

**Daniela Heim**  
**y Encarna Bodelón González**  
Coordinadoras

# DERECHO, GÉNERO E IGUALDAD

**CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS  
JURÍDICAS ANDROCÉNTRICAS  
VOLUMEN II**



# DERECHO, GÉNERO E IGUALDAD

CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS  
JURÍDICAS ANDROCÉNTRICAS



## **Derecho, Género e Igualdad**

Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas  
Volumen II

**Coordinadoras** Daniela Heim y Encarna Bodelón González

Estibaliz de Miguel Calvo  
José Antonio Fernández Amor  
Yolanda García Calvente.  
Patricia Gonzalez Prado  
Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas  
Gemma Nicolás Lazo  
Ana María Prieto del Pino  
Mercedes Ruiz Garijo  
Paloma Saborido Sánchez  
Miguel Ángel Sánchez Hueté  
Laia Soriano-Montagut Jené  
Patsilí Toledo Vásquez

**Diseño de tapa:** Alejandro Martínez Rodelas

**Maquetación y diseño interior:** Sergio de Paola [[www.sergiodepaola.com](http://www.sergiodepaola.com)]

**Edición:** Encarna Bodelón González  
Grupo Antígona UAB

**Con la colaboración de:**



Generalitat de Catalunya  
**Institut Català de les Dones**

**I.S.B.N.: 978-84-692-9191-7**



<b>Presentación</b> .....	7
<b>Las relaciones de pareja de las mujeres encarceladas</b> .....	9
Estibaliz de Miguel Calvo	
<b>El poder tributario como instrumento para la igualdad: la extrafiscalidad y la perspectiva de género</b> .....	21
José Antonio Fernández Amor	
<b>La imposición sobre las sucesiones en Unión Europea: ¿Instrumento para garantizar la igualdad de género o mecanismo de perpetuación encubierta de los modelos androcéntricos?</b> .....	37
Yolanda García Calvente	
<b>Será Injusticia</b> .....	57
Patricia Gonzalez Prado	
<b>La Subcomisión sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo: trabajo parlamentario y políticas públicas de Igualdad</b> .....	69
Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas	
<b>Algunas reflexiones sobre la investigación jurídica desde los feminismos. ¿Existen valores epistemológicos feministas?</b> .....	79
Gemma Nicolás Lazo	
<b>La paradójica discriminación de la mujer al amparo de las disposiciones penales de la ley integral</b> .....	89
Ana María Prieto del Pino	
<b>Sobre el androcentrismo fiscal o sobre la ausencia de la perspectiva de género en las políticas tributarias españolas actuales</b> .....	105
Mercedes Ruiz Garijo	
<b>La prostitución de la mujer en el marco del ordenamiento jurídico civil</b> ....	123
Paloma Saborido Sánchez	
<b>Análisis jurídico del gasto y el presupuesto público como instrumentos de las políticas de género</b> .....	131
Miguel Ángel Sánchez Huet	
<b>Ciudadanía, género y urbanismo</b> .....	147
Laia Soriano-Montagut Jené	
<b>Tipificación del femicidio / feminicidio: Otra vía hacia el abandono de la neutralidad de género en el Derecho penal frente a la violencia contra las mujeres</b> .....	163
Patsilí Toledo Vásquez	



# Presentación

La facultad de derecho de la *Universitat Autònoma de Barcelona* organiza en el mes de marzo de cada año, desde el año 2002, unas Jornadas sobre Mujeres y Derechos, abiertas al público en general y a estudiantes de derecho en particular. Estas jornadas están pensadas como un espacio de formación en cuestiones de género y derecho.

En el contexto de la celebración de las Jornadas tituladas "*Mujeres y nuevas familias. Cambios en las estructuras jurídicas androcéntricas*", desde el Grupo Antígona de la *Universitat Autònoma* de Barcelona consideramos relevante organizar una segunda parte, de carácter internacional, especialmente dirigida a estudiantes avanzados/as, personal investigador y académico, activistas y profesionales de diferentes ámbitos con interés en debatir y reflexionar conjuntamente sobre diferentes aspectos vinculados al Derecho, al Género y a la Igualdad, que se estructuraron en tres ejes:

1. Ciudadanía
2. Leyes y políticas de igualdad
3. Igualdad y ámbitos de la teoría jurídica feminista.

El Congreso tuvo una marcada temática jurídica y contó también con la participación de diferentes profesionales de la ciencia política, la sociología, la filosofía, la antropología y disciplinas afines, que comparten numerosos espacios de interés con las teorías feministas del derecho y que abarcan los ámbitos de debate señalados, presentándose como un foro de discusión, intercambio de ideas y tendencias, y de construcción de pensamiento sobre estos aspectos.

Para alcanzar los objetivos del Congreso, y con la intención de crear un espacio de debate lo más horizontal posible, desde Antígona propusimos un programa inicial semi-abierto, que contaba con dos ponentes invitadas con antelación y con tres ponentes que serían designadas al final de un proceso de selección de las comunicaciones enviadas durante el período de organización. Esta publicación es resultado de la selección de esos trabajos, los cuales se organizan en dos volúmenes: el primero de ellos se presenta en formato impreso y el segundo, en formato digital, pudiéndose consultar ambos en la página web de Antígona <http://centreantigona.uab.cat>.

Hemos de destacar el soporte y ayuda económica con la que contaron estas jornadas por parte del *Institut Català de les Dones* y asimismo poner de

manifiesto que parte de los trabajos que se publican en este volumen son producto de la investigación realizada en el marco del proyecto I+D, titulado "Modelos de legislación en materia de igualdad de género: presupuestos filosófico-jurídicos e impacto jurídico-social (SEJ2006-07645), financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia y que actualmente gestiona el Ministerio de Igualdad.

Agradecemos a todas las personas con las que compartimos esta experiencia: ponentes, comunicantes, colaboradoras y asistentes al Congreso, sus interesantes contribuciones y el entusiasmo con el que vivieron junto con nosotras los días que duró este encuentro.

Grupo Antígona  
Barcelona,  
septiembre de 2009.





## LAS RELACIONES DE PAREJA DE LAS MUJERES ENCARCELADAS

*Estibaliz de Miguel Calvo*  
*Beca Predoctoral por el Gobierno Vasco*  
*Departamento de Sociología 2*  
*Universidad del País Vasco*

### **Resumen:**

La ponencia pretende mostrar la investigación sociológica que se está realizando actualmente, cuyo trabajo de campo en la prisión de Nanclares de Oca (Álava-Euskadi) ha concluido en diciembre de 2008.

Los objetivos de la investigación son:

- a) Avanzar hacia una mayor comprensión de las relaciones de pareja que construyen las mujeres en el contexto patriarcal. Se pretende aportar conocimiento al ámbito de la teoría crítica feminista y se buscan rasgos que no son sólo propios de las mujeres encarceladas, sino que serían elementos que están operando, en una u otra medida, en nuestra sociedad caracterizada por el patriarcado o jerarquías basadas en el género.
- b) Encontrar la relación entre la trayectoria de vida de las mujeres presas y la manera como plantean sus relaciones de pareja. Este segundo objetivo, de carácter explicativo más concreto, está encaminado a comprender de manera más profunda las trayectorias de las mujeres prisionizadas desde el análisis de un potente componente de género.
- c) Aportar datos sobre los perfiles, itinerarios y situaciones diversas de las mujeres presas. Se quieren aportar datos descriptivos de una realidad que no ha sido suficientemente estudiada en nuestro contexto del Estado Español y para la que hacen falta información actual y replicada de otras investigaciones.

La ponencia se dedicará a explicar el planteamiento de la investigación, las bases teóricas en que se sustenta y las características del trabajo de campo desarrollado.

**Palabras clave:** Mujeres penalizadas, exclusión social, relaciones de pareja, patriarcado

**Contenidos:** Introducción / Las relaciones sexuales y afectivas en el contexto patriarcal/ Algunas características de las relaciones de pareja de las mujeres encarceladas / Planteamiento de la investigación

## Introducción

Este trabajo nace a partir de dos preguntas que surgen en mi trayectoria como mujer personal e intelectualmente sensibilizada por las desigualdades entre hombres y mujeres, y por otro lado, desde mi interés y preocupación por las personas que sufren exclusión social y marginación, como es el caso de las mujeres presas.

Viendo que a pesar de los enormes logros conseguidos a lo largo del siglo XIX y XX por las luchas y movimientos feministas en nuestro contexto occidental se mantienen las desigualdades, me hizo pensar que había elementos no tanto estructurales como más sibilinos, de carácter afectivo o ideológico que estaban entrando en juego a la hora de perpetuar la sistemática desigualdad genérica. La pregunta era y sigue siendo: ¿Por qué se mantiene y perpetúa la desigualdad entre hombres y mujeres a pesar de todos los logros políticos, legislativos, laborales y económicos? ¿Son las relaciones sexuales y afectivas un aspecto no desvelado donde se perpetúan las relaciones de desigualdad? Esta pregunta no es novedosa, por supuesto, muchas científicas y mujeres comunes se la hicieron antes, pero quiero remarcar el hecho de que se convirtió para mí en una cuestión esencial.

Por otro lado, es patente que las mujeres marginalizadas como es el caso de las mujeres encarceladas están atravesadas por múltiples ejes de privación, y a ello se une el propio proceso de criminalización y encarcelamiento. Sin embargo, ¿cómo influye la forma en que han construido las relaciones de pareja en sus trayectorias vitales y delictivas? ¿Pueden relaciones afectivas de corte patriarcal constituir un elemento añadido a la pobreza y marginalización de las mujeres de estratos excluidos?

Los trabajos y reflexiones acerca de las relaciones entre pobreza, criminalización y prisión han proliferado, también las teorías feministas que han estudiado el diferente impacto de las políticas de pobreza, criminalización y encarcelamiento en las mujeres; y empiezan a surgir los debates y las aportaciones las teorías feministas centradas en el amor romántico y en la importancia de las ideologías de género, para dar cuenta del impacto de las mismas en la perpetuación del patriarcado. Sin embargo, aún no hemos explorado en los rasgos, circunstancias y consecuencias de estas ideologías del amor romántico en la vida de las mujeres criminalizadas, y concretamente encarceladas.



## Las relaciones sexuales y afectivas en el contexto patriarcal

Desde la sociología de las emociones, de reciente aparición en los años 80, se han hecho algunas aportaciones que pueden resultarnos interesantes. Las emociones pueden considerarse la “bisagra” entre el mundo más íntimo y personal del ser humano y el mundo social, la vinculación entre la estructura y la agencia, dado que son “portadoras de interpretaciones y significados dependientes de consideraciones sociales y culturales” (Rodríguez Salazar, 2008). Así, las emociones se constituyen en indicadores sobre el grado de internalización y compromiso con ciertas proposiciones culturales, de lo que es considerado valioso en nuestra sociedad. Las creencias son una base importante de las emociones, y al mismo tiempo las emociones se construyen socialmente.

Desde el punto de vista de las relaciones de género en el contexto patriarcal o, más concretamente de las jerarquías de género (Thurén, 2003)<sup>1</sup>, encontramos que las emociones y los sentimientos, especialmente los relacionados con el amor de pareja y las relaciones maternas, son la manifestación de que el patriarcado penetra hasta en nuestros ámbitos más íntimos y personales.

Las elecciones personales no siempre están guiadas por elementos conscientes, y es por ello que aunque buscamos la felicidad, a veces escogemos opciones de autocastigo. Se hace relevante, pues, “atender a lo que hay en nosotras, mujeres, que hace posible el expolio, violencia, discriminación, explotación y sometimiento” (Izquierdo 1998: 18) ya que tanto la violencia explícita como la violencia presente en toda situación de desigualdad, desgraciadamente, se mantienen con la participación de la parte victimizada.

Hemos de tener en cuenta que la desigualdad y la explotación no se imponen siempre ni de manera más importante mediante la represión abierta. En buena medida, son los propios oprimidos quienes contribuyen a su sostenimiento mediante sus creencias (Izquierdo 2003). Es lo que Bourdieu (2000) denomina “violencia simbólica”. La opresión, pues, no es siempre vivida con pesar, más al contrario “adquiere la tesitura de la felicidad cuando es enunciada en lengua patriarcal como lealtad, entrega, abnegación” (Lagarde, 2005:17).

.....  
<sup>1</sup> La autora considera que el término patriarcado ha llegado a ser demasiado amplio y excesivamente utilizado. Ella propone hablar de “jerarquías basadas en el género” o “dominación basada en el género” por ser más concretos y porque enfatizan el hecho de que las condiciones específicas del poder varían en el espacio y el tiempo.

El modelo patriarcal hace a las mujeres seres para los otros, dependientes afectivamente y carentes de libertad. Estos elementos marcan el carácter de las relaciones afectivas y son el sustrato que mantiene las desigualdades. Paradójicamente, el amor y la sexualidad aparecen como si en lugar de ser el locus por excelencia del sexismo fuera su refugio.

Por otro lado, la ideología del amor romántico niega el componente económico de las relaciones familiares, con lo cual se excluye toda posibilidad de un análisis materialista de las relaciones afectivas (Izquierdo, 2001). Y es precisamente la sexualidad el campo de relaciones de poder social y político básico para la teorización feminista.

“En una sociedad de nuestro tipo, ni la dependencia económica de las mujeres con respecto a los hombres, ni la división desigual del trabajo entre los sexos constituye el eje central de la habilidad demostrada por los hombres para continuar manteniendo y regenerando su dominio sobre las mujeres y en la sociedad en general. Lo esencial del problema subyace en el nivel de las necesidades sexuales existenciales, que están formadas social y materialmente, y no son económicas en lo básico. Las actividades en torno a las que gira la lucha sexual no son el trabajo ni los productos del trabajo sino el amor humano –cuidados y éxtasis–” (Jónasdóttir, 1993: 50)

Las relaciones conyugales son parte de la división sexual del trabajo y de las estructuras de subordinación que se extienden de la privacidad del hogar a la arena pública del mercado capitalista (Izquierdo, 1999). El matrimonio sigue siendo más ventajoso para las mujeres que la soltería, y al mismo tiempo les concede un lugar social aceptado y definido, donde reciben reconocimiento e identidad social (Pateman, 1995). Se les adjudica la identidad de “madresposas” tal y como explica Marcela Lagarde:

“Ser madrespasa es un cautiverio construido en torno a dos definiciones esenciales, positivas de las mujeres: su sexualidad procreadora y su relación de dependencia vital de «los otros» por medio de la maternidad, la filialidad y la conyugalidad.” (Lagarde 2005:38).

Como consecuencia, se produce una “plusvalía emocional” (Jónasdóttir: 1993)) que resulta de la apropiación de los hombres de una gran cantidad de amor y cuidados por parte de las mujeres, que éstas no van a recibir a cambio de manera proporcional. El amor, según Jónasdóttir, es un concepto comparable a la fuerza de trabajo, una capacidad humana que puede ser explotada.



A partir de todo lo presentado hasta el momento, podemos afirmar que el interés por las mujeres encarceladas se centra no sólo en la necesidad de invisibilizar un colectivo desconocido para las ciencias sociales, que sufre diferentes ejes de desigualdad y exclusión. La aportación que, a mi entender se hace en este ámbito es conocer de manera más profunda las relaciones de género y la posición subordinada de las mujeres como colectivo. Como dice Marcela Lagarde: “cada mujer es síntesis del mundo patriarcal” (2005:43) y la tipología antropológica de la mujer presa concreta la prisión genérica de todas:

“El extremo del encierro cautivo es vivido por las presas, objetivamente reaprisionadas por las instituciones del poder. Sus delitos son atentados que tienen una impronta genérica específica; su prisión es ejemplar y pedagógica para las demás” (Lagarde, 2005:40).

### **Características de las relaciones de pareja en las mujeres encarceladas**

Las mujeres encarceladas han sido objeto de interés de manera muy reciente en el Estado Español en los ámbitos de la sociología, la criminología y el derecho<sup>2</sup>.

Partiendo del hecho que el sistema policial, penal y penitenciario es selectivo con la población de estrato social más bajo podemos entender que estamos ante un colectivo donde confluyen diversas variables que lo convierten en especialmente marginado y vulnerado en sus derechos humanos. Algunos estudios demuestran cómo la situación social de estas mujeres, y su encarcelamiento se produce en circunstancias más penosas que la de los hombres más aún si ellas son extranjeras o gitanas. Además, el sistema penitenciario está caracterizado actualmente por un tratamiento paternalista y estereotipado de las mujeres criminalizadas (emocionales, malas madres y esposas, etc.) (Almeda, 2003).

.....  
<sup>2</sup> Son de destacar los trabajos de Almeda (2002, 2003) y la asociación SURT (Cruells e Igareda, 2005) en Cataluña, Manzanos y Balmaseda (2003) en el País Vasco y el defensor del Pueblo Andaluz (2006) en Andalucía, así como el estudio de Canteras Murillo (1990) y M<sup>a</sup> Jesús Miranda (1998, 2002) para la población general femenina. Otros trabajos se han centrado en grupos o problemáticas específicas entre las mujeres encarceladas: Barañí (2001) sobre mujeres gitanas, Ribas et al. (2005) y Martín Palomo (2005) para las mujeres extranjeras u OSPDH (2006) acerca del impacto del encarcelamiento en los familiares de las personas presas. Sin contar con otros artículos y capítulos de libros que no nos detendremos a mencionar aquí, u otros trabajos centrados en la maternidad, especialmente el impacto del encarcelamiento en los hijos e hijas. Pido disculpas por las posibles omisiones, este apunte sólo pretende dar unos gruesos brochazos.

Al binomio empobrecimiento-criminalización se le suman los elementos de desigualdad de género. Las cárceles femeninas se presentan, pues, como lugar “privilegiado”, como “lentes de aumento” para el estudio del género (Ribas et al. 2005)

En cuanto a las relaciones de pareja de las mujeres encarceladas, puede pensarse que existen diferentes tipologías de itinerarios afectivos. Uno de los rasgos que en la literatura se han desatado es el hecho de que algunas de ellas ha entrado en el mundo del consumo de drogas y la delincuencia de la mano de sus parejas, casos que aparecen precisamente en mujeres que no tienen antecedentes delictivos en las familias de origen (Almeda, 2003).

Muchas parecen ser cómplices y encubridoras de delitos de la pareja. Sin embargo, este es un aspecto que está aún por clarificar en profundidad ya que podría ser importante distinguir entre un reparto de papeles delictivos por razón de género (Barań, 2001) y el fenómeno del encubrimiento.

Otra de los desencadenantes de la actividad delictiva es el hecho de haber vivido una ruptura de pareja reciente y tener cargas familiares, generalmente hijos e hijas (Almeda, 2003). Hemos de tener en cuenta el hecho de que muchas de ellas constituían núcleos familiares “matrifocales” (Cruells e Igareda, 2005), o lo que es lo mismo, ellas eran “jefas de hogar” (Ribas et al., 2005). Eran quienes se ocupaban del sostenimiento económico y los cuidados de las personas dependientes de la familia, generalmente los hijos. La pareja ha roto la relación, se encuentra ausente o incluso constituye una carga más para las mujeres.

El momento del encarcelamiento aparece en muchas ocasiones con un punto de inflexión, un “tocar fondo”. Puede suponer la paradójica “ventaja” de que, al estar alejadas de su entorno, tienen la posibilidad de tomar conciencia de su propia situación (Almeda 2003; Edis 2004). Muchas se muestran insatisfechas con su pareja y algunas de ellas manifiestan que se han sentido explotadas (Almeda, 2003; Canteras Murillo, 1990)

“Aquí, muchas, muchas aprenden, muchas...se les abren los ojos... porque los maríos muchas veces abusan de ellas, se aprovechan de ellas. Las ponen a vender porque están enganchoas, las ponen a pedir (...) lo que diga el marío...y ahora el marío...ellas to'l día trabajando y el marío gastándose por otro sitio. Eso el 99% de ellas. Y cuando entran a la cárcel, pues eso hay muchas separaciones...hay muchas cosas...porque...se le abren a los ojos... (Barań, 2001:198)



Esto no es de extrañar, cuando muchas de ellas se han visto abandonadas al ingresar en prisión. Por contraste, un estudio de la asociación ZUBIKO (2004) a parejas femeninas de hombres encarcelados constata los altos niveles de fidelidad de ellas. En la mayoría de casos, no contemplan la posibilidad de abandonarles, ya lo considerarían una traición.

Se habla en muchas ocasiones de su papel como mujeres dependientes, y se afirma que muchas de ellas padecen lo que en psicología se ha llamado “dependencia emocional” (Zubiko 2005). Sin embargo, el informe español del proyecto “Mujeres, Integración y Prisión” (Cruells e Igareda, 2005) argumenta en contra de esta imagen de ellas como sujetos pasivos, dependientes, sumisos o víctimas.

Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que toda relación familiar o afectiva contiene elementos vinculantes y de dependencia, en mayor o menor medida. En segundo lugar, las mujeres en prisión comparten muchos de los valores de la sociedad con respecto a las relaciones de género. Y en tercer lugar, para mujeres pertenecientes a estratos económicos desfavorecidos, la independencia monetaria es inverosímil, tanto respecto de sus familiares como respecto de instituciones. En realidad, la indefensión económica que sufren es frente a la sociedad misma, al Estado de Bienestar, que frente a sus parejas.

Las mujeres, como decíamos, son las primeras responsables de la obtención de recursos, y los hombres están ausentes o desempeñan un papel pasivo. De esta manera, el modelo no responde a una organización tradicional familiar de establecimiento de roles en función del género, sino que es matrifocal. De ello podemos extraer la conclusión de que la realidad desmiente la idea de que la organización tradicional de la vida doméstica y la división sexual del trabajo es la modalidad extendida. El modelo de mujer reproductiva dependiente económicamente y el hombre “ganador de pan” no se produce en muchos de los casos. Los hombres, en general, son más ausentes que poderosos. Lo que si ocurre es que las mujeres no ejercen el poder que las situaciones les permitirían. Es necesario distinguir, entonces, entre el poder que ejercen y la responsabilidad que soportan (Cruells e Igareda, 2005).

Quizás se trate no tanto de una necesidad material, como de una asunción de una posición de subordinación tal y como comentábamos al mencionar la “violencia simbólica” de la que da cuenta Pierre Bourdieu (2000).

“el entorno de muchas mujeres que salen de prisión es paradójico. Se busca la presencia de un hombre, de una pareja de forma central, a la vez que el apoyo para la resolución de las necesidades lo encuen-

tran principalmente en otras mujeres. Se podría decir que mientras el apoyo simbólico está en el hombre, el apoyo práctico se encuentra en otras mujeres” (Edis 2004:85).

A este respecto, es interesante destacar el significativo el apoyo de figuras femeninas (madres, suegras, hermanas, amigos...). De hecho, cuando se trata de tener a los hijos se parados de ellas, habitualmente permanecen con la familia materna más que con el padre de las criaturas.<sup>3</sup>

Finalmente, a la vista de los datos mostrados, podemos decir que existen en las relaciones de pareja de las mujeres encarceladas rasgos significativos que nos dan cuenta de una descompensación entre el papel que desempeñan y las recompensas afectivas y materiales que reciben. Al mismo tiempo, parece que podemos encontrar algún tipo de relación entre sus trayectorias de vida y la forma como han planteado las relaciones de pareja, desde marcados rasgos de subordinación de género.

Es interesante y necesario para las teorías críticas feministas seguir profundizando en estos elementos y esta es la razón de ser del trabajo de investigación que aquí se presenta.

### **Planteamiento de la investigación:**

#### *Hipótesis general:*

Las relaciones de pareja de corte patriarcal constituyen un factor acumulado a la pobreza y criminalización, que agrava la situación de las mujeres encarceladas. La manera en que las mujeres encarceladas han planteado las relaciones de pareja y sus vínculos afectivos en este terreno han podido mermar sus oportunidades sociales, económicas, laborales y educativas.

#### *Hipótesis secundarias:*

1. Las relaciones familiares y de pareja explican en gran medida la trayectoria vital de las mujeres penalizadas.
2. Las relaciones de pareja están sostenidas por elementos ideológicos, sobre los roles de género y el amor, que sirven de base para la asunción de su posición de género.

.....  
<sup>3</sup> A modo de ilustración, decir que el estudio del Defensor del Pueblo Andaluz (2005) encuentra que casi un 40% de los hijos de las internas está con la familia de origen materna, mientras que un 20% se encuentra con el marido o compañero.





3. Las relaciones familiares y de pareja de las mujeres penalizadas están atravesadas por patrones de desigualdad genérica y sus manifestaciones violentas (maltrato físico y psicológico, abusos sexuales, prostitución y explotación de la mujer dentro de la división sexual de la actividad delictiva).
4. Existen diferentes tipologías de relaciones de pareja entre las mujeres encarceladas.
5. El proceso de estigmatización al que se encuentran sometidas como mujeres penalizadas, sirve de justificación para ejercer violencia contra ellas.

*Unidad de observación:*

Mujeres encarceladas en la prisión de Nanclares de Oca (País Vasco) o bien expresas.

