2018 (Rec. 850/2018), en relación con el art. 60 de la LGSS. El TJUE se pronunció sobre el complemento de maternidad español en la sentencia de 12 de diciembre de 2019 (C-450/18), resolviendo la cuestión prejudicial planteada por el juzgado de lo social nº 3 de Girona (tres meses antes que la Sala Social canaria), declarando que la norma española discrimina directamente por razón de sexo al excluir a los varones de su acceso (Directiva 79/7). Finalmente, el 20 de enero de 2010 (Rec. 850/2018) fue dictada sentencia por el TSJ Canarias reconociendo el complemento de maternidad al recurrente (varón).

⁹³⁹ RD-ley 3/2021 de 2 de febrero.

Y, finalmente, también ha de traerse a colación la dificultad de acceso a la prestación de incapacidad temporal por parte de las trabajadoras, tras el disfrute de sucesivas excedencias por cuidado de hijo o hija⁹⁴⁰.

1.3.1.11. Impacto negativo en materia de Seguridad social. Brecha de pensiones

Este impacto es especialmente trascendente en el caso de las mujeres u hombres que cuidan a otros familiares y que carecen de reconocimiento contributivo (cotizaciones), más allá de los escasos periodos de protección legal. Cualquier perjuicio económico en materia de prestaciones o pensiones de la Seguridad Social, derivado del embarazo y la maternidad, que carezca de justificación objetiva y razonabilidad, debe calificarse de discriminatorio (discriminación directa, art.8 LOIEMH)⁹⁴¹. También debe valorarse la aplicación de la ley y la doctrina jurisprudencial del paréntesis a los periodos en los que el trabajador/a ha permanecido en situación no considerada de alta o asimilada, cuando el apartamiento del mercado de trabajo se deba al ejercicio de los cuidados de hijos/as u otros familiares, por ser sospechosa de discriminación indirecta por razón de sexo.

1.3.1.12. Determinación de la contingencia

El derecho al trabajo y el derecho a la conciliación familiar y laboral son indisolubles, pero este último se halla protegido como derecho, por la Carta Social Europea (art. 8.3 y 16), el Convenio de la OIT nº 156, el art. 11.2 de la CEDAW, la Directiva de la UE 2010/18, de 8 de marzo, la LOIEMH (Exposición de motivos, arts. 14 y 44.1) y la Ley 39/1999 de 5 de noviembre. Además, la jurisprudencia del TC ha destacado reiteradamente su impacto constitucional

⁹⁴⁰ Véase, López Aniorte, M.C., “Juzgando con perspectiva de género: flexibilización de los requisitos de acceso a la prestación de incapacidad temporal tras el disfrute de excedencias por cuidado de hijo o hija. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 7/2019, de 10 de enero”, *Revista de trabajo y seguridad social. CEF.*, núm. 433, 2019, págs. 197 y ss.

⁹⁴¹ Como ejemplo, podemos referir la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rec. 550/2018), en la que se determina que la base reguladora en proceso de incapacidad temporal iniciado por la trabajadora tras haber ejercido su derecho a la reducción de su jornada por cuidado de menor a cargo, debe ser considerada al 100% y no a tenor de la reducción de jornada que tenía el mes anterior al inicio de la baja.

(arts. 39 y 14 CE)⁹⁴². Por tanto, existen argumentos jurídicos para sostener que los accidentes producidos al ir o volver del trabajo en los que el trabajador/a efectúe parada o desvío por razón de la conciliación de forma habitual y rutinaria, deben calificarse de accidente *in itinere*⁹⁴³.

La determinación de la contingencia en relación con las bajas médicas vinculadas a la gestación, parto o lactancia natural, más allá de las prestaciones por riesgo durante la lactancia o embarazo, siempre ha planteado problemas debido a que la LGSS no ha determinado una contingencia específica para estas situaciones exclusivas de las mujeres por razones biológicas y que deberían separarse de las generales (común o profesional), para tener una consideración propia. Precisamente ello dio lugar a la STS de 2 de julio de 2020⁹⁴⁴, en la que se determina que la incapacidad permanente absoluta reconocida a una trabajadora por dolencias producidas durante el parto debe calificarse de accidente no laboral. Pero el parto no es una enfermedad ni tampoco un accidente, por lo que debiera contar con una contingencia propia y respetuosa con la diversidad femenina, excluida históricamente de la normativa de Seguridad social.

1.3.1.13. Prevención de riesgos laborales

El embarazo y la lactancia natural tienen relevancia a efectos de prevención de riesgos, de conformidad con el art. 26 de la LPRL, lo que se traduce en el derecho de la trabajadora a solicitar una adaptación o cambio del puesto de trabajo sin perjuicio retributivo y, subsidiariamente, al acceso a prestaciones por riesgo durante el embarazo o la lactancia. Este derecho, que ha suscitado mucha litigiosidad, fue causa del planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del TSJ de Galicia, que se resolvió mediante sentencia del TJUE de fecha 19 de octubre de 2017 (*Otero Ramos*), C-531/15, que determinó que la regla de la inversión de la carga probatoria prevista en el art. 19 de la Directiva 2006/54, es aplicable a la situación de riesgo durante la lactancia natural

⁹⁴² STC 26/2011, de 14 de marzo, y 233/2007, de 5 de noviembre.

⁹⁴³ Sentencia del TSJ de Galicia de 14 de julio de 2015 (Rec. 1660/2014) y STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de julio de 2018 (Rec. 271/2018).

⁹⁴⁴ STS de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018).

contemplada en el artículo 26, apartado 4, en relación con el 3 de la LPRL (dictada esta norma interna española para la trasposición del artículo 5.3 de la Directiva 92/85)⁹⁴⁵. La sentencia del TSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de diciembre de 2019 (Rec. 860/2019), debe destacarse por novedosa pues en el análisis de las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural, integra también la perspectiva del niño/a derivada de la Convención Internacional de Derechos del Niño, como hermenéutica de obligado cumplimiento para los poderes públicos como consideración primordial especialmente relevante cuando se sopesan derechos que se contraponen, a fin de garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual holísticas de la criatura lactante. Y, por lo que respecta a la perspectiva de género, que también se integra en esta resolución, se pone el foco en el estado biológico de la madre trabajadora, pues la lactancia natural lleva consigo cambios hormonales importantes en el cuerpo de las mujeres que deben ser tenidos en cuenta por la Entidad colaboradora de la Seguridad Social que gestiona las prestaciones por riesgo durante la lactancia natural.

1.3.1.14. Daños derivados del rol de “ama de casa”

La STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2018⁹⁴⁶, estimó parcialmente el recurso planteado por un trabajador que reclamaba frente a la empresa, una indemnización por daños y perjuicios derivada del fallecimiento de su esposa por la manipulación de la ropa de trabajo (planchado, lavado, etc.) en contacto con las fibras de amianto a las que cada día se exponía el operario. Esta sentencia no solo confirma la sentencia recurrida que condenó a la empresa, sino que, además, aumenta la indemnización reconocida. Años antes, la Sala Civil del Tribunal Supremo se había pronunciado en su sentencia de 3 de diciembre de 2015⁹⁴⁷, reconociendo indemnizaciones a favor de tres esposas de trabajadores de fábricas de Uralita, por enfermedades contraídas a causa

⁹⁴⁵ La STS de 24 de enero de 2017 (Rec.1902/2015), determinó, también, la existencia de una discriminación indirecta retributiva, en el caso de una médica residente que por razón del embarazo tuvo que adaptar su puesto de trabajo, lo que le supuso una merma retributiva importante al no incluirse el concepto “guardias médicas” en el nuevo salario.

⁹⁴⁶ STSJ de Cataluña de 25 de junio de 2018 (Rec. 2844/2018).

⁹⁴⁷ STS (Sala Civil) de 3 de diciembre de 2015 (Rec. 558/ 2014).

de la limpieza y planchado de la ropa de trabajo de sus maridos. El TS se declara competente y aprecia la existencia de responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC.)

1.3.1.15. Discriminación por asociación o vinculación

La discriminación por asociación o vinculación constituye una tipología discriminatoria (indirecta), impulsada desde el TJUE, a partir de la STJUE de 17 de febrero de 2008⁹⁴⁸ (*caso Coleman*). Dicha modalidad de discriminación es perfectamente aplicable a aquellos casos en los que los hombres trabajadores sean discriminados por asumir el rol de cuidadores, o ejercer derechos vinculados a la conciliación familiar y laboral.

Salvando las distancias, esta discriminación ya fue admitida y aplicada por la STS de 20 de enero de 2016⁹⁴⁹, dándose por probada la situación de violencia de género en el acceso a pensión de viudedad de la madre viuda, por la vía indiciaria (maltrato sufrido por el hijo común). También se ha utilizado en la STSJ de Canarias de 2 de mayo de 2017⁹⁵⁰, en el acceso a prestaciones familiares por parte de la hija de causante pensionista SOVI, confirmada por la STS de 29 de enero de 2020⁹⁵¹, en Sala general, cambiando el criterio jurisprudencial mantenido hasta el momento, porque carecía de perspectiva de género.

1.3.2. Las trabajadoras son sexualmente pasivas

Este es un estereotipo (sexual), que parte de la devaluación y cosificación de las mujeres, es de operatividad universal y despliega sus efectos en todos los ámbitos sociales.. Su extensión al ámbito laboral descansa en el hecho de que las mujeres se incorporaron en el siglo pasado en el mercado laboral, como

⁹⁴⁸ STJUE de 17 de febrero de 2008 -C-303/06- (Coleman), que declara la discriminación a una trabajadora por asociación o vinculación a la discapacidad del hijo al que venía cuidando.

⁹⁴⁹ STS de 20 de enero de 2016 (Rec.3106/2014).

⁹⁵⁰ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016).

⁹⁵¹ STS de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017).

mujeres y no como trabajadoras, trasladándose también a los centros de trabajo la relación de subordinación de la mujer y su consideración de “propiedad sexual del hombre”. Los estereotipos sexuales dotan a hombres y mujeres de características sexuales específicas que tienen un papel en la atracción y el deseo sexual, las relaciones, la intimidad, la posesión y la violencia sexual, el sexo como moneda de cambio, etc. Cuando se estereotipa a las mujeres como propiedad sexual masculina se privilegia la sexualidad de los hombres y se justifica la violencia sexual⁹⁵². Como señala la doctrina, el acoso sexual es el mejor ejemplo laboral de la estrecha conjugación entre género y violencia⁹⁵³. Ello es así porque obedece, no -como aparentemente se pudiera pensar- a las apetencias del agresor, sino a un determinado estereotipo de entendimiento de la sexualidad en el cual el hombre es el cazador (es activo) y la mujer es presa (es pasiva). Los estereotipos sexuales son eje fundamental del género, de manera que, en nuestro entorno sociocultural, un hombre es tratado como un hombre y una mujer es tratada como mujer si su comportamiento sexual es el definido por el estereotipo sexual del hombre o de la mujer⁹⁵⁴. Por tanto, estamos ante el traslado del rol femenino de subordinación sexual al ámbito laboral, lo que justifica cognitivamente la práctica del acoso sexual ocupacional, como otra forma más de violencia hacia las mujeres. Este estereotipo puede llevar a trivializar determinadas actuaciones o actitudes⁹⁵⁵, por haberse tolerado o por entenderse “menos graves” de acuerdo con el criterio subjetivo de quien juzga.

⁹⁵² La jurisprudencia penal venía usando el brocardo “vis grata puellae”, como recurso argumentativo jurídico justificativo del acceso al cuerpo de las mujeres por terceros, en el análisis de delitos sexuales. El magistrado Bollen de la Corte Suprema de Australia Sur en el caso de la Fiscalía Pública (nº 1 /1993), manifestó que es aceptable que el marido utilice “un trato más brusco que el usual” cuando está intentando persuadir a su esposa para mantener relaciones sexuales (Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*. Universidad of Pennsylvania Press, 2010, pág. 32).

⁹⁵³ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, págs. 309 y 310.

⁹⁵⁴ *Ibid.* págs. 309 y 310.

⁹⁵⁵ La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 6 de marzo de 2018 (Rec. 1648/2017), estima el recurso de la empresa y revoca la sentencia de la instancia, declarando el despido disciplinario procedente. El trabajador despedido se dirigía a su compañera de trabajo con expresiones “que buena estás” y “la agarraba por la cadera”. La STSJ Cantabria de 25 de marzo de 2008 (Rec. 199/2008) estima el recurso de la empresa y declara el despido disciplinario procedente, ya que el trabajador despedido había puesto un anuncio público de contactos sexuales con el teléfono de una compañera de trabajo, sin su conocimiento.

Este estereotipo y su prejuicio (consentimiento sexual implícito), tienen efectos negativos para las trabajadoras⁹⁵⁶, en las siguientes materias:

1.3.2.1. Acceso al empleo

La situación de poder y prevalencia en la que se coloca quien oferta un empleo, sobre todo si la candidata carece de medios económicos o es más vulnerable (por edad, discapacidad, origen social etc.), puede dar lugar a este tipo de violencia (actos de acoso, chantaje sexual, extorsión), en la que el sexo se usa como moneda de cambio durante el proceso de las entrevistas de empleo. La sentencia de la Corte Suprema de Canadá, de 25 febrero de 1999 (*Caso R.C. Ewanchuk*), revocando las sentencias anteriores que entendieron que hubo “consentimiento tácito” de la víctima, declaró que el empresario denunciado atacó sexualmente a la denunciante durante una entrevista de trabajo. El Tribunal tuvo en cuenta las especiales circunstancias en las que se produjeron los hechos (entrevista de trabajo), la edad de la víctima (17 años), el lugar (un remolque) y que, hasta en tres ocasiones, la joven dijo no. La presunción del “consentimiento sexual implícito” de la candidata entrevistada para el trabajo se sostuvo sobre estereotipos de género.

1.3.2.2. Condiciones laborales y extinción contractual

En los casos en los que el acoso procede de la persona empleadora, pueden producirse otras actuaciones paralelas de represalia (sanciones disciplinarias, pérdida de oportunidades laborales, etc.) a las trabajadoras que se resisten, y ello puede traducirse en sanciones, presión laboral, modificación de condiciones laborales o incluso la extinción contractual, que deberán analizarse de forma contextualizada.

Otra forma de represaliar la resistencia de la trabajadora frente al acoso o chantaje sexual son las acciones disciplinarias, que pueden llegar a la extinción contractual. Sobre esta materia destacamos el dictamen de 13 de julio de 2015

⁹⁵⁶ El acoso sexual laboral afecta mayoritariamente a las trabajadoras, pero también puede afectar a trabajadores varones.

del Comité CEDAW (*Ana Belousova vs. Kazajistán*)⁹⁵⁷, en el que se determina que las instituciones y los tribunales estatales no otorgaron la debida consideración a la denuncia de la operaria (personal técnico de un centro de educación), por violencia de género, bajo la modalidad de acoso sexual ocupacional, ni a las pruebas que apoyaban dicha denuncia, y que, por consiguiente, no tuvieron en cuenta las cuestiones de género en el examen de la denuncia. Se concluye, en fin, que la no consideración de la perspectiva de género dio lugar a decisiones judiciales parciales, que denegaron el acceso a la justicia de la Sra. Belousova incumpliendo la obligación de diligencia debida.

1.3.2.3. Prevención de riesgos laborales

El acoso sexual tiene un impacto sobre la salud laboral de la víctima (riesgo psicosocial de género), en correspondencia con la obligación empresarial de protección de la salud⁹⁵⁸. No deben banalizarse las actuaciones de hostigamiento sexual, cuyo análisis debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias y características personales de la víctima, sin que el retraso en denunciar afecte a la credibilidad de la denunciante, pues el temor a la pérdida del empleo, al acosador, a la empresa o a la estigmatización social, pueden justificar la tardanza⁹⁵⁹.

⁹⁵⁷ Tal y como señala el Comité CEDAW, en el párrafo 10.12 de este dictamen, “la igualdad en el empleo puede verse seriamente perjudicada cuando se somete a las mujeres, por el mero hecho de serlo, a violencia, por ejemplo, el hostigamiento sexual en el trabajo, que incluye un comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, directas o implícitas y exigencias sexuales verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad”.

⁹⁵⁸ Art. 14 LPRL, en relación con el art. 48 de la LOIEMH y el art. 4d) ET.

⁹⁵⁹ Aunque no se trate específicamente de acoso sexual ocupacional, puede servir como referencia útil la reciente jurisprudencia de la Sala Penal del TS sobre la ausencia de denuncia o el retraso en denunciar en casos de violencia de género, como elemento que no puede ser valorado en contra de la credibilidad de la víctima [por todas, SSTS (Sala Penal) nº 247/2018 de 24 de mayo de 2018; nº 371/2018 de 19 de julio de 2018; y nº 119/2019 de 6 de marzo de 2019].

Igualmente, debe valorarse la declaración de la víctima teniendo en cuenta que puede incurrir en dificultades expresivas o contradicciones derivadas del recuerdo traumático y del deseo de terminar cuanto antes la declaración⁹⁶⁰.

Por lo que respecta a la actuación empresarial frente a situaciones denunciadas de acoso sexual, deberá exigirse la debida diligencia laboral en la apertura y tramitación del protocolo frente al acoso establecido en la empresa⁹⁶¹. La STSJ Cataluña, de 30 de enero de 2018⁹⁶², estimó el recurso de suplicación planteado por la actora por acoso sexual por parte de otro compañero de trabajo. En la fundamentación jurídica se destaca que “la empresa no actuó con rapidez y diligencia para proteger a la trabajadora víctima de acoso sexual”, pues entre la denuncia de la actora y la apertura del protocolo de acoso y resolución del caso, pasaron cerca de dos meses. Asimismo, cabe traer a colación la STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018⁹⁶³, que, en materia de extinción contractual a instancias de la trabajadora víctima de acoso que había estado en procesos de baja médica derivada del citado acoso, alude expresamente al incumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales.

1.3.2.4. Promoción profesional

La afectación que tiene esta forma de violencia en la salud de las víctimas repercute también en sus aspiraciones profesionales y dificulta el ascenso profesional, por los efectos psicológicos que lleva anudados. En el Dictamen de 16 de julio de 2010 del Comité CEDAW (Karen Vertido vs. Filipinas), sobre violencia sexual ejercida por el presidente de la Cámara de Comercio respecto a la directora ejecutiva de dicha cámara, se recoge en el relato cómo el

⁹⁶⁰ También serían aplicables los criterios jurisprudenciales sentados por la STS (Sala Penal) de 6 de marzo de 2019 (Rec. 779/2018), sobre los nuevos criterios de valoración de la víctima en el proceso penal.

⁹⁶¹ Art. 48 LOIEMH.

⁹⁶² STSJ de Cataluña de 30 de enero de 2018 (Rec. 5957/2017).

⁹⁶³ STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2018 (Rec. 5398/2017).

superior jerárquico antes de agredir a la ejecutiva le ofreció mejorar su posición laboral y promocionar.

1.3.2.5. Impacto negativo en materia de Seguridad social

Las situaciones de acoso sexual tendrán repercusiones retributivas y de cotizaciones para la trabajadora, por posibles procesos de baja médica asociada, peticiones de excedencias como una forma de protección frente al foco de acoso, extinciones laborales, y pérdida de oportunidades laborales con repercusión negativa en su carrera profesional y de cotizaciones (brecha de género de prestaciones y pensiones).

1.3.2.6. Discriminación por asociación o vinculación

En cuanto a la discriminación por asociación, debe destacarse la STSJ Galicia de 13 de abril de 2018⁹⁶⁴, que aplicó esta doctrina en el caso de un trabajador que accionaba solicitando la extinción contractual por acoso laboral que fue desestimada en la instancia. La Sala, no obstante, estimó el recurso de suplicación y declaró resuelta la relación laboral condenando a la empresa a la indemnización prevista en el art. 50.2 ET y a una indemnización adicional de 15.000 euros, reconociéndose que el actor además de acoso laboral, también sufrió “acoso por asociación, respecto al derecho de su esposa a no sufrir discriminación por razón de sexo”.

1.3.3. Devaluación de la imagen de la mujer. Acoso sexista o por razón de sexo

Hemos separado el acoso sexista del acoso sexual, porque esta modalidad de discriminación se vincula a todos los estereotipos jurídicos de género a la vez, excepto el vinculado al mito de inferioridad sexual de las mujeres, que se corresponde con el acoso sexual, ya analizado.

⁹⁶⁴ STSJ de Galicia de 13 de abril de 2018 (Rec. 421/2018).

Esta modalidad de acoso engloba todo comportamiento, realizado en función del sexo (y lo asociado a dicho sexo), con el propósito de crear un entorno intimidatorio o degradante. Entre las manifestaciones más habituales se incluyen las ridiculizaciones, desdeñar las habilidades y capacidades intelectuales de las mujeres por el hecho de serlo, las descalificaciones públicas y reiteradas sobre las mujeres y su trabajo, los comentarios vejatorios sobre el aspecto físico, el “humor” sexista de contenido degradante, etc.

Entender la vinculación de esta forma de violencia de género con las ilusiones estereotípicas a las que se conectan, nos aporta una nueva luz a la hora de su detección y valoración adecuada, que debe realizarse evitando la banalización de estas actitudes, prácticas o actuaciones, que no pueden quedar neutralizadas por la participación colectiva o la tolerancia histórica por parte de las propias víctimas.

El impacto de este prejuicio (devaluación de lo femenino) tiene repercusión sustancialmente en las mismas materias que en el caso del acoso sexual, cambiando únicamente la causa de esta modalidad de acoso, por tanto, nos remitimos a lo dicho al respecto en el apartado anterior en cuanto a las condiciones laborales y sanciones disciplinarias; prevención de riesgos laborales (riesgo psicosocial); promoción profesional e Impacto negativo en materia de Seguridad Social.

1.3.4. La culpabilización de las trabajadoras por la “vestimenta”⁹⁶⁵

Este no es propiamente un estereotipo sino un clásico prejuicio (sexual) anudado al estereotipo de “víctima ideal o racional” que opera,

⁹⁶⁵ La culpabilización de la víctima en delitos sexuales ha sido un estereotipo clásico en el ámbito del derecho penal, y tiene también su extensión al ámbito laboral, especialmente en casos de acoso sexual. Por tal motivo, en el “Manual de legislación sobre violencia contra la mujer” ST/ESA/329 de Naciones Unidas (2010), expresamente se recomienda “no introducir la prueba del historial sexual de la demandante/ superviviente, tanto en procedimientos civiles como penales”. Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf) [Consultada el 5 de agosto de 2021].

sustancialmente, en la violencia sexual, y se basa en preconcepciones generalistas asignadas a las mujeres por su apariencia física, partiendo de viejas creencias sobre la apariencia ideal de la mujer honesta⁹⁶⁶. El prejuicio, en este caso, consiste en categorizar a la mujer como promiscua y a partir de aquí opera la discriminación, en forma de violencia sexual. Lo tratamos en este momento de forma independiente por su gran impacto en las relaciones de trabajo, aunque la jurisprudencia penal ya ha descartado expresamente que la vestimenta pueda justificar la violencia sexual⁹⁶⁷. El traslado de este prejuicio al ámbito laboral tiene efectos negativos para las mujeres, especialmente en casos de acoso sexual o por razón de sexo, en las siguientes materias:

1.3.4.1. Acceso al empleo

Por ejemplo, cuando por la ropa de la trabajadora que acude a una entrevista de trabajo, se llega a la conclusión de que es más dúctil a un abordaje sexual. La sentencia de la Corte Suprema de Canadá de 25 de febrero de 1999 (R v. Ewanchuk) resolvió un recurso planteado frente a sentencia que absolvió de agresión sexual a empleador que durante una entrevista de trabajo, realizada en un remolque, asaltó sexualmente a la candidata de 17 años, más de una vez, y a pesar de la reiterada negativa de la joven, en base al consentimiento sexual implícito. El Tribunal Supremo de Canadá, revocó la sentencia recordando que la figura del consentimiento sexual implícito es inexistente en las leyes de Canadá.

1.3.4.2. Violencia de género ocupacional

A modo de ejemplo es posible citar la STS (Sala 2ª) de 23 de mayo de 1990 (*caso de la Minifalda*). El Alto Tribunal confirmó la sentencia dictada en febrero de 1989 por la AP de Lleida, en la que se señalaba que la trabajadora de 17

⁹⁶⁶ La LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, incluyó una nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual (antes "delitos contra la honestidad"). La Exposición de Motivos del Código señala que con ello "se pretende adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos".

⁹⁶⁷ STS (Sala Penal) de 14 de mayo de 2020 (Rec. 10.613/2019).

años "pudo provocar, si acaso inocentemente, al empresario por su vestimenta". En esta sentencia, el empresario fue condenado a una multa de 40.000 pesetas por un delito de abusos deshonestos con su empleada, por tocamientos en los pechos y glúteos por encima de la ropa y por manifestarle que, a cambio de acceder a sus deseos sexuales, le renovarían el contrato de trabajo.

En materia de prevención de riesgos laborales (riesgo psicosocial: acoso), nos remitimos a lo señalado respecto al acoso sexual y sexista. De igual modo, este prejuicio tendrá un impacto negativo en materia de Seguridad Social (brecha de prestaciones y pensiones del sistema de Seguridad Social, desempleo).

1.3.5. Las trabajadoras son mentirosas

Este estereotipo supone la traslación del mito de las "denuncias falsas" al ámbito social⁹⁶⁸. Es un clásico prejuicio, arropado históricamente por nuestra legislación hasta el siglo pasado⁹⁶⁹, y reforzado jurisprudencialmente hasta inicios del presente siglo mediante máximas abstractas como "la experiencia judicial" o "el sentido común", que han canalizado la integración de las

⁹⁶⁸ Bosch Fiol, E., en relación al mito de que las mujeres son poco fiables, afirma que "la supuesta inferioridad moral: la herencia de Eva. Según nos narra el Génesis, Eva, inducida por la serpiente, peca y convence a Adán de que siga su ejemplo. Descubierta la traición, son expulsados del Paraíso siendo maldecidos tanto la pareja como su descendencia. Puesto que la culpa recae con mayor peso sobre ella, todas sus hijas nacerán con su estigma. Este será el gran argumento que utilizará la Iglesia católica a la hora de predicar la maldad de las mujeres y la necesidad de que esté siempre sujeta al varón. La idea era que el hombre no podría tentar, podrá violar, agredir, forzar, pero la tentación es obra diabólica y la naturaleza de la mujer la acercará mucho más al diablo, por tanto la tentación será su gran arma (...) La Biblia, libro básico durante toda la Edad Media, tendrá una influencia muy directa sobre la manera de pensar y actuar de toda la población (...)" ("Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos", *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, nº 45, 2011, págs. 6 y 7).

⁹⁶⁹ Un ejemplo es la prohibición a las mujeres de actuar como testigos en los testamentos hasta la reforma del código civil español, promovido por Mercedes Formica, del año 1958. De igual modo, la jurisprudencia no ha tenido obstáculo en afirmar de forma explícita que "las mujeres mienten" o "denuncian en falso", lo que ha contribuido eficazmente a consolidar el mito de la mujer mentirosa, que hunde sus raíces bíblicas en la figura de Eva, para reforzar jurisprudencialmente la falta de credibilidad de las mujeres, especialmente en los casos de delitos sexuales, lo que se ha extendido también a las personas menores víctimas de abusos sexuales, y especialmente en los casos de separación o divorcio. Como ejemplos, tenemos las SSTS (Sala 2ª) de 11 de abril de 1996 (nº 331/1996), de 11 de octubre (nº 990/1995), de 17 de diciembre de 1997 (nº 1587/1997) y de 15 de octubre de 2009 (nº 972/2009).

concepciones en las resoluciones judiciales elevándolas a la categoría de “fundamentación jurídica”. Se sostiene en el estereotipo de la inferioridad moral de las mujeres⁹⁷⁰. Este estereotipo ha tenido repercusión en el orden de los social, especialmente por la vía del acoso sexual donde, en muchas ocasiones, la ausencia de testigos forma parte de la perpetración de estas actuaciones que conecta directamente con la esencia del género como estructura⁹⁷¹.

Por ello, el Comité CEDAW ha venido insistiendo a través de sus dictámenes, en el destierro de este mito de los sistemas de justicia⁹⁷². En la Recomendación general nº 33, recuerda que: “el establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos. Esos estereotipos pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen en forma defectuosa⁹⁷³”. Por ello se recomienda que los Estados tomen medidas para concienciar y capacitar a todos los agentes de los sistemas de justicia, para eliminar los estereotipos de género e incorporar la perspectiva de género en todos los aspectos del sistema de justicia, asegurándose que en los programas de formación se incluya expresamente “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.

⁹⁷⁰ Concepción Arenal hace referencia expresa a este estereotipo en 1869: “Hay autores (les haremos el favor de no citarlos) que afirman la inferioridad moral de la mujer; hay leyes que no se comprenden si no son consecuencia de la misma opinión, y la suponen también algunas costumbres, aunque pocas y próximas a desaparecer (...) ¿Qué es la superioridad moral? Comparando dos seres libres y responsables, es moralmente superior al otro aquel que tenga más bondad y más virtud, aquel que sienta menos impulsos malos o los enfrente con mayor energía, aquel que haga más bien y menos mal a sus semejantes, y para decirlo brevemente: aquel que sea mejor. ¿El hombre es mejor que la mujer?” (*La mujer del porvenir*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010, pág. 7).

⁹⁷¹ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 310.

⁹⁷² Dictamen de 21 de febrero de 2014 (R.P.B vs Filipinas), Comunicación 34/2011 y Dictamen de 29 de noviembre de 2007 (*Karen Tayag vertido vs Filipinas*), Comunicación 18/2008.

⁹⁷³ Recomendación General nº 33 del Comité Cedaw de 3 de agosto de 2015, apartado 26.

En la misma línea, puede destacarse el *Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer* de Naciones Unidas (2010)⁹⁷⁴, que expresamente recomienda “abolir la norma de corroboración o advertencia cautelar con respecto a las demandantes en asuntos de violencia sexual”, y que se eliminen las normas en las que se valore la credibilidad de las víctimas en delitos violencia sexual de forma diferente a como se hace en otros delitos.

En derecho comparado es destacable la Sentencia de la Corte Suprema de México de 1 de marzo de 2017⁹⁷⁵ (amparo directo en revisión n° 3186/2016), que resuelve el recurso planteado en materia de acoso sexual laboral (“delito de hostigamiento sexual”, sancionado por el Código penal federal). En la resolución se efectúa una valoración con perspectiva de género de la declaración de la víctima, destacándose como pautas a tener en cuenta, las siguientes:

- la declaración de la víctima constituye prueba fundamental en los delitos sexuales al perpetrarse en la intimidad;
- este tipo de delitos no suelen denunciarse por el estigma que le genera a la víctima;
- debe tenerse en cuenta la naturaleza traumática del delito, lo que puede dar lugar a imprecisiones, variaciones o inconsistencias al recordar los hechos por parte de la víctima;
- deben tenerse en cuenta las circunstancias personales de la víctima (edad, condición social, pertenencia a grupo vulnerable, discapacidad etc.);
- Y deben valorarse y analizarse otros elementos de convicción (informes médicos, psicológicos etc.), así como pruebas

⁹⁷⁴ Manual elaborado en 2010 por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales/División para el Adelanto de la Mujer (ONU), que tiene por objeto ayudar a los Estados y a otras partes interesadas a mejorar o a promulgar leyes que protejan a las mujeres, según se indica expresamente en su prólogo. Apartados 3.9.7.1 y 3.9.7.2, págs. 45 y 46. Disponible en: [https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf) [Consultada el 5 de agosto de 2021].

⁹⁷⁵ Sentencia de la Corte Suprema de México de 1 de marzo de 2017 (amparo directo en revisión n° 3186/2016), párrafo 63, pág.32.

circunstanciales, indicios, presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos.

