



EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LOS SUPUESTOS DE LAS MUJERES VICTIMAS DE VIOLENCIA DE GENERO Y/O DOMESTICA

I.- El principio de igualdad y el concepto de discriminación

Voy a abrir mi intervención con una cita que, a mi juicio, sintetiza los puntos esenciales desde los que abordar la lacra de la violencia contra la mujer: poner fin a todas las formas de discriminación, promover la igualdad de género, el empoderamiento de las mujeres y el ejercicio efectivo por parte de las mujeres de todos sus derechos humanos. La cita corresponde a una de las conclusiones del Informe del Secretario General de las Naciones Unidas, en la presentación del *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*, el 6 de julio de 2006:

“La violencia contra la mujer es una violación de los derechos humanos, arraigada en las relaciones de poder históricamente desiguales entre los hombres y las mujeres y la discriminación sistémica contra la mujer que está difundida tanto en la esfera pública como en la privada. El contexto general del que surge comprende las disparidades de poder manifestadas en el patriarcado, las normas y prácticas socioculturales que perpetúan la discriminación por motivos de género y las desigualdades económicas. Su alcance y su prevalencia reflejan el grado y la persistencia de la discriminación por motivos de género a que se enfrentan las mujeres, que frecuentemente resulta agravada por otros sistemas de dominación. Por consiguiente, la violencia contra la mujer debe abordarse en el contexto de los esfuerzos por poner fin a todas las formas de discriminación, promover la igualdad de género, y el empoderamiento de las mujeres y crear un mundo en el que todas las mujeres gocen de todos sus derechos humanos”¹.

La Exposición de Motivos de la Ley de Violencia nos recuerda que la Organización de las Naciones Unidas, en la IV Conferencia Mundial celebrada en Beijing, en 1995, reconoció 1) que la violencia contra las mujeres es un obstáculo para lograr los objetivos de igualdad, desarrollo y paz, 2) que tal tipo de violencia posee condicionantes culturales basados en la superioridad del género masculino sobre el femenino y, 3) que conculca además del derecho a la igualdad, el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales de la persona, en este caso la mujer, tales como el derecho a la vida, la dignidad de la persona y el libre derecho de la personalidad, la libertad, la seguridad, la integridad física, derechos consagrados en la Constitución española, en los artículos 10, 14 y 17.

Ciertamente, dichos derechos resultan igualmente vulnerados cuando la víctima de la violencia familiar es otro miembro de la familia, pero la realidad social demuestra que es la mujer la que más sufre este tipo de violencia, lo que ha

¹ Informe del Secretario General de Naciones Unidas, en la presentación del *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer*. Naciones Unidas, Asamblea General, A/61/122/Add.1.



provocado la necesidad de dar una respuesta contundente a esta lacra social. Esta necesidad ha sido atendida por el legislador con la promulgación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La evaluación jurídica de la cuestión de si es constitucional castigar más gravemente al autor de un delito de maltrato habitual cuando el sujeto activo es el hombre que cuando se trata de una mujer, se enmarca en el alcance del principio de igualdad y de las excepciones a dicho principio que poseen una justificación objetiva y razonable.

Para comprender correctamente la cuestión, es necesario previamente analizar las razones de la complejidad conceptual del tema, como son, la existencia de diversas “concepciones” de igualdad, ya que puede darse el caso de que para algunas personas, un caso constituya una discriminación y para otras no lo sea, porque utilizan distintas concepciones de igualdad. Además de las “concepciones” de igualdad, también pueden variar los “modelos” de igualdad. Es el caso de personas que, compartiendo una misma “concepción” de igualdad, no coincidan a la hora de identificar situaciones de discriminación, y ello se debe a la existencia de diversos “modelos” de igualdad, como la igualdad de trato, igualdad de oportunidades, etc.

Finalmente, junto al concepto de igualdad, es necesario también precisar el concepto de discriminación positiva o acción positiva, como un mecanismo legal dirigido a conseguir una igualdad real y efectiva.

Sin más preámbulos, pasemos a analizar cada una de estas claves por separado, al objeto de profundizar en el principio de igualdad, junto con los conceptos de discriminación y acción positiva, para posteriormente, aplicar tal epistemología a la tutela penal en el ámbito de la violencia contra la mujer, presente en la Ley Integral de Medidas contra la Violencia contra la Mujer, una de cuyas previsiones legales ha sido objeto recientemente de numerosas formulaciones de cuestión de inconstitucionalidad.

A) Igualdad

El tema de la igualdad puede ser abordado desde diversas perspectivas y con intereses igualmente diversos. Me limitaré a exponer la concepción de la igualdad que ha predominado en el desarrollo del Derecho moderno previamente a la inclusión en dicha concepción de la respuesta ofrecida al fenómeno de la discriminación, con objeto de percibir mejor el impacto que produce tal introducción en su conceptualización.

1.- La igualdad como igualdad de trato

Ya desde el pensamiento filosófico clásico, la igualdad se concibe como un principio de justicia. Así Aristóteles, en su *Política*, manifiesta que la justicia consiste en la igualdad, es decir, que la igualdad, para ser justa, ha de consistir en



igualdad para los iguales, y correlativamente, la desigualdad será justa para los desiguales. Como se puede constatar, esta expresión de la igualdad supone configurar la igualdad como *igualdad de trato*: la igualdad justa consiste en *tratar* igual a los iguales y desigual a los desiguales.