*Procedimiento de investigación:*

ANÁLISIS Y RECOPIACIÓN DOCUMENTAL del estado de la cuestión en cuanto a la prisión, y el encarcelamiento, las teorías feministas, los debates sobre la violencia patriarcal y las relaciones de pareja.

TRABAJO DE CAMPO Y ELABORACIÓN DE LOS DATOS: el estudio se centrará en las mujeres encarceladas por ser el mayor número de mujeres penalizadas y además ofrece la posibilidad de conocer diferentes aspectos de su encarcelamiento.

El trabajo de campo se inició en Noviembre de 2007, con una asistencia semanal en diferentes momentos y espacios del departamento y finalizó en diciembre de 2008 con más de 50 visitas a la prisión, que acumulan más de 150 horas de presencia en el departamento y 45 entrevistas.

- OBSERVACIÓN PARTICIPANTE/ESTANCIA CON LAS MUJERES<sup>4</sup> en la cárcel de Nanclares de la Oca (Álava) con el objetivo de explorar las principales preocupaciones de las mujeres presas, ganar su confianza y recoger información sobre sus relaciones familiares y de pareja que puede ser útil para el diseño de la entrevista.

.....  
<sup>4</sup> Preferimos usar el término de Lagarde "Estancia con las mujeres" más que observación participante porque esta última tiene connotaciones objetivistas. En la estancia con las mujeres "la distancia no hace ajena a quien investiga" (2005:55)

- ENTREVISTAS EN PROFUNDIDAD SEMI-ESTRUCTURADAS a las mujeres presas en el departamento de Nanclares de Oca, ya tengan arraigo en la Comunidad Autónoma Vasca o no.
- ANÁLISIS DE CONTENIDO Y ELABORACIÓN DE TIPOLOGÍAS sobre las diversas mujeres entrevistadas se hará el análisis de contenido, en base a las siguientes combinaciones de variables: número y duración de las relaciones de pareja significativas, procesos de separación o no, presencia de violencia y malos tratos en la relación de pareja, reincidencia o no, relación con las drogas (toxicómana o extoxicómana/no), diversidad étnica y/o de origen (gitanas/extranjeras/otras) y edad (menor o igual a 35 años/ mayor de 35 años).

### *Indicadores*

Se tendrán en cuenta indicadores relativos a la situación de pareja actual, composición familiar actual, primera experiencia de pareja, itinerario de relaciones de pareja, valoración propia sobre la pareja actual y su itinerario de pareja, principales obstáculos para afrontar una relación de pareja no deseada, valoración de su experiencia cuando no tenía pareja, principales preocupaciones respecto a las cuestiones de las relaciones de pareja en su situación personal, características que valora de una pareja y rasgos que considera negativos en una relación de pareja, perspectivas de futuro respecto a su pareja actual, expectativas hacia las relaciones de pareja, modelo de relación de pareja de los padres, presencia de violencia en sus relaciones de pareja, rol que la entrevistada desempeña en la estructura familiar actual, papel de la mujer en la organización y ejecución del delito, presencia de coacciones para la comisión del delito, papel que la pareja actual ha desempeñado durante su proceso de penalización, consecuencias para la pareja el hecho del encarcelamiento, mitos y relatos alrededor de las relaciones de pareja, procesos de ruptura de relaciones de pareja, apoyos a la hora de afrontar rupturas y dificultades.

Además, se han introducido indicadores en referencia a los perfiles e itinerarios sociales, familiares y personales como: familia de origen, residencia e ingresos, familia actual, formación y situación laboral, situación penal y penitenciaria, estado de salud, violencia y malos tratos, impacto del encarcelamiento y perspectivas de futuro.



**BIBLIOGRAFÍA CITADA**

ALMEDA, E. (2002): Corregir y castigar. El Ayer y hoy de las cárceles de mujeres. Barcelona, Bellaterra.

ALMEDA, E. (2003): Mujeres encarceladas. Barcelona, Ariel.

BARAÑÍ (2001): Mujeres gitanas y sistema penal. Madrid, Metyel.

BOURDIEU, P. (2000): La dominación masculina. Barcelona, Anagrama.

CANTERAS MURILLO (1990): Delincuencia femenina en España. Madrid, Ministerio de Justicia.

CRUELLES, M. E IGAREDA, N. (SURT) (2005): Mujeres, integración y prisión. Barcelona, Aurea.

CRUELLES, M.; TORRENS, M.; IGAREDA, N. (2005): "Violencia contra las mujeres: Análisis de la población penitenciaria femenina", SURT  
*[http://surt.org/cast/docs/estudio\\_final\\_cast.pdf](http://surt.org/cast/docs/estudio_final_cast.pdf)*

DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ (2006): Mujeres privadas de libertad en centros penitenciarios de Andalucía. Informe especial al Parlamento. En *[http://www.defensor-and.es/informes/ftp/mujeres\\_presas.htm](http://www.defensor-and.es/informes/ftp/mujeres_presas.htm)*

EDIS (2004): Realidad social de las mujeres sin techo, prostitutas, ex-reclusas y drogodependientes en España, en *[www.edis-sa.com](http://www.edis-sa.com)*

IZQUIERDO, M.J. (1998): El malestar en la desigualdad. Madrid, Cátedra.

IZQUIERDO, M.J. (2001): Sin vuelta de hoja. Sexismo: poder, placer y trabajo. Barcelona, Bellaterra.

JONASDOTTIR (1993): El poder del amor ¿le importa el sexo a la democracia? Madrid, Cátedra

LAGARDE (2005): Los cautiverios de las mujeres: Madresposas, monjas, putas, presas y locas. México, UNAM.

LARRAURI, E. (comp.) (1994): Mujeres, derecho penal y criminología. Madrid, S. XXI.

MARTIN PALOMO ET AL. (2005): Delitos y fronteras. Mujeres extranjeras en prisión. Madrid, Complutense.

MIRANDA (2002): "Cárceles ¿para qué?" en *Política y Sociedad*, vol. 39, nº 2, pp. 377-398.

MIRANDA Y BARBERET (1998): Análisis de la eficacia y adecuación de la política penitenciaria a las necesidades y demandas de las mujeres presas (sin publicar)

OSPDH (2006): La prisión en el entorno familiar. Estudio de las repercusiones de la cárcel en las familias: problemáticas y necesidades. Universidad de Barcelona, Barcelona.

PATEMAN, C. (1995): El contrato sexual. Barcelona, Anthropos.

RIBAS, N., ALMEDA, E., BODELÓN, E. (2005): Rastreado lo invisible. Mujeres extranjeras en las cárceles. Barcelona, Anthropos.

RODRIGUEZ SALAZAR, T: "El valor de las emociones en el análisis cultural" en *Papers* nº 87, 2008.

THURÉN, B.M. (2003): "Entrevista a Britt-Marie Thurén" en *AIBR-Revista de Antropología Iberoamericana*, nº 28.

ZUBIKO (2004): Acercamiento a la problemática de las mujeres con pareja en prisión (Informe sin publicar)

ZUBIKO (2005): Percepción de las mujeres en prisión respecto a las carencias que les afectan a ellas y a sus familias (Informe sin publicar)



## EL PODER TRIBUTARIO COMO INSTRUMENTO PARA LA IGUALDAD: LA EXTRAFISCALIDAD Y LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

*Dr. José Antonio Fernández Amor*  
*Profesor de Derecho Financiero*  
*UAB*

### **1.- Introducción: el derecho financiero como derecho regulador.**

Resulta normal que las referencias al Derecho Financiero vengan asociadas a un cuerpo normativo técnico, oscuro y alejado de cuestiones de carácter social que pueden estar directamente relacionadas con otras ramas del Derecho. El ligamen con aspectos patrimoniales, con el tráfico mercantil o la riqueza parecen contribuir a esta idea. Sin embargo, no responde a la realidad. El Derecho Financiero supone la regulación de los aspectos económicos de las políticas públicas. Por un lado sirve para hacer efectivo el deber de contribuir a los gastos públicos y, por ende, a hacer efectivo un principio de solidaridad entre los ciudadanos. Por otro lado, regula los Presupuestos de los entes públicos a través de los que se llevan a efecto esas políticas públicas entre las que ha de encontrarse la realización efectiva de políticas género. Resulta, por tanto, un cuerpo normativo esencial para determinar tanto el grado de compromiso del legislador con las políticas sociales como el esfuerzo ciudadano para poder realizarlas. Con esta línea de trabajo se identifica esta exposición toda vez que las políticas públicas con perspectiva de género se ven en disposiciones del Derecho financiero, tanto en su dimensión de ingresos -Derecho Tributario- como de gasto -Derecho Presupuestario-.

Dentro del derecho financiero, el Derecho tributario se manifiesta, generalmente, como una rama del Derecho de carácter económico cuyo objeto es la regulación de una parte de la actividad financiera de los entes públicos relacionada con la obtención de ingresos a través de los tributos. Esta idea también es fácilmente superable cuando se percibe que con los tributos se puede influir en el comportamiento de los contribuyentes. Los entes con poder tributario pueden fomentar actividades con instrumentos como las exenciones totales o parciales en tributos ya existentes (ex. deducciones por donaciones en el IRPF a entidades benéficas) y pueden dificultar o disuadir aquellos comportamientos que quieran desincentivar, bien incrementando su coste fiscal (v. gr. los impuestos sobre actividades contaminantes o tributos ecológicos) o incrementando el gravamen de los existentes (v. gr. los Impuestos Especiales sobre determinados consumos).

Los tributos son, por tanto, no sólo un mecanismo de financiación de las actividades de los entes públicos, también un instrumento que puede tener efectos de regulación directa del comportamiento ciudadano.

El objeto de este trabajo es demostrar, desde una perspectiva jurídica, como la idea expuesta también puede tener su traducción en la realización de políticas de género. El Derecho tributario constituye una perspectiva necesaria para completar su visión normativa integral. En primer lugar, se introducen unas reflexiones sobre la actividad financiera, el derecho que la regula y la extrafiscalidad. Aunque son básicas, su fin es mostrar la posibilidad que ofrecen los tributos, como instrumento de regulación. En segundo lugar se contrasta la extrafiscalidad con los principios que informan el deber de contribuir abundando un poco más en el carácter regulador y no meramente recaudador del tributo, además de ajustar esta posibilidad en el ordenamiento jurídico. Finalmente, se hace un análisis de medidas de carácter tributario que pueden responder a la idea basilar de esta exposición -el carácter regulador del Derecho tributario- y pueden asociarse a políticas de género además de formular algunas propuestas para su reflexión.

No entra esta exposición en aquellos aspectos del Derecho tributario que pueden ser juzgados como androcéntricos o discriminatorios. Se ha de insistir en que su tesis es más positiva pues tiene como fin mostrar en qué parámetros y cómo puede aportar algo esa especialidad jurídica a la realización de políticas de género, sin perjuicio de considerar que pudiera corregirse a sí mismo.

## **2.- La actividad financiera y la extrafiscalidad: regulación tributaria de la realidad.**

Para traer más luz a la afirmación que se ha hecho en la introducción se ha de abundar en aspectos de la conocida como 'actividad financiera' de los entes públicos y su poder tributario. Las personas realizamos diferentes actividades que tienen como objetivo la satisfacción de nuestras necesidades que podrían dividirse en dos tipos básicos. Por un lado las que se pueden satisfacer con una actividad particular e individual. Por otro lado las que, para cubrirlas, es necesario relacionarse con otros individuos formando una comunidad. Si se analizan estas últimas se puede llegar a la conclusión que las personas se organizan o asocian de diferentes formas maneras para alcanzar determinados fines.

Una de estas organizaciones es el Estado, de forma que los individuos que



lo forman depositan en él la tarea de cubrir las necesidades de carácter colectivo. Se colige de esta idea que la demanda de bienes públicos supone una actividad de obtención y uso de recursos económicos. Se ha de hablar, en consecuencia, de una actividad de ingreso (producido por los recursos que se hayan regulado) y una actividad de gasto (utilizando los ingresos para cubrir el gasto) que se conoce técnicamente como 'actividad financiera'<sup>1</sup>.

Esta actividad de los entes públicos no es de carácter neutro pues estará influida por las singularidades económicas e ideológicas de la sociedad sobre la que actúa el Estado que se trate. Esto pone de manifiesto que se trata de un concepto poliédrico<sup>2</sup> pues tiene diversas facetas. De hecho, la actividad financiera puede ser analizada desde diferentes perspectivas.

a) *Económica*. El nivel de la actividad económica pública viene marcado por el nivel de riqueza que tiene la sociedad sobre la que se actúa. Así mismo, los entes públicos son sujetos económicos que influyen sobre el desarrollo en este campo de la comunidad. No es difícil concebir que las posibilidades de llevar a cabo políticas de género va a depender no sólo de la propia voluntad sino de la disponibilidad de recursos.

b) *Política*: Se trata de una actividad política que refleja las prioridades que se han de satisfacer y que no siempre responden a criterios de eficiencia económica, sino también de justicia. La forma en que se organiza el Estado para la toma de decisiones tiene su traducción en las prioridades a satisfacer. La guía para considerar las prioridades bien pueden ser los principios rectores y los derechos que la Constitución ampara entre los que se encuentra la consecución de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

c) *Sociológica*: Esta última vertiente de la actividad financiera observa que colectivos pueden ser favorecidos o perjudicados por las opcio-

<sup>1</sup> Siguiendo por todos a SAINZ DE BUJANDA, la actividad financiera se caracteriza por 1) Realizarse por el Estado o por otro ente público dotado con poder y competencias financieras, 2) Es causa de un proceso de ingreso y .gasto consistente en un flujo de recursos dinerarios , 3) El dinero entra y sale de las cajas públicas y genera los pertinentes asientos contables y 4) es indiferente la finalidad y el objetivo- cobertura del coste de los servicios para satisfacción de las necesidades, redistribución de la riqueza o adopción de medidas compensatorias- hacia donde este movimiento dinerario se dirija. SAINZ DE BUJANDA, F.: *Sistema de Derecho Financiero*, I, vol 1º, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1977, pàg. 32.

<sup>2</sup> Sobre la calidad poliédrica de la actividad financiera se puede consultar, entre otros, SAINZ DE BUJANDA, F. : *Sistema...*, ob., cit., pàgs. 315-319 o PÉREZ DE AYALA PELAYO, C: *Temas de Derecho financiero*, 2ª ed., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1990, pàg. 22-23.

nes que en relación con esta actividad pública se toman. De especial importancia es esta perspectiva de estudio pues puede poner en evidencia aquellas posibles deficiencias que en el terreno del género puede tener la actividad financiera pública.

d) *Jurídica*. Completa el conjunto de las diferentes perspectivas de estudio. Es a través de las normas jurídicas como se disciplina y ordena la realización de la actividad; el Estado ha de establecer el régimen jurídico tanto de los recursos (tributos, deuda pública o patrimonio) de los que se obtienen los ingresos como la forma de realizar el gasto (ley de presupuestos). La norma no está exenta de consideraciones relativas al género pues puede estar regulando situaciones que le afecten de forma directa o indirecta. Cabe que el texto de la norma no tenga problemas desde este punto de vista, pero sí los efectos que produce.

Este conjunto de normas es el que se identifica como Derecho financiero. Su objetivo, como se ha dicho, es la regulación de los recursos y de los procedimientos de realización del gasto de los entes públicos. En consecuencia, la actividad financiera es una actividad instrumental dirigida a la consecución de los fines públicos cubriendo los gastos que implican.

Sin embargo, sería una visión miope la que se quedase con ese aspecto de la actividad financiera sin profundizar un poco más. Dejando de lado la actividad de gasto y centrando la atención en uno de los recursos que componen la hacienda pública como es el tributo, el estudioso determina que aparece otro instrumento para dirigir la acción pública. En consecuencia, la perspectiva jurídico-tributaria de la actividad financiera no sólo supone un aspecto normativo sino también instrumental para el logro de objetivos entre los que pueden hallarse la consecución de la igualdad de género.

El tributo forma parte de los medios con los que los entes públicos obtienen ingresos. Para su establecimiento, el ordenamiento jurídico les reconoce poder tributario o la capacidad para crearlo y recaudar los ingresos que produce con el respaldo del derecho sancionador. Sin profundizar más se está repitiendo lo ya explicado en torno a la actividad financiera: un recurso de la hacienda pública diseñado para obtener ingresos para cubrir gastos. En cambio, esta visión puramente fiscalista o recaudadora del poder tributario se supera si se atiende a la posibilidad de regular el comportamiento ciudadano y a hacer políticas públicas, entre las que se hallan





las de género, de forma directa a través del establecimiento de tributos o medidas tributarias.

El ejercicio del poder tributario se ha mostrado no sólo como un actividad instrumental para financiar políticas con las que lograr objetivos, sino que también puede procurar por sí mismo los objetivos que la sociedad demanda de los entes públicos como puede ser, para el caso que nos ocupa ahora, el principio de igualdad. Es un ejemplo el concepto de 'extrafiscalidad' por el que se ha de entender la utilización del recurso tributario para fines diferentes a los estrictamente recaudatorios. Los poderes públicos, hacen uso, junto a políticas activas, de su poder tributario y su actividad financiera para influir en las conductas de sus administrados y no sólo para extraer ingresos de su patrimonio devolviéndoselo en forma de financiación de su actividad. Se podrían enunciar ahora dos ejemplos ilustrativos. En primer lugar los llamados tributos ecológicos o 'verdes' hacen efectivo el principio de quien contamina paga, el derecho al medio ambiente y el principio de desarrollo sostenible. Con estos tributos, gravando actividades de tipo industrial perjudiciales al entorno, se procura dificultar su realización por el sobre coste económico que supone la imposición, fomentado que se cambien los procesos de producción a sistemas más respetuosos con el medio. En segundo lugar, en el impuesto sobre la renta se pueden establecer reducciones de la cuota tributaria basadas en el gasto del contribuyente o en sus inversiones que tienen finalidades acordes con el interés público como podrían ser las donaciones a las entidades pertenecientes al tercer sector.

En síntesis, los poderes públicos necesitan realizar una actividad económica que conlleva un flujo de ingresos y gastos para cubrir los costes que implican las competencias que han de atender entre las que se encuentran hacer efectivos los derechos de los ciudadanos como, por lo que ahora interesa, el de igualdad. Esta actividad está regulada por el Derecho financiero, si bien puede ser examinada desde diversos puntos de vista. Supone, esencialmente, una actividad instrumental pero, analizando su vertiente normativa, es posible considerar que puede ser de carácter finalista. El instrumento que da sentido a esta tesis es el tributo de carácter extrafiscal por el cual se consiguen efectos no sólo recaudatorios sino reguladores. Mediante el gravamen o el beneficio fiscal, las autoridades públicas pueden realizar políticas finalistas y no sólo procurarse ingresos toda vez que tiene un efecto de carga económica o incentivo de las actividades ciudadanas.



### **3.- Un contexto normativo necesario: la extrafiscalidad y los principios constitucionales que informan el deber de contribuir.**

El art. 133 de la CE reconoce poder tributario con diferentes límites tanto al Estado, como a las CCAA, como a los entes locales de forma que todos ellos cuentan en su Hacienda con tributos con los que obtener los ingresos necesarios para financiar sus actividades. Estos tributos forman un sistema por el cual los ciudadanos realizan su deber de contribuir a los gastos públicos, de acuerdo con el art. 31.1 de la CE. Al mismo tiempo el legislador constitucional establece que el mencionado deber ha de hacerse dentro de unos referentes determinados que se materializan con la positivización de unos principios. Con ellos se hace la siguiente construcción: el ciudadano tiene el deber de contribuir al gasto público, los entes territoriales pueden establecer tributos para obtener ingresos y esta extracción de la riqueza privada hacia los entes públicos ha de respetar principios establecidos en la Constitución. Este resumen de la vinculación del poder tributario y del deber de contribuir dentro de la Constitución, puede ser escasa pues sólo hace referencia al fenómeno del ingreso de los entes públicos como consecuencia de la realización del deber de contribuir dentro de los principios constitucionales. Si se considera esta visión puramente recaudadora del poder tributario no se sería consecuente con lo concluido en el apartado anterior. Es por ello y en aras de avanzar en este análisis que es necesario aportar otras interpretaciones que flexibilicen la rigidez de la tesis expuesta.

Siguiendo el art. 31.1 de la CE el deber de contribuir al gasto público se ha de hacer de acuerdo con un sistema tributario justo, siendo la justicia un principio fundamental en nuestro ordenamiento con el art. 1.1 de la CE. Así pues, el sistema tributario se encuentra comprometido en la consecución de los principios fundamentales del edificio jurídico del Estado. Este compromiso se puede entender cumplido con la distribución equitativa o justa del gasto público sin tener más consideración que hacer efectivos los principios que recoge el art. 31. de la CE, es decir, el principio de generalidad, el principio de capacidad económica, el principio de igualdad, el principio de progresividad y el principio de no confiscatoriedad. La cuestión que se puede formular ahora es si se trata de principios absolutos o pueden ser relativizados para conseguir otros fines que el legislador haya recogido en el ordenamiento.

El principio de generalidad está en la expresión *“Todos han de contribuir..”*. Establece que todos los titulares de riqueza que mantengan una vinculación con el territorio han de participar, de acuerdo con su capacidad, en cubrir el



gasto público. En consecuencia no es posible establecer ninguna diferencia entre los contribuyente que pueda suponer un privilegio para un determinado colectivo. Pero ello no quiere decir que no se pueda relativizar el principio con la regulación de beneficios fiscales con los que se puede favorecer, combinando otras medidas, la realización de otras razones o fines amparados por el ordenamiento como puede ser el que ahora se trata<sup>3</sup>.

El principio de capacidad económica es una pieza clave en el sistema tributario ya que, es el criterio considerado para el reparto de la carga que supone el gasto público entre los ciudadanos. Este principio, por un lado, marca el fundamento de la imposición de forma que los entes públicos han de gravar manifestaciones de riqueza<sup>4</sup>. Por otro lado, es un límite a la imposición ya que los entes con poder tributario no pueden gravar más allá de la capacidad económica de los ciudadanos<sup>5</sup>. Tercero, se ha de considerar que supone una referencia para el establecimiento de tributos toda vez que supone que el legislador establezca figuras tributarias que se adapten al principio. La cuestión que se ha de plantear, a raíz de esta idea, es si el poder tributario ha de atender a este principio en cualquier caso o puede matizarlo si se pretenden otros fines. Este principio está previsto junto con principios como el de justicia o igualdad, de forma que ha de ser interpretado sistemática y conjuntamente con otros referentes del ordenamiento jurídico. Por ello cuando el tributo puede perseguir finalidad solidarias o de interés general amparados por el ordenamiento, cuando se procura la igualdad efectiva de la ciudadanía, cuando se hacen discriminaciones de carácter positivo con la intención de favorecer determinados colectivos, el principio de capacidad económica ha de ser considerado de forma flexible<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Es tradicional mencionar la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1986 donde se expone que el principio no es igual para cada figura tributaria que haya de afectar a los ciudadanos. Es posible que se regulen tributos en relación con grupos concretos de personas siempre que la diferencia no sea resultado de relaciones *intuitu personae*.

<sup>4</sup> De acuerdo con la sentencia del TC 27/1981 de 20 de julio el principio de capacidad económica significa tanto como la incorporación de una exigencia lógica que obliga a buscar la riqueza allá donde se encuentre.

<sup>5</sup> La Sentencia del TC 221/1992 de 11 de diciembre, expone que el principio de capacidad económica es un límite al poder legislativo que se rompe en los supuestos en los que la capacidad económica grava del tributo no es potencial o real sino inexistente o irreal.

<sup>6</sup> El legislador tributario recoge de forma indirecta esta idea en el art. 2.1 de la Ley 58/2003 de 17 de diciembre cuando define los tributos como "(...) *ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución.*"

Los principios de igualdad y progresividad suponen releer -en el sentido de repetir, no de modificar- los anteriores. El de igualdad significa que todos los contribuyentes han de ser tratados no de manera uniforme, sino de acuerdo con sus posibilidades, las cuales vienen dadas por su capacidad económica. Así pues, los iguales han de ser tratados de forma igual y los desiguales de forma desigual. En relación con la progresividad la reflexión es parecida a la anterior ya que implica que los contribuyentes han de realizar su deber dependiendo de la riqueza, de manera que a más riqueza, más contribución a los gastos públicos. Estos dos principios, como los anteriores, se pueden matizar cuando se trata de conseguir fines diferentes a los estrictamente tributarios. Los beneficios fiscales a colectivos más desfavorecidos se podrían considerar como contrarios al principio de igualdad visto desde una perspectiva de la capacidad económica si no se considerase que pueden ser acreedores de la protección social que pueden dispensar los entes públicos<sup>7</sup>. Por lo que respecta a la progresividad se ha de considerar que no sólo depende del nivel de gravamen de acuerdo con la riqueza del contribuyente, sino también de las medidas que han sido establecidas en el sistema tributario para adaptarlo a la realidad tanto económica como social del contribuyente<sup>8</sup>.