Este prejuicio se desliza muy claramente en la fundamentación jurídica de la STSJ de Galicia de 9 d febrero de 1995, que determinó que no había acoso sexual, a pesar de haberse probado objetivamente los actos de acoso, porque la víctima no se resistió suficientemente, al considerar la Sala que era exigible: "una negativa clara, terminante e inmediata, por parte de la mujer afectada, al mantenimiento de dicha situación, a través de actos que pongan de relieve el rechazo total y absoluto a la actitud del empresario", lo que se traduce en la falta de credibilidad de la trabajadora, perpetuando esta preconcepción. La STC nº 224/1999⁹⁷⁶, revocó la sentencia gallega, negando que las insinuaciones eróticas fueran toleradas por la operaria y recordando que basta una sola negativa de la víctima para que haya acoso sexual.

El mismo prejuicio puede afectar también a situaciones de discriminación o acoso por razón de sexo, cuando se produce en la intimidad. En este tipo de casos quien juzga deberá valorar todos los elementos, indicios y circunstancias concurrentes de forma holística, global y contextualizada. No se trata de dar la razón a la presunta víctima, por ser mujer, sino de ser realmente imparcial, valorar y analizar toda la prueba practicada, incluso la indiciaria, y/o utilizar, en su caso, la vía prevista en el art. 95 de la LRJS (informe de expertos), o diligencias finales para el esclarecimiento de los hechos si existen dudas razonables. Este estereotipo y su prejuicio puede tener un impacto negativo diverso, como se expone a continuación.

1.3.5.1. Falta de credibilidad de las declaraciones de la víctima

Se pone en duda la palabra de la víctima, en cualquier actuación tanto informal (protocolo interno anti-acoso), ante la Administración (denuncia ante la ITSS), como en el procedimiento judicial (prueba testifical o interrogatorio). En materia

⁹⁷⁶ STC nº 224/1999, de 13 de diciembre de 1999.

de violencia de género laboral, pueden ser de aplicación los criterios fijados por la Sala segunda del TS⁹⁷⁷.

1.3.5.2. Condiciones laborales y promoción profesional

El cuestionar a la víctima tras la denuncia puede llevar consigo actuaciones de represalia, falta de confianza o toma de decisiones que afecten a sus condiciones laborales, retributivas o expectativas profesionales.

1.3.5.3. Sanciones disciplinarias, denuncias cruzadas

La categorización de la víctima como persona poco confiable puede derivar en el archivo de actuaciones de investigación en el seno de la empresa o en resoluciones negativas para la víctima, que pueden dar lugar a sanciones o incluso denuncias en contra de ella por parte del acosador.

En el Dictamen del Comité CEDAW de 13 de julio de 2015⁹⁷⁸, fue analizado el caso de una trabajadora de un centro educativo que denunció, ante distintas autoridades administrativas, haber sido víctima de acoso sexual y chantaje económico por el (nuevo) director del centro. Las entidades que recibieron su denuncia no llevaron a cabo una verdadera investigación de los hechos y acabó en archivo, pero el director interpuso contra la trabajadora una demanda por la vía civil de vulneración de su dignidad y reputación profesional. Esta acción civil fue estimada condenándose a la trabajadora a abonar una indemnización al director, así como a retirar las denuncias planteadas y a informar de ello a todo el personal del centro. No obstante, el Comité CEDAW determinó que se había incumplido con la obligación de llevar a cabo una investigación exhaustiva de los hechos de violencia sexual denunciados con la diligencia debida, llegándose a conclusiones estereotipadas en las decisiones de archivo.

⁹⁷⁷ Sobre la ausencia de denuncia o el retraso en denunciar en casos de violencia de género, como elemento que no puede ser valorado en contra de la credibilidad de la víctima, recogidos, entre otras, en las SSTS (Sala Penal) nº 247/2018 de 24 de mayo de 2018; nº 371/2018 de 19 de julio de 2018; o la STS nº 119/2019 de 6 de marzo de 2019.

⁹⁷⁸ Dictamen de 13 de julio de 2015, Comunicación 45/2012 (Anna Belousova vs. Kazajstan).

También puede tener impacto negativo para la trabajadora en materia de prevención de riesgos laborales (riesgo psicosocial). Reiteramos aquí lo dicho respecto al acoso sexual, pero, en este caso, agravado por la estigmatización añadida a la reputación de la víctima ante la falta de credibilidad de su palabra. Y, de igual modo, puede tener un impacto negativo en materia de Seguridad social (brecha de prestaciones y pensiones del sistema de Seguridad Social, desempleo) en la misma línea ya explicada para el acoso sexual.

1.3.6. Las trabajadoras son débiles, físicamente

Este ha sido un estereotipo habitual en nuestra normativa y, posteriormente, en nuestra jurisprudencia hasta finales del siglo pasado, vinculado a la creencia de la inferioridad fisiológica de las mujeres. Ha sostenido la existencia de leyes paternalistas que limitaban la libertad y autonomía de las mujeres (prohibición del trabajo nocturno femenino) y también ha actuado, y sigue haciéndolo, como factor determinante para fijar retribuciones convencionales diferenciadas en trabajos que exigen mayor fuerza física frente a trabajos en los que prevalecen otras habilidades o cualidades diferentes a la fuerza física. Este estereotipo está en íntima conexión con el del rol de cuidadoras de las mujeres, pues la normativa laboral paternalista fomentaba este rol tradicional de la mujer frente al de “trabajadora” (fuera del hogar), y le imponía un modelo de conducta a las mujeres con la apariencia de ser algo beneficioso -efecto encierro en jaula de oro⁹⁷⁹, expulsándolas de las industrias mejor remuneradas y confinándolas en trabajos, normalmente secundarios⁹⁸⁰. Las discriminaciones de las trabajadoras

⁹⁷⁹ Lousada Arochena, F., “Estereotipos de género presentes en nuestra realidad cotidiana”, *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº 30, 2016, pág. 6.

⁹⁸⁰ Según Lousada: “Se prohibió, en el Reglamento de Policía Minera, 1887, el trabajo de las mujeres en el interior de las minas. La Ley de 13.3.1900 reguló el trabajo de mujeres y niños, estableciendo el descanso maternal, el permiso de lactancia y diversas prohibiciones. Ampliándose las prohibiciones en el Decreto de 25.01.1908. Una norma curiosa fue la Ley de 27.02.1912, llamada de la silla en cuanto obligaba a facilitar un asiento a las trabajadoras en establecimientos no fabriles. Y el Decreto Ley de 15.08.1927 sobre descanso nocturno de la mujer, exigió un descanso mínimo de 12 horas entre jornadas y prohibió el trabajo nocturno. Debajo de las normas proteccionistas se encontraban los estereotipos socioculturales asociados a las mujeres. Así la prohibición del trabajo en el interior de las minas obedecía a su dureza, la prohibición del trabajo nocturno obedecía al riesgo de agresión sexual, prostitución o

vinculadas a este estereotipo son hoy en día muy sutiles y soterradas y operan indirectamente, pero podrían detectarse en los siguientes momentos o aspectos de la relación laboral:

1.3.6.1. Acceso al empleo

La fuerza física o, mejor dicho, su ausencia presumida en el caso de las mujeres, ha sido una histórica limitación para el acceso de las mujeres a determinados puestos de trabajo⁹⁸¹. Actualmente, podrían producirse discriminaciones concretas en las ofertas de empleo en las que, por razones físicas, se excluyese de forma genérica a las mujeres (discriminación directa) o bien cuando tal selección se hiciese de forma oculta o tácita, teniendo como resultado la contratación exclusiva o mayoritaria de trabajadores (discriminación indirecta), lo que exige aumentar las cautelas de género.

1.3.6.2. Condiciones laborales y discriminaciones retributivas

Este estereotipo también puede tener repercusiones en las condiciones laborales en general o, más específicamente, en las condiciones económicas; por ejemplo, ante la fijación de pluses o complementos retributivos, por puesto de trabajo, en los que se valora de forma desproporcionada el esfuerzo físico frente a otros puestos de trabajo en los que se exigen otras habilidades, no físicas que son devaluadas económicamente. Existe una consolidada jurisprudencia en materia de discriminación retributiva por razón de sexo, derivada de trabajos de igual valor⁹⁸², además de normativa reciente que incide

adulterio, y las prohibiciones en trabajos industriales solían obedecer a la preservación de la fertilidad. En concreto, la ley española de la silla se justificaba en el hecho "médicamente comprobado" -según se decía en su Exposición de Motivos- de que la bipedestación prolongada de la mujer afectaba a su fecundidad. Las limitaciones de jornada buscaban, en algunas ocasiones, el permitir a la mujer trabajadora atender el hogar o al hijo recién nacido"(Ibíd, pág. 6).

⁹⁸¹ Por ejemplo, en la minería. La STC 229/1992 de 14 de diciembre declaró discriminatoria la negativa de la empresa de admitir a una trabajadora, por razón de su sexo, para cubrir un puesto de "ayudante de minero", a pesar de haber superado las pruebas médicas.

⁹⁸² SSTC 145/991 (Hospital Gregorio Marañón), SSTC 147/1995, 58/1994 (Antonio Puig) o 286/1994 (Galletas Fontaneda). Existe, también, una voluminosa y consolidada doctrina jurisprudencial del TJUE, basada en la prohibición de la sobrevaloración e infravaloración por género de los puestos de trabajo (STJCEE de 1 de julio de 1986, asunto Dato, C-237/85) y la

sobre esta opaca materia⁹⁸³, estableciendo nuevas obligaciones legales para las empresas con la finalidad de acabar con la brecha salarial de género.

La STSJ de Canarias de 27 de julio de 2021⁹⁸⁴, declaró la existencia de discriminación salarial por razón de sexo derivada de trabajos de igual valor fijados en el convenio (“peones” y “peones polivalentes”) con retribuciones distintas que tenían un impacto adverso desproporcionado en las trabajadoras.

1.3.6.3. Prevención de riesgos. Trabajos “peligrosos”

Existe una vinculación entre los trabajos considerados de “gran esfuerzo físico” y los trabajos considerados “peligrosos”. Ello, a su vez, puede tener efectos no solo a nivel retributivo sino también en materia de prevención de riesgos laborales⁹⁸⁵. A modo de ejemplo, la STSJ de Canarias de 2 de julio de 2019⁹⁸⁶, resolvió un recurso planteado por la Administración en materia de sanción administrativa por incumplimiento de normativa de prevención de riesgos, específicamente por no haber llevado a cabo la valoración de riesgos

exigencia de transparencia retributiva a la empresa para justificar una eventual diferencia retributiva estadística entre mujeres y hombres (STJCEE de 17 de octubre de 1989, asunto Danfoss, C-109/88).

⁹⁸³ Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que modificó el ET integrando la obligación empresarial del registro retributivo desarrollando, entre otros aspectos, los criterios concretos para desagregar por sexo la información retributiva de la empresa; los sistemas de clasificación profesional contenidos en los convenios colectivos y su necesaria vinculación con el registro y la transparencia retributiva a través de una correcta valoración de los puestos de trabajo, así como el derecho de las personas trabajadoras a acceder al contenido del registro. Y, más recientemente, el RD 902/2020 de 13 de octubre de igualdad retributiva entre mujeres y hombres con vigencia desde el 21 de abril de 2021, en cuyo preámbulo se recuerda: “La obligación que tienen los poderes públicos de garantizar la efectividad del principio de igual retribución por trabajos, no solo iguales, sino de igual valor, resulta actualmente indiscutible”.

⁹⁸⁴ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/2021).

⁹⁸⁵ Sobre la materia, pueden verse, López Aniorte, M.C. y Ferrando García, F.M., “Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria provocada por la Covid-19”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 9, págs. 214—245; y López Aniorte, M.C., “La protección de las contingencias profesionales en sectores feminizados: especial atención a las actividades de limpieza y cuidado”, en José Luis Monereo Pérez (pr.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, 2020, págs. 741-756.

⁹⁸⁶ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

ergonómicos del departamento de pisos de un Hotel. La infracción se calificó de grave y se impuso a la empresa, una sanción de 20.491 euros, pero fue modulada en la instancia (art. 39.3 LISOS) y reducida a la cantidad de 2.046 euros, entre otros motivos porque el trabajo de las camareras de habitaciones era de “escasa peligrosidad”. No obstante, la Sala canaria, con el mismo relato fáctico llega a otra convicción, entre otras razones, y previa redefinición del concepto “peligrosidad” con perspectiva de género, porque considera que el trabajo realizado por las camareras de pisos no tiene “escasa peligrosidad” sino más bien lo contrario⁹⁸⁷.

Ello, además, puede tener una repercusión negativa en materia de prestaciones o pensiones del sistema de Seguridad Social, desempleo, pues la devaluación de los trabajos feminizados, tiene impacto retributivo y, por tanto, también afecta a las cotizaciones, prestaciones y pensiones futuras.

1.3.7. Las trabajadoras están menos capacitadas para tareas resolutivas, de alta precisión o gran preparación intelectual

Este es un estereotipo vinculado a la idea de inferioridad intelectual femenina y menor capacidad racional de las mujeres, y, a su vez, relacionado con la asignación histórica de las mujeres para lo privado o doméstico y de los hombres para lo público y “productivo”. Los estereotipos afectan a hombres y mujeres, pero son estas las que padecen los efectos más perjudiciales. Los estereotipos masculinos suelen tener un contenido “instrumental-agente”, que es valorado como positivo: los hombres son competentes, independientes,

⁹⁸⁷ Tal y como se recoge en el FJ 2º de la sentencia: “Es por ello que el concepto “peligrosidad” contenido en el art. 39.3º de la LISOS debe interpretarse, conforme a la realidad actual e integrando la perspectiva de género, tal y como ordena el art. 4 de la LOIEMIH. Ello exige integrar el duro trabajo desempeñado por las trabajadoras de pisos acostumbradas a realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas. Se trata de lesiones de los músculos, huesos, tendones, y nervios que suelen afectar a las manos, muñecas, codos, rodillas y espalda. Estas alteraciones pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas. Además, en muchas ocasiones este tipo de lesiones somáticas se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc.), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral), todo lo cual puede precipitar en situaciones de estrés. Por todo ello, concluye la Sala, no es en modo alguno “escasa” la peligrosidad, más bien lo contrario (...)”.

decididos y orientados al éxito. Los estereotipos femeninos, en cambio, suelen tener un contenido “expresivo-comunal”: las mujeres son cariñosas, sociables, interdependientes y orientadas a las relaciones⁹⁸⁸.

Este estereotipo se traduce en la segregación laboral horizontal por razón de sexo, lo que conduce a que haya ocupaciones consideradas masculinas (médico, magistrado del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional, estibadores portuarios...) y ocupaciones consideradas femeninas (limpiadoras, camareras de pisos, empleadas domésticas, empaquetadoras, dependientas...). Este estereotipo fue el causante de leyes que prohibían o limitaban a las mujeres el acceso a profesiones relacionadas con las fuerzas armadas, cuerpos de seguridad, bomberos y similares, e, incluso, para el acceso a la carrera judicial y fiscal⁹⁸⁹. La STC 216/1991, de 14 de noviembre, declaró discriminatorio por razón de sexo la prohibición de acceso de las mujeres al ejército del aire, anulando la sentencia del TS (Sala Militar) de fecha 7 de octubre de 1988, en cuya fundamentación jurídica se justificaba así la histórica prohibición:

“la consiguiente demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, no lesiona el «núcleo esencial» del derecho a la igualdad, produciéndose en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres”.

⁹⁸⁸ Cardoso Onofre de Alencar, E., “Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 9, octubre-2015 -marzo-2016, pág. 33.

⁹⁸⁹ Las mujeres tuvieron prohibido el acceso a la carrera judicial y fiscal, por ser estos trabajos, contrarios al “sentido de la delicadeza consustancial en la mujer”. Tras la ley 96/1966 se derogó tal prohibición, pero a pesar de ello, el acceso de la primera mujer jueza a la carrera judicial española no se produjo hasta 11 años después, en 1977. En la actualidad las juezas son mayoría en la carrera judicial, pero su representación en la cúpula de la justicia es estadísticamente muy inferior a la masculina y ello se reproduce en el Tribunal Constitucional (techo de cristal judicial). Sobre la materia, puede verse, López Aniorte, M. C., “Las mujeres ante el ordenamiento social: de la tutela de la condición femenina a la protección por maternidad biológica”, Alejandra Selma Penalva (Coord.), *Retos en materia de igualdad de género en el Siglo XXI: Un análisis multidisciplinar*, 2019, págs. 111 y ss.

Pero este mito sigue muy latente en nuestro siglo, adoptando formas sutiles de difícil detección. Por ejemplo, se manifiesta en la preferente contratación de mujeres para determinados trabajos, considerados más aptos para ellas por las “cualidades” y características que se les prescribe, por ejemplo, en el sector de cuidados, limpieza, azafatas, etc., frente a otros trabajos que se consideran masculinos, para los que se exigen cualidades o aptitudes que se presumen en los hombres (altos cargos del gobierno, cúpula judicial, pilotos, médicos...). Los efectos negativos para las mujeres en el ámbito social, son múltiples.

1.3.7.1. El acceso al empleo

En la actualidad, obviamente no existen normas que prohíban el acceso a las mujeres a las profesiones, pero, en determinados casos, pueden producirse discriminaciones indirectas de muy difícil detección. Por ello, deben extremarse las cautelas judiciales en el análisis de este tipo de controversias, cuando estemos ante profesiones en las que la presencia de las mujeres sea escasa o desproporcionada, por razón de sexo.

1.3.7.2. Condiciones laborales y retributivas

Los complementos económicos voluntarios vinculados a la responsabilidad, toma de decisiones o disponibilidad, si son percibidos en puestos de trabajo o categorías profesionales ocupadas mayoritariamente por hombres, deberán examinarse con especial atención, pues suelen ser canales de discriminación indirecta, por razón de sexo. Son sospechosos de discriminación aquellos casos en los que ante trabajos idénticos o de similar valor se establecen retribuciones o complementos sustancialmente diferentes⁹⁹⁰.

1.3.7.3. Ascensos profesionales. Techo de cristal

⁹⁹⁰ STC 286/1994 de 27 de octubre (caso Galletas Fontaneda); STS 14 de mayo de 2014 (Rec. 2328/2013); STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2021 (Rec.867/21), y otras ya citadas.

Este estereotipo puede redundar negativamente en ascensos profesionales de las mujeres, cuando se trata de puestos de trabajo que exigen un alto nivel intelectual, o de mando (jefaturas, coordinación de departamentos, etc.) que requieren gran disponibilidad horaria y de jornada. Por ello, también aquí, debe integrarse la perspectiva de género en el análisis fáctico y jurídico⁹⁹¹. Como ejemplo muy visual de lo dicho, puede citarse la STS de 18 de julio de 2011⁹⁹², que declara que el Corte Inglés incurrió en discriminación sexista indirecta, en las promociones profesionales de varios centros de trabajo, en atención a la proporción desagregada por sexos de las personas ascendidas, sin que pueda justificarse con el alegato de que las mujeres tendrían mayores dificultades para el desempeño de tareas de responsabilidad por estar adscritas mayoritariamente a turnos parciales. En la misma línea es destacable la STS de 1 de junio de 1999⁹⁹³.

Las limitaciones profesionales, horizontales y verticales, de las trabajadoras también tendrá un impacto negativo en materia de prestaciones y pensiones de Seguridad Social, por la pérdida retributiva que comporta, lo que contribuye a abonar la brecha salarial y de pensiones de género.

1.3.8. Las trabajadoras deben ser “femeninas”. Uniformes sexistas

⁹⁹¹ La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2017 (Rec. 520/2017), resuelve el recurso planteado por trabajadora en una materia de cobertura de un puesto de trabajo (ascenso profesional). La empresa (Grupo Endesa) promovió concurso interno de méritos, al que se presentaron diversos trabajadores y trabajadoras y se contrató a una empresa externa para realizar el proceso de selección de la persona más cualificada. Tras las pruebas correspondientes, esta empresa externa concluyó que había un total de 8 personas candidatas con un perfil adecuado para el puesto, y la empresa decidió asignar la plaza a un trabajador de las ocho personas seleccionadas. No obstante, en el convenio de empresa existía una acción positiva en la que se determinaba que en puestos en los que la presencia de mujeres fuera inferior en relación a los hombres, en caso de empate de méritos, se daría prevalencia a las mujeres. La trabajadora reclamó la aplicación de esta acción positiva partiendo de la inferior presencia femenina (hecho no cuestionado). La Sala estimó el recurso de la actora y revocó la sentencia de la instancia.

⁹⁹² STS de 18 de julio de 2011 (Rec. 133/2010).

⁹⁹³ STS de 1 de junio de 1999 (Rec. 4521/1998), que declara que Caixa d'Estalvis de Catalunya incurrió en discriminación indirecta por razón de sexo en las promociones profesionales de libre designación, en las que el personal promocionado era mayoritariamente masculino, sin justificarse las razones de esta prevalencia.

Este clásico estereotipo es también muy habitual en el mundo laboral, especialmente en determinadas profesiones de atención al público en las que se impone a las mujeres una uniformidad sexualizada y acorde con el patrón de “lo femenino” que, a diferencia de sus compañeros varones, puede ser perjudicial para la salud (uso de medias, ropa estrecha, tacones en trabajos de bipedestación prolongada, etc.).

Un ejemplo paradigmático lo tenemos en la STS de 19 de abril de 2011⁹⁹⁴, que calificó de discriminatoria la práctica empresarial de imponer al personal femenino ATS y auxiliares de enfermería de planta y consulta externa falda, delantal, cofia y medias, sin posibilidad de optar por el pijama sanitario asignado a sus compañeros de igual categoría. No obstante, unos años antes, en 2001, el mismo Tribunal había convalidado la decisión de RENFE de imponer al personal femenino del AVE, uniformes con falda, a diferencia del personal masculino, calificando tal práctica como no discriminatoria y amparada en las facultades de dirección empresarial⁹⁹⁵.

En otros casos, también se ha exigido a las trabajadoras, a diferencia de los trabajadores, acudir maquilladas al centro de trabajo, lo que supone de nuevo una diferencia que deberá analizarse con cautela de género. En cualquier caso, incluso de haber existido normas internas al respecto deberán analizarse ponderando los derechos en conflicto y teniendo en cuenta la justificación y razonabilidad de la medida, al ser una obligación diferencia por razón de sexo.

⁹⁹⁴ STS de 19 de abril de 2011 (Rec.16/2009).

⁹⁹⁵ STS de 23 de enero de 2001 (Rec. 1851/2000). El Tribunal entendió que la obligación de uniformidad no era lesiva del principio de igualdad con carácter general ni expresiva de un trato discriminatorio por razón de sexo, por la existencia de justificación objetiva y razonable para su imposición. En el FJ 4 de la sentencia se recoge: “Se desprende de los autos que el uso de la repetida vestimenta obedece no a un problema sexista o de aprovechamiento singular del sexo en beneficio de la empresa y detrimento de la mujer, sino a consideraciones organizativas empresariales, ajenas a aquellos motivos, adoptados también, como ocurre en otros sectores laborales, con la finalidad de dar a la clientela una buena imagen de la empresa, a través de una adecuada uniformidad en el vestir. Prueba de ello, como se alega por la entidad Renfe, es que «en otros múltiples servicios de Renfe en los que no se busca tan señaladamente una marca de alta calidad, no existe ningún tipo de obstáculos para la utilización de falda o pantalón, como prenda de uniformidad por el personal femenino». (Así, ocurre, respecto al personal femenino de circulación, a las que se señala la falda-pantalón, como prenda de uniformidad; asignación que, sin duda, guarda relación con la primacía de la seguridad sobre la imagen de la empresa(...)”.

El impacto lesivo que puede tener la imposición de uniformes feminizados que no responden a razones objetivas, razonables y justificadas tiene proyección sobre las siguientes materias:

Para terminar este subapartado, cabe señalar que la uniformidad diferenciada por razón de sexo puede ser un impedimento en la contratación de la trabajadora, si muestra rechazo a su uso.

1.3.8.1. Faltas y sanciones disciplinarias

La negativa a cumplir la orden empresarial en materia de uniformidad puede tener como consecuencias sanciones disciplinarias, incluida la extinción contractual por no atender las órdenes empresariales en materia de uniformidad. . La STSJ de Madrid de 3 de junio de 2015⁹⁹⁶, se pronunció sobre esta cuestión, desestimando el recurso de la empresa frente a la sentencia de la instancia que declaró la nulidad del despido producido a una trabajadora, ayudante de dependienta, porque tal decisión vulneraba su derecho a su propia imagen (art. 18.1 CE), pues “no existía normativa que impusiera tal obligación” (ir maquillada a trabajar).

1.3.8.2. Prevención de riesgos

Determinados uniformes y, más específicamente, el uso de calzado inadecuado (tacones) para la realización de trabajos de bipedestación prolongada (azafatas, guías, recepcionistas, dependientas, camareras, etc.) puede tener también efectos perjudiciales en la salud de la trabajadora (riesgos ergonómicos).

La STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2015⁹⁹⁷, declaró nula por discriminatoria por razón de sexo, la sanción impuesta a una trabajadora (guía-intérprete) que se negó a llevar el uniforme impuesto por la empresa, en el que, a diferencia

⁹⁹⁶ STSJ de Madrid de 3 de junio de 2015 (Rec. 663/2014).

⁹⁹⁷ STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014).

del personal masculino, se obligaba a las trabajadoras a llevar tacones, durante el desempeño de sus funciones⁹⁹⁸.

1.4. Categorías sospechosas de subdiscriminar

Como se ha señalado, no toda distinción, exclusión o restricción de derechos es lesiva, sino solo aquellas que carecen de justificación objetiva y razonabilidad. Ello es así porque existen desigualdades sociales de facto, que legitiman desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tal diferencia de trato contraríe el ordenamiento jurídico, más bien lo contrario, esas diferencias pueden actuar de vehículo para integrar e igualar a quienes son sustancialmente desiguales de origen. Ello dota de sentido, por ejemplo, a las acciones positivas⁹⁹⁹, como medidas encaminadas a promover la igualdad (real) de oportunidades entre hombres y mujeres, no solo convalidadas

⁹⁹⁸ En el FJ 6 de la sentencia se recoge: “hemos de examinar la diferencia respecto del calzado, habiendo quedado acreditado que a las trabajadoras se les impone el uso de zapatos de tacón y a los trabajadores zapato plano, lo cual, en palabras del Tribunal Supremo es un componente de distinción vinculado al sexo de las trabajadoras que al resultar obligatorio para ellas y no permitírseles que calcen zapatos sin tacón que sí utilizan los hombres de su misma categoría, supone una actitud empresarial que no resulta objetivamente justificada y por ello discriminatoria, pues, (...) pretende con esa política empresarial de uniformidad obligatoria y característica para las mujeres, proyectar al exterior una determinada imagen de diferencias entre hombres y mujeres que no se corresponde con una visión actual de los organismos públicos, (...) actuación empresarial que es aún más gravosa teniendo en cuenta que hombres y mujeres realizan idéntica tarea en posición de bipedestación y que el uso de tacones altos es innecesario y (...) puede perjudicar la salud de las trabajadoras dado que si les resultan incómodos, la incomodidad puede traducirse en cansancio cuando llevan varias horas de pie y en lesiones y además puede llegar a repercutir en su rendimiento y en la atención al público (...).”

⁹⁹⁹ Art. 11 LOIEMH y art. 3 Directiva 54/2006/CE del Parlamento europeo y del Consejo. STC 19/1989, de 31 de enero, STC 109/1993, de 25 de marzo, y STC 128/1987 de 16 de junio, en la que se cuestionaba el derecho de extensión de un plus de guardería femenino, en cuya fundamentación jurídica, se justifica este beneficio como una acción positiva a favor de las mujeres (FJ10): “No resulta, pues, discutible que a efectos laborales, la diferencia entre hombres y mujeres con hijos de corta edad no es únicamente de sexo, y, desde luego, tampoco reside en que la mujer tenga superiores obligaciones, de orden jurídico o moral, que el hombre respecto a los hijos. La diferencia reside en que existe una innegable y mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo o para permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente desventajosa respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues, esta realidad perdure, no pueden considerarse discriminatorias las medidas tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en situación de clara desigualdad social, y que traten de evitar, facilitando el empleo de guarderías, que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños”. En el ámbito de la UE, véanse las SSTJUE de 11 de noviembre de 1997 (caso Marschall), C-409/95; STJUE de 28 de marzo de 2000, (caso Badeck), C-158/1997; y STJUE de 6 de julio de 2000 (caso Abrahamsson y Anderson), C-407/98.

normativamente sino promocionadas jurisprudencialmente para erradicar las desigualdades.

Para facilitar a quien juzga la identificación de situaciones sospechosas de inequidad de género, se aportan, a continuación, consideraciones o preguntas útiles que pueden ayudar a detectar tratos diferenciados ilegítimos o situaciones de exclusión sospechosas de discriminar.

a) Una norma, práctica, o decisión empresarial que responde en mayor o menor medida, al mantenimiento de roles o estereotipos masculinos y femeninos¹⁰⁰⁰.

b) Norma que define a las personas admitidas en un régimen profesional de Seguridad social, por razón de su sexo o por el ejercicio de una profesión feminizada o masculinizada.

c) Diferencias en los derechos reconocidos en los regímenes o sistemas de la Seguridad social, que directa o indirectamente afecten negativamente a un sexo¹⁰⁰¹.

¹⁰⁰⁰ La Sentencia de 30 de septiembre de 2010 del TJUE (Roca Álvarez) y la STC 75/2011, de 19 de mayo, ya comentadas sobre el derecho al permiso de lactancia. También formular determinadas preguntas familiares o relacionadas con la maternidad en las entrevistas de trabajo es discriminatorio. Un ejemplo de norma estereotipada es la actual Orden ESS/66/2013, de 28 de enero (BOE nº26 de 30 de enero de 2013), por la que se actualizan las cantidades a tanto alzado de las indemnizaciones por lesiones, mutilaciones y deformidades de carácter definitivo y no invalidantes, que fija indemnizaciones diferentes por deformación de órganos genitales, siendo superiores las correspondientes a los varones respecto de las asignadas a las mujeres (apartados 17 a 21 del baremo). Ello evidencia un mayor valor normativo de la sexualidad masculina, respecto de la femenina.

¹⁰⁰¹ Por ejemplo, indirectamente podemos referir el sistema especial de “empleados del hogar” (mayoritariamente conformado por mujeres) que, aunque a partir de la Ley 27/2011, el viejo régimen especial de “empleados domésticos” fue integrado como un sistema especial, en el acogedor Régimen General de la Seguridad Social, mejorándose algunas de las condiciones de trabajo tras la reforma introducida por Real Decreto 1620/2011 de 14 de noviembre, todavía en la actualidad las desigualdades de estas trabajadoras son evidentes en relación a otros sistemas especiales (carecen de desempleo, FOGASA, disfrute fraccionado de vacaciones, cotización máxima topada etc.). También cabe hacer referencia al SOVI, extinto Sistema de Seguridad Social que se mantiene a efectos de determinadas pensiones, integrado mayoritariamente por mujeres, que ha dado lugar a sentencias en las que se ha integrado la categoría jurídica de género, en su interpretación [SSTS de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009) y de 29 de enero de 2020 (Rec. 3097/2017); STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de mayo de 2017 (Rec. 1237/2016)].

d) Establecer normas diferentes en lo que se refiere a la edad de entrada en un régimen o a la duración mínima de empleo o de afiliación al régimen para la obtención de las prestaciones correspondientes por razón del sexo.

e) Establecer sistemas de cálculo de cotizaciones, o cómputo de periodos de carencia para acceder a las prestaciones y pensiones del sistema de la Seguridad Social que penalice el trabajo a tiempo parcial, mediante sistemas de cálculo de cotizaciones que resultan discriminatorios por razón de sexo, tal y como ha declarado en dos ocasiones el TC¹⁰⁰².

f) Exclusión normativa de dolencias o enfermedades vinculadas a un sexo determinado, a efectos de reconocimiento de derechos¹⁰⁰³.

g) Perjuicios relacionados con la salud, económicos, profesionales, retributivos o de cotizaciones vinculados al embarazo, maternidad y ejercicio de derechos de conciliación familiar y laboral¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Elbal- Moreno vs España) C-385/11; STC 61/2013 de 14 de marzo, y STJUE de 8 mayo 2019 (C-161/2018); STC 91/2019 de 3 de julio de 2019.