Como veremos más adelante, el hecho de que en la cultura jurídica dominante se conciba también la igualdad como igualdad de trato –y no, por ejemplo, como **igualdad de status**– no resulta una cuestión irrelevante. Asimismo, se trata de una concepción meramente **formal**, en cuanto a que no sirve para resolver los problemas que plantea la igualdad de trato.

Efectivamente, en esta concepción no quedan resueltas las cuestiones relativas a *quién es igual a quién* y *en qué*. Es decir, la igualdad presupone una relación comparativa en la que *se seleccione* un patrón de comparación que, en tal medida, resultará *relevante*. Es lo que se denomina “patrón relevante de comparación”. Es por ello que todo juicio de igualdad de trato requiere de un acto de decisión en el que se seleccione quiénes y qué datos van a considerarse relevantes en orden a la emisión del juicio comparativo de igualdad, operando en esta selección también, distintos criterios de justicia.

Podemos afirmar, por tanto, que el deber de y el derecho a la igualdad de trato resulta una cuestión controvertida. En línea de principio, todas las personas estamos de acuerdo con la igualdad, pero, cada cuál tiene su concepción de la igualdad, que responden a diferentes concepciones de la justicia. Por ello propugnar “igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales” no es suficiente para resolver los problemas de la igualdad de trato.

2.- El Principio de igualdad como Equiparación y como Diferenciación

En un intento de superar el problema planteado, se procede a establecer una distinción en el principio de igualdad, entre igualdad formal e igualdad material. El principio de igualdad exige conferir un estatuto jurídico que se traduzca en una igualdad de trato de las personas en el Derecho y ante el Derecho, es decir, tratar a las personas como iguales.

Ahora bien, la pregunta es ¿cómo se debe aplicar esta exigencia de igualdad de trato? La respuesta a esta pregunta viene dada por una categoría importante del principio de igualdad: igualdad por equiparación e igualdad por diferenciación.

La “**igualdad por equiparación**” consiste en lo siguiente:

*“La equiparación como manifestación de la igualdad ante la ley supone un **trato igual de circunstancias o de situaciones no idénticas**, que, sin embargo, se estima **deben considerarse irrelevantes** para el disfrute o ejercicio de determinados derechos o para la aplicación de una misma reglamentación normativa.*

Por su parte, la “**igualdad por diferenciación**”, consiste en:



*“La diferenciación puede ser, asimismo, expresión del valor igualdad ante la ley. Se trata de una **diferenciación en el trato basado en la existencia de condiciones relevantes** respecto a los efectos de las normas. Esta diferenciación potencia, y no dificulta, la igualdad ante la ley, y es un elemento de conexión con la **igualdad material**, puesto que en el establecimiento de los **datos relevantes** se puede, en ocasiones, tener en cuenta **criterios de redistribución general** que faciliten la satisfacción de necesidades...”*

A partir de esta categoría es posible comprender que el principio de igualdad exigirá en determinados casos obviar ciertas diferencias fácticas y equiparar personas o bien situaciones distintas, con la finalidad de otorgar una igualdad de trato –igualdad por equiparación-, mientras que en otras situaciones, el principio de igualdad exigirá tener en cuenta las diferencias fácticas existentes a efectos de establecer un estatuto diferenciado, porque sólo de esta forma se puede garantizar la igualdad de trato.

La equiparación y la diferenciación como categorías de la igualdad tienen por objeto dar un trato igualitario, lo cuál exigirá equiparar o diferenciar con el objetivo de evitar perjuicios a una persona o un grupo de personas.

Ahora bien, sentado lo anterior, la cuestión fundamental consiste en determinar cuándo debe equipararse y cuándo debe diferenciarse, es decir, en saber en qué casos las diferencias fácticas deben ser consideradas irrelevantes y en cuáles deben ser consideradas relevantes y tenidas en cuenta a efectos de establecer un estatuto diferenciado conducente a la igualdad de trato.

Este es un problema crucial, un problema de teoría de la justicia. Es decir, ¿Cuándo debe equipararse y cuándo debe diferenciarse?

3.- No existe juicio de igualdad neutral

Si hemos dicho que todo juicio de igualdad requiere una **selección de criterios de comparación**, que por efecto de la misma, se convierten en **relevantes**, con razón se ha dicho que no existe juicio de igualdad neutral. Y es que, la relevancia, el hecho de considerar algo relevante, implica instrumentalidad –algo es relevante en la medida en que sirve para lograr un objetivo-. Por lo tanto, considerar cierta característica relevante en orden a un juicio de igualdad implica, implícitamente, considerar que otra o las demás son irrelevantes. Y esta cuestión resulta especialmente importante cuando el juicio de igualdad forma parte de un razonamiento. De modo que resulta del todo trascendente la **relevancia del criterio de selección** en orden al juicio de igualdad.

Y esto queda patente en dos cuestiones, por un lado, que en ocasiones se presentan como “lógicos” argumentos que son más bien “ideológicos”; por otro, que para establecer sus juicios de igualdad se seleccionan criterios “relevantes” distintos. Pues bien, presentar argumentos ideológicos como si fueran lógicos o utilizar criterios relevantes como si fueran criterios imparciales son muy habituales en los juicios de igualdad.