La conclusión que se extrae de las palabras anteriores es que el poder tributario, a la hora de establecer una exacción, ha de adaptarse a las exigencias de los principios del art. 31.1 de la CE. Ahora bien, ello no quiere decir que sólo se deba responder a estos límites de forma exclusiva y excluyente. Una interpretación sistemática de las capacidades del poder tributario y de los principios financieros que lo rodean con los otros extremos del ordenamiento jurídico permiten que el tributo se convierta no sólo en un instrumento de recaudación sino también regulador de los comportamientos de los ciudadanos, lo que no es desacorde con las exigencias del ordenamiento jurídico. Con base en esta tesis es posible llevar a cabo medidas de acción positiva y de políticas de género mediante el sistema tributario.

Esta afirmación posibilista, además, tiene un fundamento claro. El reconocimiento del derecho a la igualdad es un requisito imprescindible, *sine qua non*, para su plasmación en la realidad social, pero no es una condición suficiente.

.....  
<sup>7</sup> Ejemplo de esto podrían ser algunas de las exenciones del art. 7 de la Ley 35/2006 de 28 de noviembre como es el caso de las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo, las pensiones por gran invalidez o las ayudas económicas para deportistas de alto nivel ajustadas a los programas de preparación establecidos por el Consejo Superior de Deportes.

<sup>8</sup> Ejemplo son las reducciones por aportaciones y contribuciones a sistemas de previsión social constituidos a favor de personas con discapacidad.



Se ha de superar una situación histórica de discriminación, marginación y trato peyorativo de la mujer, por lo que resulta necesario corregir la desventaja social de la que se parte. La corrección de esa desventaja se efectúa mediante acciones de carácter positivo destinadas a la proposición de la igualdad material a las que cabe añadir aquellas que pueden provenir del poder tributario. En definitiva, son medidas que procuran una mayor igualdad social substantiva de los colectivos o grupos sociales discriminados o en desigualdad de oportunidades. Suponen introducir diferencias de trato a través de políticas públicas que se establecen temporalmente para suprimir o corregir aquellas desigualdades que de hecho padecen las mujeres. En palabras del Tribunal Constitucional *“La consecución del objetivo igualatorio entre hombre y mujer permite el establecimiento de un derecho “desigual-desigualador”; es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para conseguir una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el disfrute efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer”*. (Sentencia 229/92). Tal planteamiento deriva, en definitiva, del sentido propio del principio de igualdad, al dar un trato diferente a situaciones diferentes: *“La actuación de los poderes públicos para solventar, así, la situación de ciertos grupos sociales definidos, entre otras características por el sexo (y, cabe afirmar, en la mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resulten de tradiciones y hábitos profundamente enraizados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse que vulnere el principio de igualdad, a pesar que establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar un trato distinto a situaciones efectivamente distintas”*. (STC 128/1987).

Es momento de concluir lo dicho hasta ahora. El poder tributario puede ser un instrumento regulador lo que no violenta los principios jurídicos establecidos por la Constitución que le sirven de fundamento. En consecuencia, bien pueden incorporarse medidas de carácter tributario que refuercen la realización efectiva del principio de igualdad mediante la discriminación positiva, respaldada por el TC, lo cual es un instrumento útil para las denominadas políticas de género.

#### **4.- Medidas fiscales vigentes relacionadas con la perspectiva de género: la deducción por maternidad en el IRPF y la deducción por la creación de guarderías en el Impuesto sobre Sociedades. Algunas propuestas de medidas tributarias.**

La superación de una visión meramente recaudadora del Derecho tributario que se ha aportado, tiene ejemplos concretos relacionados con tributos

que son pilares del sistema tributario como el IRPF (Ley 35/2006, de 28 de noviembre) y el Impuesto sobre Sociedades (RDLeg. 4/2004 de 5 de marzo).

Entre el articulado de la norma que regula el primer impuesto está lo previsto en el art. 81 bajo el título *Deducción por maternidad*<sup>9</sup>. Esta medida fiscal, a diferencia de lo que ocurre con las otras deducciones, puede dar lugar a que se supere la cuantía de cuota diferencial del impuesto dándose un caso de ‘tributo inverso’ en forma de devolución no por exceso de ingresos, sino por materialización de una subvención a la maternidad. De hecho la cuantía que supone puede ser obtenida por un mecanismo independiente. De sus requisitos se destacan:

.- Ser mujer. El padre sólo puede aplicar la deducción en caso de fallecimiento o cuando se le atribuya de forma exclusiva la guarda y custodia. En su caso, un tutor podrá practicar la deducción pendiente.

.- La beneficiaria ha de desarrollar una actividad por cuenta propia o ajena estando de alta en la Seguridad Social.

.....

<sup>9</sup>“Art. 81 *Deducción por maternidad*.

1. *Las mujeres con hijos menores de tres años con derecho a la aplicación del mínimo por descendientes previsto en el artículo 58 de esta Ley, que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad, podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años.*

*En los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil.*

*Cuando la inscripción no sea necesaria, la deducción se podrá practicar durante los tres años posteriores a la fecha de la resolución judicial o administrativa que la declare.*

*En caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, siempre que cumpla los requisitos previstos en este artículo, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente.*

2. *La deducción se calculará de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos previstos en el apartado 1 anterior, y tendrá como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas totales a la Seguridad Social y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción.*

*A efectos del cálculo de este límite se computarán las cotizaciones y cuotas por sus importes íntegros, sin tomar en consideración las bonificaciones que pudieran corresponder.*

3. *Se podrá solicitar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el abono de la deducción de forma anticipada. En estos supuestos, no se minorará la cuota diferencial del impuesto.*

4. *Reglamentariamente se regularán el procedimiento y las condiciones para tener derecho a la práctica de esta deducción, así como los supuestos en que se pueda solicitar de forma anticipada su abono.”*



.- Tendrá hijos menores de 3 años que den derecho a aplicar el mínimo por descendientes.

La cuantía máxima de deducción o de cantidad a percibir es de 1.200 € al año (100 € al mes) y no podrá exceder de las cotizaciones devengadas dentro del período impositivo posterior al nacimiento.

Cabría pensar que el art. 81bis de la LIRPF viene a completar esta medida, incluso que podría ser de carácter reiterativo. Sin embargo, atendiendo a la Exposición de Motivos de la Ley 35/2007 de 15 de noviembre se advierte por el legislador que ambas medidas –por maternidad y por nacimiento– no son incompatibles pero que la aquí comentada responde directamente a fomentar la incorporación de la mujer al mercado laboral mientras que la segunda se dirige más al fomento de la familia y la natalidad.

Otro beneficio fiscal que puede ser incluido como ejemplo de medida extrafiscal que pretende favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar está en el Impuesto sobre Sociedades. Si bien, puede considerarse que no se encuentra vinculado directamente con la mujer, sí que puede tener un efecto favorecedor de su integración laboral si se considera que todavía se asocia la tarea de atender a los hijos con el sexo femenino y que la integración laboral de este colectivo es inferior a la masculina. El art. 38.6 de la LIS prevé una deducción de 10 por 100 en la cuota íntegra de las inversiones y gastos en locales homologados por la Administración para prestar un servicio de primer ciclo de educación infantil a los hijos de los trabajadores de la persona jurídica-contribuyente y de los gastos en el caso de contratación de este servicio con un tercero autorizado. Se trata de una deducción extrafiscal pues no es tanto para adaptar el tributo a la capacidad económica del contribuyente como para premiar fiscalmente a aquellos empresarios que dediquen una parte de sus beneficios a cubrir el gasto que supone la atención a los hijos de sus trabajadores.

Estas previsiones legales son un ejemplo de lo que con el poder tributario, utilizando la figura del beneficio fiscal, se puede realizar en relación con políticas de género, en este caso con la pretensión de la integración de la mujer que opta por la maternidad en el mundo laboral. Por un lado se subvenciona la maternidad en una idea de ayudar económicamente a la mujer trabajadora, por otro lado, se pretende implicar a las empresas en la conciliación familiar que, debido a la realidad social, va a incidir en la situación de la mujer trabajadora.

Se pueden realizar dos críticas al legislador. En primer lugar, la escasez de medidas de este carácter en el sistema tributario. No hay tributos que tengan carácter extrafiscal en nuestro sistema que puedan perseguir objetivos parecidos. No hay figuras, semejantes a la tributación verde por ejemplo, que puedan favorecer u obstaculizar comportamientos relacionados con políticas de género. Por otro lado, cabría considerar si es útil realizar medidas basadas fundamentalmente en el carácter de madre que puede tener la mujer y no en la persecución de equiparación de los colectivos. Subvencionar la maternidad va más ligado al fomento de políticas de familia que a fomentar políticas de igualdad pues pueden relegar a la mujer al papel tradicional del cuidado de los hijos. Cabe añadir que ligar, en el primer beneficio fiscal, la deducción a la obtención de un rendimiento económico (del trabajo o profesional) no casa bien con una realidad en la que el trabajo doméstico no es valorado a efectos tributarios y sigue siendo a cargo del sexo femenino. Es por estas razones que cabría explorar otras alternativas para que, desde el Derecho tributario, se refuercen las políticas de género.

Estas medidas fiscales encontrarían amparo en el art. 11.1 de la LO 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad (en adelante LOI) efectiva de mujeres y hombres lo que permitiría satisfacer un primer requisito, esto es, el tributo que las previera estaría amparado en la realización efectiva del principio de igualdad entre hombres y mujeres. Así mismo, se ha de añadir que tienen una vocación transitoria por una razón legal y una razón económica. La legal es el propio mandato del precepto citado que establece que han de subsistir en tanto no se corrija la situación sobre la que quieren incidir. La económica es que no parece conveniente que las medidas se sustenten sólo en la intervención económica de los entes públicos, si así fuese supondría un cierto fracaso pues el objetivo último es que el grado de igualdad que se consiga con la medida, *a posteriori* se sustente con el propio convencimiento y compromiso social.

Uno de los aspectos en los que la LOI incide y se juzga como clave para la efectividad del principio de igualdad es el ámbito laboral. Ese campo presenta una cierta idoneidad para la actuación a través del instrumento tributario. Siguiendo el art. 45 de la LOI las empresas están obligadas a adoptar medidas dirigidas a evitar discriminaciones por razones de sexo. Incluso establece que empresas de más de 250 trabajadores han de elaborar y realizar planes de igualdad de forma que, en caso contrario, pueden ser sancionadas por la Inspección de Trabajo. Para las empresas de menor plantilla se establece que los planes de igualdad serán voluntarios si bien,





según el art. 49 el Gobierno establecerá medidas para el fomento de la adopción de los citados planes. Dentro de las acciones que pueden albergar esos planes cabe que la fiscalidad incida de diferentes maneras.

En primer lugar cabría regular medidas de gravamen impositivo adicional para aquellas entidades –especialmente empresas- que no llevasen a cabo políticas dirigidas a favorecer la integración de la mujer en puestos de dirección de su organización. Este objetivo podría ser perseguido de dos maneras. A través del incremento de la fiscalidad de aquellas entidades que no realizasen políticas de igualdad en este aspecto. También beneficiando fiscalmente a aquellas que las llevasen a cabo más allá de lo que la ley obliga. El efecto directo de este tipo de medida fiscal bien podría ser que el gravamen sobre las instituciones que no procurasen la integración de la mujer sería más alto, en comparación con aquellas que sí siguen las políticas públicas en este sentido.

Pero no es sólo en relación con los puestos de dirección que se ha de incidir. También han de establecerse medidas en las que se beneficiase fiscalmente, como ocurre con otros colectivos, a las empresas que incrementasen su plantilla a través de la contratación de mujeres. No obstante, deberían ser medidas que conjurasen el peligro de que los empresarios contratasen manteniendo diferencias salariales o incrementando el número de mujeres pero en puestos baja categoría profesional. En este sentido, la Administración tributaria debería actuar vía inspección en cooperación y coordinación con la inspección de trabajo para no agravar más esa realidad o concretar en el sentido adecuado la medida fiscal que se haya dispuesto.

Uno de los aspectos en los que ha de incidirse, precisamente, es las diferencias salariales entre hombre y mujeres que desempeñan las mismas tareas. En esta línea se podría partir de la base que el beneficio empresarial se obtiene mediante la contabilidad mercantil. En ella se basa el legislador fiscal para determinar el rendimiento gravado por el IRPF o el IS. Pues bien, de acuerdo con una estimación directa de la base imponible se considera partida deducible los gastos de personal. Con base en la autonomía del legislador fiscal y en aras de corregir la brecha existente cabría pensar en que esa partida deducible se pudiera estimar de forma que el empresario no pudiera deducir la cantidad que pudiera existir de diferencia entre los salarios de hombres y mujeres. Se puede argumentar que los comportamientos aquí mencionados son sancionables y que la punición es la vía adecuada para tratarlos pero no es la única. A pesar de la existencia de la



infracción, estadísticamente hablando, se produce la diferencia y, además, queda un sector –empresas de menos de 250 trabajadores- que no están obligados a un plan de igualdad. A estos argumentos cabe añadir que las empresas deben realizar anualmente su declaración-liquidación de ingresos y gastos a efectos fiscales para lo que aportan una información que sería controlable periódicamente –han de realizar sus deberes formales, además de realizar su contabilidad mercantil anual depositando sus cuentas en el Registro Mercantil- a diferencia de un posible procedimiento sancionador de carácter más extraordinario. Tampoco se ha de desdeñar que para el mismo objetivo se deberían coordinar los servicios de Inspección tanto del Ministerio de Trabajo como del Ministerio de Hacienda.

El conjunto de medidas tributarias que pudieran establecerse, además, habrían de aportar soluciones que no incidan en roles prefijados. No se trata tanto de “facilitar” la vida familiar y laboral de la mujer en una sociedad donde ésta es la que realiza mayormente las cargas que implica la primera. No se da tanto la elección entre ocio-trabajo como entre trabajo en casa-trabajo en la empresa. Por esta razón cabría pensar también en medidas que beneficiasen fiscalmente a aquellos contribuyentes-hombres que se hiciesen cargo del cuidado de los hijos, por ejemplo, pidiendo el permiso de paternidad, las excedencias por el cuidado de hijos u otras medidas de este carácter. Los permisos existen y están recogidos en la LOI pero la estadística ofrece un resultado en el que es la mujer la que suele hacer la opción de acogerse a los permisos repitiendo esquemas que se quieren superar.

Mezclando lo laboral con lo social pueden proponerse algunas acciones en relación con una actividad económica como es la prestación de servicios sexuales. Es una realidad que la oferta de estos servicios es principalmente femenina y que en ese colectivo existen diversas realidades estando algunas de ellas muy vinculadas a la marginalidad y la exclusión social. Cabría proponer una medida de carácter extrafiscal en forma de un tributo relativo a la actividad económica que implica. En este planteamiento se ha de tener presente, por las diversa problemática que confluye, que resulta difícil un posicionamiento definido y definitivo pues, de un lado, afirmar abiertamente su legalización parece enfrentarse al principio de la dignidad humana; por otro, puede argumentarse que la persecución y la represión de la actividad vulnera la libertad personal y finalmente, el negar o obviar la realidad nos lleva a perpetuar la imagen de marginalidad y exclusión femenina. La regulación tributaria de esta actividad iría en la línea de poner en evidencia una realidad concreta. Esta regulación podría incluir, como se ha dicho, el establecimiento de un tributo de carácter indirecto y monofásico que gravase estas actividades de forma paralela a como lo hace el IVA en la



última fase del proceso productivo o de consumo. El sujeto pasivo a título de contribuyente o de sustituto sería la persona que presta el servicio, su base imponible sería el coste, el tipo impositivo el que se estableciera en la ley u la cuota debería ser satisfecha por el consumidor del servicio como repercutido o como contribuyente. Trimestralmente, el contribuyente o el sustituto estarían obligados a hacer el ingreso del tributo haciendo una declaración-liquidación anual. Los ingresos derivados de este tributo estarían afectados directamente a cubrir los gastos de programas públicos de todo tipo diseñados para favorecer el colectivo de personas que realizan la actividad y que se encuentran en situación de exclusión social abarcando ámbitos como la sanidad, la educación, la formación, etc....

Se trata, con estas medidas, de comenzar una reflexión sobre cómo el poder financiero en general y tributario en particular puede incidir en eliminar una visión androcéntrica del ordenamiento jurídico y la sociedad. El poder tributario tiene la capacidad, mediante la extrafiscalidad, de intervenir directamente en el comportamiento ciudadano. El legislador no se opone a esta posibilidad sino que considera la relativización de las rigideces de los principios que informan el Derecho tributario y prevé que los tributos son utilizables para obtener fines distintos al recaudatorio. Así se refleja en el propio ordenamiento con medidas de beneficio fiscal si bien las actualmente vigentes parecen escasas y giran en torno a aspectos tradicionalmente asociados a la condición femenina. Se han de explorar medidas que se alejen de ese planteamiento y permitan una equiparación real entre colectivos sobre todo en campos como el laboral –equiparación de salarios y remedios al desempleo femenino- y el familiar –corresponsabilidad en el cuidado de los hijos-. No obstante, estas son medidas complementarias a otras que han de ir transformando no sólo el ordenamiento jurídico sino también las sinergias sociales que contribuyen a mantener un *status quo* de desigualdad entre hombres y mujeres.





## LA IMPOSICIÓN SOBRE LAS SUCESIONES EN UNIÓN EUROPEA: ¿INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE GÉNERO O MECANISMO DE PERPETUACIÓN ENCUBIERTA DE LOS MODELOS ANDROCÉNTRICOS?

*Dra. Yolanda García Calvente  
Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Málaga*

### I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la permanencia de los impuestos que gravan las sucesiones en los sistemas tributarios se ha centrado con mayor frecuencia en cuestiones políticas que en su adecuación al principio de capacidad económica. En las adquisiciones a título gratuito la denominada “regla de la normalidad” quiebra en demasiadas ocasiones, pese a la previsión de diversas técnicas desgravatorias que han tratado de resolver esta cuestión<sup>1</sup>.

Aunque en algunos de los países de la Unión Europea se optó hace tiempo por suprimir la tributación de las sucesiones (véase el ejemplo de Italia, Suecia o Portugal), lo cierto es que en muchos otros se siguen gravando. Y en muchos casos, la regulación establecida ocasiona desigualdades de género sobre las que debería reflexionarse. De entrada, la propia configuración del Derecho de Sucesiones ha sido considerada una clara muestra del modelo androcéntrico de sociedad imperante desde los inicios de la Historia<sup>2</sup>.

.....  
<sup>1</sup> Según esta regla, cuando el legislador configura una determinada situación como hecho imponible está atendiendo a un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad.

<sup>2</sup> Véase DE BEAUVOIR, S.: *El segundo sexo*. Cátedra, 2002, págs.146-150. Para esta autora: “Destronada con el advenimiento de la propiedad privada, la suerte de la mujer estará ligada a la propiedad privada a través de los siglos: gran parte de su historia se confunde con la historia de la herencia”. De hecho, en la actualidad, “Hay muchos países en los que la legislación y la práctica en materia de sucesiones y bienes redundan en graves discriminaciones contra la mujer. Esta desigualdad de trato puede hacer que las mujeres reciban una parte más pequeña del patrimonio del marido o del padre, en caso de fallecimiento de éstos, que los viudos y los hijos. En algunos casos, no se reconoce a la mujer más que un derecho limitado y controlado a recibir determinados ingresos con cargo al patrimonio del difunto. Con frecuencia, los derechos de sucesión de la viuda no reflejan el principio de la igualdad en la propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Dichas disposiciones violan la Convención y deberían abolirse”. : Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Recomendación General Nº 21 “La Igualdad en el Matrimonio y en las Relaciones Familiares” en Naciones Unidas, Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales Adoptadas por Órganos Creados en Virtud de Tratados de Derechos Humanos, HRI/GEN/1/Rev.7, 12 de mayo de 2004.

Lo cierto es que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones tiene una larga historia detrás, ya que fue regulado por primera vez en nuestro ordenamiento por la Real Cédula de 25 de septiembre de 1798, que lo instaura con el fin de lograr financiación para las guerras contra Francia. Posteriormente, pese a la desaparición de la justificación bélica, otras razones políticas favorecieron su permanencia en el sistema tributario. Así, una de las más importantes fue la proliferación de la teoría según la cual obtener bienes sin esfuerzo previo era algo injusto que debía dar lugar a una redistribución de esa riqueza. Además, la idea de que heredan las clases más favorecidas otorgaba una mayor legitimidad a este impuesto en una sociedad muy influenciada por corrientes “redentoristas”.

*La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones*, sustituyó al antiguo Impuesto General sobre las Sucesiones por un tributo con una estructura más coherente con la reforma del sistema impositivo iniciada en 1977. En efecto, según la Exposición de Motivos de esta norma, el ISD “cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas; grava las adquisiciones gratuitas de las personas físicas y su naturaleza directa, que ya se predicaba del hasta ahora vigente Impuesto General sobre las Sucesiones, resulta, asimismo, en la configuración de la Ley, al quedar determinada la carga tributaria en el momento de incrementarse la capacidad de pago del contribuyente”.

Pues bien, pese a tratarse de un impuesto, tradicional en nuestro sistema, son numerosas las críticas que recibe, reclamándose incluso su supresión tanto por determinados grupos políticos, como por un cualificado sector doctrinal. La unanimidad sobre los numerosos defectos técnicos y substantivos de la regulación del impuesto es casi absoluta. No obstante, mientras para algunos autores ello justificaría su reforma, otros reclaman su abolición por considerar que las modificaciones legislativas que pudieran llevarse a cabo no harían desaparecer los vicios de constitucionalidad de los que, en su opinión, adolece el impuesto<sup>3</sup>. El problema se acentúa si tenemos en cuenta que los nuevos modelos de familia y de convivencia no

<sup>3</sup> Para CAYÓN GALIARDO, la polémica generada tiene su origen en la nueva posición de este tributo en un también nuevo sistema fiscal, el nacido de la reforma de 1978. Como afirma este autor: “el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se nos aparece como una figura injusta en algunos casos, compleja en su aplicación, suscitando situaciones de sobreimposición cuando no de una clara doble imposición (económica), de normativa diferente en los distintos territorios, etc., y por ello es por lo que, precisamente ahora, se vuelven a revisar sus fundamentos, si bien desde la necesaria perspectiva constitucional que pasa a ser un parámetro de valoración dotado de una sanción eficaz y no retórica”.



han sido convenientemente contemplados a estos efectos. Por ejemplo, son evidentes las diferencias que derivan de las desigualdades de trato de las uniones matrimoniales frente a las uniones de hecho. Es cierto que en nuestro país algunas CC.AA. han solucionado esta discriminación equiparando las uniones matrimoniales con las uniones de hecho. También la *Ley 13/2005* soluciona en parte el problema ante el que se encontraban las parejas del mismo sexo pero: ¿Es ésta la situación en todos los países de la Unión Europea? ¿Agota el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo el debate sobre el tema? ¿Garantizan las normas reguladoras de la fiscalidad de las sucesiones el mainstreaming de género?

Para analizar todas estas cuestiones y responder a la pregunta planteada en el título se analizarán las normas reguladoras de la imposición sobre las sucesiones en la Unión Europea y se profundizará en los pronunciamientos jurisprudenciales que las han enjuiciado como consecuencia de denuncias de discriminación por razón de género. En este sentido resultará especialmente interesante el análisis de la Sentencia del TEDH *Burden and Burden/ United Kingdom*, en la que se niega la violación del artículo 14 CEDH por la extensión prevista en el impuesto que grava las sucesiones a los miembros del denominado “partenariado civil” y no a uniones distintas como la de dos hermanas que conviven bajo el mismo techo.

## II. LA SENTENCIA BURDEN AND BURDEN: ¿DISCRIMINACIÓN POSITIVA DE LAS PAREJAS HOMOSEXUALES EN LA LEGISLACIÓN BRITÁNICA?

Para las recurrentes, las hermanas Burden, el hecho de que la *Inheritance Tax Act* de 1984 y la *Civil Partnership Act* de 2004 reconozcan una exención en el impuesto sobre sucesiones británico para los matrimonios (la primera) y para las parejas homosexuales (la segunda), supone una discriminación para quienes deciden compartir vida y patrimonio desde los lazos de sangre, y no desde la afectividad. La Sentencia *Burden and Burden* se centra, por tanto, en el examen de una de las manifestaciones del principio de no discriminación recogido en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos: la discriminación por razón de sexo, en este caso motivada por una cuestión fiscal. Se invoca también el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio para reclamar el pacífico disfrute de sus bienes, si bien esta segunda cuestión excede del objetivo de esta comunicación<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Pese a su interés, también supera nuestro cometido analizar si en este caso realmente concurrían los requisitos de admisibilidad, así como llevar a cabo un estudio riguroso sobre si las hermanas Burden eran víctimas reales o potenciales de la normativa referida.