¹⁰⁰³ La fibromialgia es una enfermedad no incluida actualmente en la Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. Esta dolencia afecta mayoritariamente a las mujeres, según la Sociedad Española de Fibromialgia y Síndrome de fatiga crónica (SEFITAC). Noticia disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vivo/20180512/443475803829/dia-fibromialgia-mujeres-mas.html>. [Consultada el 5 de agosto de 2021].

También puede referirse aquí, la STS de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 1515/2013), en materia de determinación de contingencia, reconociéndose como enfermedad profesional de la profesión de limpiadora, la dolencia (síndrome del túnel carpiano), que no estaba expresamente reconocida en la ley en esta profesión, pero sí para otras profesiones no feminizadas de similares requerimientos físicos y manuales.

¹⁰⁰⁴ Sobre el despido discriminatorio por razón del embarazo puede destacarse la STJUE de 4 de enero de 2001 (caso Jimenez Mergar), (caso Danosa), C-232/09, STJUE de 1 de julio de 2010, (caso Parviainen), C-471/08, STJUE de 19 de noviembre de 1998 (caso Pederson), C-66/96, STJUE de 30 de abril de 1998 (caso Thibault), C-136/9; STJUE de 8 de noviembre de 1990 (caso Dekker), C-177/88; STJUE de 5 de mayo de 2014 (caso Habermann-beltermann), C421/92. A nivel interno, cabe citar las SSTC 92/2008, de 21 de junio; y 124/2009, de 18 de mayo. Aunque en la STC 173/2013, de 10 de octubre, el Tribunal entendió que no concurría discriminación en la decisión empresarial por la que se extingue la relación laboral de la trabajadora, “por no superar el periodo de prueba”, sustancialmente en base a la ausencia de conocimiento empresarial de su estado de gestación, “lo que excluía que la empresa viniese obligada a rebatir unos inexistentes indicios de discriminación por razón de sexo” .

- h) Perjuicios relacionados con la salud, económicos, profesionales, retributivos o de cotizaciones vinculados a puestos de trabajo feminizados¹⁰⁰⁵.
- i) Exclusión de prestaciones o pensiones del actual sistema de Seguridad social a colectivos mayoritariamente de sexo femenino¹⁰⁰⁶.
- j) Prácticas o criterios de aplicación restrictiva en el ejercicio de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género¹⁰⁰⁷.
- k) Prácticas o criterios de aplicación restrictiva en el ejercicio de los derechos laborales de conciliación familiar y laboral¹⁰⁰⁸.

¹⁰⁰⁵ Como ejemplos: STJUE de 31 de marzo de 1981 (caso Jenkins), C-96/80 en materia retributiva; STJUE de 13 de mayo de 1986 (caso Bilka), C-170/84; STJUE de 13 de julio de 1988 (caso Rinner-Kühn), C-171/88; STJUE de 22 de noviembre de 2012 (caso Elbal Moreno), C-385/11.

¹⁰⁰⁶ STS (Sala general) de fecha 21 de diciembre de 2009 (RJ 2010/446), sobre la acreditación de cotizaciones en el sistema SOVI (mayoritariamente mujeres), a efectos de completar el período mínimo de carencia que se exigía para la adquisición del derecho a pensión, se computaron como cotizados, asimilados por parto, los 112 días de bonificación, de acuerdo con la reforma introducida en la LGSS, por la Ley Orgánica 3/2007.

¹⁰⁰⁷ STS de 20 de enero de 2016 (Rec. 3106/2014), en materia de viudedad de víctima de violencia de género que llega a tal convicción por la vía indiciaria, extendiendo a la esposa la violencia probada que padecía el hijo común, por asociación. Y STSJ Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo de 2017 (Recurso nº 1027/2016), que estimó demanda de viudedad de víctima de violencia de género divorciada, a la que se le denegó la pensión por carecer de sentencias condenatorias del causante en materia de violencia de género, cuando la separación se había producido con anterioridad a la LO 1/2004, y la mujer disponía de otras pruebas, que fueron valorados por la Sala como indicios de una situación compatible con la violencia de género.

¹⁰⁰⁸ SSTC 3/2007 de 15 de enero de 2007, 26/2011 de 14 de marzo de 2011, sobre el uso de licencias en materia de conciliación laboral y familiar. También STC 162/2016 de 3 de octubre de 2016, sobre el uso de licencias vinculadas a la maternidad y el derecho de la recurrente (jueza) a no ver disminuidos los complementos retributivos. En esta sentencia se afirma lo siguiente: "Los permisos y licencias legalmente establecidos con motivo de la gestación y posterior alumbramiento en tanto conectados con la protección de la salud e integridad del feto y de la madre, no pueden quedar equiparados al resto de permisos y licencias. El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres a diferencia del hombre, pueden provocar en sus derechos económicos y profesionales. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo".

l) Prácticas o criterios de aplicación restrictiva en materia de prestaciones de género (maternidad, riesgo durante la lactancia o riesgo durante el embarazo)¹⁰⁰⁹.

m) Desvincular de la contingencia profesional dolencias derivadas del acoso sexual, ambiental o por razón de género ocupacional¹⁰¹⁰.

n) La no calificación de enfermedad profesional de dolencias características de profesiones feminizadas, excluidas de forma expresa del listado de enfermedades profesionales, siempre que reúnan los requisitos objetivos como enfermedad profesional en otras profesiones de requerimientos similares¹⁰¹¹.

o) Interpretaciones rigoristas de normas en el acceso o mantenimiento de prestaciones o pensiones del sistema de seguridad social (carencia específica y doctrina del paréntesis)¹⁰¹², así como las prestaciones familiares, no contributivas, desempleo, RAI o viudedad, si existe impacto de género¹⁰¹³.

¹⁰⁰⁹ STS de 24 de enero de 2017 (Rec. 1902/2015) ya referida.

¹⁰¹⁰ Como afirma Lousada: “si del acoso sexual y sexista en la relación de trabajo, se derivasen lesiones físicas o psíquicas, deberán considerarse derivadas de la contingencia de accidente de trabajo, lo que en suma se compadece con la calificación del acoso sexual y sexista como riesgos laborales – que expresamente se reconoce en el art. 27.3º c) de la LOIEMH y que, incluso desde antes, se contemplaba en la Nota Técnica Preventiva 507, sobre acoso sexual en el trabajo. del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.” También véanse la STSJ Castilla La Mancha de 16 de noviembre de 1989, y la STSJ de Galicia de 24 de enero de 2000 (AS 5818/1996) (Lousada, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 343.

¹⁰¹¹ STS de 5 de noviembre de 2014 (Rec. 1515/2013), cit.

¹⁰¹² Voto Particular de la STSJ Canarias (Las Palmas) de 17 de febrero de 2021 (Rec. 641/2020), que incluye toda la fundamentación jurídica de la cuestión prejudicial que debió plantearse ante el TJUE, ante la sospecha de discriminación indirecta de la regulación legal del requisito de carencia específica para el acceso a la pensión de jubilación contributiva, al no tener en cuenta, en la aplicación del “paréntesis” [art.205.1 b) LGSS] el tiempo dedicado a la crianza de hijos/as. El criterio mayoritario de la Sala fue denegar a la actora, el acceso a la pensión de jubilación, aun reuniendo el periodo de carencia genérica, por incumplimiento del requisito de carencia específica, sin tenerse en cuenta el impacto que tuvo en su vida laboral el nacimiento y crianza de sus tres hijos.

¹⁰¹³ STSJ Canarias (Las Palmas) de 3 de julio de 2018 (Rec. 260/2018), que estima recurso de suplicación planteado por trabajadora frente al Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), que denegó el acceso a prestaciones RAI de acuerdo a una interpretación formalista en relación al requisito de extinción de un derecho a prestación por desempleo, o en su caso subsidio asistencial, que la trabajadora había extinguido pero no de forma inmediatamente anterior a la petición del derecho de acceso a la RAI. La Sala hace una interpretación finalista y con perspectiva de género de la norma, en base al impacto de género de la RAI, en virtud del

p) Concursos para la cobertura de vacantes y/o ascensos profesionales en los que se establezcan condiciones que dificulten el acceso a las mujeres (impacto de género adverso)¹⁰¹⁴.

q) Uniformes de trabajo o requerimientos diferentes por razón de sexo, que respondan a estereotipos sexistas, y/o dificulten la realización del trabajo para las mujeres (salud laboral)¹⁰¹⁵.

r) Normas, criterios o prácticas que prohíban o limiten el acceso de las mujeres a determinados trabajos¹⁰¹⁶.

s) Convenios colectivos que colocan retributivamente los puestos de trabajo feminizados en los niveles inferiores del convenio, salvo que exista una justificación objetiva y razonable¹⁰¹⁷.

Este es un listado no cerrado de discriminaciones¹⁰¹⁸ que, como se ha dicho, dejarían de serlo en aquellos casos en los que existiese una “justificación objetiva y razonable”, aunque también la excepción puede verse afectada por la preconcepción, lo que exige que también en este escrutinio judicial, se evite

mayor desempleo de las mujeres y también por incluir a las víctimas de violencia de género entre los colectivos con acceso a estas prestaciones.

¹⁰¹⁴ En los procesos de promoción profesional, previo concurso interno en las empresas puede discriminarse indirectamente, al establecerse condiciones que serán más accesibles para un sexo que para otro. Por ejemplo, en la STSJ de Canarias (Las Palmas), de 27 de julio de 2017 (Recurso 520/ 2017), ya citada.

¹⁰¹⁵ STS de 19 de abril de 2011 (Rec. 16/2009) y STSJ de Madrid de 17 de marzo de 2015 (Rec. 931/2014), ya citadas.

¹⁰¹⁶ STC 216/1991, de 14 de noviembre; STJUE de 1 de febrero de 2005 (Comisión vs. Austria), C-203/03, en la que determinó discriminatoria y contraria a los artículos 2 y 3 de la Directiva 76/207/CEE, la prohibición del empleo de mujeres para trabajos subterráneos en el sector minero, así como para trabajos en medio hiperbárico y trabajos de buceo.

¹⁰¹⁷ Sobre trabajos de igual valor y discriminación retributiva por razón de sexo, la STSJ Canarias (Las Palmas) de 27 de julio de 2021 (Rec. 867/2021), ya citada. En materia de discriminación retributiva pueden destacarse, la STJUE de 17 de octubre de 1989 (caso Danfoss); C-109/88; STJUE de 27 de octubre de 1993 (caso Enderby) C-127/92 o STJUE de 31 de mayo de 1995 (caso Royal Copenhagen), C-400/93.

¹⁰¹⁸ El art. 9 de la Directiva 54/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, recoge a modo de ejemplos, actuaciones calificadas por la propia norma como ejemplos de discriminación.

caer en la estereotipación, pues nos conduciría al punto de partida discriminatorio, por la vía de una excepción sesgada¹⁰¹⁹.

2. Fase segunda o de corrección. Justicia Argumentativa

Una vez detectada una concreta discriminación (asimetría, distinción, exclusión o restricción), debemos pasar a la fase correctora¹⁰²⁰, para equilibrar la desigualdad de género, mediante la integración de la perspectiva de género que debe hacerse en la aplicación, o en su caso, interpretación del ordenamiento jurídico. Pero esta tarea no es sencilla, y su grado de dificultad dependerá del momento o actuación judicial concreta sobre la que deba proyectarse. Además, va a requerir un esfuerzo argumentativo adicional, en términos jurídicos, para razonar interpretaciones no formalistas sino contextualizadas. En esta fase, cobra relevancia la integración de la perspectiva de género en el ejercicio argumentativo judicial, en la valoración de los hechos y la atribución de consecuencias jurídicas. No se trata de caer en la arbitrariedad sino de aplicar el derecho mediante el razonamiento con lógica jurídica, acorde con un Estado de derecho en el que quien juzga, debe justificar y amparar sus decisiones en razonamientos. En esta fase, por tanto, se procederá al reconocimiento de hechos, previa valoración de la prueba, y a la atribución de las consecuencias jurídicas.

2.1. Los tres elementos básicos de actuación judicial

Como regla general, la perspectiva o enfoque de género debe influir de manera directa en tres concretas fases de la actuación judicial, que desglosamos a continuación.

¹⁰¹⁹ Por ejemplo, la ya citada STS de 19 de abril de 2011 (Rec. 16/2009), en la que no se estimó la vulneración del derecho a la dignidad ni a la intimidad de las trabajadoras, porque “la falda, medias, delantal con peto y cofia” que, como uniforme de trabajo se les obligaba a llevar, tenía “unas dimensiones normales” y no había “exhibición física inadecuada o excesiva”.

¹⁰²⁰ Según el diccionario de la lengua española de la RAE (actualización 2017), corregir, en su primera acepción se define como “enmendar lo errado”, y este es el espíritu que prevalece en esta segunda fase del método, en el que se integra la perspectiva de género a modo de corrector de desigualdades arbitrarias que lesionan los derechos humanos de las mujeres, procedentes de una norma, convenio colectivo, criterio, práctica, etc.

2.1.1. Tramitación del procedimiento¹⁰²¹

El Comité CEDAW recomienda a los Estados parte que¹⁰²²: “Establezcan y hagan cumplir recursos jurídicos apropiados y oportunos para la discriminación contra la mujer y aseguren que estas tengan acceso a todos los recursos judiciales y no judiciales disponibles. Aseguren que los recursos sean adecuados, efectivos, atribuidos con prontitud, holísticos y proporcionales a la gravedad del daño sufrido”.

En cumplimiento de la anterior recomendación, debe evitarse el rigorismo procesal impeditivo del acceso a la justicia de las mujeres. Ello significa vigilar las normas procesales y flexibilizar sus formalidades para hacerlas compatibles con la protección del derecho constitucional comprometido, de acuerdo con los estándares internacionales, el derecho de la UE (art. 17 Directiva 2006/54)¹⁰²³ y también el art. 12 de la LOIEMH que establece cláusulas de protección jurisdiccional efectivas en correspondencia a la Directiva¹⁰²⁴. Se impone una interpretación contextualizada y acorde con la jurisprudencia constitucional que exige interpretar los derechos fundamentales en el sentido más favorable a su plena efectividad¹⁰²⁵.

¹⁰²¹ Nos remitimos aquí a lo señalado en el apartado: “¿Hace falta que la parte alegue vulneración de DDFF para poder aplicar la perspectiva de género?”.

¹⁰²² Apartado II (Cuestiones generales y recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia), A, 19, a) y b) de la Recomendación general nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

¹⁰²³ Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de julio de 2006, que regula cláusulas de protección jurisdiccional en sus art. 17 (derecho a tutela judicial efectiva), art. 18 (indemnización reparadora) y art. 19 (inversión carga de la prueba).

¹⁰²⁴ En el orden de lo social, procedimiento de tutela a derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 177 a 184 de la LRJS).

¹⁰²⁵ STC 116/2006, de 24 de abril, que afirma (FJ5º): “Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7, citando entre otras las SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; y 78/1982, de 20 de diciembre, FJ 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, «formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español”. En la misma línea, la STC 113/2021 de 7 de julio.

De otro lado, esta flexibilidad se corresponde con la propia lógica procesal que rige el procedimiento en la jurisdicción social, que, de conformidad con la ya clásica doctrina del TC, se ha posicionado a favor del principio *pro actione* frente a interpretaciones rigoristas¹⁰²⁶, partiendo de las diferencias sociales originarias existentes entre las partes¹⁰²⁷. Ese mismo criterio debe ser extensivo en los casos en los que se sospeche o aprecie la existencia de situaciones de marginalidad o vulnerabilidad o relaciones asimétricas o desiguales derivadas del género. El derecho procesal tiene como finalidad garantizar la aplicación de las normas sustantivas¹⁰²⁸. Como ejemplo puede citarse la Sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rec. 663/2014), que admite la formalización de recurso de suplicación, a pesar de no ser viable por razón de la cuantía, con base en “la fundamentación tácita de la demanda de vulneración del derecho a la igualdad (art. 14 CE)”, a pesar de no haberse usado el procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales, ni contenerse referencia expresa a los DDFF en la demanda.

2.1.2. Práctica y valoración de la prueba

Sobre la valoración de las pruebas, también se ha pronunciado el Comité CEDAW, recomendando que se “apliquen mecanismos que garanticen que las normas probatorias, investigaciones y otros procedimientos probatorios

También la STEDH de 9 de junio de 2009 (Opuz vs. Turquía), acude a instrumentos internacionales especializados, como la CEDAW y el Convenio Belém do Pará.

¹⁰²⁶ STC 216/1989, en materia de subsanación de defectos procesales, que no debe ser excesivamente rigorista. STC 37/1995 sobre el acceso a los recursos, entre otras.

¹⁰²⁷ STC 3/1983, en la que se recuerda que el ordenamiento laboral es un ordenamiento compensador e igualador de “desigualdades originarias entre trabajador y empresario”, naturaleza que se proyecta asimismo sobre el proceso laboral.

¹⁰²⁸ La STJUE de 29 de octubre de 2009 (caso Pontin) C-63/08, en la que el Tribunal interpretando el principio de efectividad, determinó que el plazo de caducidad de quince días para poder recurrir frente a una extinción contractual puede contravenir la prohibición de despido durante el embarazo.

jurídicos y cuasi judiciales sean imparciales y no estén influenciados por prejuicios o estereotipos de género”¹⁰²⁹.

La fase probatoria y su valoración judicial es, posiblemente, la más dúctil en la canalización de estereotipos sexistas, por ello requiere elevar las precauciones para evitar incumplir el mandato de diligencia debida. Debe tenerse presente que las pruebas son también emitidas por personas, que pueden estar influenciadas por sesgos sexistas. En los casos de violencia de género laboral (acoso sexual, sexista, etc.), debe tenerse presente el impacto traumático sobre la víctima, cuyo interrogatorio o testifical deberá valorarse bajo una lógica diferente, evitando su revictimización. En muchos casos, la propia víctima no reconoce o no acepta o no entiende que lo es al haber normalizado la violencia.

A continuación, se aportan algunas pautas que pueden ser de utilidad en esta labor valorativa, que es imprescindible para la fijación de hechos probados libres de prejuicios y su posterior subsunción jurídica.

2.1.2.1. Valoración holística y contextual

Para evitar una justicia mecánica, es importante recordar que cada caso es único e irrepetible, así como tener en cuenta el contexto, momento histórico, y las características personales, origen social, nivel cultural y edad de la persona, en cada uno de los escenarios laborales o de Seguridad social, sospechosos de discriminar. En particular, el adecuado enjuiciamiento de situaciones de acoso sexual, ambiental o por razón de sexo, o actuaciones que redundan en la dignidad o la integridad física o moral de la víctima, requiere comprender el comportamiento procesal de la víctima, conocer sus formas, manifestaciones, significado y efectos. A tal efecto, hay que entender la complejidad de la experiencia de la discriminación, tal y como es experimentada y vivida por la

¹⁰²⁹ Apartado II. A (Cuestiones generales y Recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia), punto 18 e) de la Recomendación General nº33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015.

víctima, teniendo en cuenta la forma en la que las víctimas comunican las violencias según sus usos culturales¹⁰³⁰, origen social, edad, raza, etc.

Entre los elementos a tener en cuenta para un análisis completo, se pueden destacar los siguientes, cuya valoración, o no, dependerá de las características de cada caso concreto¹⁰³¹: edad¹⁰³², sexo, orientación sexual, religión, origen racial o étnico, origen social, nivel cultural, situación económica, actividad sindical, discapacidad, legislación vigente en el momento de producirse los hechos a juzgar, relación de parentesco, amistad, laboral, etc., entre las personas implicadas, momento temporal, localización geográfica, etc.

Como ejemplo de valoración de prueba con perspectiva de género, destacamos la STSJ de Canarias de 7 de marzo de 2017¹⁰³³. El juzgado social desestimó la demanda planteada por una mujer divorciada que reclamaba la pensión de viudedad bajo la modalidad de víctima de violencia de género, fundamentalmente por tres motivos:

- No quedó suficientemente probada la violencia de género, pues solo una de las múltiples denuncias planteadas por la actora frente al causante se

¹⁰³⁰ La sentencia del Tribunal Penal Internacional de Ruanda (en adelante TPIR), de 2 de septiembre de 1998 (Prosecutor vs. Jean-Paul Akayesu), tuvo en cuenta la importancia de la tradición oral entre las personas ruandesas, dado que la mayoría no sabían leer ni escribir, motivo por el cual gran parte de la información difundida por la prensa en 1994 fue transmitida a un mayor número de oyentes secundarios de boca a boca. Ello fue tenido en cuenta en la valoración de las testificales practicadas, pues los testimonios eran, en muchos casos, testigos de relatos de segunda mano (párrafo 155 de la sentencia). En la misma línea, la STIPR de 27 de enero de 2000 (Prosecutor vs. Alfred Musema), extraída del estudio “Estándares de Protección de derechos Humanos de las Mujeres: herramientas necesarias para la defensa de su participación política”, Organización de Estados Americanos (OEA) y ONU Mujeres, enero 2020, págs. 85 y 86. Disponible en: <https://lac.unwomen.org/es/digiteca/publicaciones/2020/08/estandares-de-proteccion-de-derechos-humanos-de-las-mujeres> [Consultado el 6 de agosto de 2021].

¹⁰³¹ No se trata de una lista cerrada, sino de algunas circunstancias o características de las personas a juzgar, que consideramos relevantes en la valoración de la prueba. Su concurrencia y análisis dependerá de las particularidades de cada caso.

¹⁰³² En el caso de personas menores de edad deberá integrarse la perspectiva de infancia en la investigación, enjuiciamiento y decisión y ponderar, en la fundamentación jurídica, el interés superior del niño como consideración primordial, a tenor de lo establecido en el art. 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (1989) y la Observación general nº 14 del Comité de derechos del Niño (2013).

¹⁰³³ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 7 de marzo de 2017 (Rec. 1027/2016).

tramitó judicialmente y, además, fue archivada, “sin mayor trascendencia”.

- No fueron ratificados en el acto del juicio los certificados expedidos en 1994 y 1997 por el Instituto Canario de la Mujer (ICM), que recogían que se había atendido a la actora, “por motivo de la incesante situación de violencia sufrida junto a sus dos hijas menores en su matrimonio, producida por su esposo”.
- Y no acudieron al juicio, como testigos de la situación de violencia, las hijas de la demandante.

En suplicación, la Sala canaria, sin modificar el relato fáctico, estima el recurso de la actora y le reconoce la pensión, realizando una nueva valoración de la prueba practicada, integrando la perspectiva de género:

- En primer lugar, se tiene en cuenta que la actora había presentado un total de siete denuncias ante la comisaría y 3 actuaciones judiciales (entre 1995 y 1999), antes y después de la separación matrimonial (1995)¹⁰³⁴, con anterioridad a la vigencia de la ley de violencia de género, lo que es valorado como un indicio compatible con la violencia de género, siguiendo el criterio de la STS de 20 de enero de 2016.
- En segundo lugar, los certificados expedidos en 1994 y 1997 por el ICM, se valoran como indicios de violencia de género, al ser expedidos por la Administración competente para asistir a las víctimas¹⁰³⁵.
- Por último, la ausencia de las hijas en el acto del juicio en calidad de testigos no supone, a criterio de la Sala, un obstáculo para estimar la

¹⁰³⁴ “En la realidad social de 1995, cuando se planteó la primera denuncia por maltrato, las manifestaciones de la demandante constituían un importante indicio de que estaba siendo violentada por su esposo, lo que en este caso se ve reforzado por otros datos como el auto de fecha 13 de noviembre de 1995 que, aunque acordó el archivo del procedimiento incoado como diligencias Previas, en su fallo declaró “Falta” el hecho que motivó la incoación de las diligencias previas. Tales hechos, en el contexto social del año 1.995, constitutivos de falta son compatibles con la violencia de género que ahora se reivindica” (FJ 2º C de la sentencia).

¹⁰³⁵ La Sala alude al art. 93 de la LRJS, que exime de ratificación judicial los informes contenidos en la documentación administrativa, de aportación preceptiva y pone de relieve que el ICM era el órgano competente para la asistencia psicológica y moral de las mujeres víctimas de violencia intrafamiliar en aquel momento.

demanda, pues presenciar episodios de violencia a tempranas edades en el entorno doméstico, puede tener graves efectos traumáticos y exigir sus testimonios podía ser revictimizador.

Otro ejemplo es la STSJ de Cataluña 9 de marzo de 2018¹⁰³⁶, que confirma la nulidad del despido disciplinario de una trabajadora por “realizar actividades incompatibles con su situación de baja por IT constitutivas de la transgresión de la buena fe contractual”. Los hechos imputados fueron, resumidamente, que había acudido a la playa con sus tres hijos menores, estando de baja médica con el diagnóstico “conjuntivitis vírica”. En la fundamentación jurídica, la Sala recuerda que la actora se hallaba en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos menores, y, además, ejerciendo su derecho a conciliación de la vida laboral y familiar, haciéndose expresa referencia al art. 4 de la LOIEMH que debe regir en el intérprete del ordenamiento jurídico, incluida la valoración del relato fáctico resultante de la práctica de la prueba.

Por último, es destacable también la STSJ de Canarias de 27 de julio de 2017¹⁰³⁷. En este caso, se desestimó en la instancia la demanda planteada por una mujer frente a la decisión empresarial (Grupo Endesa) que, tras concurso de méritos interno para la cobertura de una plaza de técnico/a gestor/a de servicio de Prevención Mancomunado (SPM), decide asignarla al candidato varón, al entender que tenía mayor cualificación. La demandante reclamaba el derecho a ocupar la plaza, partiendo del empate de méritos entre el candidato seleccionado y ella, motivo por el cual debió aplicarse la acción positiva contenida en el convenio de empresa, al tratarse de una categoría profesional infrarrepresentada por mujeres. La Sala, con el mismo relato fáctico, llega a una conclusión diferente partiendo, en primer lugar, de la finalidad de las acciones positivas de género. En segundo lugar, se analizan los méritos de la actora en relación con los del candidato seleccionado y se tiene en cuenta que la demandada contrató una empresa externa para realizar el proceso de selección, y que finalmente seleccionó un total de ocho personas candidatas

¹⁰³⁶ STSJ de Cataluña de 9 de marzo de 2018 (Rec. 6.987/2017).

¹⁰³⁷ STSJ de Canarias (las Palmas) de 27 de julio de 2017 (Rec. 520/2017).

(entre ellas, la actora), como “candidatos adecuados a los requerimientos del perfil”. Por tanto, la empresa inaplicó la acción positiva prevista en su propio convenio de empresa.

2.1.2.2. La prueba estadística

Los datos estadísticos oficiales sobre desigualdad que muestran el impacto adverso de género en determinadas materias, como determinadas prestaciones o pensiones, son un mecanismo probatorio válido que puede facilitar la fijación del impacto adverso de género, como paso previo para la valoración de la discriminación¹⁰³⁸.

La admisión de la prueba estadística en los casos de denuncia de discriminación indirecta por razón de sexo, está explícitamente reconocida en la Directiva 2002/73/CE¹⁰³⁹, posteriormente compilada en la Directiva 2006/54, siendo un mecanismo probatorio utilizado por el TJUE¹⁰⁴⁰ con habitualidad, como también por el TC¹⁰⁴¹. En consecuencia, no hay que tener miedo a su uso para apoyar razonamientos en el ejercicio judicial argumentativo.

2.1.2.3. Informes de “expertos”

¹⁰³⁸ Estadísticas del Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE), accesibles desde www.sepe.es. Estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE) disponibles en www.ine.es. Por su parte, las estadísticas sobre pensiones del INSS, son accesibles desde www.seg-social.es, y las estadísticas del Instituto de las Mujeres, desde <http://www.inmujer.gob.es/>, entre otros organismos.

¹⁰³⁹ Respecto de “La apreciación de los hechos de los que pueda deducirse la existencia de una discriminación directa o indirecta corresponde a los órganos judiciales u otros órganos competentes, de conformidad con las normas del Derecho o las prácticas nacionales”, el Considerando 10º de la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, señala que: “Estas normas podrán determinar, en particular, que la existencia de una discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso a partir de pruebas estadísticas”.

¹⁰⁴⁰ STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Elbal Moreno) C 385/11.

¹⁰⁴¹ Véase la STC 128/1987, de 16 julio, en materia de acción positiva de género. También, la STC 61/2014 de 14 de marzo, en la que el Tribunal acudió al INE, a efectos de acreditar el impacto adverso de género, en la discriminación indirecta derivada del sistema de cómputo de cotizaciones establecido en la disposición adicional 7ª de la LGSS, que finalmente fue anulada.

El art. 95 de la LRJS regula expresamente esta posibilidad probatoria, que permite al juez o la jueza oír, en el acto del juicio, el dictamen de una o varias personas expertas, a petición de parte o bien acordándolo de oficio como diligencia final¹⁰⁴².

Esta posibilidad probatoria permite contar con la opinión experta sobre un caso concreto en la que se cuestione la existencia de una asimetría o discriminación de género. Ello ayudará en la aportación de argumentos técnicos, desde el conocimiento experto, para la resolución del caso, partiendo de la libertad de quien debe decidir sobre apoyarse o no, en tales informes. Por tanto, se trata de una herramienta procesal de gran utilidad para tener un mejor y mayor conocimiento sobre el asunto jurídico, con sensibilidad de género. Además, en el art. 95.5 LRJS, se prevé la modalidad de aportación escrita, que deberá realizarse con anterioridad al juicio, permitiendo a las partes efectuar alegaciones en la vista oral. La asistencia experta en materia de género puede despejar dudas en el camino interpretativo a quien pretende juzgar sin sesgos.

2.1.2.4. Valoración del interrogatorio o testifical de las víctimas de acoso sexual, o sexista

En la práctica y valoración de los testimonios y declaraciones (interrogatorio) de las mujeres víctimas de violencia de género ocupacional, deben tenerse en cuenta las recomendaciones internacionales. El acoso sexual o sexista es otra forma de violencia contra la mujer (trabajadora), lo que exige tener presentes las pautas de valoración probatoria fijadas internacionalmente y que, en buena parte, han sido asimiladas por la jurisprudencia penal del TS, en materia de violencia de género. Se destacan, a continuación, algunas de ellas:

- Tener en cuenta la relevancia probatoria de la declaración de la víctima, tal y como se establece por la jurisprudencia penal en materia de

¹⁰⁴² A tenor del art. 95.3 LRJS: “Cuando en el proceso se haya suscitado una cuestión de discriminación por razón de sexo, orientación sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad o acoso, el juez o tribunal podrá recabar el dictamen de los organismos públicos competentes”.

violencia de género¹⁰⁴³, y se recomienda por el Comité CEDAW en delitos sexuales¹⁰⁴⁴, así como también por otros organismos internacionales¹⁰⁴⁵ y tribunales internacionales¹⁰⁴⁶.

- Evitar el prejuicio de “la víctima ideal o racional”, eludir la valoración jurídica por la “resistencia heroica” de la víctima frente al acoso¹⁰⁴⁷.
- No condicionar la credibilidad de la víctima por las expectativas de cómo debería haber actuado antes, durante o después del acoso, debido a su formación, carácter o personalidad¹⁰⁴⁸.

¹⁰⁴³ Según dicha jurisprudencia, la declaración de la víctima no es prueba indiciaria sino directa, y ha sido admitida como prueba de cargo, tanto por el TS (Sala Penal), en SS 706/2000, 313/2002, 1317/2004, como por el TC, en SS 201/1989, 173/1990 y 229/1991. Especialmente relevante es la STS (Sala Penal) de 13 de junio de 2018 (Rec. 10776/2017), que expresamente integra la perspectiva de género en la valoración de la declaración de la víctima de violencia de género. También, interesa traer a colación la STS (Sala Penal) de 6 de marzo de 2019 (Rec. 779/2018), que incorpora nuevos criterios en la valoración de la declaración de la víctima, entre ellos el “lenguaje gestual” de convicción. De otro lado, la STS (Sala Penal) de 16 de diciembre de 2020 (Rec.10518/2020) determinó que la existencia de contradicciones de matices en las declaraciones de la víctima no puede entenderse como determinantes para dudar de la veracidad de su testimonio.