4.-. Deconstrucción del concepto de igualdad hegemónico o dominante en la cultura jurídico-política occidental: la igualdad política liberal

La relación de la igualdad con los criterios de justicia también es aplicable al concepto de igualdad sobre el que se construye la concepción del Derecho y del Estado modernos, la igualdad liberal. De tal manera que la concepción liberal de la igualdad se construye sobre determinadas características que van a constituir al sujeto de la igualdad, aunque esta selección no sea explícita. Aunque la igualdad liberal se pretenda universalista, se trata de un falso universalismo (Ferrajoli: 1999).

La proclama de la igualdad política propia de la concepción moderna del Derecho y del Estado dice: "Todos los hombres son (nacen) iguales" (deben ser considerados y tratados igual). El significado emotivo proviene de la expresión "todos", como contraposición a una situación de la sociedad estamental del Antiguo Régimen en donde sólo unos pocos disfrutaban de los bienes y derechos. No obstante, el uso de la citada expresión no nos debe llevar a engaño: "todos" no abarca la totalidad de las personas, sino la totalidad de los pertenecientes a un determinado grupo social", dado que se trata de un grupo más amplio del que hasta entonces había detentado el poder. Se refiere a al grupo de los varones, blancos y propietarios. En consecuencia, la igualdad política liberal, que es la noción sobre la que se sustenta la concepción jurídico-política moderna es, una igualdad entre individuos, varones, blancos y propietarios. Estas características van a permear tanto la idea de la legitimidad del Derecho y del Estado –mediante el mito del contrato social-, como la configuración de las estructuras sociales, económicas, jurídicas y políticas que, reflejarán las diferencias de poder existentes entre el/los grupos integrado por individuos de las características reseñadas y el/los grupo/s integrado por individuos que carecen de las mismas.

La diferencia de poder –de status- entre los distintos grupos sociales no se recoge en el concepto político de la igualdad liberal. La misma idea del pacto o contrato social, sobre el que se edifica el estado moderno requiere un reconocimiento de la capacidad contractual entre seres libres e iguales. El pensamiento ilustrado basa la igualdad y la libertad en la Razón, característica fundamental del individuo firmante del contrato social, que no le es reconocida a las mujeres, quienes son definidas como Naturaleza, y por lo tanto, vinculada a la esfera doméstica, privada. Así, en nombre de la Razón ilustrada, al tiempo que se justifica la liberación de los hombres, se justifica la dominación de las mujeres, ya que al carecer de la cualidad de individuo, no pueden firmar el contrato social ni participar en la esfera pública.

El concepto moderno de igualdad se ha construido sobre los derechos de los individuos, no de los grupos. Pero además, la propia contraposición individuo-grupos es producto del falso universalismo que se atribuye al concepto de igualdad, y que esconde que lo que ocurre realmente es que el **modelo de individuo implícito en el "principio general de igualdad" es el del individuo que pertenece al grupo dominante**, con una serie de características anteriormente citadas. En



consecuencia, no existe contraposición individuo-grupo, sino de individuos que pertenecen a grupos con distinto poder social.

5.- La igualdad “ante la ley”

La formulación “Todos los hombres son iguales ante la ley” o “La ley es igual para todos” expresa un principio que ha dado pie a diversas interpretaciones. Así, se le adjudican acepciones que van desde la originaria consistente en la absoluta indiferenciación legal entre las personas, o la referente a la prohibición de diferenciación arbitraria o injusta de las personas (discriminación) atendiendo a determinados criterios de diferenciación o clasificación (la raza, el sexo, la orientación sexual, la religión...).

Se distingue también en función del destinatario del principio entre la igualdad “en la ley” –cuando el principio se dirige al ejecutivo- y la igualdad “en la aplicación de la ley” - cuando va dirigido al poder judicial-.

Una cuestión relacionada con este principio es que, a pesar de que la acepción más novedosa esté vinculada a la prohibición de la discriminación –de unos grupos contra otros-, no hay que olvidar que está incluida en un concepto de igualdad (política) que tiene como sujeto a un modelo de individuo falsamente universal. Esto da lugar a paradojas en la resolución de la problemática derivada de la desigualdad de status o poder de los grupos en la sociedad.

El liberalismo, con su modelo de sociedad como suma de individuos libres e iguales, aporta justificación a las desigualdades e injusticias sociales que padecen las mujeres. Con ello, se perpetúa la asimetría social y política entre mujeres y hombres.

El dogma positivista de la neutralidad del derecho fue criticado por el feminismo jurídico y las consecuencias de esto deberían conducirnos a plantear la necesidad de que cualquier intervención jurídica a favor de los derechos de las mujeres requiere el cuestionamiento de muchos de los instrumentos y praxis jurídicas clásicas. El pensamiento jurídico tradicional está todavía anclado en una noción de la igualdad que no entiende como discriminación las formas más modernas de discriminación, la discriminación sexual, una discriminación de carácter intergrupal, que desborda el marco individual desde el que ha sido tradicionalmente pensada la discriminación. La nueva Ley de Igualdad 3/2007 ha venido a consagrar en el derecho español el concepto de discriminación indirecta o la legalidad y la legitimidad de las acciones positivas como forma de desarrollo de la igualdad sustantiva. En este contexto, la Ley de Violencia de género, es un intento de ampliar la noción misma de igualdad y de desarrollar políticas de derechos para las mujeres.

B) Discriminación

El fenómeno de la discriminación se define en términos distintos, dependiendo del enfoque con el que se realice. De ahí que el confusionismo sobre



el Derecho antidiscriminatorio provenga en buena medida del abuso del término “discriminación”.