Para el Gobierno británico, la situación de dos hermanas que deciden convivir en el mismo domicilio no es comparable a la de un matrimonio o una pareja de hecho, puesto que en estos casos existe una voluntad clara de compartir bienes y de que los tribunales puedan dirimir posibles controversias motivadas por tal hecho. Además, alega que la exención del impuesto sobre sucesiones en tales circunstancias tiene como fin promocionar el matrimonio y garantizar al cónyuge superviviente una seguridad legal y financiera. Esta necesidad de seguridad inspira también la extensión de la exención a las uniones homosexuales. Por último, se argumenta que la norma cuestionada trata de compensar las cargas que conlleva el establecimiento de un matrimonio o de una unión de hecho, no existentes en situaciones como la comentada, basadas según el Gobierno en un mero “accidente de nacimiento”. Además, aceptar la aplicación de la exención a hermanos que conviven supondría tener que aplicarla también a muchos otros tipos de convivencias familiares.

Evidentemente, las recurrentes tienen una opinión distinta. Para ellas las normas mencionadas violan el artículo 14 CEDH puesto que su unión no es un mero accidente, sino consecuencia de una decisión voluntaria, en la que carece de relevancia el que no se prevea la competencia de los tribunales para determinar, en su caso, la separación de los bienes compartidos. Las hermanas Burden consideran también que la única diferencia entre ellas y las parejas de hecho, e incluso los matrimonios, es la inexistencia de vínculo sexual.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza su argumentación afirmando que sí existiría una posible causa de discriminación en la obligación de que una de las hermanas pague el impuesto de sucesiones tras el fallecimiento de la otra, puesto que si relacionamos el artículo 14 con el 1 del Protocolo 1 de la CEDH podría existir un atentado contra la propiedad. No obstante, también es cierto que las autoridades nacionales son las competentes para decidir cuáles son los impuestos razonables para su economía, y cómo deben configurarse, siempre que exista una justificación razonable para tratamientos diferenciados entre personas en situaciones idénticas. Así, a juicio del Tribunal, su única competencia consiste en decidir si la situación de las demandantes es igual que la de los matrimonios y parejas de hecho, y si por ello, el distinto tratamiento fiscal al que serán sometidas supone o no una discriminación justificada. Para llevar a cabo esta tarea, el Tribunal invoca su propia jurisprudencia sobre los derechos y obligaciones de los matrimonios y las parejas de hecho, en la que





se confirma que los derechos y obligaciones de los que ambos son sujetos son distintos de los de cualquier otro tipo de unión. Se invoca también el artículo 12 CEDH en el que se protege el derecho al matrimonio. Por tanto, a juicio del Tribunal, el tratamiento otorgado a formas de convivencia distintas del matrimonio o de la constitución de una pareja de hecho, está plenamente justificado, y en consecuencia no considera que se haya producido una vulneración del artículo 14 CEDH.

En el pronunciamiento del TEDH existen, no obstante, dos opiniones disidentes. La primera centra sus razonamientos en el hecho de que debiera ser el Gobierno, y no las recurrentes quienes probaran que la legislación cuestionada no conlleva efectos discriminatorios, y no al revés. Además, aunque no se cuestiona que las parejas homosexuales puedan tener derecho a la exención cuestionada, consideran que el fundamento en este caso no estaría en la protección del matrimonio. Por último, opinan que las legislaciones nacionales, y en concreto la del Reino Unido, no deberían ignorar formas de convivencia como la que origina la sentencia, en las que existen lazos de dependencia emocional y económica importantes<sup>5</sup>.

La segunda opinión disidente critica la escasa argumentación del Tribunal respecto del por qué Reino Unido no ha traspasado su margen de apreciación para configurar su sistema económico. Por otra parte, centra su atención en el hecho de que el bien compartido es la vivienda familiar y no cualquier bien con un mero valor económico. Para el juez que firma esta opinión, la posible necesaria venta de la casa para hacer frente al pago del impuesto excedería lo razonable.

En mi opinión, la cuestión a la que debemos responder es la siguiente: ¿existe realmente una justificación para que los legisladores nacionales otorguen un tratamiento fiscal distinto a matrimonios y parejas de hecho frente a otros tipos de convivencia? No hay que olvidar que la sentencia analizada ha sido objeto de un amplio debate propiciado por la gran cobertura mediática que se le ha otorgado debido en gran medida a las alusiones y referencias (en muchos casos morbosas) a una discriminación evidente de las parejas de hermanas o hermanos frente a las de personas del mismo sexo. ¿Son realmente situaciones equiparables? Evidentemente

.....  
<sup>5</sup> Abundando en esta cuestión, se indica que en estas situaciones podría producirse una violación del artículo 8 CEDH por cuanto, en el momento de pagar el impuesto, la superviviente podría verse obligada a abandonar el domicilio familiar y a modificar el modo de vida al que ha estado acostumbrada durante tantos años.

no, lo cual no implica negar que en algunos casos la exclusión de formas de convivencia basadas en lazos familiares y no sentimentales no suponga una injusticia. En todo caso, el elemento que nos servirá para decidir cuándo tal injusticia se produce y cuando no será el **principio de capacidad económica**. Las referencias del gobierno británico a que el fundamento de su exención se encuentra en la necesidad de promocionar el matrimonio son, a mi entender, difícilmente justificables en un ordenamiento jurídico como el nuestro, y en un sistema tributario como el que aplicamos.

### III. EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD ECONÓMICA: ELEMENTO CLAVE PARA DETERMINAR LA EXISTENCIA DE UNA POSIBLE DISCRIMINACIÓN

El principio de capacidad económica se recoge en el artículo 31.1 de la Constitución, según el cual “todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”. En la LGT también se hace referencia a este principio, estableciéndose en su artículo 3.1, en el que se citan los principios de la ordenación y aplicación del sistema tributario, que “La ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad”.

La doctrina del Tribunal Constitucional en relación con este principio no ha sido todo lo clara que cabría esperar. En efecto, en ocasiones se ha relativizado en exceso convirtiéndose en una fórmula de escaso contenido, afirmando por ejemplo que “basta que dicha capacidad económica exista, como riqueza real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador al crear el tributo, para que aquel principio constitucional quede a salvo”. No obstante, en otras ocasiones, la interpretación realizada sí ha sido acorde con la importancia que los artículos citados otorgan a la capacidad económica. Así, son varias las sentencias en las que se afirma que la capacidad económica debe hacer referencia a una capacidad real, individual y efectiva o cierta, esto es, a una riqueza realmente existente en cada sujeto llamado a satisfacer el tributo.

Conviene tener en cuenta que, como también ha afirmado el TC, el principio de capacidad económica quiebra en ocasiones ante objetivos de carácter extrafiscal. En este sentido, en la Sentencia 37/1987, de 26 de marzo,



se considera constitucionalmente admisible el establecimiento de tributos que, sin desconocer el principio de capacidad económica, “respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza”. Además, es preciso recordar que este principio no debe respetarse únicamente en la configuración del hecho imponible, sino también en relación con el resto de elementos de cuantificación del tributo que configuran su estructura.

Las consideraciones expuestas nos servirán como guía para enjuiciar la adecuación del ISD a este principio. El análisis debe partir, lógicamente, de la descripción del hecho imponible que se incluye en el artículo 3.1 de la ley reguladora del impuesto, según la cual éste consiste en “la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio, la adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito inter vivos, o la percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario”. Se pretende gravar, por tanto, el incremento patrimonial que se genera con las adquisiciones a título gratuito.

La principal diferencia entre el hecho imponible del ISD y las ganancias patrimoniales gravadas por el IRPF está en su no consideración como fruto o renta y en la ausencia de toda contraprestación. Conviene precisar además que el término “adquisición” suele utilizarse como sinónimo de “transmisión” y “sucesión”, por lo que es preciso concretar su contenido. Se ha afirmado que el concepto jurídico de “adquisición” no es identificable con el de “transmisión”, sino que es sólo una parte u aspecto de éste. Y esta parte resulta identificable con el concepto de “sucesión”, ya que ambos términos significan la parte adquisitiva del fenómeno transmisivo, o lo que es lo mismo, la recepción de la relación jurídica por un nuevo titular.

En definitiva, en el ISD la capacidad económica que se pretende gravar es la que se produce por la recepción de un bien o derecho por un nuevo titular. En el “Informe sobre el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones” elaborado por la Asociación Española de Asesores Fiscales a principios del año 2003 se cuestionaba la existencia de una verdadera capacidad económica en todos los supuestos gravados por el ISD, realizándose la siguiente reflexión:

“No todos los supuestos gravados por el ISD respetan escrupulosamente las exigencias del principio de capacidad económica. Y la razón no es

otra que el hecho de que el ISD se haya perfilado como un impuesto con un hecho imponible desmesuradamente extenso, donde se incluye una mención a “cualquier otro título sucesorio”, como una cláusula general que pretende abarcar todo incremento patrimonial. Esta desmesurada amplitud revela que junto con supuestos en los cuales hay un aumento de renta disponible susceptible de gravamen –la donación a un extraño- se encuentran otros en los cuales ese aumento de riqueza disponible no se aprecia por ningún lado. La situación es todavía más grave si tenemos en cuenta que esas situaciones en las que no se revela con claridad la existencia de un aumento de riqueza disponible son las más frecuentes en la práctica. ¿Qué incremento de riqueza disponible se detecta, a efectos de gravamen, cuando un viudo/a hereda la vivienda familiar en la que vivía con el fallecido/a y en la que sigue viviendo después del fallecimiento? ¿O esa misma situación en relación con un hijo? (...).”

En la construcción del principio de capacidad económica se tiene en cuenta la denominada “regla de la normalidad”, según la cual cuando el legislador configura una determinada situación como hecho imponible está atendiendo a un supuesto que normalmente es indicativo de capacidad. Pues bien, según el referido Informe, tal como hemos podido comprobar, **en las adquisiciones a título gratuito la regla quiebra en demasiadas ocasiones y, aunque reconoce que la regulación histórica de su fiscalidad ha venido marcada por un afán de favorecer las transmisiones entre parientes cercanos, y que para lograrlo se han utilizado diversas técnicas desgravatorias como las reducciones en la base, las bonificaciones porcentuales en la misma o las exenciones, lo correcto sería “no someter a tributación las adquisiciones gratuitas en las cuales, por el grado de parentesco, haya que presumir que lo adquirido ya estaba en el núcleo familiar, y en él va a continuar”**.

En el mismo sentido se había manifestado con anterioridad PLAZA VÁZQUEZ, para quien “lo que habría de ponerse en cuestión es la general concepción plasmada en nuestro ordenamiento jurídico tributario sobre las relaciones económicas dentro de la familia, acantonada en un lamentable formalismo”. Y si se lleva a cabo esta revisión, debería concluirse, según este autor, que no existe una efectiva transmisión allí donde hay sólo un cambio formal de titularidad individual.

Pero, aunque evidentemente son muchos los supuestos en los que se cumplen las premisas expuestas, no siempre es así, existiendo casos en los



que la transmisión gratuita de bienes y derechos supone un aumento de la capacidad económica de los adquirentes. Pensemos que en la sociedad actual, el concepto de familia difiere del que se venía utilizando hasta hace relativamente poco tiempo, y que es posible que, en vida del causante, no todos los que teóricamente deberían integrar su grupo familiar hayan disfrutado de su patrimonio. En definitiva, aunque existen “patrimonios familiares”, también son frecuentes los “patrimonios individuales” que no se comparten hasta que no se produce el fallecimiento de su titular. Basar la exigencia del ISD en tales circunstancias sería un error; arbitrar un complejo procedimiento en el que la institución de la prueba, y las necesarias presunciones, llevaría a menoscabar un principio tan importante como el de seguridad jurídica. En efecto, este principio es suma de “certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad, sin perjuicio del valor que por sí mismo tiene aquel principio”.

Por los motivos expuestos, coincidimos con GARCÍA NOVOA en que la adecuación del ISD al principio de capacidad económica y al resto de principios constitucionales, más que a través de la supresión del impuesto en los casos estudiados, debe realizarse por la previsión de un mínimo exento. De esta forma, se garantiza también el gravamen de la adquisición de herencias de elevada cuantía. “El “mínimo” previsto en el ISD no sería una reducción en función de la cuantía de la herencia, sino que, al preverse a favor de ascendientes, descendientes y cónyuge (debiendo incluirse también a las parejas de hecho) cumpliría una función similar al “mínimo personal y familiar” establecido en la Ley del IRPF de 1998, que está al servicio de la verdadera “capacidad económica del contribuyente” gravada, que sería la renta disponible (...). En realidad se trata de un mínimo que determina la no sujeción de la renta “no disponible”. De la misma manera y por razones de capacidad económica, podría fijarse un “mínimo no gravado”, esto es, un valor de la herencia no sujeta en las transmisiones hereditarias a favor de ascendientes, descendientes y cónyuge”.

**En conclusión, creemos que la configuración actual del hecho imponible del ISD se ajusta a las exigencias del principio de capacidad económica, aunque en algunos supuestos ésta sea ficticia como consecuencia de la naturaleza de las relaciones entre parientes. Solventar la injusticia que supone someter a tributación las transmisiones hereditarias en esos casos no exige suprimir el impuesto, siendo más acertada la previsión de un mínimo exento que permita perfilar de forma más**



**correcta el respeto a la capacidad contributiva en las transmisiones hereditarias dentro del núcleo familiar.**

#### **IV. GARANTÍAS PARA LA IGUALDAD DE GÉNERO EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LAS SUCESIONES EN LA UNIÓN EUROPEA**

Para STOTSKY<sup>6</sup>, “El sesgo de género puede manifestarse de manera explícita e implícita. El sesgo de género explícito se materializa en diferencias existentes en las leyes o reglamentaciones y su aplicación a hombres y mujeres. El sesgo de género explícito es fácilmente identificable pues normalmente consta por escrito en el código o las reglamentaciones fiscales, aunque también puede reflejarse en prácticas informales, en cuyo caso los hábitos y las costumbres reemplazan al derecho en la práctica, como sucede en algunos países en desarrollo. El sesgo de género implícito se manifiesta a través de diferencias en la forma en que el sistema fiscal afecta el bienestar de hombres y mujeres. El sesgo de género implícito es más difícil de identificar pues para ello es preciso observar las diferentes maneras en que el sistema tributario afecta a hombres y mujeres”.

En la Unión Europea, ¿existe un sesgo de género explícito en la regulación de la tributación de las sucesiones? La respuesta debe ser afirmativa puesto que nos encontramos con una situación dispar en la que junto con países en los que, como en España, el matrimonio se permite tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, conviven ordenamientos jurídicos en los que aún se debate acerca de la conveniencia de otorgar reconocimiento jurídico a las parejas de hecho<sup>7</sup>.

Y resulta evidente que, aunque en algunos estados sigan existiendo discriminaciones, existe un claro fundamento desde el punto de vista de los principios generales a que las parejas del mismo sexo (se les reconozca o no el derecho a contraer matrimonio) y los matrimonios heterosexuales tengan los mismos derechos y obligaciones. Por tanto, en el caso de la tributación de las sucesiones, ambos deben gozar de las mismas exenciones. No hay que olvidar que la finalidad de la exención para el cónyuge en nuestro ISyD, a diferencia de la aducida por el gobierno británico, no

<sup>6</sup> “Sesgos de género en los sistemas fiscales”. Ponencia presentada al Seminario de Investigación: “POLÍTICA FISCAL Y GÉNERO”, celebrado en el Instituto de Estudios Fiscales en 2005.

<sup>7</sup> Baste citar como ejemplo el caso de Italia. Sobre este tema véase PIZZOLATO, F.: “La famiglia nella costituzione e criteri per una disciplina dei modelli diversi di convivenza”. En la interesantísima obra: PEZZINI, B. (Dir.): *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*. Jovene Editore, Napoli, 2008.



es otra que la ausencia de capacidad económica en la adquisición *mortis causa* de la vivienda familiar. El cónyuge superviviente ya habitaba dicho inmueble, y no se produce ningún cambio que suponga un incremento de capacidad económica cuando la pareja fallece. Es más, debemos de ser conscientes de que normalmente los gastos se incrementan al desaparecer una de las personas receptoras de rentas.

En mi opinión, esta situación se da en la misma medida en otras formas de convivencia, incluyéndose evidentemente la constituida por la unión de dos hermanas, o por los hijos y sus progenitores, o incluso por dos personas a las que no una ningún vínculo afectivo y que hayan decidido convivir de por vida. Sin embargo, como se comenta en el apartado anterior, carecería de lógica someter la aplicación del ISyD a complejos mecanismos probatorios que permitieran discernir cuándo se dan estas circunstancias. Y lo cierto es que en nuestro sistema tributario, se prevé una reducción del 95%, con el límite de 122.606,47 euros en caso de transmisión *mortis causa* de la vivienda habitual siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes del causante o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

Las hermanas Burden, en España, gozarían del mismo trato que los matrimonios, y no hubieran tenido que plantear un recurso contra nuestra normativa en el TEDH. Conviene tener en cuenta que a quien no se incluye entre los beneficiarios de la reducción es a las parejas de hecho, aunque no podemos afirmar que en la actualidad ello suponga una discriminación para las parejas homosexuales, a quienes la ley permite contraer matrimonio. En todo caso resulta discriminatorio para parejas heterosexuales u homosexuales que, por diversos motivos, deciden no contraer matrimonio. ¿Cuál es el motivo de ello? Nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a esta cuestión en distintas ocasiones, afirmando que<sup>8</sup>:

“el matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1), cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2). Nada de ello ocurre con la unión de hecho ‘more uxorio’, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento”. En suma, el contenido de la libertad de contraer (o no

<sup>8</sup> STC 184/1990 (RTC 1990, 184) (F. 3).

contraer) matrimonio se limita a asegurar la capacidad de elección, a impedir el mandato o la imposibilidad absoluta, pero no a asegurar a quien la ejercita en un determinado sentido los mismos efectos que se atribuyen a quien lo hace en otro. Ello explica que, pese a la identidad de los sujetos titulares de la libertad, el contenido de la libertad positiva y negativa no tenga por qué ser homogéneo, y que el legislador ordinario pueda atribuir, como es el caso, consecuencias a una y a otra manifestación, y hasta que la primera se constituya en un auténtico derecho subjetivo, mientras que la segunda no sea más que una mera libertad jurídica, integrada en el mismo derecho fundamental, y cuyo contenido se ciñe a la posibilidad de optar o a la existencia de una alternativa de acción».

**Conviene tener presente que los impuestos que gravan las sucesiones, en los que los vínculos familiares son un importante elemento de subjetivización del tributo, son potencialmente más “peligrosos” que los tributos objetivos (como los que gravan el consumo) para la igualdad de género. Prácticamente en todos los sistemas tributarios en los que existen impuestos que gravan las sucesiones se prevén beneficios fiscales relacionados con el parentesco, y en consecuencia pueden incluir discriminaciones como el tratamiento desigual a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales, o en general, a las parejas de hecho respecto de las unidas por vínculo matrimonial.**

En España, tras la entrada en vigor de la *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, no es posible hablar de una discriminación para las parejas del mismo sexo en este sentido, ya que igual que las heterosexuales, pueden optar por convivir como pareja de hecho o como matrimonio<sup>9</sup>.

.....  
<sup>9</sup> Tal como se afirma en la Exposición de Motivos de esta norma, el legislador no puede en forma alguna ignorar lo evidente: “(...) la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho”.





Sin embargo, la LISyD considera como “extraños” a efectos de la aplicación de las reducciones por grupos a las parejas de hecho. Ello supone que en vez de una reducción de 15.956,87 euros, que es la prevista para las cónyuges, a quienes se integra en el Grupo II (artículo 20), les corresponde una igual a cero, al considerárseles parte del Grupo IV (“en las adquisiciones por colaterales de cuarto grado, grados más distantes y extraños, no habrá lugar a reducción”).

Además, con independencia de las reducciones anteriores, se aplicará una reducción del 100 %, con un límite de 9.195,49 euros, a las cantidades percibidas por los beneficiarios de contratos de seguros sobre vida, cuando su parentesco con el contratante fallecido sea de cónyuge, ascendiente, descendiente, adoptante o adoptado. En los seguros colectivos o contratados por las empresas a favor de sus empleados se estará al grado de parentesco entre el asegurado fallecido y beneficiario.

Por otro lado,

*“en los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio, o el valor de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolidara el pleno dominio en el cónyuge, descendientes o adoptados, o percibieran éstos los derechos debidos a la finalización del usufructo en forma de participaciones en la empresa, negocio o entidad afectada, para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con arreglo a los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor, siempre que la adquisición se mantenga, durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que falleciera el adquirente dentro de ese plazo”.*

En los supuestos del párrafo anterior, cuando no existan descendientes o adoptados, la reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes y colaterales, hasta el tercer grado y con los mismos requisitos recogidos anteriormente. En todo caso, el cónyuge supérstite tendrá derecho a la reducción del 95 %.

Del mismo porcentaje de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento.

No obstante, la situación planteada ha sido resuelta por diversas Comunidades Autónomas, que haciendo uso de las competencias normativas que les otorga la *Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía*, en su artículo 40, han decidido equiparar las uniones de hecho a los matrimonios.

En Andalucía, la *Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho*, establece en su artículo 20 la equiparación fiscal y tributaria *"A todos los efectos tributarios y beneficios fiscales en el régimen tributario y fiscal autonómico, la convivencia por unión estable de una pareja se equiparará al matrimonio siempre que la misma y su acreditación reúnan los requisitos previstos en esta Ley"*.

Castilla y León, si bien no cuenta con una norma que regule las uniones de hecho, sí cuenta con regulación sobre el Registro de Uniones de Hecho (Decreto 117/2002 de 24 de octubre). Lo mismo ocurre en Extremadura y en Asturias.

En Cataluña, la *Ley 10/1998 de 15 de julio*, en la Disposición Final Primera, conmina a la Generalidad a *"en el marco de sus competencias normativas"* regular por Ley el trato fiscal específico que proceda a cada una de las formas de unión a que hace referencia la presente Ley referida al IRPF y al ISyD en lo referente a las adquisiciones por título sucesorio. Este mandato se cumplió con la aprobación de la *Ley 25/1998, de 31 de diciembre, de Medidas administrativas, fiscales y de adaptación al euro*, en cuyo artículo 31 se afirma:

*"1. De acuerdo con lo establecido por la disposición final primera de la Ley 10/1998, de 15 de julio (LCAT 1998, 423) , de Uniones Estables de Pareja, y dentro del ámbito de competencias asumidas por la Generalidad en el marco de la Ley del Estado 21/2001 (RCL 2001, 3245 y RCL 2002, 1318) , los miembros de las uniones estables reguladas por dicha Ley 10/1998 tienen,*



*en relación con el impuesto de sucesiones y donaciones, la asimilación a los cónyuges.*

*2. A efectos de lo establecido por el apartado 1, el sujeto pasivo conviviente en una unión estable de pareja debe acreditar la existencia de esta unión, de acuerdo con lo que especifican las siguientes letras:*

*a) En el caso de unión de pareja estable heterosexual, mediante la escritura pública de formalización de la convivencia otorgada como mínimo dos años antes de la muerte del causante o de la donación, o bien mediante acta de notoriedad de la convivencia y del transcurso del período mínimo de dos años de la misma, a los que hace referencia el artículo 10 de la Ley 10/1998.*

*b) En el caso de unión de pareja estable homosexual, mediante la escritura pública otorgada conjuntamente, a que hace referencia el artículo 21 de la Ley 10/1998."*

La Ley 1/2001, de 6 abril, de Uniones de Hecho de Comunidad Valenciana incluye un artículo 9 según el cual: *"Los derechos y obligaciones establecidos en la normativa valenciana de derecho público, serán de aplicación a los miembros de la unión de hecho, en especial en materia presupuestaria, de subvenciones y de tributos propios"*.

Finalmente, en Madrid, la Ley 11/2001, de 19 diciembre, de Uniones de Hecho, recoge un artículo de contenido idéntico al valenciano.

En las Comunidades mencionadas las parejas de hecho se equiparan a los matrimonios a efectos de la aplicación del ISyD. Sin embargo, en todas ellas se prohíbe la formación de una unión de hecho a los parientes colaterales por consaguinidad o a adopción dentro del tercer grado. Si tenemos en cuenta que estas personas tampoco pueden contraer matrimonio, podemos afirmar que las hermanas Burden no podrían beneficiarse de los beneficios fiscales previstos en el ISyD para los cónyuges o las parejas de hecho. Claro que, en nuestro país, aún les quedaría una posibilidad, pues como se ha adelantado: el artículo 20.2.c) LISyD prevé una reducción del 95%, *"con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones mortis causa de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuge, ascendientes o descendientes de aquel, o bien pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento"*. Así pues, las hermanas Burden carecerían de motivos para acudir al TEDH, alegando los motivos que conocemos, si fueran contribuyentes de nuestro impuesto.