¹⁰⁴⁴ Recomendación General nº 33 del Comité CEDAW, de 3 agosto 2015, Apartado 26, en el que se advierte que: “El establecimiento de estereotipos afecta también a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres, como partes y como testigos”.

¹⁰⁴⁵ Aunque enfocado hacia la legislación, puede destacarse también el *Manual de legislación sobre violencia contra la mujer*, elaborado por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales/División para el Adelanto de la Mujer (ONU) en 2010, en cuyo apartado 3.9.7.1, se recomienda la abolición de la norma de corroboración o advertencia cautelar respecto a las demandantes en asuntos de violencia sexual, y la creación de “una suposición de credibilidad de la demandante en asuntos de violencia sexual”.

¹⁰⁴⁶ Sentencia del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY) de 20 de febrero de 2001 (Prosecutor vs. Delacic y otros), párrafo 504, que recoge: “se concede a la víctima de agresión sexual la misma presunción de confiabilidad que el testimonio de otros delitos, algo que desde hace mucho tiempo ha sido negado a las víctimas de agresión sexual por la ley común”. La Sentencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) de 2 de septiembre de 1998 (Prosecutor vs. Akayesu), párrafo 134: “Otorga al testimonio de una víctima de agresión sexual la misma fiabilidad que el testimonio de las víctimas de otros delitos, algo que durante mucho tiempo se había negado a las víctimas de agresión sexual en el derecho consuetudinario”.

¹⁰⁴⁷ STS (Sala Penal) de 31 de mayo de 2020 (Rec. 3796/2018) que, en el caso de agresión sexual, establece que no es necesaria un “resistencia heroica” de la víctima para apreciar el delito. En la misma línea, el Dictamen del Comité CEDAW, de 21 de febrero de 2014 (R.P. B. Vs. Filipinas), Comunicación 34/2011, párrafo 8.9.

¹⁰⁴⁸ Dictamen del Comité CEDAW de 16 de julio de 2010 (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas), Comunicación 18/2008, párrafo 8.5.u.

- Tener en cuenta la naturaleza traumática de los actos de violencia sexual, lo que puede dar lugar a alguna variación en el relato de hechos de la víctima¹⁰⁴⁹;
- Analizar la declaración de la víctima en conjunto con otros elementos de convicción, como dictámenes, periciales, testigos, indicios, etc.

Este nuevo modelo de valoración probatoria, impulsado internacionalmente, fue el que debió aplicarse por los tribunales españoles en el caso de Ángela González¹⁰⁵⁰, ya analizado en capítulos anteriores. Por ello, nuestro país fue condenado, primero por el Comité CEDAW, y posteriormente por el Tribunal Supremo español¹⁰⁵¹. La desatención administrativa y judicial frente a las numerosas denuncias presentadas por la Sra. González, se debió sustancialmente a la falta de credibilidad de la víctima.

2.1.2.5. Inexistencia de inferencia adversa por demora en la presentación de la denuncia o acción judicial

Inferir significa “deducir algo o sacarlo como conclusión de otra cosa¹⁰⁵²”. Este proceso deductivo, aplicado al campo jurídico-procesal de los derechos fundamentales y, más específicamente, a los casos en que se denuncian

¹⁰⁴⁹ En este sentido, véase la jurisprudencia de la Sala Penal del TS en materia de violencia de género, recogida en la STS de 6 de marzo de 2019 (Rec. 779/2018) que establece criterios de valoración de la declaración de las víctimas de violencia de género, y en la STS de 13 de junio de 2018 (Rec. 10776/2017), en la que se pone de relieve el carácter de testigo cualificado de la víctima. La SCoIDH de 31 de agosto de 2010 (Rosendo Cantú vs. México), párrafo 91 afirma que: “La Corte considera que no es inusual que el recuento de hechos de esta naturaleza contenga algunos aspectos que puedan ser considerados, a priori, inconsistencias en el relato. (...) los hechos referidos por la Sra. Rosendo Cantú se relacionan a un momento traumático sufrido por ella, cuyo impacto puede derivar en determinadas imprecisiones al recordarlos. Dichos relatos, además fueron rendidos en diferentes momentos desde 2002 a 2010. Adicionalmente, la Corte tiene en cuenta que en el presente caso al momento de ocurrir los hechos la Sra. Rosendo Cantú era una niña”. En la misma línea, la SCoIDH de 27 de noviembre de 2013 (J. Vs. Perú), párrafo 325, concluye que: “la mención de algunos de los alegados maltratos solamente en algunas de las declaraciones no significa que sean falsos o que los hechos relatados carezcan de veracidad”.

¹⁰⁵⁰ Dictamen del comité CEDAW de 16 de julio de 2014 (Comunicación 47/2012), analizado en el capítulo 4.

¹⁰⁵¹ STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (Rec. 1002/2017).

¹⁰⁵² 1ª Aceptación, Diccionario de la lengua española RAE. Disponible en: <http://dle.rae.es/?id=LVoBEku>. [Consultada el 6 de agosto de 2021].

situaciones de acoso sexual, ambiental o por razón de género, puede llevar a quien juzga a efectuar una valoración negativa de la “tardanza” en la presentación de la acción (inferencia adversa). En otras palabras, la ausencia de una reacción administrativa o judicial inmediata puede ser interpretada judicialmente como falta de credibilidad de la demandante.

Un ejemplo práctico de esta modalidad de inferencia adversa se encuentra en la fundamentación jurídica de la STSJ de Galicia de 9 de febrero de 1995 (Rec. 320/1995), que estimó el recurso de suplicación formalizado por la empresa frente a la sentencia estimatoria de la demanda en materia de acoso sexual interpuesta por la trabajadora. En el FJ 5 de la citada sentencia, literalmente se recoge que: “si la conducta del empresario se inició desde el comienzo de la relación laboral, resulta obligado que la actora reaccione de inmediato ya sea denunciándolo, ya sea planteando una resolución contractual o a través de los medios que estime oportunos, pero resulta muy poco defendible, que admita la situación, continúe en el trabajo y se limite a comentar con unos y otros el evento en cuestión”¹⁰⁵³.

La Sala Penal del TS se ha pronunciado sobre esta materia de forma expresa, aunque en casos de violencia género, poniendo de relieve que el retraso en denunciar no debe ser interpretado como una merma en la credibilidad de la víctima, pues el miedo a represalias o el estado de pánico que sufren justifican la tardanza¹⁰⁵⁴. Además, ello colisiona frontalmente con las recomendaciones de Naciones Unidas¹⁰⁵⁵, los criterios del Comité CEDAW¹⁰⁵⁶ y la jurisprudencia

¹⁰⁵³ Sentencia anulada por el TC 224/1999 de 13 de diciembre.

¹⁰⁵⁴ STS (Sala 2ª) de 2 de abril de 2019 (Rec. 2286/2018) y de 24 de mayo de 2018 (Rec. 10549/2017).

¹⁰⁵⁵ “Manual de legislación sobre la violencia contra la mujer” ST/ESA/329 de Naciones Unidas (2010), Apartado 3.9.6 sobre “inexistencia de inferencia adversa por demora en la denuncia”. Disponible en : [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf). [Consultada el 6 de agosto de 2021].

¹⁰⁵⁶ Dictamen del Comité CEDAW de 21 de febrero de 2014 (R.P. B. Vs. Filipinas), Comunicación 34/2011, párrafo 8.9.

constitucional¹⁰⁵⁷, pues el retraso en plantear la denuncia o la demanda puede responder a diversas razones, entre otras, el temor a la pérdida del empleo por razones económicas o profesionales, la estigmatización, la humillación, la falta de credibilidad, represalias, la falta de confianza en las instituciones responsables o la inaccesibilidad.

2.1.2.6. Inversión de la carga de la prueba

La regla general del ordenamiento jurídico español es que, quien denuncia un acto ilegal o demanda a una persona física o jurídica o institución, Administración pública, etc., tiene la obligación de probar que se ha producido una infracción de la normativa. Sin embargo, en materia de discriminación, rige el principio de inversión de la carga probatoria, establecido como mecanismo para evitar las dificultades de la probanza del acto discriminatorio. De ello también se ha hecho eco el Comité CEDAW¹⁰⁵⁸.

La Directiva 97/80 del Consejo, relativa a la carga de la prueba en casos de discriminación por razón de sexo¹⁰⁵⁹, introdujo este mecanismo de flexibilización de la prueba para dotar de mayor efectividad y eficacia a las medidas adoptadas en aplicación del principio de igualdad de trato¹⁰⁶⁰. Tanto

¹⁰⁵⁷ La STC 224/1999 de 13 de diciembre (ya citada), declara la existencia de acoso sexual, a pesar de que la sentencia recurrida en amparo entendió que no hubo acoso sexual, entre otros motivos, por la tardanza en el planteamiento de la demanda por parte de la trabajadora.

¹⁰⁵⁸ Así, el apartado II, A, 15 g) de la Recomendación nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015, recomienda a los Estados: “revisen las normas sobre carga de la prueba para asegurar la igualdad entre las partes, en todos los campos en que las relaciones de poder priven a las mujeres de la oportunidad de un tratamiento equitativo de su caso por la judicatura”.

¹⁰⁵⁹ Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Esta Directiva fue compilada en la Directiva 54/2006, actualmente en vigor, y dispone en su art. 19 sobre la carga de la prueba, que: “Los Estados miembros adoptarán con arreglo a sus sistemas judiciales nacionales las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato (...)”.

¹⁰⁶⁰ El art. 1 de la vieja Directiva 97/80/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo disponía que: “El objetivo de la presente Directiva es mejorar la eficacia de las medidas adoptadas por los Estados

en la Directiva referida como en la compilación que se hizo de la misma en la Directiva 2006/54, se alude a la necesidad previa de que existan “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta”, lo que parece conducir a la prueba indirecta o prueba indiciaria, aunque un sector doctrinal¹⁰⁶¹ opina que la palabra “presumir”, en sentido lato, permite admitir juicios de verosimilitud, como la verdad interina, apariencias o la prueba *prima facie*, que trasladan al órgano judicial la sospecha vehemente de existencia de discriminación, alejándose de la exigencia de que la prueba plena sea directa o indirecta¹⁰⁶².

El art. 13.1 de la LOIEMH se hace receptor del anterior mandato¹⁰⁶³ y, en la misma línea, el artículo 181 de la LRJS, en materia de procedimiento de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, preceptúa la aplicación de la inversión de la carga probatoria, previa prueba de indicios razonables.

miembros en aplicación del principio de igualdad de trato, que permitan que todas las personas que se consideren perjudicadas por la no aplicación, en lo que a ellas se refiere, del principio de igualdad de trato puedan invocar sus derechos en vía jurisdiccional después de haber recurrido, en su caso, a otros órganos competentes”. Según Lousada, “la tradición civil romanista, de inspiración individualista, situaba al actor/a ante unas normas sobre carga de la prueba basadas sobre el principio de normalidad en el dominio de la prueba, que se reflejan en la máxima “incumbit probatio qui dicit, non qui negat”, manteniéndose el juez en una situación de pasividad, que se refleja en la otra máxima “da mihi factum dabo tibi ius”. De este modo, el juez no estaba obligado a requerir la exhibición a la parte que dispone de la prueba, ni a realizar cualquier otra investigación de oficio o a instancia de parte (...)” (“*La legislación comunitaria sobre la carga de la prueba y acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo*”, cit., pág. 14).

¹⁰⁶¹ Lousada Arochena, F., *El derecho fundamental la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 559.

¹⁰⁶² En esta materia es destacable la STJUE de 17 de octubre de 1989 (caso Danfoss), C-109/88. Dicha resolución afirma que, cuando por parte de la empresa se aplique un sistema retributivo caracterizado por una falta total de transparencia, será suficiente para invertir la carga probatoria, la prueba de impacto adverso de género colectivo, como ocurría en el caso enjuiciado, en el que la retribución media de las trabajadoras era inferior a la de los trabajadores. También, cabe hacer referencia a la STJUE de 27 de octubre de 1993 (Caso Enderby), C-127/92, en materia de retribuciones diferentes en tareas desarrolladas mayoritariamente por mujeres (logopedas) en relación a otras realizadas por hombres (farmacéuticos), donde el Tribunal reitera la inversión de la carga probatoria en casos de impacto estadístico adverso de género, sin dar relevancia al hecho de que las retribuciones se fijaran en procesos de negociación separadas.

¹⁰⁶³ “En aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes” (art. 13 LOIEMH).

La valoración de los indicios para activar el mecanismo procesal de la inversión probatoria debe hacerse, también, libre de estereotipos, siendo aplicables a dichos efectos los criterios expuestos respecto a la valoración de la prueba directa, aunque la convicción indiciaria o indirecta se construya sobre hechos deducidos a partir de la inferencia lógica de hechos acreditados, y no sobre hechos directamente probados. Por tanto, igualmente en esta fase es importante evitar las categorizaciones, para no colocar a la parte discriminada en una posición procesal desigual que pueda menoscabar su derecho a la tutela judicial efectiva. Quien juzga debe esforzarse por detectar y reconocer los propios prejuicios en la medida en la que consciente o inconscientemente estén presentes, debiendo erradicarlos en la búsqueda de la verdad, para combatir la impunidad. Tal rigor es exigible tanto en la tarea de valoración de la prueba como en la motivación y argumentación de la actividad probatoria¹⁰⁶⁴, incluido el proceso de valoración de indicios a efectos de que opere la inversión de la carga probatoria.

Como ejemplo de lo anterior, cabe citar la STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2019¹⁰⁶⁵, que calificó de nulo el despido de una empleada, acaecido nueve meses y ocho días después del nacimiento de su hija. En este caso se valora como un indicio de discriminación por razón de sexo, que el despido disciplinario se produjera solo ocho días después del periodo legal de protección frente a los despidos, existente en el aquel momento (9 meses desde el parto). La empresa no probó la causa de despido disciplinario alegada (bajo rendimiento), tras invertirse la carga probatoria por la vía indiciaria.

2.1.2.7. Prueba indiciaria

¹⁰⁶⁴ *Ibíd.*, pág. 18.

¹⁰⁶⁵ STSJ del País Vasco de 5 de febrero de 2019 (Rec.74/2019).

La prueba indiciaria¹⁰⁶⁶, circunstancial, indirecta o de presunciones judiciales permite dar por acreditados, en un proceso judicial, hechos sobre los que no existe una prueba directa, pero de los que cabe deducir razonadamente la certeza o acreditación, a partir de resultar probados otros hechos relacionados con los primeros. La prueba indiciaria ha sido utilizada tanto en el ámbito civil como penal exigiéndose, en este último caso, la concurrencia de estrictos requisitos formales y materiales, para enervar el derecho a la presunción de inocencia¹⁰⁶⁷. Y también se ha reconocido desde el derecho internacional¹⁰⁶⁸. En la jurisdicción social, la prueba indiciaria también ha sido aceptada y reconocida por el TS (Sala Social), siempre que la misma se sostenga sobre hechos (probados) que tengan un enlace directo y preciso, según “las reglas del criterio humano”, con los hechos presuntos. Lo que va a exigir del juzgador o juzgadora un razonamiento lógico, en virtud del cual se ha establecido la presunción. Es decir, un ejercicio argumentativo que justifique racionalmente el proceso. Como ejemplo de aplicación de la prueba indiciaria, es posible

¹⁰⁶⁶ El art. 386 de la LEC regula las “presunciones judiciales, estableciendo que: “1. A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción. 2. Frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior”. Conviene recordar que las disposiciones de la LEC son de aplicación supletoria en la jurisdicción social, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Final 4º de la LRJS.

¹⁰⁶⁷ La STS (Sala Penal) de 9 de octubre de 2015 (Rec. 10319/2015), en su FJ 3º. 2), establece que: “la prueba indiciaria o de indicios tiene la misma eficacia incriminatoria que la prueba de cargo directa a efectos de enervar el derecho a la presunción de inocencia, si bien, cuando de la prueba circunstancial se trata, el Tribunal debe explicitar en la sentencia el proceso intelectual de su convicción, razonando cómo a partir de los datos indiciarios se llega al hecho consecuencia o juicio de inferencia que, en todo caso, debe excluir toda duda racional de una conclusión diferente que favorezca al acusado. (...) El Tribunal ha de escoger, entre todas las hipótesis ofrecidas, aquella que es más aceptable, que puede presentarse como descripción verdadera de los hechos acaecidos. En definitiva, esta selección de una entre las distintas hipótesis ofrecidas a la consideración del Tribunal implica como presupuesto el desarrollo de toda una actividad probatoria que habrá ofrecido respecto de cada una de esas alternativas hipotéticas, elementos de verificación o elementos de exclusión”.

¹⁰⁶⁸ En el párrafo 102 de la SCoIDH de 31 de agosto de 2010 (Rosendo Cantú vs. México), se afirma que: “la Corte ha establecido que es legítimo el uso de la prueba circunstancial, los indicios y las presunciones para fundar una sentencia, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”. En la misma línea se expresan la SCoIDH de 24 de agosto de 2017 (Gutiérrez Hernández y otros vs. Venezuela), párrafo 125, y la SCoIDH de 19 de noviembre de 2015 (Velásquez Paiz y otros vs. Guatemala), párrafo 192.

destacar la STS de 20 de enero de 2016¹⁰⁶⁹, en materia de acceso a pensión de viudedad de víctima de violencia de género separada. La Entidad Gestora desestimó su petición y la reclamante planteó demanda que fue estimada en la instancia, pero el TSJ de Galicia la revocó en suplicación en base a que: “las simples denuncias penales ante la policía por amenazas o agresiones, sin ulterior actuación, no son pruebas propiamente dichas (...) y la denuncia de malos tratos que consta formulada en el año 1995 (...) desembocó en sentencia absolutoria”.

El TS, en cambio, efectúa otra valoración de la prueba, y recurriendo a los indicios estimó el recurso planteado por la demandante. En primer lugar, parte de la propia redacción legal de esta modalidad de viudedad (art. 174.2º LGSS), en la que la acreditación de la violencia de género puede realizarse “por cualquier medio de prueba admitido en Derecho”. A partir de aquí, la Sala tuvo en cuenta que la separación entre la actora y el causante (1998), se produjo antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2004, y ello supuso valorar como indicio compatible con violencia de género, la primera denuncia planteada por la mujer frente al entonces esposo por maltrato (1995) que acabó en absolución, por su retirada por la propia denunciante. También se valoró como un segundo indicio, la denuncia planteada por la mujer frente al causante (1998), que dio lugar a la condena de este por amenazas al hijo común, circunstancia que lleva al Tribunal a aplicar la *Doctrina Coleman* (discriminación a través de persona interpuesta)¹⁰⁷⁰, pues “no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor”.

Esta sentencia integra, sin decirlo, la perspectiva de género, al tener en cuenta el contexto legal histórico del momento en el que la mujer planteó las denuncias contra el esposo, y llega a la conclusión jurídica de forma razonada, por la vía de la prueba indiciaria, analizando contextualmente los hechos

¹⁰⁶⁹ STS de 20 de enero de 2016 (Rec. 3106/2014).

¹⁰⁷⁰ STJUE de 17 julio de 2008 (Coleman), C-303/06.

probados y los indicios inferidos, teniendo muy presente la finalidad del precepto aplicable en relación con la LOPIVG.

2.1.2.8. Diligencias finales

Las diligencias finales constituyen auténticos medios de prueba¹⁰⁷¹, aunque supongan una excepción al principio general de concentración judicial que rige en el proceso social. Como se sabe, permiten a quien juzga, bien de oficio o a instancia de parte, la práctica de pruebas que no hayan podido realizarse en el periodo procesalmente natural para ello, por causas no imputables a la parte que las hubiera interesado, o por tratarse de hechos nuevos o conocidos en el acto de juicio, o también en los casos en que el material probatorio no sea suficiente para aclarar una situación de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género. Por tanto, las diligencias finales pueden ser una herramienta probatoria de alta utilidad judicial, en la detección de situaciones sospechosas de discriminación que no queden suficientemente claras a través de las pruebas practicadas en el acto del juicio.

Pueden acordarse, por la vía de la diligencia final, la práctica de las siguientes pruebas:

- Informe de expertos (art. 95 LRJS) o dictamen de organismos públicos competentes en relación con materias con impacto de género (conciliación de la vida laboral y familiar, violencia sexual, discriminación retributiva por razón de sexo, feminización profesional, etc.).
- Aportación de datos estadísticos por parte del INE, SEPE, INSS, Instituto de las Mujeres, etc., para justificar el impacto adverso de género en el caso de discriminaciones indirectas.

¹⁰⁷¹ El art. 88 de la LRJS dispone, bajo el título de diligencias finales, que: “terminado el juicio, dentro del plazo para dictar sentencia, el juez o tribunal podrá acordar la práctica de cuantas pruebas estime necesarias, como diligencias finales, con intervención de las partes y en la forma establecida para las pruebas de su clase (...). Si la diligencia consistiere en el interrogatorio de parte o en la aportación de algún documento por alguna de las partes y ésta no compareciese o no lo presentase sin causa justificada en el plazo fijado, podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la parte contraria en relación con la prueba acordada”.

- Prueba pericial, pudiendo el tribunal, “de oficio o a petición de parte, requerir la intervención de un médico forense, en los casos en que sea necesario su informe en función de las circunstancias particulares del caso, de la especialidad requerida y de la necesidad de su intervención” (art. 93.2 LRJS).
- Interrogatorio de testigos que se consideren necesarios para llevar a quien juzga a la convicción sobre los hechos (art. 92 LRJS).
- Interrogatorio de las partes (art. 91 LRJS), cuando se requiera información determinada, que no se haya aportado bien por no haberse propuesto y practicado esta prueba o por no haberse interrogado sobre determinadas cuestiones.
- Prueba documental (art. 94 LRJS), requiriendo a las partes en el proceso o a otras personas, empresas o entidades para la aportación de documentos (públicos o privados) que resulten trascendentes para la solución de la controversia.
- Reconocimiento judicial¹⁰⁷². Este es un medio de prueba mediante el cual el tribunal, para el esclarecimiento y apreciación de los hechos, examina por sí mismo algún lugar, objeto o persona. La versatilidad de este medio probatorio da mucho juego para obtener un mayor y mejor conocimiento sobre lugares (centro de trabajo, puesto de trabajo, instalaciones...), sobre objetos (maquinaria, útiles de trabajo, taquillas...) y sobre personas (compañeros/as de trabajo, responsable servicio de prevención de riesgos, delegado/a de prevención, representantes sociales, sindicales, etc.).

¹⁰⁷² Art. 90 de la LRJS, en relación con el art. 299.1. 5 y 353 y ss. LEC.

- Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como instrumentos que permitan el archivo y reproducción de datos¹⁰⁷³.

2.1.3. Aplicación e interpretación de las normas sustantivas

Integrar el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres como informador del ordenamiento jurídico, y observarlo en la interpretación y aplicación de las normas, es un mandato contenido en el art. 4 de la LOIEMH. No se trata de una disposición programática o superflua, ni tampoco ampara la arbitrariedad judicial, sino que tiene su justificación inmediata en la dimensión objetiva de los derechos fundamentales (art. 14 CE), la igualdad como valor superior (art. 1.1 CE) y como principio jurídico (art. 9.2 CE), de modo que la transversalidad es un llamamiento a la efectividad de valores y principios básicos del sistema constitucional¹⁰⁷⁴.

Aplicar e interpretar las normas, son actividades distintas, aunque muchas veces van unidas, la diferencia está en la concurrencia o no de la tarea interpretativa, que exige un proceso intelectual añadido en el proceso de aplicación de las leyes, dirigido al conocimiento del significado concreto de un determinado texto jurídico¹⁰⁷⁵.

Procede integrar el valor de igualdad, en la aplicación de una norma que, debiendo considerarlo, no ha tenido en cuenta ese valor (laguna axiológica), o ante la ausencia de solución legal expresa para un determinado caso (laguna legal), evitando determinados efectos desiguales.

La interpretación de las normas es una actividad necesaria y previa, donde quien interpreta, atribuye o adscribe un significado concreto a un texto, y el

¹⁰⁷³ Art. 90 de la LRJS y 299.2 y 382 y ss. LEC.

¹⁰⁷⁴ Lousada Arochena, F., "Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social", cit., pág. 6.

¹⁰⁷⁵ No obstante, para Guastini: "Ningún texto normativo puede ser aplicado sin haber sido previamente interpretado" (Guastini, R., "Legislación y jurisdicción en la teoría del Derecho", *Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ*, nº 3, 1995).

significado obtenido lo aplicará a la controversia. Lo que se aplica no es la ley sino el resultado de la interpretación de la ley. Por tanto, se trata de una actividad cognoscitiva que deberá desplegarse con anterioridad a la aplicación de la ley, cuando esta no sea clara e inequívoca en su proyección al caso concreto. Pero tal labor no es mecánica, requiere razonamiento¹⁰⁷⁶.

La concepción del derecho como argumentación cobra especial relevancia en las sociedades democráticas; supone un límite a la discreción y es una técnica en la solución de determinados casos, como son aquellos en los que se detectan situaciones asimétricas de poder (subordinación). Las dudas jurídicas pueden recaer sobre normas tanto procesales como sustantivas, también sobre la subsunción jurídica de los hechos, la valoración de indicios a efectos de invertir la carga probatoria, lagunas legales, etc. La integración de la perspectiva de género debe reforzarse, especialmente, en la interpretación de normas dirigidas a la mayor efectividad de la igualdad de trato y oportunidades, como la prohibición de discriminación directa e indirecta, medidas de acción positiva, igualdad de oportunidades, derechos de maternidad y conciliación, protección frente a la violencia de género, etc. En tales casos, la perspectiva de género opera como una hermenéutica interpretativa de obligada aplicación.

Como ejemplo de la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas, puede destacarse la STS de 21 de diciembre de 2009 (Rec. 201/2009), en la que se integra e interpreta la perspectiva de género, en relación con la bonificación por parto de 112 días de cotización introducida por la disposición adicional 18ª de la LOIEMH, que modificó la LGSS (entonces, disposición adicional 44ª). Esta sentencia concluyó que tal mejora era también aplicable a las mujeres pensionistas del SOVI, en consideración a la propia finalidad de la bonificación, como acción positiva para

¹⁰⁷⁶ Según Guastini, "cualquier decisión en torno al significado de un texto -ya sea éste "claro" u "oscuro"- constituye una interpretación. Atribuir a un texto un significado obvio, o no controvertido; o resolver una controversia "fácil", puede no requerir argumentación. Pero no deja de ser cierto que un significado obvio es un significado; y un significado es siempre una variable en función de una interpretación. Incluir o excluir un supuesto determinado del campo de aplicación de una norma determinada, y aunque ello esté comúnmente admitido, presupone, en cualquier caso, una interpretación(...)" (Guastini, R., "Legislación y jurisdicción en la teoría del Derecho", cit., pág. 9).

paliar los efectos de la discriminación (pasada o futura) de las madres trabajadoras. Se tuvo en cuenta, además, que el colectivo SOVI se integra mayoritariamente por mujeres.

La STSJ de Galicia de 18 de septiembre de 2015 (Rec.612/2014) es un ejemplo de integración de lagunas normativas con perspectiva de género al valorar, a efectos de discapacidad, la enfermedad de la fibromialgia, que afecta mayoritariamente a mujeres pero que no se incluye en el baremo de dolencias incluidas en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. En la misma línea integradora, las SSTSJ de Galicia de 11 de marzo de 2016¹⁰⁷⁷ y de 14 de octubre de 2016¹⁰⁷⁸, califican como enfermedades profesionales determinadas dolencias, que no se incluían en el listado de enfermedades profesionales (RD 1299/2006) para profesiones feminizadas, pero sí respecto a profesiones masculinizadas. En la fundamentación jurídica de esta segunda sentencia, la Sala destaca:

“para evitar esta deriva discriminatoria por razón de sexo en la aplicación de la normativa sobre enfermedades profesionales resulta necesario integrar esa normativa con el principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres – art. 4 LOIEMH -, y, realizando esa integración, esta Sala entiende, en relación con la patología tendinosa crónica de manguito de los rotadores del hombro, que, en la medida en que las profesiones contempladas reglamentariamente a título ejemplificativo, mayoritariamente masculinizadas, se benefician de la presunción de que en ellas se realizan los movimientos articulares determinantes de la enfermedad profesional, esa misma conclusión se debe predicar de las profesiones a que se dedica la trabajadora demandante una vez constatado que se encuentran entre las profesiones que habitualmente incluyen entre sus tareas fundamentales aquellas que, según la norma reglamentaria, pueden generar dicha patología”.

¹⁰⁷⁷ STSJ de Galicia de 11 de marzo de 2016 (Rec. 385/2015).

¹⁰⁷⁸ STSJ de Galicia de 14 de octubre de 2016 (Rec. 1513/2016).

Más recientemente, se ha dictado la STS de 11 de febrero de 2020¹⁰⁷⁹, en materia de determinación de contingencia en el caso de una camarera de habitaciones afectada por síndrome del túnel carpiano, concluyéndose que su origen es profesional.

A continuación, se aportan algunos criterios orientativos que pueden ser de utilidad práctica en el proceso cognitivo de aplicar e interpretar el derecho con perspectiva de género¹⁰⁸⁰.

2.1.3.1. Utilización de criterios de sustitución

Se trata de hacer uso de criterios de comparación hipotética para verificar si, en una situación dada, un hombre habría sido tratado de la misma manera en que lo ha sido una mujer. Ello implica aplicar, por ejemplo, el denominado “test but for”¹⁰⁸¹, que opera en los casos de la discriminación directa. Y cuando estemos ante discriminación indirecta puede recurrirse a la estadística o, en su caso (discriminaciones retributivas), a la comparativa, que deberá fijarse a tenor de cada supuesto, preferiblemente por centro de trabajo, una misma empresa, el mismo sector, o por categorías profesionales. Por ejemplo, cuando se exige a una trabajadora llevar tacones o ir maquillada al trabajo¹⁰⁸², o llevar uniformes diferenciados¹⁰⁸³, sin justificación razonable y objetiva. O cuando una empresa

¹⁰⁷⁹ STS de 11 de febrero de 2020 (Rec. 3395/2017).

¹⁰⁸⁰ Algunos de los criterios se extraen de Lousada Arochena, F., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social”, Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales (CU16017), 9, 19, 20 y 21 de octubre del 2016, pág. 7.

¹⁰⁸¹ Según Lousada: “otra disfunción derivada del elemento comparativo se produce cuando la comparación real es imposible, acudiéndose a la cláusula “but for” del derecho anglosajón, que se ha incorporado a la definición interna de la discriminación directa, y conduce a calificar como tal los tratos desfavorables vinculados al embarazo y a la maternidad (...) Pero la cláusula “but for” constituye, más que un test de comparación, un test de sustitución consistente en cambiar, en una situación dada, a una mujer embarazada por un hombre – que no estaría embarazado- y verificar si se alteran -o no- las consecuencias jurídicas” (Lousada Arochena, F., *El derecho fundamenta la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, cit., pág. 159).

¹⁰⁸² STSJ de Madrid de 3 de junio de 2015 (Rec. 663/2014).

¹⁰⁸³ STS de 19 de abril de 2011 (Rec. 16/2009).

de hostelería decide externalizar, por razones económicas, el sector de limpieza y pisos. En este caso, debido al impacto adverso de género de las categorías afectadas, estamos ante una decisión sospechosa de discriminar por razón de sexo, lo que exige que, además de la prueba relativa a las causas económicas, la empresa deba también justificar objetivamente la razonabilidad de su decisión, es decir, el por qué seleccionó tales categorías y no otras del sector del bar, cocina o recepción. Como ejemplo, puede referirse a la STS de 20 noviembre de 2015¹⁰⁸⁴ ya analizada (“camareras Hotel Meliá”), y más específicamente, al voto particular disidente suscrito por varios magistrados y magistradas.