Así, se utiliza la palabra discriminación, tanto para designar la quiebra de la igualdad en el trato a individuos pertenecientes a un mismo grupo, en el que no se advierten diferencias de status o poder, como para designar la ruptura de la igualdad que se da en el trato a individuos pertenecientes a grupos entre los que se observa tal diferencia, cuando, realmente, el fenómeno de la desigualdad de trato en ambos supuestos es distinto, presentan problemáticas diferentes que requieren soluciones también diversas.

Además, se produce otro uso de la palabra discriminación, tanto para referirse a una simple diferenciación o distinción –el significado originario y neutro-, como para designar una diferenciación injusta o arbitraria –el significado peyorativo-. La confusión se deriva de la pretensión de conservar ambos significados, de forma que, se prejuzga como discriminación –en el sentido de distinción injusta o arbitraria- simples diferenciaciones que, no sólo no tienen por qué considerarse injustas, sino que han sido establecidas, precisamente para *eliminar desigualdades estructurales* – el caso de la acción positiva o discriminación positiva o inversa-.

1.- La discriminación como fenómeno injusto de carácter intergrupal

De ahí que con objeto de evitar malos entendidos, ambigüedades y usos del lenguaje manifiestamente ideológicos, en la cultura jurídico-política se hace necesario convertir el término en una palabra técnica-jurídica, mediante su redefinición con el objeto de que pierda su significado neutral –de simple diferenciación- y asignarle únicamente el significado de ***diferenciación injusta***. A su vez, habría que considerar como discriminación únicamente la referente a la **desigualdad de trato grupal** o entre **individuos que pertenecen a grupos con distinto status o poder social**.

2.- La discriminación como fenómeno de dominio-subordinación de carácter estructural

Los términos dominación o subordinación poseen un énfasis extremo en la cultura jurídico-política moderna, pero poseen la ventaja de referir un modo de evaluar la **injusticia social**, basado en el análisis de las estructura y las prácticas sociales, que mediante el lenguaje del liberalismo individualista resultaría imposible de medir.

Veamos más detenidamente el significado de dichas palabras. La opresión o dominación hacen referencia a una situación de ***injusticia estructural*** que presenta diversos aspectos –explotación, marginación, pobreza, imperialismo cultural y violencia- sufrida por algunas personas en su vida diaria. La mención al carácter ***estructural*** significa: 1) que se trata de una situación que se reproduce



sistemáticamente en las principales instituciones económicas, políticas y culturales; 2) que no es necesario identificar un grupo con conciencia o intencionalidad de oprimir, sino que es suficiente con que salga beneficiado con la opresión del otro; 3) que es imposible de ser analizada en términos de acumulación de actos discriminatorios individuales.

Pues bien, el carácter sistemático, institucional y no intencional de la discriminación ha sido tradicionalmente y es desconocido o eclipsado por el Derecho y la doctrina jurídica hegemónica, con el consiguiente efecto negativo en el/los grupo/s subordinados.

En el discurso político moderno, discriminar se considera “desfavorecer a una persona o grupo sobre bases irrelevantes para el asunto en cuestión de tal manera que se manifiesta irrazonablemente una desvalorización del tipo de persona implicada”.

En cambio, el discurso jurídico moderno exige “distinguir entre un sentido amplio de discriminación, como equivalente a toda infracción del principio general de igualdad, y un significado estricto, relativo a la violación de la igualdad cuando concurren algunos de los criterios de diferenciación prohibidos (raza, sexo, etc.). Así, podemos constatar que en el discurso jurídico van a tener cabida dos concepciones de la discriminación: una, en “sentido amplio”, en la que por discriminación se entiende la desigualdad, y otra, el “significado estricto”, que incorpora la idea de que la desigualdad es consecuencia del mal que preside unas diferenciaciones o clasificaciones grupales injustas.

Ahora bien, no podemos olvidar que, por un lado, lo que se denomina “sentido amplio” de la discriminación está vinculado con la infracción de la concepción originaria de la igualdad jurídica –que no se basa en los grupos o colectivos, sino en el individuo (más precisamente de sexo masculino, de raza blanca y propietario)- y por otro, que si por algo se caracteriza el término “discriminación” actualmente, es por designar un fenómeno que afecta a determinados grupos o colectivos.

3.- Discriminación como ruptura de la igualdad de trato

El Derecho oculta la dimensión estructural de la discriminación se encuentra en la conceptualización de ésta como una ruptura exclusivamente de la igualdad, no de la igualdad de *status*, ni tampoco de la igualdad de oportunidades. Esta concepción de la discriminación se asienta en las distintas Directivas europeas sobre la igualdad de mujeres y hombres, cuyo denominador común es la referencia a la igualdad como igualdad de trato y, la vinculación del concepto de discriminación a la quiebra únicamente de dicha igualdad de trato, mediante las figuras de la discriminación directa y discriminación indirecta.

Pues bien, en ambos casos, la discriminación implica identificar un trato, es decir, una conducta individualizada o concreta a la que se imputa el injusto –de la

que se deriva su prohibición jurídica-, lo cuál deja fuera del concepto jurídico de discriminación todas las situaciones jurídicas de desigualdad.

De esta forma, realidades como la violencia doméstica o el acoso, la prostitución, el cuidado de hij@s y familiares, etc. –derivadas de las relaciones sexo-género- que afectan fundamentalmente a mujeres, no han tenido cabida en el concepto de discriminación previsto por el Derecho –sea directa o indirecta-. Más bien al contrario, para el Derecho, estas realidades no caben en el concepto de discriminación porque son catalogadas como *opciones*, supuestamente libres, en ejercicio de la autonomía de las mujeres, o porque se presuponen basadas en decisiones que pertenecen al ámbito de lo privado.