En la Unión Europea, los países en los que existe matrimonio homosexual, además de España, son: los Países Bajos desde 2001, Bélgica desde 2003 y Noruega desde el 2009. En el resto conviven distintas fórmulas jurídicas que, en mayor o menos medida, tratan de amparar jurídicamente a las uniones de hecho. En este sentido, como recuerda MARTIN CASALS<sup>10</sup>:

“És ben sabut que la regulació de la parella de fet, tant homosexual com heterosexual, és un dels temes més complexos i controvertits del Dret de família actual. No existeixen línies de política jurídica indiscutibles, que es corresponguin amb una determinada ideologia i que indiquin un únic model de regulació a seguir. Les opcions estan modulades no només per les conviccions polítiques sinó, d’una manera molt especial, per conviccions ètiques col·lectives i personals --vinculades o no a concepcions religioses-- que no coincideixen necessàriament amb una determinada filiació política. Prova d’aquest fet és que en els països del nostre entorn les formacions polítiques de signe molt similar han optat per criteris de política legislativa molt diferents. Així, per exemple, ni el legislador socialista francès (any 1999) ni els legisladors socialdemòcrata alemany (any 2001) o laborista anglès (any 2003) han optat, com es diu ara, “per obrir la institució del matrimoni” a les parelles homosexuals, com tampoc no ho han fet els legisladors del països nòrdics, amb una tradició legislativa que ha estat pionera en aquestes qüestions”.

¿Y qué ocurre con los impuestos que gravan las sucesiones? Analizamos a continuación la situación en los países más importantes de nuestro entorno.

En Francia, las uniones de hecho están reguladas en la Loi n°99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité. El pacto se define como un “contrato” concluido por dos personas físicas, mayores de edad, de igual o diverso sexo, para organizar su vida en común (artículo 515.1 CC). Se excluye expresamente la posibilidad de que tal “contrato” sea celebrado por parientes en línea recta o colateral dentro del tercer grado, ni los casados o ligados con otra persona por un pacto civil de solidaridad (artículo 515.2 CC).

En su artículo 4.3 se establece que « III. - Les règles d’imposition et d’assiette, autres que celles mentionnées au dernier alinéa du 1 et au 7 de l’article 6 du code général des impôts, les règles de liquidation et de paiement de l’impôt sur le revenu et des impôts directs locaux ainsi que celles con-

<sup>10</sup> “La regulació de la parella de fet : Lleis i models”. Ponencia presentada en las XIII JORNADES DE DRET CATALÀ A TOSSA



cernant la souscription des déclarations et le contrôle des mêmes impôts prévues par le code général des impôts et le livre des procédures fiscales pour les contribuables mentionnés au deuxième alinéa du 1 de l'article 6 du code général des impôts s'appliquent aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité qui font l'objet d'une imposition commune ». Por lo tanto, en materia fiscal, el concubino firmante de un pacto civil de solidaridad se asimila al cónyuge casado y se beneficia de una exención total sobre los bienes que herede de su pareja difunta. Conviene recordar que en ausencia de pacto o de matrimonio la fiscalidad sobre las sucesiones asciende en Francia al 60% de los derechos sucesorios adquiridos. Pero, como hemos visto, se excluye de la posibilidad de firmar el pacto, entre otros, a los parientes colaterales hasta el tercer grado, con lo que en caso de haber nacido en Francia las hermanas Burden se habrían encontrado en la misma situación que denuncian en Reino Unido.

En Finlandia, la *Inheritance and Gift Tax Act of July 1940 (378/1940)* incluye una exención para los viudos o viudas, no haciéndose referencia a los miembros de las uniones de hecho. En Grecia, la Ley 2961/2001 prevé una exención para la adquisición sucesoria de vivienda habitual en la que tampoco se menciona a estas personas. Sin embargo, en Bélgica, "le droit de sucesión par décès" se refiere tanto a los cónyuges como a los "cohabitantes".

La situación de algunos de estos países es contraria a la política comunitaria. Baste recordar, por ejemplo, que en el año 1994, vistas las disposiciones jurídicas discriminatorias existentes para lesbianas y homosexuales en algunos Estados miembros, el Parlamento Europeo les pedía que pusieran fin al trato desigual de las personas de orientación homosexual en las disposiciones jurídicas y administrativas, lo que incluía permitirles el acceso al matrimonio o a fórmulas jurídicas alternativas<sup>11</sup>. En la misma línea, la Resolución de 16 de marzo de 2000 hacía una llamada a la igualdad entre parejas casadas, no casadas, monoparentales, homosexuales y tradicionales en la legislación civil sobre régimen patrimonial, en el derecho societario, y también en la normativa fiscal. Recientemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sentenciado que denegar la pensión de viudedad a un homosexual a la muerte de su pareja de hecho supone una "discriminación por motivos de orientación sexual", y que, en aquellos países donde el matrimonio está reservado a

.....  
<sup>11</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la Comunidad Europea (Resolución A-0028/94, del 8 de febrero de 1994 (DOCE de 28 de febrero de 1994). Por desgracias, no es posible afirmar que el objetivo de esta Resolución se haya cumplido.

personas de distinto sexo, las parejas homosexuales inscritas en los registros oficiales deben disponer de los mismos derechos que los casados. El Tribunal respondió así a una cuestión prejudicial planteada por un juzgado alemán, que analiza la reclamación de Tadao Naruko, un ciudadano al que le fue denegada la pensión de viudedad a la muerte de su compañero<sup>12</sup>. En este pronunciamiento se recuerda que la Directiva 2000/78 tiene por objeto luchar contra ciertos tipos de discriminación, entre los que figura la motivada por la orientación sexual, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato. A tenor del artículo 2 de dicha Directiva, se entiende por «principio de igualdad de trato» la ausencia de toda discriminación directa o indirecta basada en cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. Según el artículo 2, apartado 2, letra a), de la Directiva 2000/78, existe discriminación directa cuando una persona es tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados en el artículo 1 de la misma Directiva. El apartado 2, letra b), inciso i), del mismo artículo 2 establece que existe discriminación indirecta cuando una disposición, un criterio o una práctica aparentemente neutros puede ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o con una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, dicho criterio o dicha práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

## V. CONCLUSIÓN

La conclusión de esta reflexión debe ser la siguiente: la imposición sobre las sucesiones en la Unión Europea debiera ser, de aplicarse correctamente el acervo comunitario y sus principios inspiradores, un instrumento para garantizar la igualdad de género. Sin embargo, en muchos países es aún un mecanismo de perpetuación encubierta de modelos androcéntricos. Así, mientras que en España o en Francia, no existe discriminación alguna por razón de sexo en este tema puesto que en el primero se reconocen los matrimonios homosexuales y en el segundo el partenariado civil se equipara a ellos a todos los efectos que nos interesan, en otros (por ejemplo en Grecia), las uniones de hecho no gozan en la imposición sucesoria de los mismos beneficios que los matrimonios.

.....  
<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008.



Por lo demás, lo cierto es que no se perciben otros sesgos de género explícitos en los impuestos que gravan las sucesiones. No obstante, el sesgo puede encontrarse en las propias normas reguladoras de las sucesiones, que introducen en demasiadas ocasiones factores de discriminación. En tal caso, la perpetuación del modelo androcéntrico extiende también sus efectos al impuesto que toma como base la distribución de la herencia consecuencia de la aplicación de dichas normas.







## SERÁ INJUSTICIA

Patricia Gonzalez Prado  
 Integrante de Las Juanas y Las Otras Colectiva Feminista.  
 Argentina

*"... No es de ética de lo que se trata. Es de las estratagemas del poder médico para imponer sus decisiones. ¿Qué es este embarazo para la nena? La santificación de la perversión del violador que la toma por objeto. El inseminador es omnipotente, su poder es infinito. Aunque pueda ocurrir que sea condenado y preso, eso no repara el daño que ella soporta dentro suyo. Nadie pone fin a las consecuencias de su acto. Quienes deben protegerla sólo reafirman el sometimiento al que la destinan. ¿Quién es ella? Funda, vaina, objeto de la voluntad divina y no tanto, sierva del violador, de sus miedos, de su desamparo que la pone en el trayecto de una eyaculación que no debería haberla alcanzado nunca. También despojada de la educación sexual y la información anticonceptiva que la escuela le debe. Ahora ya aprendió –gracias a las enseñanzas de la Santa Madre– que de la abyección de las figuras parentales –quien no la mira, quien no la ve sino por el ojo seminal– surge una vida sublime que vale mucho más que la de ella misma. Ahora sí que se disputan su dominio. Y salen el clero, los jueces y los médicos a apoderarse de ella para mayor gloria de dios. La perversión triunfa. La Iglesia y la industria sexual se las arreglan para lograr que la sexualidad sea pecado y la perversión, sagrada. Lo que les resulta intolerable es la resistencia de las mujeres a su destinación procreativa..."<sup>1</sup>*

### INTRODUCCIÓN

En un espacio convocado para reflexionar e intercambiar ideas sobre el papel del derecho en la vida de las mujeres en la actualidad, intentaré plantear algunos de los obstáculos e impedimentos con los que se encuentran las mujeres y niñas en relación al acceso a la salud y a la justicia en casos de abortos no punibles. Para ello analizaré dos casos argentinos, específicos de una provincia, Mendoza, pero a la vez representativos de otras tantas situaciones que a diario se presentan en ese contexto cada vez que una mujer o niña víctima de violación solicita en un efector público un aborto: se judicializan sus decisiones, toman estado público en los medios de comunicación y se obstaculizan las prácticas al punto que el país ya tiene denuncias en el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas por no garantizar los derechos de las mujeres y niñas, el cumplimiento de la ley. En Argentina el aborto está penalizado, desde hace años desde distintas

<sup>1</sup> Rosemberg Martha, publicado en Página 12, 13/09/2008, [www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111514-2008-09-13.html](http://www.pagina12.com.ar/diario/sociedad/3-111514-2008-09-13.html)

organizaciones de mujeres luchamos por el derecho al aborto legal, seguro y gratuito, sin embargo las situaciones que analizaré, encuadran en las excepciones a la penalización. Así el artículo 86 del Código Penal dispone que: *"el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible: 1º En casos de peligro para la vida o para la salud de la mujer. 2º Cuando el embarazo sea producto de una violación o del atentado al pudor sobre una mujer idiota o demente. En este caso el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto"*.

A partir de esto mucho se ha escrito y se ha interpretado sobre el alcance de la legislación, pero la Corte de la provincia de Mendoza, zanjó la cuestión al ratificar que *la aplicación del art.86 incs. 1º y 2º del Código Penal no requiere de autorización judicial, quedando la responsabilidad de decidir si se dan los supuestos fácticos descritos por la norma, a criterio de los médicos que, en el actual trance, atiendan a la paciente ya sea en el sector privado o en el público de la salud, aplicando los principios y reglas del buen arte de curar*. Asimismo el supremo tribunal provincial ratificó exhortaciones al Poder Ejecutivo Provincial a fin de que, *por intermedio de sus efectores públicos, brindara a las niñas y mujeres que peticionaron abortos no punibles las prestaciones necesarias para asegurar su salud, disponiendo todo lo que resulte conducente para el goce efectivo de sus derechos en las condiciones establecidas por la ley en sentido amplio*<sup>2</sup>.

Así las cosas el procedimiento debería ser simple, claro y no ser manipulado por la administración pública, encargada de brindar garantías de acceso al derecho. Sin embargo las instituciones en una república que se pretende respetuosa de los derechos humanos, pero olvida que los derechos de las mujeres son también derechos humanos, funcionan demasiado a menudo como portavoces de la jerarquía eclesíástica, negando a las niñas y mujeres víctimas de violencia sexual, el acceso al aborto no punible, empujándolas con ello a la clandestinidad, a embarazos forzados o a la muerte, con un cinismo absoluto.

Debo señalar que entré en contacto con las duras experiencias en las que se ha basado este trabajo, a través de la Colectiva Feminista que integro en Argentina, que es una de las Organizaciones que participa de la Campaña Nacional Por El Derecho Al Aborto Legal Seguro Y Gratuito<sup>3</sup>, y brinda asesoramiento en situaciones en las cuales se obstaculiza o niega el acceso a un aborto claramente legal, lo que por otro lado tiene lugar respecto de las mujeres y niñas de sectores populares.

.....

<sup>2</sup> C., S. M. y otros. v. sin demandado p/ac. de amparo s/per saltum Suprema Corte de Justicia de Mendoza, sala 1ª, 22/08/2006

<sup>3</sup> Para más información sobre la Campaña, puede visitarse el portal [www.derechoalaborto.org.ar](http://www.derechoalaborto.org.ar)



He titulado esta presentación “Será Injusticia”, en referencia a la frase con la cual se cierran todas las presentaciones y pedidos ante los tribunales –“Será Justicia”-. Cuando se trata del acceso de mujeres y niñas a la salud y a la justicia, cuando lo que está en juego es la toma de decisiones en forma autónoma, prevista por la legislación ante situaciones de brutalidad como las que se derivan del abuso sexual, buscar respuestas en la Administración Pública, el Subsistema de Salud o el Sistema Judicial en Argentina es en muchos casos la puerta de entrada a la consagración de la injusticia.

### **LA INSUFICIENCIA DEL PURO DERECHO:**

Los casos que traigo para la reflexión, muestran cómo se encadenan abusos, omisiones, dilaciones, desidia y violencia institucional, con la injerencia de fundamentalistas católicos que intervienen en cada solicitud de aborto no punible que toma estado público, pretendiendo “sacrificar” a niñas y mujeres víctimas de violencia sexual en pos de embarazos forzados que las trascienden y se vuelven más importantes que ellas mismas, que las exilian de su cuerpo, de su subjetividad.

La ley entonces se revela insuficiente ante el ejercicio discrecional de poder por parte de las autoridades administrativas y judiciales. La falta de compromiso político con el respeto, garantía y vigencia de los derechos de las mujeres y niñas, la moneda de cambio que significa su salud, especialmente la sexual y reproductiva, frente a las presiones de la iglesia católica, se cobra cientos de muertes cada año y fuerza a mujeres y niñas a continuar embarazos producto de violaciones. Sus cuerpos–vasija son apropiados por un sistema que arbitrariamente decide desconocer sus propias –y ya restrictivas– leyes, las convenciones internacionales de derechos humanos ratificadas.

### **ANA**

El caso de una niña a quien llamaremos “Ana” es a la vez reflejo de otros tantos que se repiten a diario y encuentran las mismas respuestas del poder político y del poder judicial. Ana es una niña de trece años de edad cuya familia directa se encuentra en situación de pobreza. La niña fue violada desde sus once años por su padre biológico, producto de esas violaciones quedó embarazada y solicitó un aborto en el sector público de salud.

Tomamos conocimiento de los ataques sufridos por la niña y su deseo de interrumpir el embarazo por una comunicación y contacto que estableció la Directora del Instituto Provincial de la Mujer<sup>4</sup>. Hasta esa institución se acercaron Ana y su madre después de radicar denuncia penal, a fin de solicitar asesoramiento y acompañamiento.

.....  
<sup>4</sup> Institución dependiente del Ministerio de Desarrollo Humano, Familia y Comunidad de la Provincia.

Dado que se trataba de un caso encuadrado en las excepciones a la punibilidad establecidas por nuestra legislación y el máximo tribunal de la provincia ya se había expedido en circunstancias análogas, la primera intervención que realizamos, a pedido de Ana<sup>5</sup> y su madre, fue la solicitud del aborto en un efector público, en tanto la continuación de ese embarazo ponía en grave riesgo la salud integral de la niña, en dicha oportunidad advertimos de la vulneración a los derechos de Ana que significaría la judicialización del caso y demás estrategias dilatorias.

Es importante señalar que la solicitud de Ana llegó al sector público básicamente por dos razones, una es que se trata de una familia muy pobre, que vivía en base a los ingresos que aportaba el violador y por lo tanto sin recursos para acudir al sistema privado y pagar la práctica; otra de las razones y quizás la más importante para la niña y el resto de la familia, es que querían garantizar el castigo al violador y para ello la importancia de la prueba de ADN y su conservación.

Desde el efector público judicializaron la causa<sup>6</sup>, lo que equivale a una negativa inicial a realizar la interrupción, en clara violación de la normativa y jurisprudencia específica, que tal como hemos visto contempla este caso y dispone que queda en manos de los/as médicos/as la evaluación del riesgo para la salud previsto legalmente. Esta judicialización, utilizada frecuentemente con efecto dilatorio, traduce sin más el desconocimiento del derecho a la salud integral de la niña, obligándola a recurrir a los tribunales para que ordenen a los/as médicos/as y al Ministro de Salud que cumplan con la ley, exponiéndola a un proceso profundamente revictimizador.

Frente a ello, en representación de Ana y su madre se presentamos una medida autosatisfactiva en el Juzgado de Familia interviniente para que: *“1) Se ordenara al Poder Ejecutivo (Ministro de Salud) que en forma urgente, en el plazo perentorio e improrrogable de 24 horas, tome todas las medidas necesarias y garantice la realización inmediata de la interrupción del embarazo de Ana, en el sector público de salud y la preservación de elementos probatorios para un futuro cotejo de ADN con el imputado. 2) Oportunamente se remita compulsa penal por la violación a los deberes de funcionarios/as públicos en que han incurrido las autoridades del ministerio de salud intervinientes, las cuales han obstaculizado el acceso y la protección integral de los derechos humanos fundamentales de la niña.”*

<sup>5</sup> La niña en todas y cada una de las reiteradas entrevistas psicológicas y sociales que se le realizaron pidió que *por favor le sacaran ya eso que tenía en el estómago*, su decisión autónoma fue sostenida en todo momento.

<sup>6</sup> Mención aparte merece la fundamentación del efector público por la cual judicializó la causa: solicitar a la jueza que supliera el consentimiento paterno –del violador, quien ya estaba detenido- para realizar la evaluación interdisciplinaria sobre el estado de salud de la niña. La jueza resolvió que era suficiente con el consentimiento de la madre y era innecesaria tal petición.



Desde el sistema judicial no resolvieron nuestro pedido, no emitieron pronunciamiento alguno y dispusieron esperar los resultados de la evaluación médica, lo que viene a significar un nuevo obstáculo, una nueva dilación, una nueva violación de la legislación y los derechos de una niña por cuyo interés superior no se veló nunca, ya que el procedimiento judicial carece de sentido en estas situaciones: el riesgo en la salud no puede evaluarlo la justicia sino un equipo interdisciplinario de salud, por el contrario si la situación no encuadrara en las excepciones contempladas por la legislación, tampoco podría un/a juez/a ordenar la interrupción de un embarazo no prevista, por lo que acudir al sistema judicial es vulnerar los derechos de una niña, víctima crónica de abuso.

Como puede imaginarse, las evaluaciones interdisciplinarias reiteradas importaron someter a la niña a invasivos exámenes médicos, psicológicos, sociales, a interminables horas de espera en el efector público y a una irreparable revictimización<sup>7</sup>. En medio de este procedimiento la niña tuvo una pérdida espontánea del embarazo, por lo que fue hospitalizada y recibió tratamiento, dándose aviso a las autoridades correspondientes.

Sin embargo es importante destacar cuál fue la respuesta de las autoridades judiciales: al tomar conocimiento de la interrupción espontánea que sufrió la niña, se inició una investigación que recayó sobre la madre de la niña, el médico que la atendió en un efector público cuando esta ingresó con pérdidas y sobre el mismo hospital.

Estas medidas no resguardan ningún interés superior de la niña, sino que buscan perseguir, amedrentar, inhibir y exponer a procesos judiciales a los/

.....

<sup>7</sup> Dichos informes presentados por el efector público arribaron a la conclusión de que la salud de la niña no estaba en riesgo, de donde puede preverse que la interrupción muy probablemente hubiera sido denegada, vale traer a colación algunos de los contenidos presentados por las autoridades sanitarias a la justicia para dimensionar la perversidad del sistema, así la directora de la maternidad del hospital, quien nunca vio ni examinó a la niña, dijo: *“del análisis del caso se deduce que la niña no está comprendida dentro del artículo 86 del Código procesal penal ... Por tratarse de una niña **sana clínicamente**, sin antecedente de enfermedad que se agrave frente a un embarazo, que fuere causal de aborto terapéutico y por ser una persona **cognitivamente normal**, considero que la práctica solicitada no se ajusta a lo expresado por la ley. Como comentario, deseo agregar, que por tratarse de una paciente que cursa una gestación de 2 trimestres (16 semanas) donde la interrupción del mismo consiste en la evacuación uterina, con mecanismo de parto, representando éste un largo período doloroso, **acentuaría el trauma psíquico de la paciente, además del que ella porta** y se agregaría el riesgo obstétrico –quirúrgico, que implica finalizar un embarazo de esta edad gestacional (anestesia general, legrado uterino instrumental). **Sugiero como conducta de menor riesgo, el contener a la paciente psicológicamente** y con control prenatal en este servicio, llegando al término y en este caso el parto sería conducido con anestesia peridural, minimizando el trauma doloroso que implica el trabajo de parto. **Evaluar dar el niño en adopción si la familia lo desea. La interrupción del embarazo no garantizaría el futuro de la salud mental de la paciente, ya que el aborto puede ser una causal de futuros desequilibrios psíquicos...**”* (La negrita me pertenece).

as médicos/as que intervinieron ante el ingreso de la niña con un aborto en curso y brindaron el tratamiento adecuado para preservar su salud.

Resulta altamente previsible en función de los informes médicos presentados, que si Ana no hubiera perdido espontáneamente su embarazo, el sistema judicial no habría autorizado la práctica, ya que los/as médicos/as posicionados/as, como señala Foucault, en el eje central de las prácticas del bio-poder, sobre la población en general y sobre las mujeres (embarazadas) en particular, entendían que *no había riesgo para la salud de la niña en continuar un embarazo producto del incesto, que sería mucho más riesgoso el aborto ¿Por qué? Simplemente por mandato divino.*

Por último vale la pena señalar que el Estado Provincial no ha brindado el acompañamiento psicológico, social ni económico que sería necesario para que otra vida fuera posible para Ana. Ella y su familia se encuentran en una difícil situación de pobreza, su madre trabaja como agricultora pero el Estado no les ha otorgado ningún tipo de ayuda social para compensar los ingresos que aportaba antes el violador, actualmente preso. Dado que viven en una zona rural y no tienen transporte propio, Ana no cuenta con los medios para viajar a la ciudad a continuar un tratamiento psicológico, ha dejado la escuela, no quiere volver a ese establecimiento, sin embargo el Estado no se ha ocupado siquiera de reubicarla en otro centro, solo ante reiterados pedidos ha proporcionado alguna bolsa de comida.

## JULIA

Julia, una niña de doce años, también pobre, también subalterna, no contó con la naturaleza a su favor, y fue sometida por el Sistema Judicial a continuar un embarazo producto de las violaciones de su padrastro, eso sí, su condena fue compensada con promesas de casa y comida para ella y su familia, acceso al sistema educativo y acompañamiento psicológico antes y después del parto; su vida decidida en una sentencia judicial por un señor juez, ¿su voz? Muda, ¿su cuerpo? Expropiado, ¿su decisión? Manipulada, instrumentalizada, una vez mas violentada.

La madre de la niña había concurrido a un efector público a solicitar la interrupción, en ese centro, el personal médico dispuso que la niña debería permanecer internada, privada de su libertad sin razón alguna, y además comunicaron a la madre que era necesaria una autorización judicial. Una vez más avanzaba la cadena de abusos: los/as médicos/as disponían la internación de una niña solo para vigilarla, solicitaban una autorización que legalmente es innecesaria en tanto se trata de un caso regulado por la legislación penal como aborto no punible, médicos/as que en su rol de funcionarios/as públicos reeditan un poder monárquico, no cumplen sus



deberes de evaluar a la niña y diagnosticar el altísimo riesgo para su salud que importa la continuación de ese embarazo, médicos/as -reyes sobre los/as que no recaen las responsabilidades de sus omisiones y dilaciones. Pero las vulneraciones sufridas son tanto más brutales si consideramos que el Estado tuvo posibilidad de evitarlas y no lo hizo. Y es que el Poder Judicial ya tenía conocimiento de que la niña y su madre eran víctimas de violencia, antes que la niña fuera violada: meses antes de este suceso existían denuncias de violencia hacia Julia y su madre, que señalaban como agresor a quien resultó ser el violador, el padrastro de la niña. Sin embargo el juez interviniente, no dictó medidas de protección, en ese tiempo en el cual la justicia ya tenía conocimiento de la violencia y no hizo nada de lo que debería haber hecho, Julia fue violada y resultó embarazada ¿Qué responsabilidades le caben a un juez que no evitó que la brutalidad recayera sobre una niña de doce años y que luego le negó el acceso a un aborto legal?.

Una vez más se repite la pobreza en la que vivía su familia, la dependencia económica respecto del agresor, la ausencia del Estado.

La madre de la niña tuvo que recurrir a la defensoría oficial a fin de solicitar patrocinio letrado para poder pedir autorización judicial a la interrupción. Es importante señalar que, dado que la objeción de conciencia no se encuentra regulada, muchos/as funcionarios/as públicos/as, incluso las/os que trabajan como defensoras/es oficiales, tienen objeción de conciencia con estas prácticas, pero no cumplen con advertirlo a los/as ciudadanos/as que solicitan su asesoramiento y patrocinio, sin embargo lo que sí hacen es obstaculizar los pedidos, interponiendo su confesión con su trabajo en el ámbito público. Esto ocurrió con las codefensoras que representaron a la mamá de Julia, quienes en un primer momento pidieron ayuda y colaboración a la Colectiva Feminista que integro, pero luego expusieron y toleraron situaciones de revictimización permanentes de la niña e intervenciones diversas para forzarla a cambiar su pedido y continuar el embarazo. El juez decidió someter un caso que ni siquiera era judicializable, al comité de bioética hospitalario, comité que se amplió a propuesta de las defensoras en seis integrantes más convocados ad hoc. El caso tomó estado público y desde los medios de comunicación de todo el país, se sometía a discusión y encuestas diarias, si la interrupción debía realizarse o no, o sea ni más ni menos que la aplicación o no de la ley, el reconocimiento o no de los derechos que le asistían a la niña.