2.1.3.2. Identificación de impactos normativos adversos de género

Consiste en investigar e identificar la existencia de una situación desequilibrada de origen para las mujeres, o la mayor dificultad social o normativa derivada de patrones socioculturales, existentes en un concreto momento temporal y localización geográfica. Tal desigualdad de origen puede dar lugar, al aplicar de manera neutra una norma, a un impacto normativo adverso para la población femenina, lo que va a requerir la perspectiva de género en su interpretación y aplicación para subsanar las deficiencias de género contenidas en el ordenamiento jurídico.

Por ejemplo, la anteriormente citada STS de 20 de enero de 2016¹⁰⁸⁵, tuvo en cuenta la situación legal existente en el momento en el que la mujer planteó las denuncias por maltrato frente al esposo, haciéndose una valoración contextualizada.

La STSJ Canarias de 3 de julio de 2018¹⁰⁸⁶, interpretó la normativa relativa al acceso a la RAI y, más específicamente, el requisito legal de “haber extinguido la prestación por desempleo de nivel contributivo y/o el subsidio por desempleo

¹⁰⁸⁴ STS de 20 noviembre de 2015 (Rec.104/2015).

¹⁰⁸⁵ STS de 20 de enero de 2016 (Rec. 3106/2014).

¹⁰⁸⁶ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 3 de julio de 2018 (Rec. 260/2018).

a nivel asistencial“, integrando la perspectiva de género en la interpretación de la norma, y teniendo en cuenta la finalidad de la prestación solicitada, así como el impacto de género desproporcionado de la RAI, debido al mayor desempleo femenino, y la inclusión de las víctimas de violencia de género, como colectivo protegido de esta prestación.

También es posible citar en este punto, la STSJ Canarias de 2 de julio de 2019¹⁰⁸⁷, en la que se redefine el concepto “peligrosidad”, con perspectiva de género, a efectos de aplicación de la graduación de sanciones en materia de prevención de riesgos (art. 39.3 LISOS). Una empresa de hostelería fue sancionada por falta de evaluación ergonómica de las condiciones de trabajo del sector de pisos, con una sanción de 20.491 euros. La empresa interpuso demanda, modulándose por el juzgado social, que la disminuyó a 2,046 euros, entre otras razones, por “la escasa peligrosidad” de las tareas realizadas en el sector de pisos (camareras habitaciones). La Sala integra la perspectiva de género partiendo de la feminización del sector de pisos, y concluye que tales trabajos también son peligrosos porque: “hay que realizar esfuerzos ergonómicos de carácter repetitivos que suelen manifestarse a corto o medio plazo, en alteraciones musculoesqueléticas diversas (...) pueden dar lugar a dolencias muy dolorosas que se van larvando durante años, y cuando se manifiestan son ya incurables y crónicas (...) se presentan acompañadas de síntomas psíquicos (ansiedad, depresión, etc.), debido a que el trabajo es monótono, repetitivo y suele requerir un ritmo elevado (sobrecarga de trabajo por asignación arbitraria de habitaciones por jornada laboral)”¹⁰⁸⁸.

Asimismo, procede traer a colación el voto particular contenido en la ya mencionada STSJ de Canarias de 17 de febrero de 2021 (Rec. 641/2020), que propone plantear cuestión prejudicial ante el TJUE ante la sospechosa discriminación por razón de sexo de la regulación legal del paréntesis en la contabilización de la carencia específica de la pensión contributiva de jubilación, sin tener en cuenta el tiempo dedicado a la crianza de hijos/as.

¹⁰⁸⁷ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de julio de 2019 (Rec. 369/2019).

¹⁰⁸⁸ FJ 2º.

Y la reciente STS de 6 de febrero de 2020¹⁰⁸⁹, en materia de pensión de jubilación anticipada, que contabiliza el periodo de realización del Servicio Social de la mujer, a efectos de acreditar el periodo mínimo de cotización para acceder a la pensión. En una línea similar, la STS de 2 de julio de 2020¹⁰⁹⁰ declara derivada de accidente no laboral (y no de enfermedad común) la incapacidad permanente absoluta en la que fue declarada la actora, por dolencias derivadas del parto.

2.1.3.3. Evitar interpretaciones estereotipadas

Se ha de evitar la aplicación de conceptos o tópicos jurídicos de manera abstracta, estereotipada o desvinculada del contexto real y las condiciones personales, así como la banalización de conductas que degradan a las mujeres y los desvalores androcéntricos. Un ejemplo de esto último lo constituye la a SAP de Murcia de 17 de junio de 2016¹⁰⁹¹, ya citada, en materia de delito de acoso sexual ocupacional, que califica de mera “desconsideración” llamar “chochitos” a las dependientas, por parte del jefe de departamento. Por su parte, la STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2008¹⁰⁹² revocó la sentencia de la instancia en la que se calificó de improcedente, el despido disciplinario del un trabajador de un centro comercial que puso un anuncio público de contactos sexuales en nombre y con el número de teléfono de una compañera de trabajo, sin su consentimiento, por considerarlo una “broma pesada” sin suficiente gravedad. La STSJ de Canarias de 6 de marzo de 2018¹⁰⁹³ revocó la sentencia dictada en la instancia en la que se calificó de improcedente el despido disciplinario de trabajador que se dirigía a una compañera con expresiones como “qué buena estás” y, además, la agarraba por la cintura, porque tales expresiones “no pueden suponer un ambiente laboral

¹⁰⁸⁹ STS de 6 de febrero de 2020 (Rec. 3801/2017).

¹⁰⁹⁰ STS de 2 de julio de 2020 (Rec. 201/2018).

¹⁰⁹¹ SAP de Murcia de 17 de junio de 2016 (Rec. 58/2015).

¹⁰⁹² STSJ de Cantabria de 25 de marzo de 2008 (Rec. 199/2008).

¹⁰⁹³ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 6 de marzo de 2018 (Rec. 1648/2017).

intimidatorio, hostil, humillante o degradante”. La Sala canaria, no obstante, valoró los mismos hechos como muy graves a efectos disciplinarios y merecedores de la máxima sanción disciplinaria.

Debe recordarse que España ya fue condenada por la ONU, por el dictado de resoluciones judiciales estereotipadas en el caso de Ángela González, al que nos hemos referido reiteradamente y que dio lugar, finalmente, a la STS de 17 de julio de 2018, con una condena por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia¹⁰⁹⁴.

También existen ejemplos recientes de condenas por parte del TEDH a diferentes Estados, por el uso de estereotipos en la investigación, tramitación judicial, celebración de juicio o dictado de sentencias con razonamientos amparados en prejuicios de género¹⁰⁹⁵.

2.1.3.4. Integración de la perspectiva de género ante lagunas normativas o axiológicas excluyentes

La técnica de juzgar con perspectiva de género también puede consistir en integrar la perspectiva de género ante posibles lagunas normativas o axiológicas excluyentes, que limitan a las mujeres en el acceso a las prestaciones. Nos remitimos a los ejemplos anteriores, destacando la STS de 5 de noviembre de 2011 (Rec. 1515/2013), que interpretó el RD 1299/2006, incluyendo como enfermedad profesional de la profesión de limpiadora, la enfermedad de “síndrome del túnel carpiano”. Más recientemente, la STS de 11 de febrero de 2020, ya citada, califica de enfermedad profesional la contingencia de la que derivaba el proceso de incapacidad temporal de una camarera de habitaciones, afectada por síndrome del túnel carpiano a pesar de

¹⁰⁹⁴ STS (Sala 3ª) de 17 de julio de 2018 (Rec. 1002/2017).

¹⁰⁹⁵ V.gr. STEDH 4 de diciembre de 2003 (M.C. vs. Bulgaria), sobre estereotipos sobre la “víctima ideal”; STEDH de 22 de marzo de 2012 (Konstantin Markin vs. Rusia) que detecta estereotipos asociados a los roles de género en materia de cuidados familiares; STEDH de 25 de julio de 2017 (Carvalho Pinto de Sousa vs. Portugal) relativa a estereotipos sexistas y por edad; y STEDH de 27 de mayo de 2021 (J.L. vs. Italia), que hace expresa referencia a la persistencia de estereotipos de género, en este caso, contenidos en el texto de la sentencia.

que tal enfermedad no se incluía para esta categoría en el listado contenido en la norma legal.

2.1.3.5. Control de convencionalidad

La aplicación de la perspectiva de género en la tarea integradora o interpretativa es una obligación legal derivada de normas imperativas de derecho internacional público de “ius cogens” generadoras de obligaciones *erga omnes*. Por tanto, si el poder judicial, en su labor jurisdiccional, las inaplica o vulnera puede comprometer la responsabilidad internacional de nuestro Estado, por incumplimiento.

A lo anterior, se añade el principio “iura novit curia”, que se halla reforzado en la jurisdicción social, y la obligación judicial de interpretar los derechos fundamentales de acuerdo con el derecho internacional por mandato constitucional (arts. 10.2 y 96 CE).

La STC 140/2018 de 20 de diciembre, interpreta el concepto de “control de convencionalidad” conforme a nuestra Constitución y recuerda que:

“el marco jurídico constitucional existente erige, pues, al control de convencionalidad en el sistema español en una mera regla de selección de derecho aplicable, que corresponde realizar, en cada caso concreto, a los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria” (FJ 6).

Por tanto, la dimensión de género debe estar presente en esta actividad.

2.1.3.6. Ponderar cuando concurren varios derechos en conflicto

En aquellos casos en los que la discriminación de género concurre con otros derechos en conflicto, deberá el juzgador/a recurrir a la técnica de la ponderación, partiendo de la igualdad como principio informador, valor superior del ordenamiento jurídico y derecho fundamental, que ha de servir de orientación en la labor interpretativa.

Así, lo ha determinado el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la STC 3/2007, de 15 de enero de 2007, en materia de permiso de reducción de jornada y concreción horaria por cuidados familiares, en la que se recoge:

“La dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa”¹⁰⁹⁶.

La STC 26/2011, de 14 de marzo, insiste en la misma idea¹⁰⁹⁷ y, también, la STC 203/2000 de 24 de julio, en la que se analizaba el derecho de una trabajadora interina a una excedencia por cuidado de hijo menor, y se recuerda por el Tribunal que “Los órganos judiciales no pueden ignorar la dimensión constitucional de la cuestión ante ellos suscitada y limitarse a valorar, para excluir la violación del art. 14 CE, si la diferencia de trato en relación con el disfrute del derecho a la excedencia por cuidado de hijos tiene en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que han de efectuar su análisis atendiendo a las circunstancias concurrentes, y sobre todo, a la trascendencia constitucional de este derecho”.¹⁰⁹⁸ En la misma línea, se pronuncia la STC 240/1999 de 20 de diciembre.

¹⁰⁹⁶ FJ 6.

¹⁰⁹⁷ “La dimensión constitucional de todas aquellas medidas normativas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo o por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa” (FJ 5).

¹⁰⁹⁸ FJ 4.

Los derechos humanos deben interpretarse y aplicarse de manera que resulte más favorable para la persona (“pro homine o pro persona”)¹⁰⁹⁹, lo que conectado con el mandato constitucional del art. 10.2 CE, exige que entre varias interpretaciones posibles, deba optarse por aquella que limite en menor medida el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, es decir, debe elegirse la interpretación más extensiva y favorable en cuanto al reconocimiento del derecho y, en su caso, una interpretación más restringida cuando se establezcan límites a su ejercicio, garantizando de esta manera la plena vigencia de los derechos fundamentales.

2.1.3.7. Integración de la lógica del cuidado en el análisis jurídico

La Recomendación nº 33 del Comité CEDAW, sobre el acceso de las mujeres a la justicia, expresamente recomienda que las actividades domésticas y los cuidados (no remunerados) sean tenidos en cuenta¹¹⁰⁰, sustancialmente por la doble presencia femenina, que coloca a las mujeres en una posición social desaventajada, al carecer de valor social, económico y curricular, más allá de los escasos periodos protegidos por bonificaciones contributivas¹¹⁰¹.

Un ejemplo de la ponderación judicial de la lógica del cuidado, puede verse en la STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018¹¹⁰², que confirma la sentencia de instancia que declaró la nulidad (por vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, de las dos trabajadoras demandantes), de la valoración de méritos efectuada por la empresa en un concurso-oposición de promoción interna, en el que el cómputo de antigüedad realizado en los

¹⁰⁹⁹ Art. 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles.

¹¹⁰⁰ Entre las “Cuestiones generales y recomendaciones, en cuanto a la buena calidad de los sistemas de justicia”, el Apartado II, A, c) de la Recomendación general nº 33 del Comité CEDAW de 3 de agosto de 2005 sobre el acceso de las mujeres a la justicia “ alude a la necesidad de que “tomen plenamente en cuenta las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas de las mujeres al evaluar los daños y determinar la indemnización apropiada por el daño, en todos los procedimientos civiles, penales, administrativos o de otro tipo”.

¹¹⁰¹ Los cuidados y los roles sexistas que colocan a las mujeres en una situación desaventajada respecto a sus compañeros varones, también son tenidos en cuenta en la Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, sobre la estrategia de la UE para la igualdad de género [(2019/2169 (INI)].

¹¹⁰² STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2018 (Rec. 1179/2017).

contratos a tiempo parcial, únicamente fue por el tiempo efectivo de prestación de servicios, y no el transcurrido desde el inicio de su relación laboral (antigüedad). En este caso, las dos trabajadoras durante cierto tiempo prestaron sus servicios a tiempo parcial, aunque posteriormente sus contratos pasaron a ser ordinarios. En la fundamentación jurídica se tiene en cuenta la jurisprudencia europea en materia de discriminación indirecta derivada de decisiones lesivas que afecten a las contrataciones parciales, en virtud de la prueba estadística del impacto de género.

La STSJ de Galicia de 14 de julio de 2015 (Rec. 1660/2014) integró el art. 4 de la LOIEMH en la interpretación de accidente de trabajo, en su modalidad *in itinere*, para incluir el accidente de una trabajadora que retornaba a su domicilio, antes de la finalización de su jornada, para atender una urgencia familiar. En la misma línea, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 24 de julio de 2018 (Rec. 271/2018) calificó de accidente *in itinere*, el padecido por una madre al caer por las escaleras del colegio donde paró para dejar a su hija, en su trayecto hacia el centro de trabajo.

2.1.3.8. Valoración de la interseccionalidad

Deberán añadirse a la perspectiva de género otros enfoques de análisis transversales, en situaciones en las que pudiera concurrir discriminación múltiple, derivada de la Interseccionalidad de distintos motivos de discriminación que confluyen a la vez sobre la misma persona, por ejemplo: el género, edad, origen racial o étnico, orientación sexual, etc.

Muchas mujeres se enfrentan a distintas formas de discriminación debido a la combinación del factor sexo con otros factores como edad, estado familiar, discapacidad, orientación sexual, raza, idioma, origen étnico, cultura, religión o situación socio-económica. Las mujeres indígenas, migrantes, desplazadas y las mujeres extranjeras o refugiadas, por ejemplo, se enfrentan a formas distintas de discriminación que deberán tenerse en cuenta en la interpretación y aplicación de las normas.

Respecto de la doctrina judicial en materia de discriminación múltiple, es preciso recordar la STEDH de 8 de diciembre de 2009 (*caso Muñoz Díaz vs. España*), sobre discriminación de una mujer gitana en el acceso a la pensión de viudedad¹¹⁰³;o la STEDH de 25 de julio de 2017 (*Caso Carvalho Pinto de Sousa*) ya analizada, que determinó que Portugal había incurrido en una discriminación múltiple (por razón de sexo y edad) derivada de estereotipos. También el Voto particular de la STSJ de Canarias de 4 de junio de 2018¹¹⁰⁴, ya referido, en materia de sanción impuesta a camarera de habitaciones de 61 años, por no acabar la carga de trabajo asignada (23 habitaciones diarias), calificando la sanción de nula por discriminación múltiple (por razón de edad y sexo). También la STSJ de Andalucía de 6 de junio de 2019¹¹⁰⁵, sobre cálculo de base reguladora aplicable a proceso de Incapacidad temporal iniciado inmediatamente después del ejercicio del derecho de reducción de jornada por guarda legal de un menor.

2.1.3.9. Descartar interpretaciones que excluyan o limiten derechos vinculados al embarazo, parto y lactancia natural

Deben evitarse interpretaciones excluyentes o limitativas de los derechos de las trabajadoras, por razón del embarazo, parto y lactancia natural. Las interpretaciones restrictivas en estos derechos se traducen, normalmente, en discriminaciones directas, que deben sortearse con la hermenéutica de género. En este punto, la STC 162/2016, de 3 de octubre, recuerda que "El principio de no discriminación por razón de sexo obliga a compensar las desventajas que el embarazo, al incidir de forma exclusiva sobre las mujeres, puede provocar en sus derechos económicos y profesionales. La protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración

¹¹⁰³ Rey Martínez, F., "La sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?", *Diario La ley*, nº 7344, 2010.

¹¹⁰⁴ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 4 de junio de 2018 (Rec.1739/2017).

¹¹⁰⁵ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 6 de junio de 2019 (Rec. 550/2018).

del perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituye un supuesto de discriminación directa por razón de sexo"¹¹⁰⁶.

En la misma línea, la STS de 24 de enero de 2017¹¹⁰⁷, determina que debe incluirse el promedio por guardias médicas en el cálculo de prestación por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural de médica residente.

3. Fase tercera o de compensación. “Restitutio in integrum”

Esta última fase es la lógica consecuencia de la anterior. Su importancia es trascendental, porque la reparación forma parte indisoluble de la obligación de diligencia debida, que exige respetar, proteger y cumplir los derechos humanos. Ello se traduce en un mandato de reparación completa, de todas las formas de violencia de género, en sus diversas manifestaciones, incluidas las que se producen en los espacios de trabajo o vinculadas a la actividad laboral.

3.1. Reparación, como obligación integrada en la diligencia debida

3.1.1. Derecho internacional

El art. 5.2 del “Convenio de Estambul” concretiza la obligación de la debida diligencia¹¹⁰⁸ y en el art. 30 se refiere a la “indemnización” a favor de las víctimas, que deberá reconocerse en “un plazo razonable”.

En la misma línea, el art. 2.c), d) e) y f) y el art. 5 a) de la CEDAW, sintetizan el deber de diligencia debida estatal.

La Recomendación general nº 35 del Comité CEDAW, establece que:

¹¹⁰⁶ FJ 6.

¹¹⁰⁷ STS de 24 de enero de 2017 (Rec. 1902/2015).

¹¹⁰⁸ El art. 5.2 establece: “las Partes tomarán las medidas legislativas y otras necesarias para actuar con la diligencia debida para prevenir, investigar, castigar y conceder una indemnización por los actos de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio cometidos por actores no estatales”.

“El hecho de que un Estado parte no adopte todas las medidas adecuadas para prevenir los actos de violencia por razón de género contra la mujer en los casos en que sus autoridades tengan conocimiento o deban ser conscientes del riesgo de dicha violencia, o el hecho de que no investigue, enjuicie y castigue a los autores ni ofrezca reparación a las víctimas y supervivientes de esos actos, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer. Tales fallos u omisiones constituyen violaciones de los derechos humanos (...) las obligaciones generales descritas anteriormente abarcan todas las esferas de actuación del Estado, entre ellas los poderes legislativo, ejecutivo y judicial ¹¹⁰⁹”.

La Recomendación general nº 28, que es sustancial en materia de reparación, establece:

“Los Estados partes también tienen la obligación de garantizar que las mujeres estén protegidas contra la discriminación cometida por las autoridades públicas, el poder judicial, las organizaciones, las empresas o los particulares, tanto en la esfera pública como en la privada. Esta protección deberá ser prestada por los tribunales competentes u otras instituciones públicas y su cumplimiento estar asegurado mediante las sanciones e indemnizaciones que correspondan”¹¹¹⁰.

“(...) Esta obligación exige que los Estados partes proporcionen resarcimiento a las mujeres cuyos derechos protegidos por la Convención hayan sido violados. Si no hay resarcimiento no se cumple la obligación de proporcionar un recurso apropiado. Estos recursos deberían incluir diferentes formas de reparación, como la indemnización monetaria, la restitución, la rehabilitación y el recurso de reposición; medidas de satisfacción, como las disculpas públicas, los memoriales públicos y las

¹¹⁰⁹ Recomendación general nº 35 del Comité CEDAW de 26 de julio de 2017 (Apartado B.2 “Las obligaciones de diligencia debida por los actos u omisiones por agentes no estatales”).

¹¹¹⁰ Recomendación general nº 28 del Comité CEDAW, relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Apartado III- A.17 “Obligaciones generales incluidas en el artículo 2”).

garantías de no repetición; cambios en las leyes y prácticas pertinentes; y el sometimiento a la justicia de los autores de violaciones de los derechos humanos de la mujer (...)¹¹¹¹ .

Y la Recomendación general nº 33:

“b) Los recursos deben incluir, según corresponda, la restitución (reintegración); la indemnización (ya sea que se proporcione en forma de dinero, bienes o servicios); y la rehabilitación (atención médica y psicológica y otros servicios sociales). Los recursos relativos a los daños civiles y las sanciones penales no son mutuamente excluyentes; c) Tomen plenamente en cuenta las actividades domésticas y de cuidados no remuneradas de las mujeres al evaluar los daños y determinar la indemnización apropiada por el daño, en todos los procedimientos civiles, penales, administrativos o de otro tipo”¹¹¹².

La Observación General nº 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incluye entre las obligaciones jurídicas específicas para los Estados:

“Hacer accesibles y asequibles los remedios apropiados, como la indemnización, la reparación, la restitución, la rehabilitación, garantías de enmienda, declaraciones, excusas públicas, programas educativos y de prevención”¹¹¹³ .

Por tanto, la reparación integral es un mandato legal imperativo que forma parte del deber de diligencia debida. Esta es la forma de reparación más fiel de las consecuencias de la vulneración, y se traduce en el restablecimiento de la

¹¹¹¹ Recomendación general nº 28 del Comité CEDAW relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Apartado III-B.32).

¹¹¹² Recomendación General nº 33 Comité CEDAW de 3 de agosto de 2015 (Apartado II (Cuestiones generales y recomendaciones sobre el acceso de la mujer a la justicia), A, 19 b) y c).

¹¹¹³ Observación General nº 16 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 13 de mayo de 2005, sobre la Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (Punto 3, apartado B), “obligaciones jurídicas específicas”).

situación anterior, tanto material como jurídica, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo.

3.1.2. Derecho interno

A nivel interno, la protección reforzada de los derechos fundamentales y libertades públicas contenida en el art. 53.2 CE, se concretiza en la jurisdicción social, a través de un procedimiento especial (arts. 177 a 184 LRJS)¹¹¹⁴, que abre la puerta a la acumulación de esta pretensión en otros procedimientos especiales (despido, modificaciones condiciones, derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral etc.). Más específicamente, el art. 182 en relación con el art. 183 LRJS establece un mandato a quien juzga para la determinación de la indemnización que corresponda (incluido el daño moral), en los casos en los que se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales. Tal obligación se corresponde con los nuevos criterios impulsados desde la jurisprudencia constitucional, sobre todo, en materia de daño moral porque: “Limitar los efectos del procedimiento de tutela a la declaración de nulidad de la conducta vulneradora, no puede considerarse suficiente para lograr una reparación real y efectiva del derecho fundamental vulnerado, que queda por ello desprotegido¹¹¹⁵”.

También, el artículo 10 de la LOIEMH¹¹¹⁶, establece entre las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: “(...) un sistema de reparaciones o

¹¹¹⁴ El art. 182 de la LRJS establece las cuatro tutelas que deben contenerse en las sentencias que declaren haber lugar al amparo judicial solicitado: existencia de vulneración, declaración de nulidad radical de la actuación, orden de cese inmediato y restablecimiento en la integridad del derecho con reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable. El art. 183 de la LRJS aborda directamente la cuantificación de la indemnización, que remite a la determinación prudencial por parte del Tribunal, cuando la prueba de su importe resulte demasiado difícil o costosa. Específicamente se alude a la finalidad de la cuantía resultante que debe ser, de un lado, resarcitoria (“resarcir suficientemente a la víctima y restablecer a ésta, en la medida de lo posible, en la integridad de su situación anterior a la lesión”) y, también, disuasoria (“así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”).

¹¹¹⁵ STC 247/2006 de 24 de julio.

¹¹¹⁶ Con relación a las consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias, el art. 10 LOIEMH preceptúa que: “ “Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales,

indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

Por tanto, la reparación del daño deja de ser una opción judicial, para convertirse en una obligación, tan solo limitada por las exigencias derivadas de la congruencia con las peticiones de las partes. A continuación, se analizan las distintas finalidades de la fase de compensación.

3.2. Finalidades de la compensación, con enfoque de género

La compensación, en materia de igualdad y no discriminación por razón de género, adopta internacionalmente una nueva dimensión más completa y multidisciplinaria, que podemos englobar bajo una quíntuple finalidad: reparadora (en relación a la víctima y/o familiares); restitutoria; rehabilitadora o terapéutica (atención médica, psicológica...); preventiva y sancionadora (no repetición y efecto disuasorio); y transformadora (formación en género).

3.2.1. Finalidad reparadora

La indemnización debe tender a la cobertura de todos los daños producidos a la víctima (*reparación in integrum*)¹¹¹⁷, tanto los daños materiales (lucro cesante, daño emergente, daño físico y psicológico, que deberán acreditarse), como los daños morales y sociales, asociados a los padecimientos, sufrimientos o menoscabos físicos o psíquicos, que afectan a la integridad, a la dignidad, al honor o a la libertad de la persona, como bienes básicos de la personalidad. No obstante, la identificación de los daños no siempre es fácil,

efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido, así como, en su caso, a través de un sistema eficaz y disuasorio de sanciones que prevenga la realización de conductas discriminatorias”.

¹¹¹⁷ En cuanto al derecho de las víctimas a una reparación judicial integral y eficaz, pueden destacarse los Dictámenes del Comité CEDAW de 16 de julio de 2010 (Karen Tayag Vertido vs. Filipinas) y de fecha 21 de febrero de 2014 (R.P.B. vs Filipinas), en ambos casos se trata de violencia sexual. También la STEDH de 25 de septiembre de 1997 (Aydin vs. Turquía), interpreta el concepto “reparación judicial eficaz”, como algo que vas más allá de una indemnización apropiada, en un caso en el que se calificó de tortura, la violación y maltrato físico que la solicitante sufrió mientras se encontraba bajo arresto policial. Véase, también, el Dictamen del Comité CEDAW (Ángela González vs. España), ya citado.

debiendo abordarse la reparación del daño de forma multidisciplinaria, identificando los perjuicios en los siguientes ámbitos:

3.2.1.1. Daño patrimonial

El daño patrimonial se halla referido al impacto económico sobre el patrimonio de la víctima, que integra tanto el daño emergente (gastos) como el lucro cesante (ganancias no percibidas). En este concepto se incluiría la pérdida del salario, o su disminución (procesos de IT, pérdida de complementos, pluses...), así como los gastos generados por motivo del proceso judicial, excepto los honorarios por asistencia jurídica (abogado/a...) como consecuencia del principio de gratuidad del proceso laboral¹¹¹⁸. Estos daños son fácilmente evaluables.

3.2.1.2. Daño biológico

El daño biológico comprende los daños derivados de la salud física y mental, afectada por causa de la vulneración de derechos humanos de la víctima. En este caso, deben incluirse tanto los daños directos como indirectos (enfermedades oportunistas o conectadas con daños directos). Para la cuantificación de estos daños es válido el baremo de indemnizaciones de accidentes de circulación que es una herramienta apta y admitida por la jurisprudencia social, para la fijación de indemnizaciones vertebrada ¹¹¹⁹, con las salvedades que se harán más adelante.

3.2.1.3. Salud reproductiva

La agresión sexual puede también afectar a la salud reproductiva, cuando el comportamiento lesivo tiene consecuencias como la esterilidad, trastornos del aparato genital, disfunción sexual, enfermedades de transmisión sexual,

¹¹¹⁸ STS (Sala Social) de 11 de mayo de 2012 (Rec. 1554/2011).

¹¹¹⁹ Ley 35/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

aborto, embarazo no deseado, etc. Su cuantificación puede hacerse igualmente desde el baremo de indemnizaciones de accidentes de circulación.

3.2.1.4. Daño moral

Asimismo, es susceptible de reparación el daño moral, es decir el dolor, la angustia, la humillación y los padecimientos que se han infligido a la víctima (padecimientos físicos o psicológicos, perjuicio del ocio, perjuicio sexual, etc.). Se trata de un daño vinculado al sentimiento de zozobra, pesadumbre o sufrimiento de la víctima ante un hecho determinado, lo que dificulta enormemente su prueba, a efectos de su cuantificación económica. No obstante, ya no se exige por la jurisprudencia la prueba efectiva de este daño. Ello es fruto del nuevo criterio más aperturista seguido por el Tribunal Supremo, como expresamente se recoge en la STS de 19 de diciembre de 2017¹¹²⁰, según la cual: “En los últimos tiempos esta doctrina de la Sala también ha sido modificada, en primer lugar, atendiendo al criterio aperturista (...) y por la consideración acerca de la «inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento de tal daño moral»¹¹²¹.

Ante la dificultad de objetivar económicamente el *pretium doloris*, se ha venido usando, como referente de cálculo, la LISOS¹¹²². La discriminación por razón de género se califica como infracción muy grave por la LISOS (art. 8.12), y se corresponde con sanciones pecuniarias que van desde 6.251 euros (grado mínimo) hasta la cantidad de 187.515 euros (grado máximo), y que deberán modularse de acuerdo a los criterios del art. 39 de la LISOS.

No obstante, la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, que incluye el baremo de indemnizaciones en accidentes de circulación, tiene un impacto adverso de género en la definición de los parámetros de cuantificación de determinadas

¹¹²⁰ STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 624/2016).

¹¹²¹ FJ3.

¹¹²² STC 246/2006, de 24 de julio, y SSTS 15 de febrero 2012 (Rec. 67011/2012), de 8 de julio 2014 (Rec. 282/13) y de 2 de febrero de 2015 (Rec. 279/2013), referidas a la libertad sindical.

partidas. Nos referimos al “perjuicio moral por pérdida de calidad de vida”¹¹²³, que pretende compensar el perjuicio moral particular de la víctima por las secuelas que limitan su autonomía personal para realizar las actividades esenciales en el desarrollo de la vida ordinaria o su desarrollo personal mediante actividades específicas¹¹²⁴. Y ello porque el art. 54 define como “actividades de desarrollo personal” las relativas al “disfrute o placer, a la vida de relación, a la actividad sexual, al ocio y la práctica de deportes, al desarrollo de una formación y al desempeño de una profesión o trabajo, que tienen por objeto la realización de la persona como individuo y como miembro de la sociedad “. Pues bien, si tenemos en cuenta que estadísticamente los cuidados familiares recaen mayoritariamente en las mujeres¹¹²⁵, será más probable que las indemnizaciones por “pérdida de calidad de vida” sean inferiores en el caso de las mujeres, al disponer ellas de menos tiempo libre para poder dedicarse al ocio, práctica de deportes, disfrute o placer o el desarrollo de una formación, en comparación con sus compañeros varones.

3.2.1.5. Daño social

También denominado secuela social o lesión social derivada, el daño social es una modalidad de “daño moral”, que merece un tratamiento autónomo, por su impacto de género, especialmente en daños derivados de la violencia sexual. Se trata de un daño existente desde siempre, aunque poco visibilizado y reconocido en las resoluciones judiciales. Entraña la pérdida de oportunidades, incluidas las oportunidades de educación, empleo y prestaciones sociales. La dimensión del mismo no afecta a la vida personal, sino a la vida social y familiar de la persona, impacta sobre sus apoyos y proyecto de vida y precipita la vulnerabilidad social de las víctimas. Incluye el estigma que sufren en sus redes sociales comprometiendo intensamente su inserción social. A pesar de no ser un daño habitual en el orden de lo social, es lo cierto que el mismo ha

¹¹²³ Art. 107 de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre.

¹¹²⁴ El Baremo define las “actividades esenciales de la vida ordinaria” y las “actividades de desarrollo personal”, en los artículos 51 y 54 de la ley.