Así pues, una realidad de desigualdad intergrupala (entre grupos) que implica una clara diferencia y jerarquización de *status* social, o bien no se considera discriminación –a tenor del significado jurídico de la misma-, o bien el Derecho lo considera como un ejercicio de la autonomía de la voluntad, en el que no puede entrar.

La reciente normativa en materia de igualdad –tanto la Ley vasca de Igualdad, 4/2005, como la estatal, Ley Orgánica 3/2007- recoge el principio de igualdad y la tutela contra la discriminación.

La Ley Orgánica, en su artículo 3 define el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres: *“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 civil”*. Asimismo, se definen los términos “discriminación directa” e “indirecta”, en el artículo 6: *“1.- Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. 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.”*

C) Acción positiva

Las acciones positivas son *“todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres...”*², o también, *“medidas que se establecen para compensar las desigualdades que existen actualmente entre hombres y mujeres...”*³. El punto de partida de ambas definiciones es el mismo, la constatación de la desigualdad entre mujeres y hombres, aunque es diferente el modo de superar tal punto de partida: en un caso,

² REY MARTINEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, p. 85.

³ QUINTANILLA NAVARRO, “La Sentencia del Tribunal de Justicia...”, p. 149.



promoviendo o impulsando la igualdad –para el futuro-, en otro, corrigiendo o compensando la desigualdad -en el presente-.

La acción positiva exige la introducción de un concepto de igualdad diferente al de la igualdad de trato, en el que resulte fundamental el análisis de las estructuras sociales, es decir, en el que lo que le sucede al individuo representa sólo una parte de una desigualdad de poder de carácter intragrupal.

La distinción entre la acción positiva y la discriminación inversa o positiva no está clara. El derecho antidiscriminatorio presupone un concepto de discriminación grupal, y esta no se refiere a la violación de toda igualdad sino a la violación de la igualdad grupal. En este contexto, intentar contraponer la discriminación grupal a la discriminación individual supone vaciar de contenido el discurso sobre el derecho antidiscriminatorio, es decir, eliminar la hipotética virtualidad de la acción positiva.

La desigualdad o discriminación intergrupala entronca con la denominada **estructural**, sistémica o funcional, basada en la diferencia de poder social o *status* entre los grupos. En este sentido, la legitimidad o no de la acción positiva irá vinculada a la gravedad asignada al fenómeno de la discriminación.

Una cuestión distinta es la relativa a la oportunidad de la acción positiva. Si la acción positiva es buena en cuanto es mala la discriminación de determinados grupos que con ella se intenta corregir. Obviamente, no toda acción positiva legítima por la finalidad y objetivos perseguidos resulta igualmente legitimada –y en definitiva, oportuna- por los medios o las medidas empleadas para conseguirla.

La constitucionalidad de la “discriminación positiva” contenida en una previsión legislativa, entendiendo que en ningún caso vulnera el artículo 14 CE se argumenta considerando legítimo desde esta perspectiva, constituyendo un cumplimiento del mandato contenido en el artículo 9.2 CE, en consonancia con el carácter social y democrático del Estado (art. 1.1 CE).

II.- La violencia de género como manifestación de desigualdad estructural

En 1993, la ONU definió en la declaración de Naciones Unidas sobre la “violencia contra las mujeres” como *“todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer”*.

Otras definiciones, en este caso referidas a la “violencia doméstica” emitidas por otros organismos, como el “Estudio sobre medidas adoptadas por los Estados Miembros de la Unión Europea contra la violencia hacia las mujeres”, hacen alusión a la **posición de dominio permanente** en la que se encuentra el agresor, cuando la violencia es ejercida sobre las mujeres.: *“Aquel tipo de violencia ya sea física, sexual y/o psicológica – en este último caso si se produce de forma reiterada- ejercida sobre el cónyuge o persona que esté o haya estado ligada al agresor por una relación de afectividad, o sobre aquellos miembros de la familia*

que forman parte del núcleo de convivencia” y añade, “En muchos caso sobre todo en el de violencia ejercida sobre mujeres, ésta tiene lugar porque el agresor está en una posición de dominio permanente sobre la mujer”.

III.- Tutela penal: La Ley Integral de Medidas de Protección contra la Violencia contra las Mujeres

El legislador español establece el objeto de la ley, en su artículo 1.1º, diciendo que esta ley tiene por objeto la lucha contra la violencia *“que como manifestación de discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder”* se ejerce por el hombre sobre la mujer que es o ha sido su esposa o está o haya estado unida a él por una relación de análoga afectividad aún sin convivencia y, define la “violencia de género” en párrafo 3º del mismo precepto, en los siguientes términos:

“todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de la libertad que se cometa como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o estén o hayan estado ligados a ellas por una relación de análoga afectividad, aún sin convivencia”.