Durante todo este proceso y a fin de “proteger” a la niña, el juez dispuso que la misma siguiera privada de su libertad en un hospital, con su vida suspendida. Esta “medida de protección” expuso a la niña al hostigamiento



y a la violencia de grupos denominados “pro vida” que durante días ingresaron al efector donde estaba detenida para obligarla a que desistiera del pedido de interrupción. La ONG “Vida Más Humana” se adjudicó la intervención, tiempo después. Según lo señalado públicamente por un representante de la ONG, ingresaron a la habitación donde estaba internada Julia y le mostraron folletos con fetos mutilados para impresionarla con el fin de que desista en su decisión de interrumpir la gestación, le dejaron mensajes y cartas, la niña entró en crisis nerviosa, una vez más nadie la había protegido, y una cadena de complicidades permitía que estos grupos fundamentalistas aprovecharan los momentos en los que la niña estaba sola, para hostigarla sin que nadie lo impidiera.

La madre de la niña también denunció a los medios de prensa que recibía presiones de los/as profesionales del mismo hospital para desistir del pedido del aborto, que la amenazaban diciéndole que *con la intervención corría riesgo la vida de su hija* y que cómo podían *matar a un inocente*.

A partir de estos sucesos desde la Colectiva ofrecimos a la madre de la niña apoyo y asesoramiento jurídico, lo que aceptó inmediatamente y solicitó la externación urgente de la niña.

La respuesta judicial fue claramente sancionatoria al acercamiento de la madre a las feministas: se le dictó una prohibición de acercamiento respecto de su hija<sup>8</sup>, se le cuestionó el cambio de la representación oficial por la particular –una abogada perteneciente a la Colectiva feminista– y las co-defensoras oficiales realizaron múltiples declaraciones en los medios de comunicación, calificando a la patrocinante elegida por la madre de Julia de “abortista”. Frente a esta situación de sanciones y presiones ejercidas por el juez in personam directamente sobre la madre, esta decidió retomar la representación oficial. El juez a fin de mostrar su agrado con la decisión levantó la prohibición de acercamiento que le había impuesto respecto de su hija. ¿Cuáles fueron los fundamentos de los actos judiciales?, pues su discrecional voluntad, ¿cuáles las consecuencias para el juez por estos actos? Pues ninguna.

Julia, en ese proceso en el que permaneció semanas privada de la libertad y expuesta al accionar de grupos fundamentalistas, cambió de decisión y dijo que continuaría con el embarazo. Frente a ello el Comité de Bioética convocado para dictaminar, pese a que no existía dilema bioético alguno, entendió que con el cambio de decisión de la niña, no había nada que decir, no había nada que reflexionar a partir del desarrollo del proceso de toma de decisión de la niña, de las presiones, privación de la libertad y violencia a la que se la sometió. Cabe preguntarnos si el Comité se hubiera

<sup>8</sup> El “fundamento” de la medida fue que *los intereses de la madre parecían ser contradictorios con los de la niña*.





excusado igualmente de dictaminar, -en respeto de la voluntad de la niña, su representante legal y la ley-, si se hubiera mantenido la decisión inicial de la niña de interrumpir ese embarazo, creo sinceramente que no.

Finalmente para dar cierre al gran circo romano que se monta cuando toman estado público las solicitudes de aborto no punible, el propio juez convocó a una conferencia de prensa para difundir los resultados de su sentencia ¿Y el resguardo de la intimidad, confidencialidad de lo que tiene que ver con temas altamente sensibles que tienen como víctima a una niña de doce años? ¿Y la Convención de los Derechos del Niño? ¿Y los tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el país?...

El juez rechazó el pedido de aborto no punible fundamentando su decisión en que la niña expresó que quería continuar el embarazo, en ningún momento tuvo en cuenta el proceso de toma de decisión al que expuso a la niña, las presiones de grupos fundamentalistas, las presiones que él mismo ejerció sobre la familia. Señaló que al analizar la situación y las pericias llegaron a la conclusión de que *la interrupción del embarazo podía inducir a un trastorno de personalidad severo, en patologías psiquiátricas irreversibles como la psicosis. Aún cuando los resultados de las pericias no fueron unánimes: profesionales del Juzgado de Familia y del Instituto de la Mujer del gobierno plantearon que está en riesgo psíquico, ya sea si sigue adelante la gestación como si la interrumpe, por el lavado de cerebro al que habría sido sometida en los últimos días por miembros de grupos fundamentalistas que se colaron en su habitación.* El juez entendió que continuar con una gestación producto de incesto sería el “mal menor” frente al trauma que le puede provocar la interrupción del embarazo.

Sin embargo, por primera vez el Estado recordó que tenía deberes con Julia y su familia, así la sentencia, a modo de “reparación”, intentando compensar la condena que le imponía a la niña ordenó garantizarle el derecho a la educación –lo que ya está contemplado constitucionalmente-, que se le brindara una vivienda digna para ella y su familia, tratamiento psiquiátrico y psicológico antes y después del parto y un subsidio que garantice el derecho a la alimentación para ella y el producto de la violación.

### **ALGUNAS REFLEXIONES:**

El análisis de lo vivido por Ana y por Julia no pueden parecerme unos “casos” más, hasta me molesta mi referencia a “casos”, pareciera desde algún punto que los abusos sufridos por niñas, abusos que tienen que ver con una situación de vulnerabilidad que entrelaza el género y la clase, pasan a ser un número más, una estadística de lo mal o bien que andan las cosas para las niñas y mujeres en Argentina, en América Latina, para las subalternas.

La diaria reiteración de situaciones de violencia sexual, económica, psicológica, institucional, me obliga a reflexionar sobre lo insuficiente que resulta el derecho formal, sobre la importancia de contar con un auténtico compromiso del poder político con la garantía de los derechos humanos en general y de mujeres y niñas en particular, sobre el rol que está llamada a jugar la comunidad internacional ante las violaciones de derechos humanos, en lugar de asistir indiferente, silenciosa, complaciente a los brutales abusos que día a día se perpetúan.

A Ana y a Julia el Estado Provincial y Nacional, les negaron la educación sexual en la escuela, la cual hubiera sido una herramienta para identificar los abusos de que eran víctimas y poder denunciarlos. Cuando luego de soportar años de incesto, las niñas sufrieron un embarazo, el Estado se encargó de culpabilizarlas y revictimizarlas a través de una interminable serie de obstáculos y omisiones, de abusos, de hostigamientos, de violencia institucional. Desde el sistema de salud no se cumple con la ley, ¡Qué más da si no hay consecuencias para los/as funcionarios/as públicos/as que debieran garantizar el acceso al sistema público de salud y a la justicia!.

En el medio una niña, Ana, nacida en sectores populares del ámbito rural, que recurre al Estado para que se juzgue y castigue al violador -su padre- y encuentra que las revisiones médicas, psicológicas, sociales no tienen fin, que el Poder Judicial olvida lo que la ley dice y que lo que subyace silenciosamente a tanta desidia es el fundamentalismo religioso de las autoridades centrales de la provincia, de muchos jueces y juezas y una pretendida recomposición de relaciones del Estado con la Iglesia, donde la moneda de cambio son los derechos de las mujeres y niñas, en especial a su salud sexual y reproductiva.

En el medio otra niña, Julia, también en situación de pobreza, de la pobreza que significa literalmente hambre, que desea interrumpir un embarazo que es resultado de los abusos de su figura paterna, y que por ello se ve privada de su libertad, aislada de su entorno, sin poder ver a su madre y expuesta a las crueldades, al acoso de grupos fundamentalistas que la ubican en el lugar de "asesina", por rechazar el destino que el violador y la divinidad han decidido para ella.

Me veo llamada a reflexionar y pedirles también sus reflexiones, sus aportes y compromiso sobre el rol que juegan los/as operadores/as de justicia, la educación universitaria que recibimos profesionales del derecho, de la medicina, de las ciencias sociales, la cual omite, en mi país, formación con perspectiva de género, a la vez que nos ubica en lugares de poder y toma de decisiones sobre las vidas, los cuerpos de otras sujetas. Por último una invitación a reflexionar también sobre la falta de compromiso institucional,



político, educativo con el laicismo, en Estados que se proclaman laicos, y puntualmente en el caso argentino, frente a la red de poder que se articula desde el fundamentalismo católico.

He intentado plantear a grandes rasgos cuáles son algunos de los obstáculos con los que en el caso argentino, en particular en una provincia, Mendoza, se enfrentan las niñas y mujeres que, inmersas en situaciones para las cuales se prevé la posibilidad del aborto, sufren violencia institucional, negativas, omisiones, persecuciones como respuesta. No es de extrañar que cientos de ellas cada año pierdan la vida o la salud en el intento de interrumpir embarazos no deseados, en condiciones inseguras, en el miedo y la miseria

Es esta una problemática de género y de clase, en tanto quienes acuden al sistema público de salud -que se encarga de judicializar casos que no son judicializables-, son las niñas y mujeres pobres, por el contrario aquellas que pueden pagar el circuito privado, pueden evitar el maltrato institucional y acceder al aborto en condiciones seguras.

¿Son tratadas estas niñas y mujeres como ciudadanas por un Estado que no garantiza la educación sexual, por un Estado que interrumpe los programas de salud sexual y reproductiva e incluso el suministro de anticonceptivos en contra del principio de progresividad vigente en materia de derechos humanos?. ¿Cómo nos interpelan esas niñas y mujeres si no pueden considerarse ciudadanas?. Estos son algunos de los interrogantes que creo tenemos por delante, interrogantes que nos marcan de alguna manera la reflexión, el compromiso y la acción y sobre los que los y las invito a avanzar en este ámbito de intercambio.





## LA SUBCOMISIÓN SOBRE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO: TRABAJO PARLAMENTARIO Y POLÍTICAS PÚBLICAS DE IGUALDAD

Magdalena Lorenzo Rodríguez-Armas  
Prof. Asociada de Derecho Constitucional  
de la Universidad Carlos III de Madrid  
Asesora Jurídica de Grupo Parlamentario  
en el Congreso de los Diputados

### INTRODUCCIÓN

Es preciso comenzar el presente trabajo explicando que la *Subcomisión para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la Interrupción Voluntaria del Embarazo*, constituida en el seno de la Comisión de Igualdad del Congreso de los Diputados, en el segundo período de sesiones de la IX Legislatura, es un órgano de naturaleza extra reglamentaria por cuanto su regulación no es llevada a cabo en el Reglamento del Congreso de los Diputados sino en una de las disposiciones que la Presidencia adopta para completarlo. Este tipo de grupos de trabajo se constituyen en el seno de las Comisiones legislativas permanentes de la Cámara Baja y se encaminan, fundamentalmente, a facilitar la tarea de estudio sobre ámbitos específicos de conocimiento de una determinada Comisión, allanando el camino hacia la toma de sus decisiones.

En lo que va de la IX Legislatura, se han constituido cinco subcomisiones, entre ellas la relativa a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante IVE) ya mencionada y la *Subcomisión de estudio del funcionamiento de la Ley integral de medidas contra la violencia de género*.

### 1. La Subcomisión como órgano de funcionamiento creada en el seno de la Comisión de Igualdad en el Congreso de los Diputados

#### 1.1. Marco jurídico-constitucional de las Comisiones

Antes de entrar a analizar el régimen jurídico de la subcomisión parlamentaria conviene recordar cuál es el marco jurídico-constitucional de las Comisiones.

La Constitución española de 1978 establece, en el Título III dedicado al poder legislativo del Estado, unos mínimos de regulación respecto del

régimen jurídico, la estructura y el funcionamiento del poder legislativo, al tiempo que concede a las Cámaras autonomía para regular su propia norma de funcionamiento, su presupuesto y el estatuto del personal de las Cortes Generales (art. 72 CE). Esa concesión constitucional de autonomía convierte al Reglamento Parlamentario, como afirmara PÉREZ ROYO en la única norma directamente ejecutiva de la Constitución, es decir, la única norma del Estado que no es elaborada por las Cortes Generales. Además del conjunto de preceptos constitucionales que, a modo de marco, perfilan el funcionamiento del legislativo del Estado, hay una referencia concreta al modo de funcionamiento de las cámaras en el art. 75, donde expresamente se recoge que *“las Cámaras funcionarán en Pleno y por Comisiones”* (art. 75 CE). Y ahí se detiene el legislador constituyente, enviando para su desarrollo al Reglamento parlamentario.

La naturaleza jurídica del Reglamento parlamentario<sup>1</sup>, por determinación constitucional es, desde el punto de vista material, distinta del resto de normas del Estado por cuanto realiza el diseño del poder depositario por excelencia de la soberanía popular; pero también, y sobre todo, desde el punto de vista formal, estamos ante una norma *sui generis* por cuanto requiere para su elaboración y reforma de la mayoría absoluta en una votación final sobre su totalidad en cada Cámara (art. 72, segundo inciso, CE).

El régimen jurídico de estos órganos parlamentarios se enmarca dentro del propio de las denominadas *Comisiones*, si bien la CE no las menciona en su articulado y, por lo tanto, habrá que estar al desarrollo reglamentario de las mismas. Es dentro del régimen jurídico de estos órganos de funcionamiento de las Cámaras donde se articulan las subcomisiones como instrumentos de trabajo constituidos expresamente en su seno.

## **1.2. Régimen jurídico de la Subcomisión: regulación, funcionamiento, régimen de las votaciones y naturaleza de orientación política de los informes que aprueba.**

El Reglamento del Congreso de los Diputados regula en el Título III, dedicado a la organización del Congreso, los órganos de gobierno y de funcio-

<sup>1</sup> Reglamento del Congreso de los Diputados, de 10 de febrero de 192, modificado por reformas de 23 de septiembre de 1993, de 16 de junio de 1994, de 26 de septiembre de 1996, de 11 de mayo de 2000, 27 de junio de 2001 y 28 de abril de 2004. Reglamento del Senado, texto refundido aprobado el 3 de mayo de 1994, modificado por reformas de 24 de octubre de 1995, 9 de mayo de 2000, 14 de junio de 2000, 11 de octubre de 2000, 27 de junio de 2001, 12 de mayo de 2004, 3 de noviembre de 2004, 29 de junio de 2005 y 22 de febrero de 2006.



namiento de la Cámara. Regula así, en relación a los primeros, la Presidencia, la Mesa y la Junta de Portavoces. En relación a los segundos regula el Pleno, las Comisiones y la Diputación Permanente. Nos centramos en la regulación de las Comisiones porque es en su seno donde se constituyen las denominadas subcomisiones.

La regulación reglamentaria de las Comisiones se realiza en los artículos 40 a 53. Según esta regulación, las Comisiones *conocerán de los proyectos, proposiciones o asuntos que les encomiende, de acuerdo con su respectiva competencia, la Mesa del Congreso* (art. 43 RC). (...) *Estarán formadas por los miembros que designen los Grupos Parlamentarios en el número que, respecto de cada uno, indique la Mesa del Congreso, oída la Junta de Portavoces, y en proporción a la importancia numérica de aquéllos en la Cámara* (art. 40.1 RC)<sup>2</sup>.

En cuanto a las facultades de la Comisiones el art. 44 dispone que *“podrán recabar:*

- 1.º La información y la documentación que precisen del Gobierno y de las Administraciones Públicas, (...).*
- 2.º La presencia ante ellas de los miembros del Gobierno, para que informen sobre asuntos relacionados con sus respectivos Departamentos.*
- 3.º La presencia de autoridades y funcionarios públicos competentes por razón de la materia objeto del debate, a fin de informar a la Comisión.*
- 4.º La comparecencia de otras personas competentes en la materia, a efectos de informar y asesorar a la Comisión”.*

En cuanto a la clasificación de las Comisiones, el Reglamento las ordena en Permanentes y no Permanentes. Las Permanentes, a su vez, pueden ser Legislativas<sup>3</sup> y no legislativas<sup>4</sup>; las no Permanentes son las denominadas Comisiones de Investigación. Aquí nos interesan las Comisiones Permanentes Legislativas, reguladas en el art. 46 del Reglamento, porque la Subcomisión IVE se constituye en el seno de una Comisión Permanente Legislativa: la Comisión de Igualdad. Esta Comisión se constituye con fecha de 6 de mayo de 2008.

.....  
<sup>2</sup> En virtud del Acuerdo de la Mesa de la Cámara de 10 de julio de 2007, las Comisiones del Congreso de los Diputados, excepto aquéllas respecto de las que existe una expresa previsión reglamentaria, están compuestas por 38 miembros, con la siguiente distribución: 18 del GPS del Congreso; 15 del GPP en el Congreso; 1 del GPC (CiU); 1 del GPER; 1 GPV (EAJ-PNV); 1 del GPIU-ICV; 1 del GPX (“BOCG”, Congreso de los Diputados, Serie D, número 588, de 16 de julio).

<sup>3</sup> Son Comisiones Permanentes Legislativa las siguientes:

<sup>4</sup> Comisiones Permanentes no Legislativas son la de Reglamento, la del Estatuto de los Diputados y la de Peticiones.

La regulación de la Subcomisión, como señalábamos, es extra reglamentaria, y se enmarca en las denominadas *normas interpretativas y suplementarias* del Reglamento del Congreso de los Diputados. En la actualidad hay 18 normas vigentes. La relativa a la Subcomisión se contiene en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados, de 26 de junio de 1996, sobre **procedimiento de creación y reglas de funcionamiento de las subcomisiones en el seno de las Comisiones de la Cámara**. La regulación responde a una necesidad de cubrir una laguna normativa importante, dado que la creación en las Comisiones de estos grupos de trabajo o ponencias se ha ido incrementado y el Reglamento del Congreso no ha previsto la creación ni regulado el régimen de funcionamiento de este tipo de órganos más que para el procedimiento legislativo (artículos 113 y 114) o respecto de algún otro procedimiento concreto (como, por ejemplo, se hace en el artículo 52, en relación con las Comisiones de Investigación).

En la nota de regulación se recoge que “por una parte, estas Ponencias se están constituyendo mediante la aprobación por el Pleno o por las Comisiones de proposiciones no de ley, mociones o resoluciones, que adquieren por esta vía un significado normativo para la propia Cámara que resulta discutiblemente acorde con la naturaleza reglamentaria, esencialmente política, de este tipo de iniciativas”

Y por otra parte –sigue la resolución– “al no existir previsiones reglamentarias explícitas, estas Ponencias carecen de un régimen jurídico mínimamente seguro y estable, lo que plantea numerosas dudas sobre aspectos tan primarios como su composición, su organización, el régimen de sus reuniones, sus facultades para obtener información, el valor y posterior tramitación de sus informes, etc.”

Y la resolución concluye su exposición de motivos explicando que a pesar de lo anterior, estas subcomisiones se han mostrado muy útiles para el conjunto de las labores de la Cámara, por lo que “resulta indispensable afrontar una regulación detallada de los mismos que, al tiempo que los institucionaliza definitivamente, bajo la denominación de Subcomisiones, como instrumento de funcionamiento ordinario del Congreso, pretende ordenar su organización y el desarrollo de sus tareas, evitando las incertidumbres que se han producido hasta el presente y reconduciendo los diversos precedentes a un modelo unitario para todas las Comisiones”.





Las subcomisiones son, según vienen definidas en el propio portal web del Congreso de los Diputados “como órganos de estudio y propuesta. Actúan como órgano de preparación de las decisiones de la Comisión. Tienen una importancia considerable, ya que es donde se efectúa el estudio más detenido de los diversos asuntos sometidos a la consideración de las Comisiones. Se forman para cada asunto, actúan a puerta cerrada y se integran normalmente por una pluralidad de miembros que representan a los distintos grupos parlamentarios.

## **2. La Subcomisión para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo.**

### **2.1. Itinerario parlamentario: solicitud de creación, constitución, ordenación y desarrollo de los trabajos**

Con fecha de 27 de octubre de 2008 se constituyó en el seno de la Comisión de Igualdad, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario de ER-IU-ICV y por aprobación del Pleno del Congreso de los Diputados de 16 de octubre, de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 26 de junio de 1996, una **Subcomisión para realizar un estudio y elaborar unas conclusiones sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo** (en adelante Subcomisión IVE). Los trabajos de la mencionada subcomisión dieron comienzo con la sesión de ordenación de los mismos celebrada el 30 de octubre de 2008. Se han celebrado a partir de esa fecha nueve sesiones de comparecencias en las siguientes fechas: 10, 18 y 25 de noviembre; 3 (doble sesión mañana y tarde), 9, 12, 16 y 19 de diciembre. Han comparecido juristas, sociólogos, médicos y en general personalidades del ámbito académico y profesional, así como representantes de asociaciones y colectivos que trabajan en el ámbito de los derechos de las mujeres.

Son dos los escritos que dan el pistoletazo de salida a los trabajos de la Subcomisión: por un lado el **escrito de solicitud de creación**, presentado por el Grupo Parlamentario Socialista, que recogía de manera detallada el porqué de la necesidad de la creación de la misma; por el otro lado, el **escrito de aprobación en Comisión** de la creación de la Subcomisión, donde se hacían constar los objetivos de dicho grupo de trabajo.

- **Escrito de solicitud de creación:** el porqué

En el primer escrito se establecía que, tras 23 años de vigencia de la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Reforma del artículo 417 bis del Código Penal, se hacía necesario analizar en qué medida nuestro sistema jurídico respondía a los objetivos de garantizar la seguridad, la calidad de la atención y la confidencialidad de los datos de las mujeres en las IVE, así como la seguridad jurídica de los profesionales que intervienen en las mismas. Y se hacía necesaria un examen de dicha aplicación teniendo en cuenta en primer lugar, los datos de abortos practicados en España en los últimos años y, en segundo lugar, urgía una reflexión sobre la aplicación de la legislación vigente a la luz de los recientes acontecimientos que han desembocado en la persecución de mujeres y profesionales que realizan o han realizado IVE, ocasionándose la quiebra de las garantías de sus derechos fundamentales a la intimidad y confidencialidad, a la seguridad y libertad personal, a la protección de la salud, al ejercicio profesional, entre otros; y la quiebra también del principio de la seguridad jurídica de los sujetos que intervienen en la IVE, esto es, mujeres y profesionales sanitarios.

- **Escrito de aprobación en Comisión:** objetivos

En el segundo escrito se establecían las características en cuanto a composición y adopción de acuerdos, plazo de realización de los trabajos (pág. 3 del Guión de la actividad de la Subcomisión elaborado por las letradas) y objetivos de la Subcomisión IVE. En relación a estos últimos, el escrito fijaba como tales los siguientes:

1. Realizar el estudio y evaluar la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo
2. Evaluar las experiencias más innovadoras de las leyes europeas de indicaciones y plazos en esta materia
3. Analizar el funcionamiento, la equidad territorial y la accesibilidad en la prestación de este servicio en la red sanitaria pública y concertada
4. Evaluar la observancia de las condiciones de seguridad jurídica y de respeto a los derechos fundamentales de las mujeres y de las y los profesionales en la prestación de este servicio, así como en el mismo se respeta de manera suficiente la voluntad de las mujeres y el derecho de éstas a decidir sobre el control de su maternidad
5. La Subcomisión elaborará unas conclusiones que contengan las distintas recomendaciones y propuestas de modificaciones legislativas que se consideren necesarias.



Un aspecto importante que se ha querido aclarar, desde el inicio de los trabajos, por parte de los miembros de la Subcomisión es que ésta no tiene por objeto reabrir un debate, por lo demás ya producido en los primeros años 80, sobre el aborto. El aborto se regula en la legislación española en su momento y ninguno de los gobiernos de las legislaturas posteriores a la autora de la vigente ley, ha considerado necesario dar marcha atrás en cuanto a la regulación de la IVE. Por lo tanto, la subcomisión no puede tener como fin abrir un proceso a los supuestos eximidos de responsabilidad criminal del aborto contemplados en el vigente Código Penal.

Durante el transcurso de las comparecencias se ha dejado constancia por un lado de una serie de **puntos de partida** en los que hay cierto consenso y, por otro lado, se ha dejado constancia también de los **problemas** que se han ido presentando a lo largo de estos años con la aplicación de la legislación vigente en esta materia.

**Puntos de partida** en los que hay cierto consenso por parte de los grupos representados en la Subcomisión IVE:

1. Hay que mejorar el marco legislativo actual para garantizar la prestación de la IVE sin menoscabo de los derechos de las personas que intervienen en la misma.
2. El aborto en sí no es un método anticonceptivo más, ni lo debe ser.
3. Son necesarias modificaciones legislativas que repercutirán fundamentalmente en la legislación educativa, para introducir mejores mecanismos de prevención de los embarazos no deseados a través de programas específicos de educación sexual y reproductiva en los niveles educativos obligatorios y en la legislación de ámbito sanitario, para la regulación de límites al ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales del sector, la introducción de estudios específicos en los currículos académicos para la formación en la práctica del IVE, etc.