¹¹²⁵ Nos remitimos a las estadísticas ya analizadas sobre cuidados, extraídas del informe “La vida de las mujeres y los hombres en Europa”, edición 2020. Eurostat e INE.

sido objeto de diversos pronunciamientos judiciales en las reparaciones civiles derivadas de delitos sexuales. Por ejemplo, la SAP de Badajoz de 2 de diciembre de 2019¹¹²⁶, que reconoce el daño social producido a una víctima de violencia sexual, como aquel asociado “a la violencia vivida, tanto por el estigma en su entorno social con repercusión potencial en todas sus áreas que afectan a la inclusión social como por la pérdida de la relación con la familia paterna como sistema de apoyo significativo para el bienestar. Se objetiva un menoscabo de todas ellas a su capacidad de relacionarse de forma saludable y en igualdad de condiciones con los demás”¹¹²⁷.

3.2.2. Finalidad restitutoria

Se trata de una finalidad vinculada a los derechos humanos vulnerados y pretende el restablecimiento de la situación anterior existente antes de que se produjera la violación de derechos. Dicho mandato se contiene de forma expresa en el art. 182 de la LRJS a través de las denominadas cuatro tutelas, entre las que se incluye la declaración de nulidad radical de la actuación vulneradora de derechos fundamentales, la orden de cese inmediato de tal actuación y, además, también corresponderá a quien juzga, disponer el restablecimiento de la demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior, atendiendo a las especificidades de género, aunque no siempre será posible la restitución.

3.2.3. Finalidad rehabilitadora

La perspectiva rehabilitadora de la compensación pretende el restablecimiento del proyecto de vida de la víctima, lo que incluye indemnizaciones, por ejemplo, en concepto de tratamiento médico psicológico/ psiquiátrico, así como farmacológico y gastos conexos que requiera la víctima para lograr su completa

¹¹²⁶ SAP Badajoz de 2 de diciembre de 2019 (Rec. 19/2018).

¹¹²⁷ FJ9. También se han pronunciado sobre el daño social la SAP de Álava de 1 de septiembre de 2016 (Rec. 34/2015) y de 3 de octubre de 2016 (Rec. 41/2015); de 22 de noviembre de 2018 (Rec. 67/2017).

rehabilitación¹¹²⁸. También indemnizaciones en concepto de becas para estudio¹¹²⁹, por la finalidad formativa anudada a la recuperación personal, profesional o social de la víctima, que incluye su formación, cuando la misma se vio impedida directa o indirectamente por la vulneración denunciada.

3.2.4. Finalidad preventiva: no repetición y efecto disuasorio

Debe destacarse el componente sancionador y disuasorio contenido en las indemnizaciones derivadas de vulneración de derechos fundamentales, tal y como expresamente ha venido reconociendo el Tribunal Supremo. En interpretación de la LRJS, el Alto Tribunal ha concluido que: “al referirse a las indemnizaciones a fijar como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental, su art. 183.3 señala (...) no sólo una función resarcitoria [la utópica “restitutio in integrum”], sino también la de prevención general». (...) De esta forma, la más reciente doctrina de la Sala se ha alejado más -en la línea pretendida por la ya referida LRJS- del objetivo propiamente resarcitorio, para situarse en un plano que no descuida el aspecto preventivo que ha de corresponder a la indemnización en casos como el presente”¹¹³⁰.

El presupuesto primigenio de la indemnización es la discriminación por razón de género del que deriva la obligación de resarcir, por ello, una vez constatada la vulneración, procede evaluar los daños y el montante indemnizatorio. Por el contrario, no procede la condena a una indemnización cuando no concurre discriminación. La STSJ de Canarias de 12 de marzo de 2019¹¹³¹, resolvió el recurso planteado por una trabajadora frente a la sentencia de la instancia, en materia de reducción de jornada con concreción horaria por guarda legal de su hijo, e indemnización paralela por daño moral. El juzgado social estimó el derecho de la trabajadora a reducir y concretar su horario como solicitaba, pero desestimó la petición de indemnización por daño moral porque la empresa

¹¹²⁸ SCoIDH 8 de marzo 2018 (Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua). Apartado 347 y ss.

¹¹²⁹ SCoIDH 8 de marzo 2018 (Caso VRP, VPC y otros vs. Nicaragua). Apartado 357.

¹¹³⁰ STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec.624/2016).

¹¹³¹ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 12 de marzo de 2019 (Rec. 1596/2018).

denegó la concreción horaria en base a “la estricta aplicación del art. 37.6 del ET, criterio que es seguido por diversas Salas de lo social”. La Sala, en cambio, estimó la petición indemnizatoria (daño moral), por ser inescindible del propio incumplimiento legal con impacto constitucional (art. 14 CE). En la misma línea puede citarse la STSJ Galicia de 20 de diciembre de 2017¹¹³², que confirma la sentencia de instancia por lo que respecta a la indemnización paralela (daño moral) y a su cuantificación por discriminación sexista.

Abundando en la función preventiva de la reparación, en aquellos casos en los que se ha declarado la existencia de discriminación por razón de sexo o sexista o cualquier otro incumplimiento contenido en la LISOS, el Tribunal tiene la facultad de dar traslado de la sentencia dictada a la Inspección de Trabajo (en adelante ITSS), para que inicie las actuaciones que correspondan frente a la empresa infractora¹¹³³. Como ejemplo puede referirse la STSJ Canarias de 15 de diciembre de 2017¹¹³⁴, en materia de reducción de jornada y concreción horaria. La Sala además de estimar el derecho y la indemnización paralela por daño moral reclamada, da traslado al ITSS, a efectos sancionadores, por las irregularidades detectadas en la actuación de la empresa, al suscribir con la trabajadora un documento de novación contractual creando un espejismo jurídico.

A nivel internacional se ha dado un paso más en la atención a la finalidad preventiva (no repetición). Esta tendencia, impulsada especialmente por la ColDH, tuvo uno de sus más claros ejemplos en el caso “Campo Algodonero¹¹³⁵”. En esta sentencia, se condena al Estado de México por incurrir en un conjunto de incumplimientos, entre ellos, el deber de diligencia debida en la investigación de los asesinatos de las víctimas, estableciendo una

¹¹³² STSJ de Galicia de 20 de diciembre de 2017 (Rec. 3956/2017).

¹¹³³ Con amparo en lo previsto en el art.16.9º de la Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, y en el art. 9 c) del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social.

¹¹³⁴ STSJ de Canarias (Las Palmas) de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017).

¹¹³⁵ Sentencia Corte IDH 16 noviembre 2009 (González y otras vs. México).

reparación del daño con un enfoque de género, que trascendió de la mera condena económica¹¹³⁶. En la condena, se incluyen medidas específicas de capacitación institucional para abordar los casos de violencia de género, promover protocolos de atención a las víctimas, o impulsar programas de sensibilización social frente a esta modalidad de violencia.

El dictamen del Comité Cedaw en el caso “Ángela González¹¹³⁷”, determinó que España había incurrido en diversos incumplimientos y efectuó una serie de recomendaciones que van más allá de la indemnización económica reparadora de la víctima, por ejemplo: llevar a cabo una investigación exhaustiva para determinar la existencia de fallos causantes de la falta de protección de las víctimas; o proporcionar formación obligatoria de jueces y personal administrativo sobre violencia de género, estereotipos de género, etc.

Otros tribunales, como la Corte Constitucional de Colombia, han seguido este modelo de reparación en el que se da prevalencia a la prevención, incluyendo en algunos de sus fallos un mandato para que se imparta formación judicial integrando la perspectiva de género¹¹³⁸.

La formación del personal involucrado directa o indirectamente en el cumplimiento de los mandatos internacionales, es una apuesta clara por la

¹¹³⁶ En la condena se incluye: dar formación y capacitación al personal funcionario para que realicen sus investigaciones con perspectiva de género; implementación de protocolos de atención a las víctimas de violencia y discriminación también con perspectiva de género; asignación de recursos humanos y materiales necesarios; levantar un monumento en memoria de las víctimas; crear una base de datos que disponga de información personal disponible sobre desapariciones de mujeres y niñas a nivel nacional; crear un programa de educación y sensibilización social; brindar asistencia psicológica gratuita, de forma inmediata adecuada y efectiva a los familiares de las víctimas; etc.

¹¹³⁷ Dictamen del Comité CEDAW de 16 de julio de 2014 (Comunicación 47/2012).

¹¹³⁸ Sentencia T-93 de 5 de marzo de 2010, en cuyo fallo (apartado 4), literalmente se incluye: “instar a la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, para que incluya en el Programa de Formación para la incorporación de la perspectiva de género, así como en el Plan de Formación, módulos- y herramientas- de capacitación sobre enfoque diferencial en casos de violencia de género”. En la misma línea, la sentencia SU-080 de 25 de febrero de 2018 del mismo Tribunal (apartado 5 del fallo): “Exhortar al Consejo superior de la Judicatura, para que planee y ejecute jornadas de capacitación a las y los jueces de familia del país, para procurar poner de presente la necesidad de analizar la temática de la violencia contra la mujer y la urgencia de su prevención y de respuesta efectiva en términos de reparación integral, conforme a un dilatado corpus normativo internacional”.

prevención que aspira a dar cumplimiento efectivo a la obligación de protección (de las mujeres) que tienen los Estados. Además, esta perspectiva preventiva también aspira a cumplir la obligación estatal de eliminación de la discriminación cometida por cualquier actor público o privado, lo que conecta con la siguiente finalidad.

3.2.5. Finalidad transformadora

Se trata de una finalidad que pretende dar efectividad a la obligación de “cumplir” exigida por el principio de diligencia debida, al que se ha hecho referencia reiteradamente en este trabajo. Un cumplimiento que debe ser activo y no pasivo, guiado en todo caso por la remoción de los obstáculos impeditivos de la igualdad de resultado, partiendo de las desigualdades sistémicas y estructurales existentes entre mujeres y hombres. Sobre esta concreta aspiración de las reparaciones, se pronuncia así la CoIDH en el emblemático caso “Campo Algodonero”¹¹³⁹:

“teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos (...) las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino correctivo. En este sentido no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”.

Ello exige medidas diversas que van más allá de las legislativas, y que tienen como propósito principal asegurar socialmente los derechos de las mujeres, mediante prácticas o decisiones tendentes a eliminar la discriminación, mediante la sensibilización social y formación adecuada, entre otros, de la judicatura y personal del sector justicia. Cumplir con la debida diligencia exige una posición activa tendente a cambiar el “orden” establecido, debiendo estar alerta y condenar todas las formas de discriminación y, por supuesto, impedir que tales discriminaciones puedan seguir produciéndose en el futuro. Por ello,

¹¹³⁹ SCoIDH de 16 de noviembre de 2009 (Campo Algodonero), párrafo 450.

la condena a formación de género del personal que opera en justicia es una de las medidas de prevención de la violencia de género, pero, también, de transformación.

Esta tercera fase es trascendental para las víctimas, para la sociedad y para la justicia, que debe ajustar todos sus componentes a los mandatos internacionales sobre competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad asegurando el acceso irrestricto de las mujeres a la justicia, para optimizar el potencial de emancipación y transformación del derecho. La justicia debe proteger a las mujeres en todos los contextos y en su caso, reconocer una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido. Los jueces y las juezas pueden ser agentes del cambio hacia una sociedad realmente igualitaria, a través de sus resoluciones y, la reparación del daño es, por tanto, una cuestión de derechos humanos, que no limita su alcance a las víctimas, debiendo tener, también, una aspiración transformadora de la realidad actual.

CONCLUSIONES

I. EL DESDOBLAMIENTO DE LA IGUALDAD, COMO PROBLEMA ACTUAL

La igualdad se ha desdoblado en los países democráticos, generando un dualismo descriptivo de las brechas de género: igualdad *de iure* e igualdad *de facto*. Cuarenta años de Constitución española nos han permitido avanzar en derechos humanos, pero no lo suficiente para hacer real la igualdad, lo que se alza como el gran desafío de este siglo. Este es un problema actual, que requiere de nuevas soluciones, ante la insuficiencia de las herramientas legales tradicionales generadoras de un espejismo igualitario. No basta con invocar el derecho para hacerlo realidad, la igualdad jurídica no es mágica. La realidad nos impacta a diario recordándonos que las históricas discriminaciones de las mujeres siguen estando muy presentes, aunque disfrazadas de democracia y travestidas de igualdad jurídica. Las estadísticas siguen mostrándonos las brechas de género, las dificultades de las mujeres para hacer real su derecho a conciliar familia y trabajo, las limitaciones profesionales que padecen en todos los campos, y una violencia de género sin tregua que se ha cobrado más de un millar de víctimas, solo en España, desde que se tienen datos. La igualdad formal ha sido utilizada subrepticamente para justificar un falso pleno reconocimiento de derechos a las mujeres, garantizándoseles, solo si actúan como “hombres”, un derecho diseñado sobre valores de masculinidad normativa.

II. LAS RAÍCES DE LA DESIGUALDAD MODERNA

La desigualdad está profundamente arraigada en la tradición, la historia, la cultura y la religión. Las actitudes tradicionales consideran a la mujer como subordinada o le atribuyen funciones estereotipadas que perpetúan prácticas que entrañan violencia de género, privándolas del goce efectivo de sus derechos humanos y libertades fundamentales. Lo masculino y lo femenino se ha construido socialmente bajo la justificación de las “diferencias biológicas”

entre hombres y mujeres. El sexo alude a las características biológicas naturales. El género, en cambio, es una construcción socio-cultural con impacto múltiple sobre la distribución de los recursos, la riqueza, el trabajo, la adopción de decisiones, el poder político, y el disfrute de los derechos dentro de la familia y en la vida pública. La irrupción en el lenguaje internacional del concepto “género”, superador del de “sexo”, puso de manifiesto que lo que vehiculiza la discriminación no son meros atributos físicos o diferencias biológicas, sino la valoración social que se ha anudado a las mismas, adjudicando subjetividades, formas de comportamiento o roles previamente contruidos, diferentes para hombres y mujeres. El género también influyó en las ciencias jurídicas, alzándose como una nueva categoría de análisis jurídico, impulsada desde las teorías feministas críticas del derecho durante el siglo pasado.

III. IUSFEMINISMO Y MARCO TEÓRICO FILOSÓFICO

El análisis de género fue permeando en todas las ciencias sociales incluido el derecho, donde se había sobrevalorado el concepto de igualdad formal, bajo cuya consigna se pensó que ya estaba todo hecho en el ámbito legal.

La pervivencia de las desigualdades entre mujeres y hombres en tiempos de igualdad jurídica, impulsó esta nueva categoría de análisis durante el siglo pasado. Las teorías feministas críticas del derecho cuestionaron su neutralidad por su influencia androcentrista, al haberse construido bajo el patrón de lo masculino y, más específicamente, bajo el patrón del hombre blanco, adulto, sin discapacidad y heterosexual. A partir de aquí, se vindica la igualdad en la diferencia, como superación del modelo de igualdad formal o igualdad por comparación desde una situación modélica que prescinde de la diversidad de género.

Las teorías feministas del derecho que analizamos en este estudio, se desarrollaron en la segunda mitad del siglo XX a través de diversas corrientes (*Feminist Jurisprudence*), dando lugar a una diversidad de posiciones que parten del elemento común de la reclamación de la diferencia no subordinada.

Siguiendo a Emmenegger, cabe distinguir tres posiciones fundamentales: la dogmática feminista, la teoría del derecho feminista y la crítica jurídica feminista que a su vez engloba a la perspectiva feminista liberal, la relacional y la radical. Todas las posiciones feministas referidas cuestionan los métodos de aplicación e interpretación de las normas jurídicas y tienen en común el método utilizado para analizar el derecho: *woman question*, consistente en una serie de preguntas que permiten detectar las asimetrías de género en el derecho, utilizando una técnica de deconstrucción que muestra como textos aparentemente neutrales, no lo son, ni en la teoría ni en la práctica. Junto a este, se han propuesto otros métodos de análisis jurídico, que propugnan interpretaciones contextualizadas y finalistas frente a las literales, postulando la integración de las experiencias femeninas.

Las nuevas corrientes de análisis jurídico del fenómeno de género, han dado lugar al nuevo concepto de “subdiscriminación” que visibiliza la discriminación estructural de género, incluyendo en el mismo vocablo la significación de poder sobre los tratos, proponiendo pasar de un concepto de discriminación tradicional a un nuevo concepto de discriminación cualificado que descansa en los tratos significativos por sistemas de poder derivados de una modalidad de discriminación nueva, denominada “discriminación estructural”, que va más allá del concepto jurídico de discriminación indirecta.

Un sector doctrinal ha definido la crítica feminista del derecho como un proceso, estructurado en tres fases dinámicas de acuerdo con la tríada apuntada por Carol Smart: el derecho es sexista, el derecho es masculino, el derecho tiene género. A partir de esta idea, se identifica una primera etapa, “el derecho es sexista”, que perjudicaba a las mujeres mediante normas penales con delitos exclusivos para las mismas (adulterio o el maltrato verbal al marido), normas civiles que limitaban la capacidad jurídica de la mujer casada o prohibiciones legales de acceso a determinadas profesiones (judicial, fiscal, cuerpos policiales, Fuerzas Armadas, etc.) La segunda etapa, “el derecho es masculino”, se caracteriza por perjudicar los valores asociados a las mujeres. Como ejemplo, cabe referir el desdoblamiento de los delitos sexuales entre

abuso y agresión sexual o la exclusión de enfermedades feminizadas (fibromialgia) de la norma reguladora del procedimiento para el reconocimiento de discapacidad. Y la tercera etapa que interseca con la anterior, “el derecho tiene género”, y no es el femenino, se identifica con un derecho creador de géneros, mediante estructuras duales, de acuerdo con valores asociados a lo masculino, despreciando los femeninos. Ejemplos de ello son: el estándar de diligencia civil del “buen padre de familia”; el (peor) tratamiento procesal de las prestaciones de género; o la ausencia de valor curricular o contributivo (más allá de los escasos periodos protegidos) del tiempo dedicado a los cuidados familiares; también la menor protección social de los trabajos feminizados como el trabajo doméstico profesional, y un largo etcétera.

Así, gracias al feminismo jurídico, la igualdad no quedó petrificada en una fase formal y evolucionó, primero hacia la igualdad material (acciones positivas, discriminación indirecta) y, posteriormente, hacia la estrategia de transversalidad (*gender mainstreaming*) en la búsqueda de la igualdad de resultado.

IV. LA CATEGORIZACIÓN DE GÉNERO EN LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

Los estereotipos son ilusiones cognitivas irracionales que se ven como verdades absolutas. Se trata de una injerencia, inspirada en la asignación de una persona a una categoría determinada, estableciendo correlaciones ilusorias y colocando un prejuicio al servicio de esa función irracional. Actúan como una preconcepción sobre los atributos o características de las personas integrantes de un grupo en particular o sobre los roles que deben cumplir socialmente. Se activan en los procesos de categorización mediante los cuales se pretende sistematizar y ordenar el mundo en categorías que nos faciliten su comprensión y la toma de decisiones.

Estereotipar es el proceso de atribuir estereotipos a las personas pertenecientes a un grupo social y su transmisión descansa en el proceso de categorización social, a través del aprendizaje observacional. En este proceso,

el estereotipo interactúa con el prejuicio y la discriminación desde planos diferentes, el estereotipo desde lo cognitivo (pensamiento), el prejuicio desde lo emocional (sentimiento), y finalmente ello se traslada al plano conductual (acción), mediante la discriminación.

Los estereotipos de género son concepciones, creencias y expectativas asignadas a hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas y sexuales. Se trata de una construcción social y cultural que justifica la subordinación de lo femenino, pero también pueden afectar de forma negativa a los hombres, vinculados a los mandatos prefijados de masculinidad y de la exigencia social de ser un hombre “verdadero”. Estos roles sexistas siguen muy presentes en todos los ámbitos (comunidad, mercado laboral, medios de comunicación, etc.) y en ocasiones, están inmersos en normas, reglamentos y políticas públicas, que, a la postre, generan más discriminación.

De este modo, los estereotipos actúan como guías del juicio y la acción, y son el andamio sobre el que se construyen las ideas, cogniciones, emociones y acciones, sosteniendo las discriminaciones de género que impiden o limitan el disfrute de los derechos humanos a las mujeres. Quienes juzgan también se exponen a la nocividad de los estereotipos, con el agravante de que pueden elevarlos a la categoría de la justicia, a través de sus resoluciones. Por ello, la estereotipación de género promovida desde la justicia, es otra forma de violencia de género y se ha convertido en una cuestión de derechos humanos.

V. MAPA DE ESTEREOTIPOS DE GÉNERO JURÍDICOS: UNA CLASIFICACIÓN MANEJABLE

En nuestro desafío por alcanzar la igualdad de resultado, los estereotipos tienen un papel fundamental, pues han sabido pervivir a través de las personas, a pesar de su desalojo (no siempre total) de las leyes. Los estereotipos son inmunes a las leyes, pero quienes operan en el ámbito judicial, no son inmunes a los estereotipos. Por ello, la identificación de los patrones estereotípicos y su visibilización nos permite cuestionar una norma, una práctica o una decisión que esconde, opacada, una discriminación.

En el camino hacia nuestro método se hace necesario, como primer paso, descubrir las distintas caras de los estereotipos de género que podemos encontrar en el mundo judicial. El proceso de nombrar los estereotipos es importante porque la capacidad de eliminar un mal depende de la posibilidad de identificarlo, para así poder revelar un daño que de otro modo quedaría oculto.

Con tal pretensión, se propone una clasificación de estereotipos operantes en el mundo jurídico que hemos llamado “mapa de estereotipos de género jurídicos”. Se trata de una clasificación manejable ordenada de acuerdo a las cinco categorías de estereotipos marco (mitos), que son el rol de cuidadoras asignado a las mujeres, el mito de inferioridad moral de las mujeres, el de la inferioridad física, el de la inferioridad sexual y el de la inferioridad intelectual, y se añade una sexta categoría de análisis cuando operan de forma múltiple o interseccional. Cada estereotipo general se concretiza en otros sub-estereotipos, que se acompañan de ejemplos prácticos de su operatividad en el ámbito judicial. El listado resultante no pretende ser un *numerus clausus*, pero sí una herramienta práctica de utilidad para quienes operan en el sector judicial. Hemos acompañado cada clasificación con resoluciones, sentencias, prácticas o normativa que los han integrado, en algún momento o lugar del mundo, para que pueda apreciarse como permean y se manifiestan en el sector judicial. Ello permite su observación en “acción” a la vez que ofrece una imagen más realista de su nocividad jurídica.

Los efectos negativos de los estereotipos se incrementan cuando traspasan al ámbito institucional, limitando el disfrute de los derechos humanos de las mujeres, mediante prácticas, disposiciones, resoluciones o leyes que perpetúan los roles de género. Por ello, la incorporación de la perspectiva de género en la actividad judicial ayuda a franquearlos, detectar asimetrías e impactos normativos lesivos de género, para lograr una justicia realmente imparcial.

VI. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

Uno de los principales pilares de este trabajo se contiene en el capítulo 4, en el que se sintetiza la fundamentación jurídica internacional, regional, comunitaria y de derecho interno en la que se sostiene la justicia con perspectiva de género (en general) y el enjuiciamiento de género (en particular). De este modo, se legitima jurídicamente la operatividad de la perspectiva de género en el quehacer judicial, que no es una opción, sino un mandato legal vinculante.

Aclaremos en este análisis normativo, que la perspectiva de género tiene dos caras, una metodológica, referida a ¿cómo se hace?, es decir al proceso o técnica jurídica de aproximación al conflicto. Y otra sustantiva, referida a ¿cómo aplico e interpreto el ordenamiento jurídico?, es decir la proyección del derecho material a las resoluciones. La perspectiva de género como enfoque integrado en la actividad judicial no dispone de una fórmula mágica de aplicación general, porque cada caso es único e irrepetible. Por tanto, la justicia con perspectiva de género, además de la parte técnica, requiere el conocimiento del derecho sustantivo de género. No se pretende una compilación completa, sino selectiva, de aquellas normas que consideramos sustanciales para amparar la justicia de género, a modo de hoja útil de ruta jurídica. Las conclusiones anudadas a este capítulo son las siguientes:

a) La definición internacional de discriminación contra la mujer (CEDAW), supera la clásica visión formalista sostenida sobre la homologación de las diferencias bajo el patrón masculino, y aspira a la igualdad de resultado englobando cualquier distinción, exclusión o restricción de derechos lesiva por razón de sexo/género. Ya no se indica que se trate a la mujer como a un hombre, sino que es discriminatorio todo trato que tenga como resultado la desigualdad, incluso aquel amparado en normas “neutras”, lo que supone reconocer la existencia de relaciones de dominio y opresión en sociedades aparentemente igualitarias. Este concepto se normativizó internamente mediante la LOIEMH.

b) El concepto omnicomprendivo de violencia contra las mujeres (Convenio de Estambul), incluye todos los actos de violencia basados en el género, que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada. Se reconoce así, que la violencia contra las mujeres es una vulneración de los derechos humanos y la expresión de relaciones de poder históricamente desiguales entre las mujeres y los hombres. Este concepto solo se ha normativizado internamente de forma parcial, en la LOPIVG, cuyo ámbito subjetivo de aplicación se limita a la relación de pareja o expareja o similar.

c) La obligación de diligencia debida. Las observaciones generales dictadas por los comités de derechos humanos de Naciones Unidas (especialmente la nº 16), y las recomendaciones generales del Comité CEDAW (especialmente las nº 28, 33 y 35), así como el Convenio de Estambul (art. 5) y la Recomendación Rec (2000) 5E del Comité de Ministros del Consejo de Europa, incluyen la obligación de diligencia debida, que es vinculante para todos los poderes de los Estados partes. El cumplimiento de dicha obligación exige tres acciones concretas definidas por los organismos internacionales intérpretes de los Tratados de derechos humanos: obligación de respetar, obligación de proteger y obligación de cumplir.

La justicia de género responde al cumplimiento, desde la actividad jurisdiccional, de la diligencia debida. Como ejemplo de ello se analiza extensamente el caso Ángela González, por el que España fue condenada por el Comité CEDAW habiéndose dado eficacia jurídica al dictamen mediante la STS de 17 de julio de 2018. La transcendencia de esta sentencia es incuestionable porque abre una puerta al reconocimiento efectivo y no formalista de las decisiones internacionales emitidas por comités de derechos humanos, lo que dota de mayor y mejor eficacia a estos órganos, para que las obligaciones y estándares internacionales no acaben siendo papel mojado. Es, en definitiva, un ejemplo de sentencia que juzga con enfoque de género

d) La estereotipación de género es una forma de discriminación contra las mujeres. Por ello se obliga a los poderes públicos, incluido el poder judicial, a abstenerse de discriminar y cumplir con los estándares internacionales, que exigen la adopción de una posición activa y no neutra, para eliminar los prejuicios o prácticas consuetudinarias basados en la idea de inferioridad de las mujeres respecto de los hombres; en otro caso el estado estaría legitimando la perpetuación de la discriminación. Esta obligación se contiene expresamente en la Recomendación general del Comité CEDAW nº 19 (actualizada a través de la nº 35), la nº 28 y, muy especialmente, la nº 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, en la que expresamente se recomiendan medidas para evitar estereotipos que afecten a la credibilidad de las declaraciones de las mujeres, o sobre el comportamiento apropiado de las mujeres (“víctima ideal o racional”). En la misma línea, el art. 36 del Convenio de Estambul, respecto a los delitos sexuales, hace referencia al consentimiento voluntario, aclarando que debe prestarse como manifestación del libre arbitrio de la persona, considerado en el contexto de las condiciones circundantes. La Recomendación Rec (2002)5E, recomienda evitar la revictimización de las mujeres víctimas de violencia y evitar interrogatorios humillantes o improcedentes, valorándose el trauma que han sufrido para evitar traumas posteriores.

e) Los tratados y convenios internacionales una vez ratificados por nuestro país, forman parte del ordenamiento jurídico y son guía interpretativa de los derechos fundamentales (arts. 10.2 y 96.1 CE). De igual modo, también forman parte de nuestro derecho, las observaciones, o recomendaciones emitidas por los legítimos intérpretes de las herramientas internacionales, porque contiene elementos interpretativos de sus finalidades, como instrumentos jurídicos dinámicos. Corresponde a quienes juzgan llevar a cabo el “control de convencionalidad” en sus resoluciones, que en nuestro país se erige como una regla de selección del derecho aplicable. Es decir, es cuestión de inaplicación de la norma interna en favor del tratado, sin que ello suponga un juicio sobre la validez de esta norma, sino simplemente sobre su mera aplicabilidad (STC nº 140/2018, de 20 de diciembre, FJ 6).

f) La impartición de justicia con perspectiva de género, es una obligación internacional, normativizada internamente en el art. 4 LOIEMH. Este mandato pretende dar cumplimiento al principio de diligencia debida por parte del poder legislativo, trasladando al poder judicial, en cumplimiento del art. 9.2 CE, la obligación de integrar la perspectiva de género en la actividad jurisdiccional. Tal obligación conecta con el mandato de transversalidad del principio de igualdad, que debe regir la actuación de los poderes públicos, de acuerdo con el art. 15 LOIEMH. El art. 49.2 del Convenio de Estambul también refiere de forma expresa la integración de la perspectiva de género, para garantizar “una investigación y un procedimiento efectivos”. De esta forma la perspectiva de género se alza como un nuevo horizonte interpretativo y un avance progresivo de los derechos humanos de las mujeres, desde la justicia.

g) La discriminación por asociación (*doctrina Coleman*) es una nueva modalidad de discriminación acuñada desde la jurisprudencia del TJUE y un ejemplo, desde la práctica judicial, de integración de la perspectiva de los derechos fundamentales en la interpretación de la normativa. Con esta técnica se pretende impedir que queden fuera del concepto de discriminación, situaciones que de forma sutil y soterrada tienen también ese carácter, evitando que una interpretación excesivamente formalista dificulte su calificación como discriminatoria. Su impulso parte de la STJUE de 17 de julio de 2008 (*caso Coleman*), que extiende la discriminación por discapacidad (del hijo) a persona diferente (la madre), sin discapacidad, pero que recibe trato desfavorable motivado por la discapacidad del hijo. Más recientemente, en la STJUE de 20 de junio de 2019 (C-404/18), esta técnica extensiva se ha aplicado también en relación a la protección frente a medidas de represalia (art. 24 Directiva 2006/54), haciéndola extensiva a persona distinta a la persona inicialmente discriminada (por embarazo), pero que también recibió trato desfavorable de la empresa, por defenderla. La doctrina Coleman, también ha sido acogida por nuestra jurisprudencia interna (STS 20 enero 2016 -Rec. 3106/14 y STS de 29 enero 2020 -Rec. 3097/2017), por el TC en su Sentencia

71/2020 de 29 de junio y por diversas Salas de lo Social (STSJ Galicia 13 abril 2018- Rec. 421/2018- y STSJ Canarias 2 de mayo 2017- Rec. 1237/2016).

h) A nivel interno debe destacarse la triple dimensión de la igualdad, contenida en la CE, que va a influir en la labor judicial de aplicación e interpretación de las normas jurídicas. Como valor superior (art. 1.1), lo que le dota de eficacia fundamentadora del ordenamiento jurídico, de eficacia hermenéutica como guía interpretativa y de eficacia crítica en la detección de las carencias normativas, en el ámbito de la igualdad. Como principio jurídico informador (art. 9.2 CE) con la finalidad de lograr la igualdad real. Y como derecho fundamental (art. 14 CE), que le da fuerza expansiva en concordancia con el principio de efectividad que rige su interpretación.