De estos preceptos se deduce que el objeto de la ley es la lucha contra la violencia que se ejerce por el hombre sobre la mujer en aquellas relaciones de afectividad, quedando fuera de su ámbito las relaciones homosexuales, y que entre las relaciones de afectividad se incluyen los novios. Como se pone de manifiesto en el Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la mujer, de 6 de julio de 2006⁴, en el que se analizan los diversos factores estructurales y situacionales presentes en la fenomenología de la violencia y la interacción de diversas variables que la favorecen o la desencadenan, la violencia sexual contra la mujer se produce principalmente en el seno de la pareja, aunque la agresión por parientes, amigos o conocidos posee también una gran presencia, y asimismo la agresión por desconocidos también posee una presencia significativa. Por ello, el legislador se preocupa también por otros miembros más débiles del entorno familiar, dado que junto a la mujer, coloca también como sujetos pasivos, a las personas especialmente vulnerables que convivan con el autor.

No obstante, si bien es cierto que tales derechos resultan igualmente conculcados cuando la víctima de la violencia es otro miembro de la familia, la realidad social demuestra – y los datos de mujeres muertas en lo que va de año como consecuencia de este tipo de violencia lo acreditan- que es la mujer la que más sufre este tipo de violencia, lo cuál ha provocado la necesidad de dar una respuesta contundente a esta lacra social. El legislador ha atendido esta necesidad mediante la promulgación de esta ley, queriendo con ello remover los obstáculos para hacer efectiva la igualdad entre mujeres y hombres, concretamente en el

⁴ Naciones Unidas, Asamblea General. A/61/122/Add.1: *Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia sobre la mujer. Informe del Secretario General.*

ámbito familiar y de pareja, por ser esta violencia la más clara manifestación de desigualdad entre mujeres y hombres y de la dominación que a lo largo de la historia se ha venido produciendo del hombre sobre la mujer.

Una de las virtualidades de la ley es que por primera vez, en nuestro ordenamiento jurídico, una ley afirma y reconoce la **desigualdad de poder** entre hombres y mujeres y la vincula con la existencia de la violencia hacia las mujeres. Se rompe así con una tradición, que había expulsado los conceptos feministas del tratamiento jurídico dado hasta el momento a las situaciones de violencia contra las mujeres⁵.

La consideración positiva de ese reconocimiento proviene de que la exclusión de la protección de los derechos de las mujeres por parte de los sistemas penales es un problema histórico de sexismo, y por ello, reivindicar la protección penal de los derechos de las mujeres obedece a un principio de no discriminación en la situación actual. Y aquí es donde se engarza con la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres, ya que su objetivo es “la eliminación de la discriminación de la mujer, 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, tal y como se recoge en el artículo 1.1-º de la Ley.

Ahora bien, partir de la óptica de la “desigualdad estructural” de las asignaciones de género no implica el desconocimiento de otros factores concretos presentes en las manifestaciones de violencia, los cuales explican la diversa incidencia de la violencia en función de otras formas de vulnerabilidad en la que se sitúan diversamente los distintos grupos de mujeres. Es decir, partiendo de dicha desigualdad estructural, no es la “única causa” que opera en el fenómeno de la violencia. Simplificarlo de tal forma conlleva errores de diagnóstico que pueden conducir a medidas que no se adecuan a las necesidades de los diferentes colectivos de mujeres⁶.

Desde el punto de vista judicial, estamos ante un fenómeno complejo en el que es necesario intervenir desde distintas perspectivas jurídicas, que han de abarcar desde las normas procesales y sustantivas, hasta las disposiciones relativas a la atención las víctimas. Desde este punto de vista, la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género constituye el último peldaño de la escalada punitivista iniciada hace unos años con el fin de contener el grave problema social que representa la violencia contra las mujeres en las relaciones de pareja. En el Título IV de la mencionada Ley, se introducen normas de naturaleza penal, mediante las que se pretende incluir, dentro de los tipos agravados de lesiones, uno específico que incremente la sanción penal cuando la lesión se produzca contra quien sea o haya sido la esposa del autor, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. También se castigan como delito las coacciones

⁵ BODELON, E., “La violencia contra las mujeres y el derecho no androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo”, en VVAA, *Género, violencia y derecho*, op. cit., p.

⁶ LARRAURI, E., *Criminología crítica y violencia de género*, Madrid, 2007, pp. 15 y 23.



leves y las amenazas leves de cualquier clase cometidas contra las mujeres mencionadas.

La Ley Integral ha representado un cambio significativo en el rumbo puramente represor, dado que también se incluye un amplio catálogo de medidas de naturaleza extra-penal, destinadas a reforzar la autonomía de las mujeres afectadas por la violencia de género y a favorecer un cambio en los valores sociales que sustentan y perpetúan este tipo de agresiones. Sin embargo, la preeminencia del Derecho penal queda patente con la introducción de una de las decisiones político-criminales más controvertidas de los últimos tiempos: la creación de un grupo de **agravantes específicas**, destinadas a proteger de modo exclusivo a las mujeres frente a las agresiones provenientes de su pareja actual o pasada. A consecuencia de ello, desde el año 2004, el Código Penal español establece penas más severas para los autores de los delitos de lesiones (art. 148.4º CP), maltrato doméstico ocasional (art. 153 CP) y amenazas o coacciones leves (arts. 171.4º y 172.2º CP), cuando la ofendida sea o haya sido la esposa o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia. De hecho, el Informe Anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (2007) confirma el protagonismo indiscutible del sistema penal al afirmar que en los dos primeros años de funcionamiento de la Ley Integral “se ha puesto el acento en las medidas del ámbito penal y judicial, frente a la escasa implantación de las medidas de prevención, especialmente las dirigidas al sistema educativo”⁷.

IV.- Constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal

Esta innovación legislativa provocó un enorme recelo y rechazo en determinados sectores jurídicos que derivó en la formulación de cuestiones de inconstitucionalidad, informes jurídicos, trabajos doctrinales absolutamente críticos.