Los **problemas** planteados se centran en los siguientes puntos:

1. Necesidad de regular la IVE fuera del Código Penal, de manera que se reconozca el derecho a decidir sobre su sexualidad y reproducción a las mujeres, dentro de unos límites y con los requisitos que establezca una nueva ley que deberá respetar la Constitución Española y la legislación vigente en nuestro país.



2. Desigualdad en el acceso de las mujeres a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo
3. Desigualdad territorial en relación a la práctica de la prestación sanitaria de IVE
4. Falta de garantía de los derechos a la intimidad, confidencialidad y dignidad de la mujer que genera un marco de inseguridad jurídica que incide de forma negativa en el acceso y durante todo el proceso de la interrupción voluntaria del embarazo
5. Inseguridad Jurídica de los profesionales que atienden las IVE
6. El ejercicio del derecho a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del sector público y el ejercicio de este mismo derecho incluso por parte de instituciones en su conjunto está ocasionando grandes dificultades en el acceso de la mujer a la prestación de IVE en los hospitales y centros sanitarios públicos.
7. Son muy preocupantes los datos más recientes sobre el incremento de número de abortos de jóvenes y mujeres inmigrantes.
8. Desigualdad territorial en el acceso a la información relativa a salud sexual y reproductiva y a programas de planificación familiar
9. Carencias en la legislación educativa básica en la transmisión de los conocimientos de salud sexual y reproductiva

## **2.2. Informe de conclusiones: redacción, negociación política y votación en Comisión de las conclusiones.**

Una vez finalizadas las sesiones de comparecencias se acuerda por la Presidencia de la Subcomisión que corresponde al Grupo Parlamentario mayoritario redactar un borrador de conclusiones. Dicho borrador fue redactado por el Grupo Parlamentario Socialista, tomando en cuenta las aportaciones de los comparecientes y fue llevado a la negociación política con el resto de grupos, en este caso de izquierdas, integrantes de la subcomisión.

La norma reguladora de las subcomisiones establece que al documento presentado en subcomisión por el grupo mayoritario pueden presentarse



votos particulares, si bien deberá realizarse votación sobre el propuesto por el grupo mayoritario, y si es apoyada se elevará para su aprobación a la Comisión de Igualdad. Dicha votación se celebró en la sesión de subcomisión del 12 de febrero. Y el 18 de febrero fue votado, tras presentarse y hacerse defensa de los votos particulares presentados, y salió adelante con los siguientes resultados de votación: 20 a favor (GPS+GPER-IU-ICV+GPMX), 16 en contra (GPP) y 1 abstención del GP EAJ-PNV; CiU expresó su deseo de no participar en la votación y reservarse para la tramitación parlamentaria del proyecto de Ley.

### **3. Reflexiones acerca de la función de la Subcomisión en el marco de las políticas públicas contra la discriminación de las mujeres.**

El Informe de Conclusiones una vez se aprueba en Comisión es elevado, por orden de la Presidenta de la Comisión de Igualdad al Gobierno de la Nación. Este informe no tiene naturaleza jurídica; cumple una función de orientación política al Gobierno a través de la inclusión de propuestas de actuación en un determinado ámbito. Pero no cabe duda que los trabajos de este órgano parlamentario, han venido a contribuir, desde el ámbito que le es propio al poder legislativo del Estado, a impulsar el avance de las políticas públicas contra la discriminación de las mujeres. Es relevante por cuanto esta legislatura ha arrancado con la iniciativa de la creación del Ministerio de Igualdad que tiene su correlato en las Cortes con la creación de la Comisión de Igualdad. Y dentro de su ámbito de trabajo, con el impulso de creación de grupos de estudio específico que, haciéndose eco de los problemas sociales, realicen una tarea de investigación y estudio sobre los mismos y aporten propuestas concretas de actuación al ejecutivo.





## **ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA DESDE LOS FEMINISMOS. ¿EXISTEN VALORES EPISTEMOLÓGICOS FEMINISTAS?**

*Gemma Nicolás Lazo  
Universitat de Barcelona*

La epistemología feminista se levanta contra la tradición científica positivista, y contra los “dogmas del empirismo” (Harding, 1991, 1996), como son la verdad absoluta, la neutralidad y la metodología inmune a las influencias sociales. En este sentido, también lo hace contra el ius-positivismo y la forma tradicional y androcéntrica de estudiar el Derecho.

La epistemología y la ciencia dominantes, también la jurídica, han producido numerosos perjuicios sobre las mujeres y su saber en varios sentidos. Anderson (2004) los resume en seis puntos. En primer lugar, excluiría a las mujeres de la investigación y les denegaría su autoridad epistémica. También, denigraría los estilos cognitivos y los modos de conocer de las mujeres. En otro sentido, produciría teorías de las mujeres que las representan como inferiores, desviadas o insignificantes, solo sirviendo a los intereses masculinos, e invisibilizaría las actividades y los intereses de las mujeres. Finalmente, produciría conocimiento que no es útil para las personas que están en posiciones subordinadas y reforzaría jerarquías sociales y de sexo-género. Un ejemplo claro y paradigmático sería el papel de la ciencia en la biologización y naturalización de la inferioridad de las mujeres, causa legitimadora de su subyugación.

La epistemología tradicional se basa en dualismos dicotómicos que están sexualizados y ordenados de manera jerárquica. Son dicotomías modernas típicas el oponer conceptos como cultura frente a naturaleza; mente frente a cuerpo; lo racional frente a lo emocional; pensamiento frente a sentimiento; abstracto frente a concreto; objetividad frente a subjetividad; público frente a privado, etc. A los primeros, considerados superiores, se los relacionaría tradicionalmente con lo masculino y los hombres y a los segundos con lo femenino y las mujeres, tanto en un sentido descriptivo como normativo (Olsen, 2000). La ciencia nacería asociada a los primeros sustantivos. Sería una actividad cultural, mental, racional, fruto del pensamiento, abstracta, objetiva y se desarrollaría en el ámbito público. Vemos, pues, cómo a nivel simbólico los conceptos “mujer” y “ciencia” fueron contruidos en oposición (Harding, 1991, 1996).



La epistemología feminista intenta romper con estos dualismos y ofrecer otras concepciones de objetividad que permitan hacer investigaciones que valoraren, entre otras cosas, lo que la ciencia moderna ha escondido: el mundo de las emociones, de los sentimientos, del inconsciente individual y colectivo, de los valores políticos, etc. (Durán, 1996: 5; Harding, 1996: 212).

### **1. Haciendo investigación sociológica-jurídica feminista**

La epistemología feminista es compatible con la sociología jurídica para entender el derecho como instrumento creador, reproductor o perpetuador de la opresión de las mujeres. Esto es así porque la sociología jurídica rechaza una noción esencialista y universalista del derecho y se aparta de los análisis basados en abstracciones que no tengan en cuenta la experiencia de los individuos, en concreto para lo que nos interesa, de las mujeres (Bodelón, 1998 b: 23). Desde los años 60-70 del siglo XX existe una larga tradición de estudios socio-jurídicos sobre el sexo-género. De hecho, las primeras incursiones académicas feministas sobre los fenómenos sociales del ámbito jurídico fueron realizadas por sociólogas del derecho británicas, como Carol Smart o Susan Edward (Bodelón, 1998 b: 21).

La propia sociología jurídica ha requerido de otras disciplinas distintas a la jurídico-dogmática para entender el derecho como parte de la realidad compleja en la que vivimos, como producto social. En el caso de los estudios de mujeres (*Women's Studies*), la perspectiva multidisciplinar y la ausencia de debates académicos sobre los límites de las disciplinas se han producido de manera característica (Bodelón, 1998 a: 641). En general, la sociología jurídica feminista ha convertido en complementarias diversas perspectivas sociales que generalmente han estado aisladas (Bodelón, 1998 a: 650).

Pese a la tradicional visión negativa del sistema normativo por parte del feminismo, el derecho es también considerado como un instrumento y lugar de lucha (Smart, 1994). De hecho, el movimiento feminista ha dirigido muchísimas de sus reivindicaciones hacia el derecho, bien para derogar algunas normas, bien para incorporar otras o modificar su configuración.

Esta aparente contradicción, entre el papel opresor que ha ejercido y ejerce el derecho, por un lado, y su valoración como poder que contribuye al cambio social útil a las luchas de las mujeres, por el otro, es común a la relación que tiene el feminismo con otros campos de las ciencias. Es, eso sí, más visible en las áreas más ideológicas, como es el derecho (Durán, 1996: 8).





La cuestión básica a la que intenta responder la sociología jurídica del género es si el derecho es un instrumento útil para transformar las relaciones sociales y la posición social de las mujeres y cómo puede o debe hacerlo (Bodelón, 1998 a: 638). O lo que es lo mismo, si el contrato social constitutivo del Estado liberal y del derecho moderno pueden ser extendido a otros contratantes –en este caso, a las mujeres– o, si por el contrario, la irrupción de otros grupos en el contrato supondría un contrato radicalmente diferente<sup>1</sup> (Pitch, 2003: 22).

Para el estudio de normas jurídicas concretas y su aplicación, Facio (1995) propone un modelo metodológico que la autora describe sistemáticamente en seis pasos. El primer paso consiste en tomar conciencia de la opresión de las mujeres a partir de la experiencia personal. La concienciación es indispensable para toda investigación feminista, ya que convierte en experiencia colectiva y política sentimientos y percepciones individuales. El segundo paso invita a profundizar en la comprensión del sexismo y de cómo se manifiesta en el derecho entendido en sentido amplio (normativa, doctrina jurídica, fundamentos legales, jurisprudencia, etc.). El sexismo se caracteriza por el androcentrismo –la experiencia masculina se presenta como la central en la experiencia humana en su globalidad–, la sobregeneralización –la experiencia masculina es la única estudiada tomándose las conclusiones como generalizables a toda la población–, insensibilidad al sexo-género –la variable género es ignorada, menospreciada o rechazada–, doble parámetro –distinta valoración para una conducta según si la ha realizado una mujer o un hombre–, deber ser para cada sexo y dicotomismo sexual (Facio, 1995: 107-130).

El tercer paso consiste en identificar a la mujer a quien va dirigida la norma, entendida como “el otro” del paradigma de ser humano que es el hombre, y rechazar la reducción de la heterogeneidad femenina que en general realiza la perspectiva androcéntrica. El cuarto supone el análisis de la concepción de mujer que subyace al derecho y a las decisiones concretas que se toman. El quinto paso implica el análisis de la eficacia de la norma en función de los dos pasos anteriores, es decir, analizar qué cambios ha producido la norma en la vida diaria de las mujeres teniendo en cuenta qué concepto de mujer tiene el derecho y a qué tipo de mujer iba dirigido. Finalmente, el sexto paso de esta metodología feminista de análisis del derecho es la colectivización del estudio, para que sea enriquecido con la experiencia de otras mujeres y para que continúe el proceso de concienciación (Facio, 1995: 131-52).

.....  
<sup>1</sup> Pateman (1995 y 1996) creería que no es posible incluir a las mujeres en la idea de contrato liberal.

## 2. Los valores de la metodología feminista

Existe cierta discusión sobre si existirían métodos de investigación propiamente femeninos o feministas y cómo deberían ser si existieran. La afirmación de dicha frase podría provocar alguna consecuencia indeseable como sería la presunción de la existencia de una esencia femenina. Este hecho, como mínimo, pondría en cuestión el carácter emancipador de dicha epistemología. Por este motivo, Harding (1991) afirma que no existen métodos feministas particulares, sino una variedad de métodos que favorece la investigación ya que se puede escoger entre uno y otro según la cuestión bajo estudio. En un sentido similar, Anderson (2004) asegura que no hay un estilo cognitivo femenino.

Sin embargo, sí habría algunos valores feministas que hallarían su razón de ser en la naturaleza del feminismo como movimiento social y en sus objetivos emancipadores. Además, y con carácter previo, la metodología que se utilice en estudios feministas ha de partir de una auto-crítica dirigida a evitar métodos de investigación sexistas. Por ejemplo, la epistemología feminista defiende una heterogeneidad ontológica que huye de las dicotomías categóricas expresadas más arriba que representan la masculinidad y la feminidad como opuestas, la feminidad como inferior y las realidades que no encajan en las normas de sexo-género como desviadas (Anderson, 2004). Debería, pues, rechazar los patrones metodológicos que tendieran a reproducir esas categorías dicotómicas.

Después, hallaríamos una serie de características que aunarían los diferentes métodos feministas. En primer lugar, una metodología feminista favorece una visión de la complejidad de las relaciones en oposición a modelos causales unifactoriales, hecho que permite la representación de una multiplicidad de rasgos del contexto social, incluida la participación de las mujeres (Anderson, 2004).

En segundo lugar, la actividad investigadora feminista tendría siempre una actitud de justicia y compromiso solidarios respecto a los sujetos de estudio y al entorno social en el que viven (Dansilio, 2004; Scott, 1990: 25). Esto es así porque la metodología feminista constituye una parcialidad consciente –contra el ideal de la neutralidad de valores de la ciencia positivista– que supone una identificación parcial con el objeto de conocimiento. La investigación debe servir a los intereses de los grupos dominados, oprimidos y explotados (Mies, 1999: 71-72).



Evidentemente la elección del objeto de estudio y la construcción de hipótesis también serían influidas por esta actitud solidaria y comprometida. En general, la ciencia y la epistemología feministas suelen interesarse en cuestiones relacionadas con las necesidades humanas y sociales (Anderson, 2004) vinculadas, claro está, al sistema sexo-género.

Dicha actitud provoca una mirada desde abajo (Mies, 1999: 71-72) o reflexividad (Anderson, 2004) que exigen que la persona investigadora se ubique en el mismo plano causal que el objeto de conocimiento. Ella debe tomar partido respecto a la posición social, a los intereses, a las asunciones de base, a los sesgos y a otros aspectos sobre la perspectiva concreta que da forma a su hipótesis, su método y sus interpretaciones. El sujeto que investiga debe reconocer su complicidad con las vidas de los objetos de estudio y preguntarse por sus creencias y comportamientos así como lo hace sobre su objeto de estudio (Harding, 1991: 161-63). Es como un autogobierno reflexivo, entendido como transparente y crítico hacia sí mismo, que substituiría el lugar del ideal masculino de la autosuficiencia individualista.

En tercer lugar, la metodología feminista valora el papel de las emociones y el compromiso no solo ideológico sino emocional con el objeto de estudio. Las emociones pueden realizar funciones críticas muy útiles a las teorías dominantes y producir hipótesis rivales significativas (Anderson, 2004; Durán, 1996: 8).

En cuarto lugar, la investigación científica feminista se relaciona con las acciones y las luchas del movimiento de las mujeres. La investigación se convierte en parte integral de esas luchas ya que ellas fueron la base para el nacimiento de los estudios feministas. La investigación feminista pretende dotar de conocimiento, entendido como poder difuso, a los grupos que ostentan posiciones subordinadas en la sociedad (Anderson, 2004). Se pretende una integración de la praxis y la teoría. El objetivo es el mismo, cambiar el *status quo* de la opresión de las mujeres (Mies, 1999: 73-74). Según esta idea, la legitimidad de una teoría no dependerá tanto de principios y reglas metodológicas, sino de su virtualidad en la contribución a una práctica política en pro de una progresiva emancipación y humanización (Mies, 1999: 72-73).

En quinto lugar, el proceso de investigación se ha de convertir en un proceso de concienciación tanto de las personas investigadoras como de las



personas investigadas. La idea que subyace en este enfoque es que el estudio sobre una realidad opresiva no es realizado por expertas sino por personas que son a su vez objeto de esa opresión. Tanto las científicas como las mujeres cuyas realidades se están estudiando han de poner en común sus experiencias y tomar conciencia. Este aspecto es muy relevante a la hora de realizar investigaciones empíricas cualitativas (Mies, 1999: 74-75).

La epistemología feminista está particularmente interesada en las condiciones del entendimiento del sujeto mujer, de la experiencia de una misma, y en las circunstancias sociales en las que puede darse esta forma de adquisición de conocimiento o de conciencia colectiva (Flax, 1983: 270). De hecho, la experiencia y la autobiografía son recursos metodológicos muy utilizados por la epistemología feminista. Las vidas de las mujeres son lugares desde donde puede surgir un conocimiento de gran autoridad (Michelson, 1996: 631).

Laurentis (1986: 10) define el feminismo como “una política de la experiencia de cada día”. Esto es así porque ha sido a través de la experiencia subjetiva de las mujeres como han surgido los principales temas del feminismo, sobre sexualidad, sobre el cuerpo y sobre la práctica política feminista. También la prioridad epistemológica se ha situado en lo personal, lo subjetivo, lo corporal, lo cotidiano, como el lugar donde reside lo ideológico, rompiendo los diques de la esfera privada (Laurentis, 1986: 11).

Precisamente, como es bien sabido, fue a través del descubrimiento de la existencia de una experiencia compartida entre las mujeres respecto a las contradicciones entre la experiencia como mujer y la “feminidad” normativa cuando surgieron las primeras reivindicaciones del conocimiento de las mujeres con el feminismo radical. Me estoy refiriendo a la tradicional toma de conciencia del feminismo de las *consciousness-raising sessions*, que se realizaron por primera vez como práctica establecida en 1967 en el *New York Radical Women* (Miguel, 2005 b: 22).

En este tipo de reuniones las mujeres reflexionaban a título individual sobre cómo experimentaban la opresión. A través de esa toma de conciencia se pusieron las bases para la lucha colectiva y política y la solidaridad entre las mujeres. Los problemas personales se convirtieron en injusticias colectivas producidas por el sistema de sexo-género, ahora leídas en clave política. Se construía la teoría desde la experiencia personal. Y es que el papel de las redes feministas y de las organizaciones de grupos de mujeres en la redefinición de



la realidad para posibilitar realmente la liberación cognitiva de las mujeres ha sido y sigue siendo imprescindible<sup>2</sup> (Miguel, 2005).

En sexto lugar, la concienciación de las mujeres sobre la opresión de nuestras sociedades debería ir acompañada del estudio de la historia social e individual de las mujeres. El apropiarnos de nuestra historia, de nuestras luchas pasadas, sufrimientos y sueños contribuye a la formación de una conciencia colectiva feminista (Mies, 1999: 75).

Finalmente, encontraríamos la discusión democrática del conocimiento y su colectivización entre investigadoras y movimientos sociales. Como afirma Durán (1996: 17), la conexión entre la ciencia y el movimiento social tiene lugar en tres dimensiones principales:

“en cuanto que los sujetos *producen* la ciencia, en cuanto que *reciben* y *transmiten* la ciencia, y en cuanto que son, a su vez, el *objeto de atención* de la ciencia”.

Aquí encontramos una de las justificaciones de la objetividad de la epistemología feminista. Para Longino (1997: 75) la inclusión de las perspectivas socialmente relevantes en la comunidad comprometida en la construcción crítica del conocimiento es un ideal al que deberían tender todas las investigaciones. Los resultados serán más objetivos cuanto más responsables sean respecto a las críticas desde otros puntos de vista (Anderson, 2004) y sean fruto de una democracia participativa intelectual (Harding, 1991: 151).

#### 4. Bibliografía

- Anderson, Elisabeth (2004), “Feminist Epistemology and Philosophy of Science”, en *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Summer, E. N. Zalta (ed.), en <http://plato.stanford.edu/archives/sum2004/entries/feminism-epistemology>. EUA.

.....  
<sup>2</sup> Para MacKinnon la *consciousness raising* constituye el método crítico por excelencia del feminismo. Sería la forma especial de adquisición de conocimiento a través de la aprehensión política de la relación de una misma con la realidad (Laurentis, 1986: 8). Michelson (1996) propone la APEL (*Assessment of Prior Experimental Learning*), práctica académica no tradicional de aprendizaje mediante la experiencia, como herramienta muy útil para dotar de autoridad científica los conocimientos situados propios de la epistemología feminista. Lagarde (1997: 54-55) se refiere a la metodología de la estancia con mujeres como un método feminista similar a la observación participante, pero añadiendo el compromiso político y la empatía del sujeto investigador.

- Bodelón, Encarna (1998 a), "Género y derecho", en María José Añón, Roberto Bergalli y Manuel Calvo (coords.), *Derecho y sociedad*, pp. 637-53. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bodelón, Encarna (1998 b), *La igualdad y el movimiento de mujeres: propuestas y metodología para el estudio del género*. Working Papers. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- Dansilo, Sergio (2004), "La defensa de la objetividad en las epistemologías feministas", en *Galileo*, 2ª época, no. 30, oct. Uruguay.
- Durán, M. Ángeles (1996), "Mujeres y hombres en el futuro de la ciencia", en M. Ángeles Durán (ed.), *Mujeres y hombres en la formación de la teoría sociológica*, pp. 1-36. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Facio Montejó, Alda (1995), *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. Caracas: GAIA, Centro de las Mujeres; Mérida: Mediateca de las Mujeres; AEM-ULA: Fondo Editorial "La Escarcha azul".
- Flax, Jane (1983), "Political Philosophy and the Patriarchal Unconscious: A Psychoanalytic Perspective on Epistemology and Metaphysics", en Sandra Harding y Merrill B. Hintikka (eds.), *Discovering reality. Femist Perspectives on Epistemology, Metaphysics, Methodology, and Philosophy of Science*, pp. 245-81. Dordrecht, Boston, London: D. Reidel.
- Harding, Sandra (1991), *Whose Science? Whose Knowledge?*. Buckingham: Open University Press.
- Harding, Sandra (1996), *Ciencia y Feminismo*. Madrid: Morata. Trad. P. Manzano.
- Lagarde, Marcela (1997), *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Laurentis, Teresa (1986), "Feminist Studies/Critical Studies: Issues, Terms, and Contexts", en Teresa Laurentis (ed.), *Feminist Studies. Critical Studies*, pp. 1-19. Bloomington: Indiana University Press.



- Longino, Helen E. (1997), "Feminismo y filosofía de la ciencia", en Marta I González García, José A. López Cerezo y José Luis Luján (eds.), *Ciencia, tecnología y sociedad*, pp.71-83. Barcelona: Ariel.
- Michelson, Elana (1996), "'Auctoritee' and 'Experience': Feminist Epistemology and the Assessment of Experiential Learning", en *Feminist Studies*, Vol. 22, No. 3 (Autumn), pp. 627-55. Columbia.
- Mies, Maria (1999), "Towards a Methodology for Feminist Research", en Bryman, Alan y Robert G. Burgess, *Qualitative Research, volume IV*. London, Thousand Oaks, New Delhi: Sage.
- Miguel Álvarez, Ana de (2005), "Movimiento feminista y redefinición de la realidad", Conferencia impartida en el Consejo de las Mujeres del Municipio de Madrid, en <http://nodo50.org/mujeresred/feminismo.htm>.
- Olsen, Frances (2000), "El sexo del derecho", en Alicia E. C. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, pp. 25-43. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- Pateman, Carole (1995), *El contrato sexual*. Barcelona: Anthropos. Trad. M. L. Femenías.
- Pateman, Carole (1996), "Críticas feministas a la dicotomía público/privado", en Carme Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, pp. 31-52. Barcelona: Paidós.
- Pitch, Tamar (2003), *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Barcelona: Trotta. Trad. C. García Pascual.
- Scott, Joan W. (1990), "El género: una categoría útil para el análisis histórico", en *Historia y Género: Las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*. Valencia: Alfons el Magnànim, Institució Valenciana d'Estudis i Investigació. Trad. J. S. Amelang y M. Nash.
- Smart, Carol (1994), "La mujer del discurso político", en Elena Larrauri (comp.), *Mujeres, Derecho penal y criminología*, pp. 167-89. Madrid: Siglo XXI.







## LA PARADÓJICA DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER AL AMPARO DE LAS DISPOSICIONES PENALES DE LA LEY INTEGRAL

*Dra. Ana María Prieto del Pino  
Profesora Asociada a tiempo completo de Derecho Penal  
(Universidad de Málaga)*

### Sumario

La Ley Integral (LI) constituye un punto de inflexión en el tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer, que pasa a contemplarse desde una perspectiva de género.

Desde una óptica feminista, la muy positiva valoración que merece este cambio de perspectiva no es óbice, sin embargo, para poner en tela de juicio la adecuación político-criminal de ciertas decisiones adoptadas, así como el tratamiento técnico-jurídico concreto que se ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido. Paradójicamente, con las miras puestas en el reforzamiento de la protección penal de la mujer, se han sentado algunas bases para:

-Decisiones judiciales que, en lugar de encontrar en la LI un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, hacen de ella una herramienta idónea para dispensar un tratamiento discriminatorio a la mujer. Así, diversas interpretaciones del art. 153 CP auspiciadas por el art. 1 LI permiten castigar como falta (art. 617 CP) los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femininas. En relación con los demás sujetos protegidos por el art. 153, sin embargo, unas bofetadas se castigan como delito y no como falta. Del mismo modo, la ubicación de la agravante de género en el art. 148.4 permite incluso que el varón autor de un delito de lesiones contra una mujer pareja o ex pareja empleando armas u otros instrumentos peligrosos, resulte menos castigado que la mujer autora del mismo comportamiento contra varón.