VII. EL *GENDER MAINSTREAMING* COMO ÚLTIMA MUTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD DE SEXO/GÉNERO

La teorización sobre el género, desarrollada por el discurso feminista en general y por el iusfeminismo en particular, ha determinado una evolución dinámica del derecho de igualdad hasta nuestros días. El paso desacompañado entre igualdad jurídica e igualdad real llevó consigo una transformación del principio de igualdad en tres etapas. La primera (igualdad formal o de trato), regido por el principio de homologación de las diferencias bajo el patrón de lo masculino. La segunda (igualdad material), que arranca a partir de los años noventa, caracterizada por impulsar las acciones afirmativas aspirando al logro de la igualdad material. Y la tercera, como resultado de la búsqueda de nuevas formas para transformar una sociedad resistente a la equidad de género: el *gender mainstreaming*, caracterizada por la adopción de la igualdad entre mujeres y hombres, como valor y como objetivo principal que debe integrarse en todas las políticas y acciones del entorno europeo, con la finalidad de alcanzar la igualdad de resultado. En este nuevo enfoque igualitario se puede hablar de una nueva categoría de discriminación, añadida a la discriminación directa e indirecta, y a la discriminación interseccional, que es la discriminación estructural. Deriva del reconocimiento de la denegación

sistemática de poder y de la existencia de relaciones de subordinación, conforme a ello, el moderno mandato de igualdad, da un paso más y no se limita a la nivelación a partir de la similitud- diferencia de las personas en situaciones concretas, sino a asegurar la efectiva protección de “colectivos” desaventajados, en el ámbito legal y judicial. Con base en ello, puede concluirse que existirá discriminación estructural cuando una ley, política pública o acto tiene como consecuencia la perpetuación de la situación de exclusión u opresión de persona o personas pertenecientes a un grupo de población históricamente desaventajado.

Este nuevo derecho de igualdad demanda, a su vez, una impartición de justicia acorde con el concepto internacional de discriminación contra la mujer, que no pretende que se trate a una mujer igual que a un hombre, porque las mujeres no son “hombres imperfectos”, sino que es discriminatorio todo lo que tiene como resultado la desigualdad. Por ello, la perspectiva de género nos ayuda a “des-cubrir” la invisibilización de las asimetrías sociales de género.

VIII. TAMBIÉN SE ABORDA LA VIOLENCIA INSTITUCIONAL

La violencia de género trasciende de lo privado a lo público, lo que ha dado lugar a una nueva modalidad de violencia: La violencia de género institucional. La alta nocividad de esta tipología de violencia, ejecutada desde las entrañas institucionales de lo público, la ha convertido en una cuestión de derechos humanos. El estado puede ser un agente activo de violencias a través de sus propias instituciones, no solo a través de la acción (violencia física, psicológica, sexual...), sino también por omisión, al desatender su responsabilidad en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias.

Por ello, el antídoto de esta modalidad de violencia exige cumplir con el principio de diligencia debida. La perspectiva de género conlleva una perspectiva victimocéntrica en los delitos de género, que tenga en cuenta las necesidades de las víctimas para evitar que la tramitación judicial pueda tener efectos traumáticos, dilatorios o impidan su participación. El enfoque clásico de

los derechos humanos, centrado en el ámbito público ha perjudicado históricamente a las víctimas de violencia de género y, por parte de los tribunales, se ha venido prestando mayor atención en proteger los derechos del acusado que en proteger los derechos de las víctimas.

Por tanto, la perspectiva de género ayuda a disminuir las posibilidades de incurrir en este incumplimiento desde la justicia. Se analizan tres casos paradigmáticos de violencia institucional: el caso *Maria da Penha vs. Brasil* (informe de la CIDH de 16 de abril de 2001); el caso *Gonzalez y otras "Campo Algodonero" vs México* (sentencia de la Corte IDH de 16 de noviembre de 2009); y el caso *V.R.P. vs Nicaragua* (sentencia de la Corte IDH fecha 8 de marzo de 2018). Esta última es una resolución sin precedentes, pues condena al Estado de Nicaragua por discriminación de género institucional, incluso de índole sexual, contra una niña de 9 años.

IX. DESDE LA PSICOLOGÍA, AÑADIMOS NUEVOS ARGUMENTOS PARA INTEGRAR EL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA JUSTICIA

Las leyes reproducen y cristalizan los sistemas jerárquicos de ordenación social. Por tal motivo, puede decirse que los denominados "valores sociales" sobre los que se han construido los reproches jurídicos y el reconocimiento de derechos, no representan en igual medida las experiencias, aspiraciones o preocupaciones de los hombres y de las mujeres.

Los estereotipos pueden ser explícitos o implícitos, pero los más habituales son los implícitos, que son imperceptibles, soterrados, persistentes e influyen en nuestras decisiones, a través de las percepciones, dando lugar a valoraciones y juicios abstractos que no tienen en cuenta las características particulares de las personas. Los estereotipos implícitos dan lugar a discriminaciones sutiles u ocultas adaptadas a las nuevas democracias.

Por todo ello, existe una nocividad estereotípica endógena en nuestra sociedad que afecta tanto a quien legisla, como a quien interpreta y aplica las leyes,

proyectándose sobre las personas que tienen el poder para tomar decisiones de trascendencia política y social. De este modo, los estereotipos distorsionan la justicia y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos, en lugar de hechos. La activación de prejuicios afecta a la credibilidad de las declaraciones, los argumentos y los testimonios de las mujeres como parte y como testigos de los procedimientos. La categorización es un factor sustancial que consolida la violencia contra las mujeres y su presencia en el sistema judicial convierte la justicia en canal de discriminación institucional.

Los estereotipos de género influyen y guían la toma de decisiones y, cuando estas se producen en el ámbito de la justicia, pueden incorporar desigualdades inutilizando la justicia, en términos de equidad. De ahí que sea imprescindible definir la estereotipación de género como una problemática social que afecta a todos los ámbitos, identificar los roles, estereotipos y categorizaciones como fase previa en la construcción del prejuicio, para que una vez desvelados se diagnostiquen a fin de determinar un tratamiento adecuado. En esta tarea, resulta imprescindible: en primer lugar, la formación especializada de jueces y juezas en materia de derecho internacional antidiscriminatorio, enjuiciamiento de género y adquisición de conocimientos multidisciplinarios para el abordaje de la compleja temática y la realidad social en la que se encuadra la violencia contra las mujeres en sus distintas formas; y, en segundo lugar, la implementación de guías de buenas prácticas o protocolos de actuación judicial, que faciliten el camino de la toma de decisiones, para normalizar la perspectiva de género en el quehacer judicial.

X. UN MÉTODO MANEJABLE PARA JUZGAR CON PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL ORDEN DE LO SOCIAL

El último capítulo de esta tesis, se dedica a nuestra propuesta de método manejable para juzgar con perspectiva de género. No se trata de un método infalible de aplicación universal, sino de pautas de actuación concretas o recomendaciones sencillas operativas en el ámbito de lo social, sostenidas en las experiencias judiciales de otros países. Una especie de hoja de ruta

orientativa, a través de un método sencillo que ayuda a quien juzga a visibilizar, detectar y nombrar los estereotipos de género más habituales en la rama social del derecho, para avanzar hacia la igualdad de resultado.

La finalidad de nuestro método descansa en el la aspiración de una justicia libre de mitos que no discrimine a las mujeres a través de la estereotipación y que esté capacitada para detectar situaciones asimétricas de género derivadas de resoluciones, prácticas o impactos normativos lesivos.

Esta tarea no es sencilla, más bien todo lo contrario; primero, por las dificultades que está encontrando el derecho antidiscriminatorio que incorpora nuevas definiciones y conceptos, que entran en conflicto con posiciones excesivamente rígidas; y segundo, por la opacidad de las discriminaciones. Si no vemos la discriminación o sospechamos de ella, no podremos remover los obstáculos para lograr la equidad de género, convirtiendo el mandato *gender mainstreaming*, en un brindis al sol.

Partimos, en la presentación del método, de un concepto de “juzgar con perspectiva de género”, como actividad específica de jueces y juezas, que definimos desde un punto de vista metodológico como una técnica de impartición de justicia consistente en detectar, corregir y compensar situaciones desiguales (lesivas), por razón de género. Una hermenéutica, vinculante para los órganos judiciales, que exige adoptar un enfoque crítico, holístico y contextualizado del conflicto jurídico ante patrones estereotípicos o situaciones asimétricas de género, que garantice una mayor protección de los derechos humanos, frente a otros criterios interpretativos tradicionales como la automaticidad o la literalidad.

Las características básicas de nuestro método son las siguientes:

-Se aplica a las personas trabajadoras o demandantes de prestaciones o pensiones de la Seguridad Social. Además, el concepto no se concretiza en un sexo, por lo que cabe aplicarlo tanto a mujeres como a hombres, aunque la

normativa promotora de la justicia con perspectiva de género, surge para corregir las deficiencias de la igualdad formal, incapaz hasta la fecha, de acabar con las discriminaciones contra las mujeres.

-Objetivamente, puede proyectarse sobre todas las materias que son competencia del orden de los social y en cualquier fase procesal, dentro de esta jurisdicción, cuyas resoluciones deberán regirse por el uso de un lenguaje judicial libre de estereotipos, respetuoso, no revictimizador e incluyente.

-Se estructura en tres fases objetivas de actuación judicial como proceso dinámico concretizado en las acciones: detección, corrección y compensación. Esta estructura se acopla técnicamente al proceso intelectual de impartir justicia, desde el análisis de la controversia, valoración de la prueba, aplicación y en su caso, interpretación del ordenamiento jurídico, así como la reparación del daño. El abordaje de cada una de las fases se hace con apoyo normativo y con un carácter eminentemente práctico, a través de ejemplos extraídos de resoluciones judiciales reales a modo de “imagen que vale más que mil palabras”. Los precedentes nos ayudan a visibilizar como camina la estereotipia en el mundo laboral y también como podemos detectarla precozmente, para corregirla y no perpetuar las desigualdades sistémicas, mediante las resoluciones judiciales.

-La fase primera (justicia analítica), aspira a la detección de los estereotipos concurrentes y a la identificación de la discriminación o situación marginal, desigual o asimétrica lesiva, por razón de género. Es la fase más importante porque exige un análisis global y contextualizado de cada conflicto jurídico, que va más allá de la mera subsunción automática de los hechos a la norma, y de este esfuerzo judicial dependerá llegar (o no), a una resolución equitativa e imparcial.

A partir de aquí, despejamos las dudas más frecuentes que pueden surgir en la aplicación de nuestro método y se hace una aproximación a las materias laborales más propensas a generar discriminaciones de género, poniendo el

foco en los ocho estereotipos que hemos considerado más operativos, en la jurisdicción social. No se trata de una lista cerrada, sino de los que hemos considerado más habituales, relacionados con el rol de cuidadoras de las trabajadoras (precariedad e infracoctización laboral), con su consideración pasiva sexualmente (violencia sexual ocupacional); con su imagen devaluada (acoso sexista); o por el mito de su inferioridad, moral, física o intelectual (segregación laboral horizontal y vertical), proyectado sobre las relaciones de trabajo, prevención de riesgos laborales o Seguridad Social, que acompañamos de ejemplos reales en cada caso.

-La fase segunda (justicia argumentativa) aspira a la corrección mediante la integración de la perspectiva de género, en la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico para equilibrar la inequidad de género, lo que nos va a requerir un esfuerzo argumentativo extra, en términos jurídicos, sobre razonamientos no formalistas. Tal corrección debe influir de manera directa en tres elementos básicos de la actuación judicial: en la tramitación del procedimiento (normas procesales); en la valoración de la prueba (valoración holística, prueba estadística, prueba indiciaria, valoración de la declaración de víctimas de acoso sexual, diligencias finales, etc.); y en la aplicación e interpretación de las normas sustantivas, de acuerdo con el criterio internacional *pro persona o pro homine*, que exige que ante varias interpretaciones posibles deba elegirse la más extensiva y favorable del derecho y en su caso, la más restringida cuando se establezcan límites a su ejercicio, garantizando de esta manera la plena vigencia y efectividad del derecho fundamental.

-La fase tercera (*restitutio in integrum*) aspira a la compensación y se traduce en una resolución judicial equitativa, resultante de la integración de la perspectiva de género, que debe tender a la *restitutio in integrum*, en congruencia con los pedimentos de las partes. Esta fase es transcendental, para las víctimas, para la sociedad y para la justicia, porque la reparación forma parte indisoluble de la obligación de diligencia debida. Ello se traduce en la obligación de prevenir, sancionar y reparar todas las formas de violencia de

género, en sus diversas manifestaciones, incluidas las que se producen en los espacios de trabajo o vinculadas a la actividad laboral. Por ello, la compensación en materia de igualdad y no discriminación debe cumplir diversas funciones: reparadora, restitutoria, rehabilitadora, preventiva y transformadora, integrando el enfoque de género, para ajustarse a los mandatos internacionales de eficiencia, independencia e imparcialidad judicial, asegurando así el acceso irrestricto de las mujeres a la justicia, para optimizar el potencial de emancipación y transformación del derecho. La indemnización debe tender a la reparación de los daños patrimoniales, biológicos (incluida la salud reproductiva), morales y sociales. Deberá restituirse a la víctima mediante la vuelta al estado anterior existente antes de producirse la violación de derechos. La rehabilitación responde al restablecimiento del proyecto de vida de la víctima, lo que incluye, por ejemplo, indemnizaciones en concepto de tratamiento médico psicológico o farmacológico requerido hasta su completa rehabilitación, o en su caso, becas para estudio. Las indemnizaciones que se fijan deben cumplir, también, una finalidad preventiva integrando un componente sancionador y disuasorio. A nivel internacional, se ha dado un paso más en la atención a la finalidad preventiva (no repetición), mediante condenas en las que se integran medidas específicas de capacitación institucional para abordar de forma adecuada los casos de violencia de género, promover protocolos de atención a las víctimas, o impulsar programas de sensibilización social frente a esta modalidad de violencia (caso *Campo algodnero*, caso *Ángela González*, etc.).

Por último, se hace especial énfasis en la vocación transformadora de las indemnizaciones, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino correctivo, no siendo admisible la mera restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación anterior. Cumplir con la debida diligencia exige una posición activa tendente a cambiar el “orden” establecido, debiendo estar alerta y condenar todas las formas de discriminación, y por supuesto impedir que tales discriminaciones puedan seguir produciéndose en el futuro.

La justicia debe proteger a las mujeres en todos los contextos y en su caso, reconocer una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido. Quienes juzgan pueden ser agentes del cambio hacia la igualdad de resultado, a través de sus resoluciones y la reparación del daño. No debe, además, olvidarse que se trata de una cuestión de derechos humanos, cuyo incumplimiento o cumplimiento parcial, puede conllevar responsabilidad estatal.

Hacer real el principio de igualdad no permite neutralidad, hay que adoptar desde la justicia un enfoque de derechos humanos, removiendo los obstáculos que lo dificulten, e integrando el género como criterio de referencia en todos los casos que involucren relaciones asimétricas y patrones estereotípicos de género.

Las sentencias tienen el potencial de visibilizar y revertir los efectos de inequidad derivados de las estructuras de poder basadas en prejuicios que sostienen la exclusión y la marginación. La justicia puede ser transformativa en esta andadura hacia la igualdad de resultado, como dinamizadora de cambios sociales a través de las actuaciones y resoluciones judiciales.

Hay dos formas de impartir justicia: hacerlo formal y mecánicamente o hacerlo con equidad y perspectiva de género. La primera perpetúa las sistémicas asimetrías sociales entre sexos; la segunda, en cambio, camina hacia una sociedad (realmente) igualitaria.

Sin perspectiva de género, la justicia no es justicia, es otra cosa...

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- Alexy, R., *Teoría de la argumentación jurídica*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- Alonso Pérez, F." El testimonio de la víctima. Aspectos jurisprudenciales", *Diario La Ley*, 7 de mayo de 1999.
- Altés Tárrega, J., *El acoso sexual en el trabajo*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Álvarez del Cuvillo, A., "El género como categoría y las categorías de género", *Revista de Derecho Social*, nº52, 2010.
- Álvarez Gimeno, R., "El acoso sexual en el trabajo: despido disciplinario y presunción de inocencia", *Aranzadi Social*, nº3, 2010.
- Álvarez Rodríguez, I., "Lenguaje inclusivo y derecho", *Derecho y Cambio Social*, 2018.
- Amorós, C., *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Ed. Anthopros. Barcelona, 1985.
- Amorós, C., *Feminismo y filosofía*, Ed. Síntesis, Madrid, 2000.
- Amorós, C. y Ana de Miguel, "Teoría feminista: de la ilustración a la globalización", *De la Ilustración al segundo sexo*, Ed. Minerva Ediciones, Madrid, 2005.
- Amorós, C., *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... para las luchas de las mujeres*, Ed. Cátedra, Madrid, 2006.
- Amorós, C., *Conceptualizar es politizar*, Género, violencia y derecho, P. Lourenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Angulo López, G., *Teoría contemporánea de los derechos humanos. Elementos para una reconstrucción sistémica*, Ed. Dykinson, 2015.
- Aragón Gómez, C., "El impacto de la brecha salarial en la acción protectora de la Seguridad Social", *Documentación Laboral*, 115, 2018.
- Aramendi Sánchez, P., "Con falda... ¿se trabaja mejor?", *Aranzadi Social*, nº18, 2008.

- Arbalaez de Tobon, L. y Ruíz González, E., “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”, *Poder Judicial de la República de Chile*, 2018.
- Arce Gómez, J., *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Arenal, C., *La mujer del porvenir*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2010.
- Arena, F., “Los estereotipos normativos en la decisión judicial. Una exploración conceptual”, *Revista derecho (Valdivia)*, vol.29, nº 1, Valdivia, 2016.
- Austin, J. L., *Cómo hacer cosas con palabras*. Edit. Paidós. Barcelona, 1990.
- Asensio, R., *Discriminación de género en las decisiones judiciales. Justicia penal y violencia de género*, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2010.
- Atienza, M., *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Atienza, M., “El derecho como argumentación”. Isegoría, *Revista de Filosofía Moral y Política*, nº21, 1999.
- Atienza, M., *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006.
- Balaguer Callejón, F., *Fuentes del Derecho*, vol. I. Tecnos. Madrid, 1991.
- Balaguer Callejón, M. L., *Mujer y Constitución*, Edit. Cátedra. Madrid, 2005.
- Balaguer Callejón, M.L., “Género y lenguaje: presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario”, *Revista de Derecho Político/UNED*, nº73, 2008.
- Balaguer Callejón, M.L., *Igualdad y Constitución Española*, Ed. Tecnos, Madrid, 2010
- Ballester Pastor, M.A., “La sentencia del Tribunal Constitucional 229/1992, de 14 de diciembre o ilicitud de la norma protectora de la mujer en el trabajo, establecida con carácter genérico. El trabajo en las minas”, *Tribuna Social*, nº27, 1993.
- Ballester Pastor, M.A., “Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito aboral y de la Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, tomo V, 1998.
- Ballester Pastor, M.A., “El alcance de la distribución de la carga probatoria en el despido objetivo supuestamente discriminatorio. STC 41/2002, 25 de febrero”, *Actualidad Laboral*, nº39, 2002.

-Ballester Pastor, M.A., *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.

-Ballester Pastor, M.A., "Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad", *Revista de Derecho Social*, nº51, 2010.

-Ballester Pastor, M.A., "Reformas en materia de protección social e impacto de género. Un estudio crítico", *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm.112, 2011.

-Ballester Pastor, M.A., "Igualdad y conciliación en las últimas reformas laborales y de Seguridad Social. Análisis desde las exigencias del Derecho de la Unión Europea", *XVI Jornadas de Outono de Dereito Social*, Vigo, 2012.

-Ballester Pastor, M.A., *La prestación de maternidad*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

-Ballester Pastor, M.A., "Análisis crítico de la trasposición de la normativa antidiscriminatoria por razón de género en España: estereotipos y errores de interpretación", *Cuadernos digitales de formación del CGPJ*, nº30, 2016.

-Ballester Pastor, M.A., "Externalización contractual y derecho efectivo a la no discriminación laboral", Fenómenos Interpositivos en el Mercado de Trabajo. Subrogaciones, contrataciones, subcontratas y figuras afines, empresas multiservicios, externalizaciones y reversiones, *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, nº 29 de 2017.

-Barberá, E., "Perspectiva socio-cognitiva: estereotipos y esquemas de género", *Psicología y género*, Ed. Pearson-Prentice Hall, Madrid, 2004.

-Barlett, K., y Kennedy, R., *Feminist legal Theory: Readings in law and gender*, Ed. Westview Press, Boulder-San Francisco-Oxford, 1991.

-Barlett, K., "Feminist Legal Methods", *Harvard Law Review*, Vol. 103, nº 4, 1990.

-Barrère Unzueta, M.A., "*Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*", Ed. Cuadernos Civitas, Madrid, 1997.

-Barrère Unzueta, M.A., "Problemas del Derecho antidiscriminatorio: Subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades", *Revista Vasca de Administración Pública*, 60, 2001.

-Barrère Unzueta, M.A., y Morondo Taramundi, D., "La difícil adaptación de la igualdad de oportunidades a la discriminación institucional: el asunto Gruber del TJCE", *Igualdad de oportunidades e igualdad de género: una relación a*

debate, *Instituto Internacional de Sociología de Oñate*, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.

-Barrère Unzueta, M. A., "Género, discriminación y violencia contra las mujeres", *Género, violencia y Derecho*, P. Lourenzo, M.L. Maqueda y A. Rubio (coords.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

- Barrère Unzueta, M.A., "Iusfeminismo y derecho antidiscriminatorio: hacia la igualdad por la discriminación", *Mujeres, derechos y ciudadanía*, R. Mestre (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

-Barrère Unzueta, M., "La interseccionalidad como desafío al mainstreaming de género en las políticas pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, 87-88, 2010.

-Barrère Unzueta, M.A., y Morondo Taramundi, D., "Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 45, 2011.

-Barrère Unzueta, M.A., "Lenguaje sexista y discriminación: la legislación para un uso no sexista del lenguaje a la luz del Derecho antidiscriminatorio", *Cuadernos digitales de formación* 45/2011, CGPJ, Madrid, 2011.

-Barrère Unzueta, M.A., *El Derecho Antidiscriminatorio y sus límites*, Ed. Grijley, Perú, 2014.

-Barrère Unzueta, M.A., "Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué derecho y qué discriminación? Una visión contra-hegemónica del Derecho antidiscriminación", *Anuario de Filosofía del derecho*, nº XXXIV, 2018.

-Bastida Freijedo, F., y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.

-Baz Tejedor, J.A., "Responsabilidad social empresarial laboral: especial referencia a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Revista de derecho social*, Ed. Bomarzo, enero-marzo, 2008.

-Bengoechea Gil, M.A., *La lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

-Bengoechea Gil, M.A., *Reflexiones y aportaciones de la Ley de Igualdad 3/2007, de 22 de marzo*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010.

-Bengoechea Bartolomé, M., "El lenguaje jurídico no sexista, principio fundamental del lenguaje modernizado del siglo XXI", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 4, 2011.

- Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Trad. Fco. de Asís Roig, Ed. Sistema, 1991.
- Bobbio, N., *Igualdad y libertad*, Ed. Paidós, Barcelona, 1993.
- Bodelón, E., "Los límites de las políticas de igualdad de oportunidades y la desigualdad sexual: la familia como problema distributivo y de poder", Lo público y lo privado en el contexto de la globalización", coordinado por Ana Rubio Castro y por Joaquín Herrera Flores, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006.
- Bodelón, E., "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo", *Mujeres, derechos y ciudadanía*, R. Mestre (coord.), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.
- Bodelón, E., *Violencia de género y las respuestas de los sistemas penales*, Ed. Didot, Buenos Aires, 2012.
- Bodelón, E., "Violencia institucional y violencia de género", *Violencia Institucional de género, Revista nº48 Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada, Anales de la Cátedra Francisco Suarez, 2014.
- Borrajo Dacruz, E., *Mujer, trabajo y Seguridad Social*, Ed. La Ley, Madrid, 2010
- Bosch Fiol, E., "Detección y comprensión de actitudes sexistas: importancia de la ideología de género", Estrella Ryan y Soledad de Lemus (coords.), *Coeducación. Propuestas para alcanzar la igualdad de género desde las aulas*. Universidad de Granada, Granada, 2010.
- Bosch Fiol, E., "Lenguaje Jurídico y género. La importancia de los estereotipos", *Cuadernos Digitales de Formación del CGPJ*, nº45, 2011.
- Brown, R., *Prejuicio, su psicología social*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.
- Burgess, D. y Borgida, E., *Who women should be: descriptive and prescriptive gender stereotyping in sex discrimination*, Psychology, Public Policy, and Law, 1999.
- Buxo, M. J., *Antropología de la mujer*. Edit. Anthropos. Barcelona, 1988.
- Cabeza Pereiro, J. /Lousada Arochena, F., *El nuevo régimen legal de trabajo a tiempo parcial*, Editorial Comares, Granada, 1999.
- Cabeza Pereiro, J., "El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 104, 2001.

-Cabeza Pereiro, J., "Discriminación por embarazo en el acceso a un trabajo temporal", *Revista de Derecho Social*, nº16, 2001.

-Cabeza Pereiro, J., "La conciliación de la vida familiar y laboral. Situación en Europa. *Revista de Derecho Social*, nº31, julio/septiembre, 2005.

-Cabeza Pereiro, J., "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", *Lan Harremakak/Revista de Relaciones Laborales*, nº 25, 2012.

-Cabeza Pereiro, J. y otros, *Memento Práctico Igualdad*, edit. Francis Lefebvre, Madrid, 2019.

-Canessa Montejo, M.C., *La protección internacional de los derechos humanos laborales*, Ed. Tirant lo Blanch, 2008.

-Capella, J. R., *El derecho como lenguaje*, Edit. Ariel. Barcelona, 1968.

-Caro, C., "Un amor a tu medida. Estereotipos y violencia en las relaciones amorosas", *Revista de Estudios de Juventud*, 83, 2008.

-Carmona Cuenca, E. "Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género", UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, 2018

-Cavavero, A., "Per una teoría della differenza sessuale", *Diotima. Il pensiero della differenza sessuale*, La Tartaruga, Milán, 1987

-Cavarero, A., *Horrorismo. Nombrando la violencia contemporánea*, Ed. Anthropos, Barcelona, 2009.

-Cavarero, A. Y Butler, J., *Cuerpo, memoria y representación*, Ed. Icaria, Barcelona, 2014.

-Cardoso Onofre de Alencar, E., "Mujeres y estereotipos de género en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* Nº 9, octubre 2015 -marzo 2016.

-Carmona Cuenca, E., *La perspectiva de género en los Sistemas Europeo e Interamericano de derechos Humanos* Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015.

-Carmona, E., "La igualdad de género en el Tribunal europeo de derechos Humanos: un reconocimiento tardío con relación al TJUE", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº104, mayo-agosto, 2015.

-Casas Baamonde, M.E., "Igualdad de género y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: una integración inaplazable", *Femeris*, Vol. 4-2 (2019).

-Cavas Martínez, F., "Requisitos de acceso a la pensión de jubilación activa. Comentario a la STS, Social, de 30 de mayo de 2017, Rjud. 2268/2016", *Revista de derecho de la seguridad social*, 13, 75 (2017).

-Clérico, L., "Haciendo el análisis de estereotipos manejable", *Redea Revista Derechos en Acción*, Buenos Aires, 2017.

-Clérico, L. Y Aldao, M., "Límites del margen de apreciación desde una perspectiva de género y pobreza", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Ciudad de México, Año IV, nº6, enero-junio 2018.

Clérico, L., "Hacia un análisis integral de estereotipos: desconfiando de la garantía estándar de imparcialidad", *Revista Derecho del Estado* nº41, julio-diciembre de 2018.

-Chacón Fuertes, F., "Estereotipos de género y toma de decisiones", *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.

-Cobo Badía, R., *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.

-Cook, R. y Cusak, S., *Estereotipos de Género. Perspectivas legales Transnacionales*, Universidad of Pennsylvania Press, 2010.

-Collantes Sánchez, B., *Evaluación del impacto de género en la normativa comunitaria, estatal y autonómica andaluza*, [tesis doctoral inédita], Universidad de Córdoba, 2012.

-Comisión Nacional de Género de la rama judicial del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia, *Criterios de equidad para una administración de justicia con perspectiva de género*, Colombia, 2011.

-Copello Lorenzo, P., Maqueda Abreu, M., Rubio Castro, A (Coordinadoras) , *Género, violencia y derecho*, Editorial Tirant lo Blanch, Madrid, 2008.

-Corte Suprema de Justicia de Guatemala y OACNUDH, *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*, Guatemala, 2015.

-Cruz Villalón, J. (coordinador), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

- Danzingers S., Levav, J. y Avnaim-Pesso I., *Extraneous factors in judicial decision*, PNAS, Princeton University, NJ, 2011.

-De Angel Yágüez, R. "Intromisión ilegítima. Antijuricidad, culpabilidad, daño y su resarcimiento. Los sujetos activo y pasivo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº35,1993.

-De Beauvoir, S., *El segundo sexo*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1999.

-De la Cuesta Aguado, M., "Mujeres inmigrantes y siniestralidad laboral: acoso, explotación y esclavitud", *Revista de derecho Social*, Ed. Bomarzo, enero-marzo, 2008.

-De las Heras Aguilera, S., "Una aproximación a las teorías feministas", *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 9, enero 2009.

-De Miguel, A., "El movimiento Feminista y la construcción de marcos de interpretación: el caso de la violencia contra las mujeres", *Revista Internacional de Sociología*, n.35, Mayo, 2003.

-De Miguel, A., "La violencia contra las mujeres. Tres momentos en la construcción del marco feminista de interpretación", Isegoria. *Revista de Filosofía Moral y Política* N.º 38, enero-junio, 2008.

-Desdentado Aroca, E., "Contrato de trabajo a tiempo parcial y Seguridad Social y reflexiones críticas tras la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019", *Revista de Derecho Social*, 86, 2019.

-Diez-Picazo, L., *Sistema de derechos fundamentales*, Ed. Civitas, Madrid, 2003.

-Duarte Cruz, J., y García-Horta,J., "Igualdad , equidad y feminismo, una mirada histórica a la conquista de los derechos de las mujeres", Universidad ICESI, *Revista Cs*, nº18, México, 2016.

-Dworkin, R., *Los derechos en serio*, 1ª Edición, Ed. Planeta SA, Madrid, 2012.

-Echeita, G. y Simón, C., "La contribución de la educación escolar a la calidad de la vida de las personas con discapacidad. Ante el desafío de su inclusión social", Lorenzo, R. y Cayo L. (Coord.) *Tratado sobre Discapacidad.*, Ed. Thomson Aranzadi, Madrid, 2007.

-Echeita, G., Simón, C., López, M. Y Herrera, C., *Discapacidad e inclusión. Manual para la docencia*, Salamanca. Amaru, 2013.

-Emmenegger, S. "Perspectivas de género en derecho", *Anuario de Derecho penal*, 1999-2000.

-Espín Saez, M., "El contrato a tiempo parcial, ¿la conciliación en los tiempos de precariedad?", *Información Laboral*, 12, 2016.

-Expósito Molina, C., *¿Qué es eso de la interseccionalidad? Aproximación al tratamiento de la diversidad*, Grupo de Investigación Multiculturalismo y Género, Universidad de Barcelona, 2013.

-Facio Montejo, A. y Fries L. (ed.), *“Género y Derecho”*, Ed. LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999.

- Facio Montejo, A., *Cuando el género suena, cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal*, ILANUD, San José (Costa Rica), 1992.

-Facio Montejo, A., “Metodología para el análisis de género de un proyecto de ley”, *Otras miradas*, Vol. 4, nº 1, junio-2004.

-Federici, S., *La revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*, Ed. Traficantes de sueños, Madrid, 2013.

-Fernández Poncela, A., “Estereotipos de género en el refranero popular”, *Política y Cultura*, nº. 6, primavera, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xochimilco, México, 1996.

-Fernández Rodríguez, G. *Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: El papel del Comité Cedaw en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación*. Onati Socio-Legal Series v.5, n.2, 2015.

-Fernández Rodríguez, G., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción civil”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.

-Ferrajoli, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, 4ª Edición, Ed. Trotta, 2009.

-Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Ed. Trotta, 2014

-Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Ed. Trotta, 2011.

-Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 8ª edición, Ed. Trotta, Madrid, 2016.

-Ferrando García, F.M., “La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral”, Estudios Financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº. 427, 2018.