En definitiva, los cambios al Código penal que introdujo la Ley Integral han suscitado uno de los debates más crispados de los últimos años en el ámbito jurídico-penal, fluctuando entre sus detractores, que identifican el nuevo modelo con el Derecho penal de autor, y sus defensoras, que descalifican cualquier postura crítica al intento de dar una respuesta jurídica adecuada a la violencia de género. La mencionada Ley suscitó una seria crítica por parte de distintos sectores jurídicos, considerando que el proyecto era inconstitucional por no respetar el principio de igualdad entre hombre y mujer, puesto que también se producen agresiones a hombres por mujeres, en el mismo entorno de las relaciones de pareja, y éstos no aparecen protegidos por la Ley.

A pesar de las innumerables publicaciones académicas y la abundante jurisprudencia, que refleja en sus pronunciamientos contradictorios la falta de consenso entre los juristas y la judicatura sobre los presupuestos normativos en

⁷ LAURENZO, P., “La violencia de género en el Derecho Penal: un ejemplo de paternalismo punitivo”, en VVAA., *Género, violencia y derecho*, op.cit., p. 330.



los que se basa la legislación vigente, se pueden extraer los dos argumentos básicos subyacentes, sobre los que se basa la raíz de la disputa:

1) el reconocimiento o no de la violencia de género como una manifestación de la discriminación estructural que sufren las mujeres en el contexto de la sociedad patriarcal, y 2) la aceptación o el rechazo de la legitimidad del Derecho penal como instrumento único o preferente para resolver cuantos problemas importantes presenta nuestra sociedad, incluida la violencia de género. Planteada así la cuestión, cabe preguntarse si podemos ofrecer un análisis acertado desde el principio de igualdad.

El artículo de la Ley de Violencia de género recurrido no es inconstitucional, sino que, por el contrario, posee un explícito apoyo en el artículo 9-2 de la Constitución española. El citado artículo 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, social...”*

Existen, como hemos referido anteriormente, dimensiones de la igualdad que equiparan situaciones de diferencia como el sexo, el nacimiento, la raza, la religión, la opinión, la orientación sexual. En este sentido, el hombre y la mujer son iguales para el Derecho, lo mismo que el hijo nacido en el matrimonio y el nacido fuera del mismo, el blanco y el negro, el creyente y el no creyente, el heterosexual y el homosexual. No pueden ni deben ser discriminados ni tratados desigualmente. Es lo que llamamos **“igualdad como equiparación”**, que es una igualdad formal, igualdad de reconocimiento de trato, de consideración ante el Derecho: todos los sujetos de Derecho y destinatarios de las normas son personas –hombres y mujeres- y ciudadanos, iguales ante la Ley. Las diferencias no son relevantes para un trato desigual.

No obstante, el análisis histórico, estadístico y sociológico han permitido constatar desigualdades de diversos sectores o grupos de la población, dentro de estatutos jurídicos de igualdad formal –o de equiparación-.

La cuestión de la violencia contra las mujeres requiere una actuación jurídica para crear condiciones para las que la violencia de género desaparezca, estableciendo medidas de protección a quienes más sufren dicha violencia, las mujeres. En este caso, se trata de promover las condiciones y remover los obstáculos para que se equipare la situación de ambos a través de un trato desigual. En este caso, la igualdad no se consigue equiparando, sino diferenciando, apoyando y protegiendo a quienes están en una situación de inferioridad. Son los derechos de las personas concretas –en este caso las mujeres- que por diversos factores y razones no se encuentran realmente en una situación de status o condición equiparable, sino que, por el contrario, sufren una desigualdad real que no se resuelve mediante la igualdad como equiparación.

Y aquí se enlaza con el concepto de discriminación positiva anteriormente analizado. El término explica una discriminación o acción que se valora

positivamente, porque no protege a todos, sino a aquellas personas que en el marco de una igualdad formal se encuentren en una situación de desigualdad real. Estas situaciones se incardinan en lo que hemos denominado **“igualdad como diferenciación”**.

Mientras que la igualdad como equiparación se da en el punto de partida, la igualdad correctora que supone la igualdad como diferenciación, se dirige a alcanzar el punto de llegada. De ahí que las medidas correctoras, formalmente desiguales, porque tratan desigualmente a hombres y mujeres y que sólo protegen a éstas, son actuaciones para **restablecer la igualdad real**, promoviendo de esta forma las condiciones que la hacen posible y removiendo los obstáculos que la impiden o dificultan.

Pues bien, esto es lo que ha venido a reconocer el Tribunal Constitucional, en la STC 59/2008, de 14 de mayo, que ha desestimado la cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el Juzgado de lo Penal no 4 de Murcia contra uno de los preceptos del Código Penal modificados por la Ley Integral contra la Violencia de Género, por siete votos a cinco.

La sentencia dictada posee una gran trascendencia jurídica, porque sienta las bases para desestimar el resto de más de 120 cuestiones de constitucionalidad planteadas contra otros tres preceptos de la ley por 16 órganos judiciales.

