

LOUSADA AROCHENA, J. F. (2021), *El enjuiciamiento de género*, Dykinson, Madrid, 158 p.

Miguel Ángel Chamocho Cantudo
Universidad de Jaén, España

**EL
ENJUICIAMIENTO
DE GÉNERO**

José Fernando Lousada Arochena



Dykinson, S.L.

La perspectiva de género entendida, grosso modo, como aquella visión o enfoque que enfatiza las construcciones sociales y culturales partiendo del reconocimiento de una desigualdad entre hombres y mujeres, intentando la subversión de dicha desigualdad, en aras de construir una mayor igualdad, es un fenómeno que, desde finales del siglo XX, exige un análisis transversal de nuestra convivencia en aras de la realización efectiva de la igualdad de derechos de la mujer y del hombre. La igualdad de género, paradigma de la corriente feminista, entendida como igualdad real, y no sólo formal entre hombres y mujeres, debe ser concebida como un derecho fundamental a la citada igualdad efectiva entre personas de ambos sexos. Y esta perspectiva, enfoque, y para muchas, ideología de género, se ha instalado en nuestra sociedad, y ha venido para quedarse.

En esa línea de transversalidad de la perspectiva de género se enfoca el presente trabajo de José Fernando Lousada Arochena, bajo el título de *El enjuiciamiento de género*, publicado por la editorial Dykinson, en Madrid, en este año de 2021.

Sin lugar a dudas que una de las fortalezas de una obra como ésta radica en la personalidad de su autor, un hombre vinculado estrechamente con la profesión jurídica, con el oficio propio del jurista desde distintas perspectivas, desde la paleta del taller sapiencial teórico, como es su condición de profesor doctor en Derecho procesal civil y penal en la Universidad de La Coruña, como desde la paleta del taller más práctico, ya que como buen operador jurídico, compatibiliza la docencia con la práctica jurídica en su calidad de Magistrado especialista de lo Social en el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, además de abogado fiscal excedente. En suma, un doble compendio de habilidades motoras que le permiten confeccionar una obra doctrinal, a la vez que funcional, esa mixtura propia de lo teórico y de lo práctico que, convierten su aportación en una obra de referencia, tanto para el teórico que quiere acercarse a la cuestión de género en los tribunales, como para el práctico, juez, magistrado, abogado, etc., que tiene que lidiar cotidianamente, desde la presentación de una demanda, hasta la redacción de una sentencia. Pero es que, el autor, magistrado y profesor Lousada, en la materia que abarcan las páginas de su libro, es uno de los pioneros en este tipo de enjuiciamiento, no en vano, fue ponente de las primeras sentencias dictadas en España en materia de acoso sexual laboral y de discriminación sexista indirecta en la Seguridad Social; ha sido hasta 2007, coordinador del grupo de expertos que redactó el

documento de trabajo previo a la tramitación formal de la Ley Orgánica de Igualdad de dicho año; es colaborador, desde 2011, en la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial; ha comparecido en distintas ocasiones ante subcomisiones de la Comisión de Igualdad del Congreso de los diputados en materias tan transversales, para hombres y mujeres, como racionalización de horarios, conciliación y corresponsabilidad y trata de personas con fines de explotación sexual. Ha sido copresidente desde 2019 de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo, así como autor de varias monografías en las que la perspectiva de género han sido elementos clave en su constructo intelectual y doctrinal.

Centrándonos en su obra, y en cinco capítulos, más una presentación, una introducción, y el correspondiente aporte bibliográfico, el autor desmenuza concienzudamente, y con un cuidado exquisito en la utilización del lenguaje (máxime teniendo en cuenta el lenguaje de género), la problemática que quiere abordar, que no es otra que la perspectiva de género que ha de prevalecer también en el enjuiciamiento procesal, sobre todo, en el proceso penal. Como bien indica el autor, “el enjuiciamiento de género no sólo es una metodología de aplicación de interpretación de las normas jurídicas que pretende una mayor igualdad efectiva entre los sexos; también es un instrumento necesario para conseguir la imparcialidad en todas las decisiones judiciales, fortaleciendo la independencia judicial”; es decir, que el hecho de ser mujer hoy sigue pesando como rémora a la hora de sufrir discriminación, y que dicha discriminación, llevada al enjuiciamiento civil o criminal, no proyecte a su vez, una doble discriminación por la utilización de estereotipos de género nocivos.

Su obra determina, en tres primeros capítulos, una construcción doctrinal, a mi juicio, clara y concisa, de los aspectos teóricos en torno a la igualdad de género, a la violencia de género, y a la exigencia y progresiva visibilidad y consolidación de la conciliación y corresponsabilidad como derechos fundamentales. Por su parte, los capítulos cuarto y quinto aportan el reconocimiento normativo hacia la exigencia del enjuiciamiento de género, y un más que soberbio análisis judicial y jurisprudencial de dicha perspectiva o enfoque de género en importantes pronunciamientos judiciales, con particular apreciación al llamado “caso de la manada”.