-Fineman, M., “Marta S. Fineman y la igualdad jurídica: ¿vulnerabilidad vs Subdiscriminación?”, Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, ISSN: 1138- 9877, Nº 34, 2016.

|

- Fiss, O., "Teoría crítica del Derecho y feminismo", en "La crisis del derecho y sus alternativas", *Cuadernos de Derecho Judicial* 3/1995, Madrid, 1995.
- Forcada Barona, I., "¿Está contribuyendo la teoría jurídica feminista al desarrollo de un Derecho Internacional democrático y participativo?", Duran, M (coord.), *Género, Ciudadanía y Globalización*, ed. Alfar, Sevilla 2009.
- Fraser, N., *Iustitia Interrupta: Reflexiones críticas desde la posición post socialista*, Ed. Siglo del hombre editores, Colombia, 1997.
- Fraser, N., *Escalas de justicia*, Ed. Herder, Barcelona, 2008.
- Fries, L., *El género de la justicia y la justicia de género*, Gobierno de Chile. Ministerio de Justicia, 2004,
 Disponible en: www.scribd.com/document/21470843/El-genero-de-la-justicia-y-la-justicia-de-genero-L-FRIES.
- García Meseguer, A., *¿Es sexista la lengua española? Una investigación sobre el género gramatical*, Edit. Paidós. Barcelona, 1994.
- García Inda, A., y Lombardo, E. (coord.), *Género y Derechos Humanos*, Ed. Mira Editores SA, Zaragoza, 2002.
- Gacto, E., "Imbecillitas sexus", *Cuadernos de historia del Derecho*, 2013.
- Gianformaggio, L., "Identify, Equality, Similarity and the Law", *ponencia en el XVI Congreso Mundial de Filosofía del derecho*, Reikiavik (Islandia), del 23 de mayo al 2 de julio de 1.993.
- Gilligan, C., *In a different voice: Psychological theory and women's development*, Ed. Harvard University Press, Cambridge, 2004.
- Gil Ruiz, J.M., *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1996
- Gil Ruiz, J.M., *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres*, Instituto Andaluz de la Mujer, Colección Estudios 18, 2002.
- Gil Ruiz, J.M., "Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la violencia de género", *Anuario de Filosofía del derecho*, nº22, España, 2005
- Gil Ruiz, J.M., *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2007.
- Gil Ruiz, J.M., "La mujer en el discurso jurídico: una aportación desde la Teoría crítica del Derecho", *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.

- Gil Ruiz, A., “Repensando la Constitución: una mirada al deber de trabajar y al derecho al trabajo”, *Revista de Derecho político*, nº104, enero-abril 2019.
- Gimeno Presa, M.C., *¿Qué es juzgar con perspectiva de género?*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2020.
- Glick, P. y Fiske, S., “Ambivalent alliance: Hostile and benevolent sexism as complementary justifications for gender inequality”, *American Psychologist*. 2001, vol. 56, nº 2.
- Goddard, A, y Patterson, L. M., *Lenguaje y género*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha Cuenca, 2005
- Godelier, M., *Lo ideal y lo material*, Ed. Taurus, Madrid, 1989.
- Gómez-Limón Amador, T., “Valoración del testimonio de las (presuntas) víctimas de violencia de género: estereotipos de género y credibilidad”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº48, 2016.
- Gómez Hermoso, M.R., “Pensamientos, emociones y conductas estereotipadas de género”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.
- González Gavaldón, B., “Los estereotipos como factor de socialización en el género”, *Comunicar*, nº12, marzo-1999.
- Grau Pineda, C., *La brecha de las pensiones en España*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2020.
- Guastini, R., “Legislación y jurisdicción en la teoría del Derecho”, *Cuadernos de Derecho Judicial del CGPJ*, nº3, 1995.
- Habermass, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987
- Hewstone, M. y Brown, R., “Contact and Conflict in Intergroup Encounters”, *caps. 1, 4, 10. Oxford: Basil Blackwell*, 1986.
- Heim, D., “Acceso a la justicia y violencia de género”, *Violencia Institucional de género*, *Revista Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, nº48, Universidad de Granada, 2014.
- Heim, D., *Mujeres y acceso a la justicia. De la tradición formalista del derecho a un derecho no androcéntrico*, [tesis doctoral], Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.
- Ibáñez Gracia, T. (coord.), *Introducción a la psicología social*, Editorial UOC, Barcelona, 2004.
- Kahneman, D., *Pensar rápido, pensar despacio*, Ed. Debate, Madrid, 2012.

- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Ed. Trotta, Madrid, 2011.
- Lloria García, P., *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI violencias de control y nuevas tecnologías. Habitualidad, sexting y stalking*, Ed. Iustel, Madrid, 2020.
- López Aniorte, M.C., "Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija", *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº214, 2018.
- López Aniorte, M.C., "Juzgando con perspectiva de género: flexibilización de los requisitos de acceso a la prestación de incapacidad temporal tras el disfrute de excedencias por cuidado de hijo o hija. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 7/2019, de 10 de enero", *Revista de trabajo y seguridad social. CEF.*, núm. 433, 2019.
- López Aniorte, M. C., "Las mujeres ante el ordenamiento social: de la tutela de la condición femenina a la protección por maternidad biológica", Alejandra Selma Penalva (Coord.), *Retos en materia de igualdad de género en el Siglo XXI: Un análisis multidisciplinar*, 2019.-López Aniorte, M.C., "Hacia la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el acceso y el disfrute de la pensión de jubilación", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, núm. 43, 2020.
- López Aniorte, M.C., "La protección de las contingencias profesionales en sectores feminizados: especial atención a las actividades de limpieza y cuidado", J. L. Monereo Pérez (Dir.), *Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y desafíos de una protección social centenaria: IV Congreso Internacional y XVII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Ed. Laborum, 2020.
- López Aniorte, M.C. y Ferrando García, F.M., "Precariedad y desprotección social del trabajo de limpieza y cuidados ante la situación de crisis sanitaria provocada por la Covid-19", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 9.
- López García, A. y Morant, R., *Gramática femenina*, Edit. Cátedra. Madrid, 1991.
- López Benítez, M., "Una aproximación a la normativa sobre violencia de género desde el Derecho administrativo", *Revista General de derecho Administrativo*, nº 50, Iustel, enero 2019.
- Lousada Arochena, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, MTAS, Madrid, 2007.
- Lousada Arochena, J.F., *Tiempo y género*, Aquaelitas, nº20, 2007.

-Lousada Arochena, J.F., “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres”, *Revista de Derecho Social*, Ed. Bomarzo, enero-marzo, 2008.

-Lousada Arochena, J.F., *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2008.

-Lousada Arochena, J.F., “La legislación comunitaria sobre la carga de la prueba y acceso a la justicia en los casos de discriminación por razón de sexo”, *Revista del Poder Judicial CGPJ*, nº 89, 2009.

-Lousada Arochena, J.F., “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en la legislación española”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº45, 2011.

-Lousada Arochena, J.F., “La aplicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo en el ámbito social”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº10, 2013.

-Lousada Arochena, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

-Lousada Arochena, J.F., “Estereotipos de género y concepto de discriminación por razón de sexo”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.

-Lousada Arochena, J.F., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº48, 2016.

-Lousada Arochena, J.F., “La integración de la perspectiva de género en la aplicación e integración de las normas por la jurisdicción social”, *Revista de Derecho Social*, Ed. Bomarzo, nº76, 2016.

-Lousada Arochena, J.F., “Aplicación de la perspectiva de género en la jurisdicción social”, Ponencia aportada en el Curso del Plan Estatal de Formación Continua del CGPJ: Impartición de justicia con perspectiva de género en los distintos órganos jurisdiccionales (CU16017), 19, 20 y 21 de octubre del 2016.

-Lousada Arochena, J.F., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social* nº81, 2018.

-Lousada Arochena, J.F., “Encuentros y desencuentros entre el TEDH y el TJUE en materia de igualdad de género” en *Revista Fémeris*, Madrid, Vol. 4, nº2, 2019.

-Lousada Arochena, J.F., *El enjuiciamiento de género*, Ed. Dykinson SL, Madrid, 2020.

-Lousada Arochena, J.F., *La prueba de la discriminación y la lesión de derechos fundamentales*, Ed. Bomarzo, Albacete, 2021.

- López, F., Carpintero, E., Del Campo, A., Lázaro, S., Soriano, S., *El bienestar personal y social y la prevención del malestar y la violencia*, Editorial Pirámide, Madrid, 2010.
- Lorente Acosta, M., *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer: realidades y mitos*, Ares y Mares, editorial Crítica, 2001.
- Lloria García, P., *Violencia sobre la mujer en el siglo XXI. Violencia de control y nuevas tecnologías*, Editorial Lustel, Madrid, 2020.
- MacKinnon, C., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Ed. Cátedra, Madrid, 1995.
- Mackinnon, C., *Feminist Unmodified*, Harvard University Press, London, 1995.
- Magro Servet, V., “La perspectiva de género en los delitos cometidos sobre la víctima mujer”, *Revista de Jurisprudencia*, Le Febvre-El Derecho, 15 de junio de 2018.
- Márquez, R. y Jaenes, M., *¿Cerró bien las piernas?*, Ed. Penguin Random House, 2021.
- Martín María, B., “La identificación del daño en la violencia contra las mujeres .Criterios de reparación desde una perspectiva de género”, *Estudios de Derecho Judicial*, nº139/2007.
- Marín López, P., “La declaración de la víctima de la violencia de género: apuntes para una valoración libre de estereotipos de género”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº48, 2016.
- Martín Vida, M.A., *Fundamento y límites constitucionales de la acción positiva*, Ed. Civitas, Madrid, 2002.
- Miyares, A., *Democracia feminista*, Cátedra, Madrid, 2003.
- Miller, N. y Brewer, M.G., *Groups in Contact: The psychology of desegregation*, caps. 1, 2, 5, 8, 9, 13. Nueva York: Academic Press. 1.984.
- Millet, K., *La política Sexual*, Ed. Cátedra, Madrid, 1970.
- Ministerio de Justicia del estado Plurinacional de Bolivia y Tribunal Supremo, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, Bolivia, 2017.
- Miñarro Yanini, M., “El trabajo de las camareras de piso de edad madura: ¿cuestión de disciplina o de gestión preventiva? Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 605/2018, de 4 de junio, *Revista de Trabajo y de Seguridad Social*. CEF, núm. 433, 2019.

-Molina Navarrete, C., "Brechas de género y sistema español de seguridad social: balance crítico y algunas propuestas de corrección", *iQual. Revista de Género e Igualdad*, núm. 3, 2020.

-Molina Navarrete, C. *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*, Editorial La Ley, Madrid, 2020.

-Molins García-Atance, J., "Los sesgos cognitivos", Curso de Formación CGPJ: El Oficio o arte de Juzgar, 2021.

-Monereo Pérez, J.L., "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", *Revista General de derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 45, 2017.

-Montalbán Huertas, I., *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid, 2003

-Montalbán Huertas, I, "Líneas de actuación para implantar el principio de igualdad en la carrera judicial: el plan de igualdad", *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº33, 2014.

-Mora Cabello de Alba, L., "La salud de las mujeres en un mundo laboral declinado en masculino: el acoso por razón de sexo", *Revista de Derecho Social*, Ed. Bomarzo, abril-junio 2008.

-Moreno, M., *Como enseñar a ser niña: el sexismo en la escuela*, Ed. Icaria Editorial, Barcelona, 1986.

-Moreno de Vega y Lomo, F., "El trabajador autónomo: la conciliación entre la actividad profesional y su vida familiar", *Revista de derecho Social*, Ed. Bomarzo, julio-septiembre, 2008.

-Moreno Atienza, C. *Hacia un concepto de igualdad. La igualdad formal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Igualdad ante la ley y principio de no discriminación. Especial referencia a la igualdad entre mujeres y hombres*, Dykinson, Madrid, 2012.

-Morte Gómez, C., "Discriminación y violencia de género. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", Curso Asociación de Fiscales: la jurisprudencia del TEDH y su influencia en el trabajo diario de los Fiscales Españoles, 12 y 13 de diciembre 2017

-Moya Morales, M., *Aproximación psicosocial a los roles sexuales*, Universidad de Granada, 1984.

-Moya Morales, M., "Los roles sexuales", *Gaceta de Antropología*, 3, artículo 08, 1984.

- “Mujer y constitución”, *Revista peruana de derecho Constitucional*, diciembre 2017; Centro de Estudios Constitucionales Tribunal Constitucional del Perú, Lima, 2017.
- Nieto, A., *El arbitrio judicial*, Ed. Ariel, 2000.
- Odio, E., “La perspectiva y el mandato de género en el Estatuto de Roma”, *Revista IIDH*, Vol.59, San José, 2014.
- Olsen, F., *The Politics of law*, Ed.David Kairys, New York, 1990
- Olsen, F., *El sexo del Derecho*, Alicia E.C. (Coord.) Identidad femenina y discurso jurídico,, Editorial Biblos, *Colección identidad Mujer y Derecho*, Buenos Aires, 2000.
- Ortiz González-Conde (coord.) F.M., (M. C. López Aniorte y E.M. Rubio Fernández, Dir.) *Visiones multidisciplinares de la igualdad entre mujeres y hombres*, Ed. Ediciones Laborum, Murcia, 2019.
- Osborne, R., *La construcción sexual de la realidad*, Cátedra, Madrid, 1993.
- Ovejero Bernal, A., *Psicología social. Algunas claves para entender la conducta humana*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2015.
- Pateman, C., *The Disorder of Women: Women, love and the Sense of Justice*, Ed.The University of Chicago Press, 1980.
- Pateman, C., *El contrato sexual*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1995.
- Peñas Defago, M.A., “Estereotipos de género: la perpetuación del poder sexista en los tribunales argentinos”, *Estudios Feministas*, Florianópolis, 23(1):312, Janeiro, abril/2015
- Peces Barba, G., *Los valores superiores*, Ed. Tecnos, Madrid, 1998.
- Pérez Luño, A., *Dimensiones de la igualdad*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007
- Pérez del Río, T, y Zambonino Pulido, M., “La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones públicas”, *Revista de Derecho Social*, Ed. Bomarzo, julio-septiembre, 2008.
- Piña Medrano, L. (coord.), *Justicia constitucional con perspectiva de género*, Ed. Búho S.R.L., República Dominicana, 2017.
- Poal Marcet, G., *Entrar, quedarse, avanzar. Aspectos psicosociales de la relación mujer-mundo laboral*, Siglo XXI de España editores, Madrid, 1993.

- Poyatos i Matas, G., *Trabajadores a tiempo parcial*, Ed Bosch, Barcelona, 2002.
- Poyatos i Matas, G. et altri, *Derecho Laboral y Seguridad Social COVID-19*, Bomarzo, 2020.
- Poyatos i Matas, G. et altri: *Memento práctico de igualdad*, Francis Lefebvre-2019.
- Poyatos i Matas, G., “Juzgar con perspectiva de género: una metodología vinculante de justicia equitativa”, *Iqual Revista de Género e Igualdad*, nº. 2, 2019.
- Poyatos i Matas, G., “Nueva sentencia con enfoque de género en el ejercicio del derecho a cuidar y trabajar”, *Iqual. Revista de Género e Igualdad*, nº3 ,2020.
- Poyatos i Matas, G. et altri, *Coordinador parental. Análisis multidisciplinar*” Lefebvre, 4 agosto 2020.
- Preciado Domènech, C., *La interpretación de los Derechos Humanos y los Derechos Fundamentales*, Ed. Aranzadi, Cuadernos de Derecho Constitucional, nº37, 2016.
- Preciado Domènech, C., “Los derechos como límites a la soberanía estatal”, *Revista Información y Debate de Jueces para la Democracia*, nº85, marzo 2016.
- Puertas; S., “Aspectos teóricos sobre el estereotipo el prejuicio y la discriminación”, *Seminario Médico*, Volumen 56, Nº2, abril 2004.
- Pumar Beltrán, N., *La igualdad ante la ley en el ámbito de la Seguridad Social*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2001.
- Pumar Beltran, N. y Sánchez Urrutia, A., “Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género”, Ed. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- Quintanilla Navarro, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- Ramírez Ortiz, JL., “El testimonio único de la víctima en el proceso penal desde la perspectiva de género”, *Quaestio Facti. Revista Internacional sobre razonamiento probatorio*, vol. 1, Madrid, 2019.
- Raz, J.,”Introducción” al vol. colectivo Razonamiento práctico (Compilación de J. Raz)”, *Fondo de Cultura económica*, México, 1986.

-Rey Martínez, F., "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de derecho Constitucional*, nº84, 2008.

-Rey Martínez, F., "La sentencia del TEDH de 8.12.2009, asunto Muñoz Díaz vs. España: ¿un caso de igualdad en general o de discriminación étnica en particular?", *Diario La ley*, nº7344, 2010.

-Rivas Vallejo, M., y Barrios Baudor, G., *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y práctica forense*, Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2007.

-Rivas Riveiro, E., *La visibilidad de las invisibles. Cognición social y procesos de denuncia en víctimas de violencia de género de León (Nicaragua)*, (tesis doctoral inédita). Universidad de Alcalá, 2016.

-Rifkin, J., *Toward a theory of law and patriarchy*, Harvard Women's lae Journal, 1980.

-Rodríguez- Piñeiro, M., y Fernández López, F., *Igualdad y discriminación*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

-Rodríguez-Piñeiro, M y Casas Baamonde, M.E., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, editado por Fundación Wolkers Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.

-Rueda Soriano, Y (Coordinadora), "Perspectiva de género en el proceso penal", *Boletín nº10, Juezas y Jueces para la Democracia*, Madrid, diciembre, 2018.

-Rubio Castro, A., y Herrera Flores, J., *Lo público y lo privado en el contexto de la globalización*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2006.

-Rubio Castro, A., "Violencia Institucional de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Universidad de Granada, nº48, 2014.

-Rubio, A., "Haciendo real el principio de igualdad. Interpretación con perspectiva de género", *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº30, 2016.

-Ruíz Pérez, E., *Mujer y Trabajo*, Ed. Bomarzo, 2003.

- Sabater Fernández, C. y Bingen Fernández Alcalde, J., "Estereotipos de género y uso de las nuevas tecnologías", *Icono 14*, volumen 13, 2015.

-Sagardoy Bengoechea, J.A., *Los derechos fundamentales y el contrato de trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, 2005.

-Salazar Benítez, O., *Cartografías de la igualdad ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2010.

-Salazar Benítez, O., *Igualdad, género y derecho*, Ediciones Olejnik, Argentina, 2019.

-Sainz, M., (coord.), *¿Por qué no hay más mujeres STEM? Se buscan ingenieras, físicas y tecnólogas*, Fundación Telefónica, Ed. Ariel, 2017.

-Saldaña Valderas, E., *Discriminación retributiva en función del género*, Mergablum, Sevilla, 2004.

-Santos Fernández, R., "Gestión preventiva de los riesgos laborales en las situaciones de embarazo y lactancia e igualdad de sexo en el empleo", *Revista Técnico Laboral*, nº72, 2007.

-Sanz Saez, C., "La discriminación en contra de las empleadas de hogar, como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples", *Revista de Derecho Social*, 83, 2018.

-Smart, C., *Women, crime, and criminology: a feminist critique*, London Boston: Routledge & K. Paul, 1977.

-Smart, C., "La mujer en el discurso jurídico", *Mujeres, Derecho Penal y Criminología*, Elena Larrauri Pijoan, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1994.

-Simón Rodríguez, M.E., *Hijas de la igualdad, herederas de injusticias*, Narcea, Madrid, 2008.

-Sordo, T., *Violencias en contra de las mujeres en base al género en el Estado mexicano. Un análisis interseccional*, (tesis doctoral inédita), Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Filosofía y Letras, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, España, 2017.

-Suardiaz, E. D., *El sexismo en la lengua española*. Edit. Libros Pórtico. Zaragoza, 2002.

-Suarez González, F., *Menores y mujeres ante el contrato de trabajo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967.

-Tannen, D., *Género y discurso*, Edit. Paidós. Barcelona, 1996.

-Tajfel, H., *Grupos humanos y categorías sociales*, Ed. Herder, Barcelona, 1984.

-Ugartemendia, J., y Bengoetxea, J., "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género", *Teoría y realidad constitucional*, UNED, nº33, 2014.

-Unidad de Igualdad de Género de la Suprema Corte de Méjico, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, México, 2015.

- Ushakova, T. “La aportación del nuevo Convenio de Consejo de Europa al debate sobre la violencia de género”, *Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol.1, nº4, octubre-diciembre 2013.
- Valcárcel, A., *Sexo y Filosofía. Sobre mujer y poder*, Ed. Anthropos, Barcelona, 1994.
- Valcárcel, A., *Feminismo en el mundo global*. Editorial Cátedra, Madrid, 2008.
- Valcárcel, A., Prólogo al libro de Juan Sinisio Pérez Garzón, *Historia del feminismo*, Los libros de la Catarata, Madrid, 2011.
- Valdés Dal-Ré, F., *Igualdad de género y relaciones laborales: entre la ley y la negociación colectiva*, Editorial Reus, Madrid, 2010.
- Valle Muñoz, F., *La protección laboral de la maternidad, paternidad y cuidado de familiares*, Editorial Colex, Madrid, 1999.
- Ventura Franch, A., *Las mujeres y la Constitución Española de 1978*, Instituto de la Mujer, Madrid, 1999.
- Vivas Larruy, M.A., “La discriminación por razón de sexo tras 25 años de Constitución Española”, *Cuadernos de Derecho Judicial CGPJ*, nº3, 2004.
- Vivas Larruy, M.A., “La subjetividad de quien decide. Su reflejo en las resoluciones judiciales dictadas”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº53, 2010.
- Vivas Larruy, A., “Perspectiva de género en el Derecho Penal”, *Cuadernos Digitales de Formación CGPJ*, nº48, 2016.
- West, R., *Género y teoría del derecho*, Siglo del hombre Editores, Santafé de Bogotá, 2002.-Wittgenstein,L., “Tractatus Lógico-Philosophicus”, Alianza Universidad. Madrid, 1993.
- Wollstonecraft, M., *Vindicación de los derechos de la mujer*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1994.
- Young, I.M., *Justice and the Politics of Difference*, Ed. Princeton University Press, Princeton, 1990.

ANEXO. MAPAS JURÍDICOS DE GÉNERO

I. MAPA PRIMERO: JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO¹¹⁴⁰

1. Derecho internacional

1.1 ONU

1.1.1 DUDH (art. 1)

1.1.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3 y 26)

- Observación General N° 28, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres

1.1.3 Pacto internacional de los Derechos económicos, Sociales y Culturales (Arts. 2.2, 3)

- Observación General n°16, sobre igualdad de derechos del hombre y la mujer

1.1.4 CEDAW (arts. 2 c), d), y e) y 5.a) en relación con art. 1) Recomendación General N°2, informes de los Estados partes

- Recomendación General N°19, violencia contra la mujer (actualizada R.G. N°35)
- Recomendación General N°28, eliminación toda forma discriminación contra la mujer
- Recomendación General N°33, acceso de las mujeres a la justicia
- Protocolo Facultativo de la CEDAW.
- Dictámenes y Observaciones: Violencia género. Comunicación 47/2012 Comité CEDAW (*Ángela González vs España*)

¹¹⁴⁰ Se aporta un mapa jurídico con la normativa concurrente y vinculante, que hemos considerado más importante, en materia de justicia con perspectiva de género. Esta primera clasificación es genérica y es un resumen de la fundamentación jurídica contenida en el capítulo 3, según ámbito geográfico.

1.2 OIT

- 1.2.1 Convenio nº100 sobre igualdad de remuneración (1951)
- 1.2.2 Convenio nº111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958)
- 1.2.3 Convenio nº156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981)
- 1.2.4 Convenio nº190 sobre la eliminación y la violencia en el mundo del trabajo (2019)

2. Consejo de Europa

2.1 CEDH (arts. 14 CEDH y 5 bis LOPJ)

2.2 Protocolo 12 al CEDH (art. 1.2)

2.3 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (arts. 4.1, 5, 36 y 49)

2.4 CSE (Protocolo Adicional a la Carta de 5/5/88)

2.5 Recomendación Rec (2002)5E de 30 de abril de 2002, sobre protección de las mujeres contra la violencia

2.6 Recomendación CM/ Rec (2007)17E de 21 de noviembre de 2007, sobre normas y mecanismos de igualdad entre las mujeres y los hombres

2.7 Jurisprudencia TEDH

SSTEDH 9/06/09 (*Opuz vs Turquía*), 7/10/10 (*Konstantin Markin vs Rusia*), 30/10/10 (*Hajduová vs Eslovaquia*), 24/04/12 (*Kalucza vs Hungría*), 26/03/13 (*Valiuliene vs Lituania*), 25/07/17 (*Carvalho Pinto de Sousa vs Portugal*), 9/07/19 (*Volodina vs Rusia*), 27/05/21 (*J.L. vs Italia*)

3. UNION EUROPEA

3.1 Derecho originario

3.1.1 Art. 157 TFUE (Igualdad retributiva, acciones positivas)

3.1.2 Carta de DDFF de la UE (arts. 21 y 23)

3.2 Derecho derivado

3.2.1 Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición)¹¹⁴¹

- Discriminación directa e indirecta, acoso (art 2)
- Acciones positivas (art.3)
- Tutela antidiscriminatoria y derechos procesales reforzados (art.19)
- Tutela reparadora (art.25)
- Transversalidad de la perspectiva de género (art. 29)

3.2.2 Otras Directivas

-Directiva 92/85/CEE de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada

-Directiva 2004/113/CE por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso de bienes y servicios y su suministro

-Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental

-Directiva 2010/41/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma

-Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas

¹¹⁴¹ Refundición de las Directivas 76/207/CEE; 86/378/CEE; 75/117/CEE y 97/80/CE.

-Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos

-Directiva 2019/1158 de 20 de junio, sobre conciliación de la vida familiar y profesional que deroga la Directiva 2010/18/UE a partir del 2 de agosto de 2022

4. Jurisprudencia TJUE

STJUE 17/07/08 (*Coleman*), 16/07/15 (*Chez Razpredelenie*)

5 Guía de buenas prácticas para jueces juezas y fiscales/as (UE + Consejo de Europa, no vinculante)¹¹⁴²

“Training Manual for Judges and prosecutors on ensuring women’s Access to justice”

6. Derecho interno

6.1CE - Arts. 1,9.2 y 14 (STC 216/1991, 39/2002, 26/2011)
Arts. 10.2, 53.1 y 96.1 CE (STC 140/2018)

- Interpretación y aplicación de los Tratados y Convenios internacionales (Tratado de Viena 1968 y Ley 25/2014 de 27 de noviembre)
- Jurisprudencia
 - SSTC 140/2018, 113/2021 y 119/2021

6.2LOIEMH (art. 4 en relación con art. 9.2 CE y 3.1 CC)

- Art. 15, en relación con el 3 y 14
- Art. 44

¹¹⁴² Este manual práctico para jueces/as y fiscales/as pretende asegurar el acceso de las mujeres a la justicia. No es vinculante. Se ha impulsado conjuntamente por la UE y el Consejo de Europa y contiene pautas y recomendaciones judiciales para evitar el uso de estereotipos.

- Jurisprudencia
 - STS (Sala 1ª): 20/04/11 (Rec. 87/2009)
 - SSTS (Sala 2ª): 24/5/18 (Rec.10549/2017), 13/6/18 (Rec.10621/2017), 19/11/18 (Rec. 10279/2018), 20/12/18 (1388/2018), 26/02/19 (Rec. 10497/2018), y 6/03/19 (Rec. 779/2018)
 - STS (Sala 3ª): 17/07/18 (caso *Ángela González*-Rec.1002/2017)
 - STS (Sala 4ª): 21/12/09 (Rec.201/2009)

6.3LOPJ (arts.5.1, 7.1 y 2)

6.4LOMPIVG (arts.1 y 2)

- Jurisprudencia
 - STC 59/2008

6.5Ley 39/1999 de 5 noviembre que transpone directrices internacionales y comunitarias en materia de conciliación vida familiar y laboral

- Jurisprudencia:
 - SSTC 17/2003, 26/2011 y 233/2007

6.6Jurisprudencia interna general

- SSTS (Sala 1ª): 26/04/17 (Rec. 1370/2016), 25/09/19 (Rec. 64/2019), 29/03/21 (Rec.3110/2019), 31/05/21 (Rec. 5288/2020)
- SSTS (Sala 2ª): 24/04/19 (Rec. 972/2018), 21/5/19 (Rec. 2611/2018), 4/07/19 (Rec. 396/2019), 20/12/19 (Rec. 1369/2018), 8/01/20 (Rec.10291/2019), 24/02/20 (Rec.2335/2018), 10/07/20 (Rec. 2428/2018), 14/09/20 (Rec. 10098/2020)
- SSTS (Sala 3ª): 14/03/14 (Rec. 4371/2012), 26/02/18 (Rec. 1306/2017), 5/06/20 (Rec. 4751/2017), 17/12/20 (rec. 1365/2020), 4/02/21 (Rec. 29/2019), 10/02/21 (Rec. 2468/2019), 14/06/21 (Rec. 6061/2021), 16/06/21 (Rec. 7387/2021)
- SSTS (Sala 4ª): 20/01/16 (Rec. 3106/2014), 26/09/18 (Rec.1352/2017), 3/12/19 (Rec. 141/2018), 6/02/20 (Rec.

3801/2017), 11/02/20 (Rec. 3395/2017), 23/06/21 (Rec. 161/2019), 23/09/20 (Rec. 70/2019), 26/01/21 (Rec. 50/2020), 23/06/21 (Rec. 161/2019)

- TC: 162/2016, 108/2019, 71/2020, 119/2021

II. MAPA SEGUNDO. IMPARTICIÓN DE JUSTICIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO¹¹⁴³

1. Derecho internacional

1.1 CEDAW (arts. 1, 2 c) d) y d) y 5 a)

Comunicación 47/2012 Comité CEDAW(*Ángela González vs España*).

-**Recomendación General nº 19** (actualización nº 35 y 33 del Comité CEDAW)

1.2 Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (arts. 30 y 49)

2. Unión Europea

2.1 Art. 29 Directiva 2006/54 (transversalidad de la perspectiva de género)

2.2 Guía Europea de buenas prácticas (No vinculante)

- *Training Manual for Judges and prosecutors on ensuring women's Access to justice* (UE y Consejo de Europa)

3. Derecho interno

¹¹⁴³ Esta segunda clasificación concretiza, la normativa específica en la que se sostiene el mandato de integrar la perspectiva de género en la impartición de justicia, dirigido al poder judicial.

3.1 CE (arts. 10.2 y 96.1 CE por lo que respecta a la vinculación de los Tratados Internacionales y arts. 1,9.2, 53.1 y 14)

3.2 LOIEMIH (arts. 4,15 y 44)

3.3 LOPJ (arts.5.1, 7.1 y 2)

3.4 Jurisprudencia interna general

- SSTS (Sala 1ª): 20/04/11 (Rec. 87/2009)
- SSTS (Sala 2ª): 24/05/18 (Rec. 10549/2017), 13/6/18 (Rec.10.621/2017), 19/11/18 (Rec.10.279/2018), 20/12/18 (Rec.1388/2018), 6/03/19 (Rec.779/2018), 31/05/19 (Rec. 3796/2018), 4/05/20 (Rec.10613/2019), 18/12/20 (Rec.10334/2020), 11/02/21 (Rec.10559/2020), 23/04/2021 (Rec.1665/2019)
- SSTS (Sala 3ª): 17/07/12 (Rec. 5377/2009), 26/02/18 (Rec. 1306/2017), 17/07/18 (*Ángela González*- Rec. 1002/2017), 16/10/19 (Rec. 2013/2018), 8/10/20 (Rec. 2135/2018)
- SSTS (Sala 4ª): 21/12/09 (Rec. 201/2009), 29/01/20 (Rec. 3097/2017), 6/02/20 (Rec. 3801/2017), 9/07/20 (Rec. 201/2018), 14/10/20 (Rec. 2753/2018)
- SSTC: 140/2018, 87/2020, 113/2021