La duda que suscitó el juzgado es la siguiente: el artículo 153 CP⁸ –el delito de maltrato ocasional-, al establecer un trato penal diferente en función del sexo – seis meses a un año, si se comete por el varón, y tres meses a un año, si lo comete una mujer-, podría ser constitutivo de una discriminación por razón de sexo, prohibida por el artículo 14 CE y, además, podría comportar una vulneración del principio de culpabilidad. El Tribunal analiza la cuestión sometiéndola a un juicio de igualdad, con el objeto de evaluar si existe una justificación objetiva y razonable que convierta en legítima la ausencia de igualdad en el trato que la norma consagra.

⁸ El artículo referido dispone: 1.- *“El que por cualquier modo o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. 2.- Si la víctima del delito previsto en el apartado anterior fuere alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las personas contempladas en el apartado anterior de este artículo, el autor será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento de seis meses a tres años.”*

El pleno del Tribunal rechaza la cuestión, tras recordar su asentada doctrina constitucional sobre el artículo 14 CE, y que dicho precepto acoge dos contenidos diferenciados, el principio de igualdad y las prohibiciones de discriminación. El primero es el derecho subjetivo de l@s ciudadan@s a obtener un trato igual que obligue a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, y que para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una **suficiente justificación de tal diferencia**, que aparezca como **fundada y razonable** y que las consecuencias no resulten desproporcionadas. Es decir, el planteamiento que acoge el Tribunal es que no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 CE. Dicha vulneración sólo la produce aquella desigualdad que introduce una diferencia que carezca de una **justificación objetiva y razonable**, es decir, que el fin pretendido por el legislador sea *constitucionalmente legítimo* y que la medida supere un *juicio de proporcionalidad* evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

Tomando como punto de partida que la norma es objetiva, por poseer un carácter general y abstracto, el Tribunal analiza la razonabilidad de la diferenciación y la falta de desproporción de las consecuencias, distinguiendo entre la legitimidad del fin y la adecuación a derecho de la diferencia de trato establecida.

A) La legitimidad del fin.

El Tribunal recuerda que la finalidad principal de la Ley contra la Violencia de Género es prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto, es decir, **proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos, su libertad y dignidad están insuficientemente protegidos.**

En este sentido, la protección de la vida, la integridad física, la salud, la libertad y la seguridad de las mujeres, que el legislador entiende insuficientemente protegidas en el ámbito de las relaciones de pareja y la lucha contra la desigualdad de la mujer en dicho ámbito, son finalidades constitucionalmente legítimas de la ley y del concreto precepto cuestionado, y también lo son las razones aportadas por el legislador.

B) La adecuación a derecho de la diferencia de trato establecida

El Tribunal entiende que no sólo está justificada la finalidad de la norma, sino también su adecuación a dicha finalidad, mediante la delimitación de los sujetos activos y pasivos y una atribución de una penalidad más grave, pues la delimitación del sujeto pasivo mujer está vinculada a la del sujeto pasivo varón y encuentra su primera razón justificativa en **la mayor necesidad objetiva de protección de determinados bienes de las mujeres en relación con determinadas**



conductas delictivas, necesidad que viene avalada por la altísima cifra que tiene por víctima a la mujer y por agente a quien es o fue su pareja.

En el mismo sentido, la restricción del sujeto activo al hombre es adecuada a la finalidad de la norma, al tener dichas agresiones un mayor “desvalor”, que cualesquiera otras formas en el mismo ámbito relacional, por corresponder a un **arraigado tipo de violencia que es una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres**. En suma, el legislador toma en cuenta una innegable realidad para criminalizar este tipo de violencia.

En consecuencia, son tres los argumentos esenciales en el presente caso:

- 1) **La disparidad de trato punitiva no vulnera el principio de igualdad**. La diferenciación de la pena es razonable porque persigue incrementar la protección de la igualdad, integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas, y porque esta legítima finalidad se consigue con la razonable constatación de una mayor gravedad de las conductas diferenciadas, tomando en cuenta su significado social objetivo, al considerar que la violencia de género es el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. En este sentido, la mayor sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo, sino porque la conducta tiene un mayor *desvalor al constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad*.

En definitiva, la diferencia de trato no es por grupo de personas en función del sexo, sino que se trata de combatir, mediante un tratamiento penal diferenciado, un fenómeno criminal cuyas causas son distintas a cualquier otro: el de la violencia de género, cuando ésta se comete en un ámbito de relación – el de la pareja- aprovechando el varón una situación de superioridad que tal relación le proporciona. La mayor pena, como manifiesta el propio Tribunal Constitucional, no se explica en el sexo en sí, sino en el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos, a partir del ámbito relacional en que se producen y del significado objetivo que adquieren, como una manifestación de una en la grave y arraigada desigualdad que se expresa a través de este tipo de violencia.

- 2) **No se vulnera el principio de proporcionalidad**, porque esta razonabilidad de la diferenciación no conduce a consecuencias desproporcionadas, puesto que es limitada la diferenciación a la que procede la norma, frente a la trascendencia de la finalidad de protección que pretende, y además porque se efectúa a través de un instrumento idóneo, como la pena privativa de libertad, dado que la diferencia punitiva se reduce a tres meses de privación de libertad en el límite inferior de la pena, existe una pena alternativa igual en ambos tipos y se contempla la opción de la rebaja de la pena en un grado.



- 3) **Tampoco se vulnera el *principio de culpabilidad penal***, porque no se trata de una presunción en contra del imputado, que aumente la antijuricidad de la conducta o la culpabilidad del varón –como podrían ser el abuso de superioridad o la vulnerabilidad de la víctima-, sino de la constatación razonable de un mayor y especial desvalor y una mayor gravedad en la conducta del agresor.