La perspectiva iniciática de su concepción de la igualdad de género la deja clara el autor, apenas abierto su libro, entendiéndola como “un auténtico derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres que a su vez es un derecho fundamental madre de otros derechos fundamentales”, refiriéndose a esos otros derechos fundamentales, tales como el derecho a vivir sin violencia de género, la conciliación familiar y laboral, etc. (p. 13).

El análisis doctrinal, teórico, del capítulo primero sobre la igualdad de género (pp. 15-49) es analizado desde el sistema patriarcal romano, generador de la desigualdad, luego alimentada por la perspectiva dogmática canónica, para la cual “el más alto destino y misión de la mujer es cumplir las funciones benéficas de esposa y madre: es la ley del Creador” (p. 16). Repasa las valoraciones intelectuales de las primeras feministas a lo largo y ancho de los continentes, Mira Bradwell, Victoria Minor, Olympe de Bouges, analizando posteriormente las consideradas como primeras leyes clásicas de la igualdad. Una primera ola de feminismo que, a juicio del autor, supone “un antes y un después: antes había un derecho machista, que explícitamente trataba a las mujeres de manera diferente e inferior a la de los hombres; después habrá un derecho masculino, que reconoce a las mujeres los derechos que con anterioridad, por reconocerse solo a los hombres, estaban contruidos con la medida masculina”, lo que viene a identificarse con las tesis del asimilacionismo en el reconocimiento de los derechos a las mujeres que antaño correspondían a los hombres (p. 23). Con el mismo enfoque histórico y de reconstrucción de una nueva hornada de feminismo, reconstruye lo que denomina segunda ola, así como las leyes, ahora denominadas “modernas”, de la igualdad, una segunda ola que tiene como punto de partida la obra de Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*, publicada en 1949. “Nace así el movimiento de liberación de la mujer, que encuentra la causa de la discriminación no en el sexo (esto es, en las diferencias físicas entre hombres y mujeres) sino en el género (esto es, el añadido sociocultural)” (pp. 25-26). Aprovecha el autor en este epígrafe de la segunda ola del feminismo para reconstruir la teoría feminista del Derecho, análoga a la teoría crítica del Derecho, que nos indica que “el Derecho no es Razón, sino que es Poder (...), el Derecho no representa la Razón Universal, sino la de los hombres en cuanto detentadores del Poder” (p. 26). Este planteamiento feminista ha permitido importantes leyes modernas tales como la 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ambas dos orgánicas.

Acto seguido, y dentro de este capítulo primero, nuestro autor teoriza sobre la Igualdad de trato, un epígrafe eminentemente doctrinal, bajo el paradigma del conceptualismo, muy pulcro y cuidadoso con el lenguaje, muy honesto con sus planteamientos, tanto en la determinación de la discriminación sexista, ya sea directa (contra una mujer individualizada, por causa de embarazo, etc.) o indirecta (por la que la mujer, entendida de forma generalizada o neutra, es discriminada en razón de su sexo con respecto a personas del otro sexo, como en la diferencia retributiva, promociones profesionales diferenciadas, diferencias legales en el cómputo de las cotizaciones exigidas,

etc). Teoriza igualmente sobre determinadas discriminaciones subjetivas, ya sea por asociación (diferencias jurisprudenciales en materia de patria potestad de hijos cuando la madre es prostituta); sobre la codiscriminación; la discriminación por apariencia; así como la discriminación múltiple, acumulativa o interseccional.

Un último epígrafe de este capítulo primero hace referencia a la igualdad de oportunidades con un importante decálogo de medidas dirigidas a esta igualdad, en tres líneas programáticas concretas, las referencias a una acción positiva para dicha igualdad, tanto en el ámbito de lo público como en el derecho privado, las que hacen referencia a una presencia equilibrada o de discriminación positiva en materia de listas electorales, consejos de administración de sociedades, presencia de mujeres en puestos directivos de la administración, y finalmente a medidas de igualdad de oportunidades, como derechos de conciliación, voluntariedad en el trabajo a tiempo parcial, trabajo en domicilio o teletrabajo, implantación de una red de guarderías públicas gratuitas, servicios públicos de atención a personas dependientes, entre otras muchas.

El capítulo segundo lo dedica a la caracterización de la violencia de género, desde sus manifestaciones primarias, en pareja, por otros familiares varones, feminicidio, delitos sexuales en toda su extensión, violaciones grupales, instrumentalización en conflictos bélicos de estas violaciones grupales, estupro, raptos, mutilaciones genitales, y un sinnúmero de ejemplos propuestos por el autor. También desde un punto de vista conceptual, trata cómo la violencia de género parte precisamente del campo semántico de la palabra “género”, como denominador común de la pirámide de esta violencia contra la mujer. De este modo, dice el autor, “la mujer no sufre violencia por las características físicas de su sexo, sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo (esto es por el género (...)). Unos estereotipos que, considerados en su conjunto, constituyen una superestructura ideológica habitualmente llamada en las teorizaciones feministas sistema patriarcal, o patriarcado, que justifica la superioridad / dominación de los hombres y la inferioridad / sumisión de las mujeres en todos los ámbitos de la vida” (p. 59). En este sentido, el acoso sexual es concebido como la base de la pirámide y manifestación paradigmática de la violencia de género, entendido éste, el acoso, no como la necesidad por las apetencias sexuales del agresor, sino a un determinado estereotipo de entendimiento de la sexualidad en el cual el hombre es el cazador (es el sujeto activo) y la mujer es la presa (es un objeto pasivo). Una violencia de género que se manifiesta de forma directa, pero también de forma secundaria, como la violencia estructural que fomenta o provoca la

incitación a la víctima para no denunciar dicha violencia por miedo a no ser creída, a sentirse culpable y a culpabilizarse de la agresión sufrida, además del conflicto psicológico que le supone convertirse, además de víctima de violencia de género, en víctima de las posibles represalias familiares si lleva a cabo la denuncia. Por esta razón, Lousada Arochena afirma categóricamente que “el negacionismo de la violencia de género es una manifestación de violencia de género, ciertamente secundaria, pero al fin y al cabo una manifestación de violencia de género” (p. 69).

El segundo epígrafe de este capítulo segundo, vuelve sobre el paradigma del conceptualismo jurídico a la identificación de categorías como el derecho machista, el derecho masculino y la igualdad de género, adentrándose en la definición de violencia de género, no sólo en el derecho español, sino más allá de nuestro ordenamiento jurídico, llevando su construcción hasta los textos universales de derechos humanos (tales como la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer aprobada por la Asamblea General de NNUU, mediante resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993) y en particular, en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género aprobado en Estambul en 2011.

El capítulo tercero se centra en aspectos tales como la conciliación, en su consideración de derecho fundamental, reconstruyendo para ello el estado de la cuestión de dicha conciliación en el ordenamiento jurídico vigente. En suma, un capítulo que bien puede ser un pequeño y breve manual sincrético de la conciliación en España.

Los dos últimos capítulos captan la atención del lector en la materialización, ya no sólo del constructo de la violencia de género, sino de su enjuiciamiento, dedicando el capítulo cuarto al reconocimiento normativo de dicho enjuiciamiento de género, y un más que relevante capítulo quinto, sobre la aplicación judicial de dicho enjuiciamiento, del que recordemos, nuestro autor, en su consideración de Magistrado, lo ha llevado a gala en múltiples procesos judiciales.

Así, en el capítulo cuarto reconstruye el reconocimiento normativo al enjuiciamiento de género determinando los estereotipos que nuestra legislación procesal poseía inicialmente, centrándose en la convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Analiza el mismo reconocimiento normativo, pero más allá de la normativa española, centrándose en el ámbito regional europeo, para posteriormente centrarse en las novedades incorporadas tras la apertura del constitucionalismo español de 1978 al enjuiciamiento de género, tanto por el reconocimiento de

la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1), y como principio jurídico general (art. 14), con aspectos de derecho fundamental (en arts. 9, 14 y 53.2). Posteriormente desarrolla este reconocimiento normativo del enjuiciamiento de género a través de la glosa y comentario del artículo 4 de la ley orgánica de igualdad, desde la perspectiva propia de todo operador jurídico, su interpretación, aplicación o integración de una norma jurídica.

Por último, el capítulo quinto se centra en la aplicación judicial del enjuiciamiento de género aportando una serie de orientaciones que ha ido construyendo la doctrina judicial española, al respecto. Sin ninguna consideración de *numerus clausus*, el autor recoge entre otras orientaciones las que hace referencia a la no introducción de prejuicios de género aspectos tales como, la interpretación de las normas jurídicas aplicándolas siempre, atendiendo a las circunstancias objetivas de los hechos enjuiciados; la valoración de la conducta de las víctimas, sobre la base de cómo debe actuar una víctima modelo, o la valoración de las pruebas, y en particular en la valoración de la declaración de las víctimas de delitos sexuales o de violencia de género. Igualmente propone como orientaciones la ponderación de la igualdad de género en la interpretación de las normas jurídicas intentando flexibilizar su literalidad para potenciar las finalidades de la tutela antidiscriminatoria; o también ponderando la igualdad de género en la integración de las normas llenando lagunas derivadas del olvido de situaciones feminizadas. Por último, propone para un enjuiciamiento de género, tener en consideración la prohibición de la discriminación por maternidad y de la erradicación de las consecuencias negativas de embarazo, parto o lactancia; además de los aspectos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral de las personas trabajadoras en clave de corresponsabilidad.

En suma, una obra de referencia para la materia, un manual de instrucciones para el que quiera acercarse a la perspectiva de género en el derecho, y un referente de cabecera para la temática más específica de la aplicación de un enjuiciamiento civil, penal, laboral, en perspectiva de no discriminación por el género de las personas encausadas.