- Generar efectos criminógenos, es decir, incentivar la comisión de conductas más graves contra la mujer. Dichos efectos se aprecian en diversos aspectos de la regulación de amenazas y coacciones leves, y del quebrantamiento de penas y medidas cautelares.

La ponencia analiza detenidamente estas paradojas y propone soluciones.

## Introducción

A finales de diciembre de 2004 vio la luz la esperada y polémica Ley Orgánica 1/2004, De medidas de protección Integral contra la Violencia de Género, (en adelante “Ley Integral”, “LO 1/2004” o “L.I.”). Como establece su exposición de motivos, atendiendo a las recomendaciones de los organismos internacionales, pretende prevenir, sancionar y erradicar esta clase de violencia y prestar asistencia a sus víctimas. A tal fin *“la violencia de género se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar”*, proclama dicha exposición. La Ley da cabida, en efecto, a aspectos preventivos y educativos (que se extienden a los ámbitos publicitarios y medios de comunicación, sistema educativo, ámbito sanitario), asistenciales y de atención a las víctimas, y proporciona *“una respuesta legal integral que abarca tanto las normas procesales, creando nuevas instancias, como normas sustantivas penales y civiles, incluyendo la debida formación de los operadores sanitarios, policiales y jurídicos responsables de la obtención de pruebas y de la aplicación de la ley”*.

De conformidad con su art. 1.1, la Ley Integral *“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”*. El apartado 3 del referido art.1 precisa que *“la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”*.

La Ley Integral constituye, por lo tanto, un punto de inflexión en el tratamiento jurídico-penal de la violencia contra la mujer, que deja de considerarse expresión de la violencia doméstica y pasa a contemplarse desde una perspectiva de género, es decir, a ser vista *“como un tipo específico de violencia social vinculado de modo directo al sexo de la víctima –al hecho de ser mujer- y cuya explicación se encuentra en el reparto inequitativo de roles sociales o, lo que es igual, en pautas culturales que favorecen las relaciones de posesión y dominio del varón hacia la mujer”* (Laurenzo, 2006).

Las modificaciones producidas, que se concentran en tan sólo 9 artículos del Código Penal<sup>1</sup> y están vigentes desde el 30 de junio de 2005, pueden sintetizarse del siguiente modo:

.....

<sup>1</sup> Aunque, indirectamente, alcanzan a más.



a- A través de la creación de subtipos específicos se agrava la responsabilidad penal del varón que **maltrata de forma ocasional** o **lesiona** a una mujer a la que esté o haya estado ligado sentimentalmente (artículos 153.1 y 148.4º respectivamente), así como de todo aquél que despliegue idénticas conductas sobre una persona especialmente vulnerable con la que convive (artículos 153.1 y 148.5º respectivamente)

b- Se agrava la pena de las **amenazas leves** con armas cuando la víctima es alguno de los sujetos protegidos por el art. 173.2<sup>2</sup>. Se establece un subtipo agravado en el delito de amenazas (art. 171.4) comprensivo de **toda clase de amenazas leves** (también, por lo tanto, las realizadas sin armas) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive.

c- Se establece un subtipo agravado en el delito de **coacciones** (art. 172.2) aplicable a los supuestos en los que la víctima es una mujer de la que el autor es pareja o ex pareja, o bien una persona especialmente vulnerable con la que aquél convive

d- Se introducen **atenuaciones** de la pena aplicables también a los nuevos subtipos agravados en los delitos de malos tratos ocasionales (art. 153.4), amenazas (171.6) y coacciones (art. 172.2 in fine)

e- La **suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad** impuestas por delitos relacionados con la violencia de género pasan a tener un régimen específico orientado hacia la protección de la mujer y hacia el tratamiento psicológico y la reeducación del agresor.

f- Se agrava de forma obligatoria la pena prevista para el delito de **quebrantamiento de condena** (art. 468) en los supuestos concernientes a penas contempladas en el art. 48 del Código Penal (que implican el alejamiento del agresor) o medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguno de los sujetos enumerados en el delito de malos tratos habituales, es decir, en el ámbito de la violencia doméstica.

Desde una óptica feminista, la muy positiva valoración que merece este cambio de perspectiva no es óbice, sin embargo, para poner en tela de

.....  
<sup>2</sup> La LO 11/2003 ya elevó a delito en el art. 153 las amenazas leves con armas en relación con todos los sujetos del art. 173.2. Vid. PRIETO, 2005.

juicio la adecuación político-criminal de ciertas decisiones adoptadas, así como el tratamiento técnico-jurídico concreto que se ha dispensado a determinados aspectos de los delitos y faltas sobre los que ha incidido. Sobre todo, si se tiene en cuenta que, paradójicamente, el referido tratamiento técnico-jurídico fomenta en algunos casos, y hace viables en otros muchos, interpretaciones jurisprudenciales perversas que redundan en perjuicio de la mujer. En definitiva, el legislador, sin pretenderlo, ha aportado a los jueces ciertos instrumentos idóneos para ahondar, no siempre conscientemente, en la discriminación de la mujer y/o en su desprotección. Examinémoslos.

### **1. La perversa interpretación del art. 153 CP ex art. 1 de la Ley Integral.**

Como se ha indicado con anterioridad, la Ley Integral ha introducido agravaciones específicas en los delitos de lesiones (art. 148.4º) y maltrato ocasional (art. 153.1) aplicables a los supuestos en los que la víctima “fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

En relación con los malos tratos ocasionales el efecto agravatorio derivado de las previsiones de la Ley Integral es bastante modesto, pues consiste en una elevación del límite mínimo de la pena de prisión imponible, que se fija en los 6 meses (antes era de 3 meses), así como del límite máximo (de 3 años pasa a 5 años) de la inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento. Téngase en cuenta, además, que en los supuestos en los que se aprecie la atenuación que ha introducido la Ley Integral, el incremento de pena aludido quedará anulado.

La aplicación de la tutela reforzada de la mujer en estos preceptos se enfrenta a un gran enemigo: la negativa a aceptar la violencia de género como categoría autónoma, con origen y rasgos propios y diferenciales que meritan y reclaman un abordaje también propio y diferencial. Es la no aceptación de que existe un problema estructural –más allá de las concretas situaciones individuales- de violencia machista, especialmente manifiesto en las relaciones de pareja, la que subyace en el rechazo y en las reticencias hacia el nuevo régimen de tutela reforzada. Es desde esta óptica desde la que se argumenta que *“aunque la violencia sobre la mujer ocupa el más alto porcentaje de la estadística judicial (91,1% de los casos), también están presentes los de violencia contra hombres (8,9% de los casos), ascendientes y contra menores”,* de manera que *“la norma puede reaccionar*



frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante<sup>3</sup>. Es también la negación de la violencia de género como categoría y problema estructural la que está en la base de los reproches de inconstitucionalidad que la doctrina penal hace a la tutela reforzada de la mujer en las relaciones de pareja, y la que impide admitir que la misma cuenta con un fundamento material.

Es ese rechazo, asimismo, el que late en la mayoría de las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la judicatura<sup>4</sup>, y tampoco está siempre ausente este elemento en la permanente confusión jurisprudencial entre violencia de género y violencia doméstica, causa de llamativos efectos. Uno de ellos es que, paradójicamente, algunos jueces están encontrando en la Ley Integral, en lugar de un instrumento más contundente con el que castigar la violencia de género, una vía -antes inexistente- que les permite volver a castigar como falta los maltratos que no requieren asistencia facultativa infligidos por varones a sus parejas o ex parejas femeninas. En efecto, en algunas sentencias la aplicación de la falta del art. 617 se basa en la ausencia de un elemento subjetivo específico en el autor que se construye a partir de la definición de violencia de género del art. 1 de la Ley<sup>5</sup>. En otros casos se subsumen los hechos en el art. 617 aduciendo que su causa no se encuentra vinculada a la relación de pareja o negando la existencia de una situación de desigualdad<sup>6</sup>. Denominador común de estas interpretaciones jurisprudenciales es la errónea identificación de la (agravación de) violencia de género con la violencia doméstica, favorecida, sin duda,

.....  
<sup>3</sup> Así el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de Ley Integral pág. 16

<sup>4</sup> Vid. al respecto LAURENZO, 2006; MAQUEDA, 2006

<sup>5</sup> Pese a que en el Proyecto de Ley Integral se eliminaron las referencias a la finalidad perseguida por el autor que contenía el Anteproyecto para evitar los problemas de prueba de un elemento subjetivo que -se interpretaba- derivaba del empleo de la violencia "como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres", como rezaba la definición de violencia acogida en el texto del Anteproyecto. Se reconoce expresamente que ese supuesto elemento subjetivo no forma parte de la estructura típica en la Sentencia de la Sección 2ª de la AP de Navarra núm. 40/2006, de 28 de marzo.

<sup>6</sup> Vid. el desarrollo de esta cuestión en LAURENZO, 2006. Como explica esta autora, los problemas de subsunción típica del art. 153 han de resolverse conforme a la ratio que le es propia, es decir, ha de existir un desequilibrio entre autor y víctima. "Sólo después de superado este primer paso -añade- y si la víctima resulta ser la mujer actual o pasada del agresor, entrará en consideración la agravante de género introducida por la Ley Integral. Una circunstancia que, por fundarse en criterios preventivos basados en la particular exposición al riesgo que toda mujer lleva consigo por su propia condición femenina, ha de aplicarse siempre que sea ella la víctima y su pareja masculina -actual o pasada- el agresor". En sentido crítico, compartiendo los argumentos del CGPJ en contra de la tutela reforzada de la mujer, BOLEA, 2007.

por la ubicación de la primera en el art. 153<sup>7</sup>. La subordinación en el caso concreto de la víctima respecto de su agresor que caracteriza la violencia doméstica tipificada en el art.153, se confunde con el contenido de la agravación introducida por la Ley Integral, que atiende a la violencia contra la mujer *“como fenómeno intergrupala, originado en la posición que ocupan las mujeres como colectivo en la sociedad y no –como parecen entender los primeros intérpretes judiciales de la L.I.- de un asunto puramente individual vinculado a la correlación de fuerzas entre un hombre y una mujer en una pareja concreta”*(Laurenzo, 2006)<sup>8</sup>.

Flaco favor hace a la dispensa de una tutela reforzada a la mujer en relación con los malos tratos ocasionales la inserción de la misma sobre una base tan nefasta como es la establecida por la reforma operada por la Ley 11/2003, que trajo consigo la ya aludida conversión automática de faltas en delitos<sup>9</sup>. El castigo como delito de comportamientos de escasa entidad es contrario al principio de proporcionalidad, pero el camino adecuado para remediarlo no es éste, que –a mi parecer- constituye una vía hacia la discriminación por razón de sexo en contra de la mujer, porque en relación con los demás sujetos protegidos por el art. 153, exista o no una relación de dominio del agresor sobre la víctima, unas bofetadas se castigan como delito y no como falta. Por si ello fuera poco, el análisis de las decisiones de las Audiencias Provinciales revela la existencia de una corriente jurisprudencial, no avalada por el Tribunal Supremo<sup>10</sup>, que estima aplicable el art. 153.2 en supuestos en los que autor y víctima no conviven, aduciendo que el precepto no lo exige expresamente, pues hoy día el círculo de los familiares que comparten domicilio suele ser muy restringido. Que en relación con los sujetos abarcados por el art. 153.2 exista ese afán por ampliar el radio de acción del precepto e impere el automatismo en su aplicación,

.....  
<sup>7</sup> Creo que ilustra mi afirmación la Sentencia de la Audiencia provincial de Girona núm. 1103/2005 (Sección 3ª), de 14 de diciembre (JUR 2006/56497), en la que el contenido del art.153 se integra directamente con el de la agravación de género aduciendo que tras la reforma de 2003 no hay que exigir subordinación entre agresor y víctima, dado que la misma no puede inferirse a la vista de un solo acto.

<sup>8</sup> Claro ejemplo de esta confusión, si bien subsumiendo los hechos en el art 153.4 en atención a su escasa entidad es la sentencia de la AP de Navarra citada supra.

<sup>9</sup> La crítica más demoledora hacia la reforma, dirigida también al proyecto de Ley Integral, es la de GIMBERNAT, 2004. El autor considera que se trata de manifestaciones del denostado “Derecho penal de autor”, porque al sujeto activo “se le castiga no por lo que ha hecho, sino por lo que, sin haberlo hecho, tal vez pudiera hacer”

<sup>10</sup> Vid. STS 201/2007, de 16 de marzo (RJ 2007\1545), cuyo ponente es el Ilmo Sr. D. Perfecto Andrés. Sigue esta misma línea, exigiendo –correctamente- convivencia de sujeto activo y pasivo la SAP de Madrid (sec. 15ª) núm. 435\2007, de 23 de octubre (JUR 2008\57904)



mientras que respecto a la mujer maltratada por su pareja masculina la tendencia sea la contraria, es ya algo, sin duda, “llamativo” y muy cuestionable desde una perspectiva puramente técnico-jurídica. Que se utilice nada más y nada menos que la Ley Integral como instrumento para ahondar en la discriminación de la mujer, resulta, sin paliativos, inaceptable.

## 2. La paradoja del subtipo agravado de lesiones del art. 148.4 CP

La Ley Integral dispensa tutela reforzada a la mujer pareja o expareja de su victimario en el ámbito de las lesiones a través del art. 148 CP, precepto en el que ha incluido un número 4º que agrava la pena del tipo básico del art. 147.1 “si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. La ubicación dada por el legislador a esta agravante de género constituye, a mi parecer, como trataré de argumentar a continuación un gran error.

1. El art. 148 es, desde su creación en 1995, un tipo agravado de oscura y ambivalente redacción. Conforme a su tenor literal, si concurre alguna de las 5 circunstancias en él contempladas, “las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior *podrán ser* castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido” (cursiva añadida). La forma verbal escogida por el legislador de 1995 ha generado una fuerte corriente jurisprudencial, avalada por el Tribunal Supremo<sup>11</sup>, que estima que las agravaciones que contiene el precepto son de apreciación facultativa, “de manera que las circunstancias de cualificación que que el art. 148 CP establece no aumentan automáticamente la pena del tipo básico, sino que ello será así atendiendo al resultado causado o al riesgo producido y en la medida en que el Juez o Tribunal sentenciador las considere determinantes de una mayor gravedad de la lesión”<sup>12</sup>. Asimismo, el propio Tribunal Supremo duda de si “el resultado causado o riesgo producido puede entenderse directamente referido a la conducta descrita en el tipo básico o bien servir de criterio para medir la extensión de la pena

.....  
<sup>11</sup> STS de 7 de marzo de 2001 (RJ 2001/ 3210); STS de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9335)

<sup>12</sup> Así AP de Madrid (Sección 27ª) en Sentencia núm. 989/2008 de 25 de septiembre (JUR\2008\381412), F.J. 3º, dando la razón a este respecto al Juzgado de lo Penal núm. 18 de Madrid. En el mismo sentido, AP de Almería (Sección 3ª) en Sentencia núm. 128\2008 de 16 de abril (JUR\2008\216003), F.J. 1º; AP de Castellón (Sección 2ª) en Sentencia núm. 94\2005 de 29 de marzo (JUR\2005\132675); AP de Barcelona (Sección 2ª) en Sentencia núm. 783/1999 de 20 de julio (ARP\1999\2366)

de dos a cinco años establecida en el propio precepto<sup>13</sup>. Sobre esta base, la agravante de género está siendo considerada en numerosas sentencias como circunstancia de apreciación facultativa, y se está negando su concurrencia en el caso concreto por estimarse que el resultado producido y/o el riesgo generado con la agresión, conforme al principio de proporcionalidad, no permiten fundamentar la imposición de una pena de dos años como mínimo de prisión. Ciertamente es que esta postura convive con otra de signo contrario, con arreglo a la cual, la agravante de género del art. 148.4º es, para la judicatura, de apreciación automática si, concurriendo el tipo básico de lesiones, la víctima es mujer pareja o expareja de su agresor<sup>14</sup>. Pero no es menos cierto que, como respaldan estudios empíricos, la certeza en la aplicación de una pena despliega un mayor efecto disuasorio que su quantum y, por lo tanto, el grado de certeza de ver agravada su pena que puede tener el hombre que lesiona a su pareja o expareja femenina es escaso.

2. El art. 148 CP está configurado como tipo cualificado alternativo, de manera que la apreciación de una sola de las circunstancias da lugar a la imposición de una pena cuyo marco abstracto es de 2 a 5 años de prisión. Puesto que la apreciación conjunta de varias circunstancias del art. 148 en una lesión del tipo básico carece de efectos hiperaggravatorios, en tal caso el juzgador tiene 3 opciones:

- a) imponer la pena basándose en una de ellas desechando las demás;
- b) hacer que esa concurrencia se refleje en la modulación de la pena a imponer dentro del marco penal abstracto de 2 a 5 años<sup>15</sup>;
- c) Subsumir una de las circunstancias en el art. 148 y reconducir la/s restantes, cuando sea posible, al art. 22 CP, es decir, apreciarla/s como agravante genérica.

<sup>13</sup> STS de 17 de diciembre de 2003 (RJ 2003/ 9335)

<sup>14</sup> Juzgado de lo Penal núm. 10 de Barcelona en Sentencia de 9 de agosto de 2006, AP de Jaén (Sección 3ª) en Sentencia núm. 30/2007 de 13 de febrero (JUR\2007\254583); AP de Madrid (Sección 27ª) en Sentencia núm. 870/2007 de 29 de octubre (JUR\2008\21105); AP de Tarragona (Sección 4ª) en Sentencia núm. 153/2008 de 14 de abril (JUR\2008\179801); AP de Navarra (Sección 2ª) en Sentencia núm. 20\2007 de 13 de febrero (ARP\2007\529); AP de Alicante (Sección 1ª) en Sentencia núm. 589/2006 de 27 de septiembre (JUR\2007\15994); AP de Las Palmas (Sección 2ª) en Sentencia núm. 29/2008 de 7 de marzo (JUR\2008\164942).

<sup>15</sup> Así STS 113/ 2008 de 31 de enero; AP de Madrid (Sección 27ª) en sentencia núm. 989/2008 de 25 de septiembre (JUR\2008\381412).



Sentado lo anterior, paradójicamente, y en contra de lo que en principio cabría esperar, si los jueces aprecian de forma automática la agravante de género y concurren en el caso otras circunstancias del art. 148, la aplicación de la agravante de parentesco da lugar a que el hombre agresor pueda resultar igual e incluso menos castigado que la mujer agresora de su pareja o expareja. Así, si un varón causa lesiones con un cuchillo de grandes dimensiones a su pareja o expareja femenina que requieran para su curación tratamiento médico o quirúrgico art. 148.1º y 4º, la pena imponible podrá ser de 2 a 3,5 años de prisión (opciones a y b); mientras que si es la mujer la agresora, la agravante de parentesco (incompatible con el art. 148.4º), dará lugar a que su pena sea, como mínimo, de 3,5 años.

Por las razones expuestas, si se desea que la agravante de género del art. 148 no despliegue en algunos casos, precisamente los más graves, los efectos exactamente contrarios a aquéllos para los que fue concebida, debe ser urgentemente desgajada del art. 148 CP y configurada como agravante autónoma.

### **3.El paradójico y perverso efecto del castigo de las amenazas y coacciones leves como delito.**

La ya aludida transformación de las faltas de amenazas y coacciones leves en delitos llevada a cabo por la Ley Integral tiene su precedente inmediato en la LO 11/2003. Téngase en cuenta que, como he indicado con anterioridad, la reforma de 2003, con el respaldo del CGPJ -conviene reiterar este extremo-, convirtió en delitos conductas antes castigadas como falta, una de las cuales fue, precisamente, la que consiste en amenazar de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos. El aspecto realmente novedoso que introduce la Ley Integral no es, pues, la conversión automática de faltas en delitos, sino que esa transformación se enderece hacia la protección penal reforzada de la mujer cuando el autor de la infracción es su pareja o ex pareja masculina.

Al igual que en el caso de las faltas de malos tratos y lesiones, el castigo como delitos de comportamientos que, en atención a su escasa gravedad sólo alcanzan materialmente el nivel de la falta, persigue eludir los efectos de una mala praxis jurisprudencial, que tradicionalmente ha considerado las relaciones sentimentales y el ámbito doméstico como factores que restan trascendencia a amenazas y coacciones que, de producirse en contextos intersubjetivos de otra índole, habrían de calificarse como graves y,

por tanto, ser castigadas como delitos. Tal es el caso de las amenazas de muerte<sup>16</sup>.

Ahora bien, aun cuando el fin perseguido sea loable, la transformación automática de faltas en delitos por la que ha optado la Ley Integral es un medio inadecuado. Porque cuando las amenazas y las coacciones sean realmente leves, su castigo como delito en lugar de como faltas, además de ser erróneo desde una perspectiva puramente dogmática, resulta contraproducente a la luz de criterios político-criminales, dado que *“la sanción desproporcionada de hechos de escasa significación, se convierte en una medida ejemplarizante que acaba por presentar al varón como receptor de una sanción injusta y, en esa medida, como “víctima” de un sistema represor extremo*<sup>17</sup>.

Son sobradamente conocidos los efectos negativos que despliegan a corto, medio y largo plazo sobre el sistema penal en su conjunto tanto los sacrificios de principios penales básicos (como el de proporcionalidad<sup>18</sup>) en aras del logro de fines puramente retributivos, como el abuso de su función simbólica. También estamos sobre aviso de la contradicción de los ideales feministas que implican los referidos sacrificios y abusos<sup>19</sup>.

De la misma manera, creo que cuando las amenazas y las coacciones no sean realmente de carácter leve, es decir, en aquellos supuestos en los que la calificación de “leve” no se apoya en un análisis objetivo de los hechos y viene determinada exclusiva y equivocadamente por el contexto doméstico en el que se producen y/o por la relación sentimental que media o medió entre autor y víctima, su castigo a través de los artículos 171.4 y 172 también resulta contraproducente. Adviértase que con ello se respalda el incorrecto proceder de la judicatura. Porque se está poniendo en sus manos el instrumento idóneo para poder seguir dispensando un tratamiento jurídico equivocado a amenazas y coacciones que, de producirse en otros ámbitos, serían castigadas con mucha mayor severidad a través de los artículos 169 y siguientes, y eludir al mismo tiempo el reproche técnico-jurídico y social que merece su sanción como meras faltas. En otras palabras: considero que en este punto la Ley Integral administra una medicina

<sup>16</sup> Como señala GIL RUIZ, 2004 en referencia a un estudio de la Asociación de Mujeres juristas Themis de 1999, el 30% de las denuncias tramitadas como falta por los jueces de instrucción se refieren a amenazas de muerte

<sup>17</sup> LAURENZO, 2005

<sup>18</sup> El Tribunal Constitucional en Auto de 13 de septiembre de 2005 (núm.332/2005) considera ajustado al principio de proporcionalidad el art. 153, dado que la imposición de la pena privativa de libertad no es obligatoria.

<sup>19</sup> Advierte de ellos LAURENZO, 2005



que ayuda a paliar los síntomas y encubre con ello la enfermedad que los genera<sup>20</sup>. Valgan como ejemplos la Sentencia de 29 de mayo de 2007 de la Sección 20 de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2007/ 187009), la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3ª) de 11 de julio de 2006 (ARP\2007\348), o la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2006 (RJ 2006/3339). En esta última la conducta del agresor consistente en *increpar a la mujer, dándole fuertes gritos y empezando a romper objetos del hogar diciéndole “no te voy a dejar marcas para que no me denuncies, pero hoy ten por seguro que te mato”, a la vez que le exhibía con actitud intimidatoria un cristal de la mesa que previamente había fracturado*, se califica como amenaza leve con instrumento peligroso<sup>21</sup>.

Por otra parte, debe tenerse presente que la solución ofrecida por la Ley Integral no conjura todos los riesgos derivados de esa nefasta tendencia jurisprudencial a la que se ha aludido. Y es que las atenuaciones introducidas en los artículos 171 y 172, que permiten rebajar la pena en un grado, pueden ser utilizadas abusivamente como instrumentos al servicio de la trivialización de las amenazas y coacciones en la pareja, con lo que el supuesto incremento de tutela penal sería puramente simbólico.

Sentado lo anterior, sólo un cambio en el tratamiento jurisprudencial de estos comportamientos, que permita una correcta calificación conforme con su entidad objetiva y su correspondiente subsunción en los artículos 169 y siguientes<sup>22</sup> -con aplicación de la agravante de parentesco<sup>23</sup>- cuando se trate de conductas graves, puede proporcionar una respuesta satisfactoria al problema objeto de estas líneas. Y como acertadamente se ha señalado (Laurenzo 2006), la propia Ley Integral en su art. 47 hace referencia al mecanismo a través del cual puede coadyuvarse a operar ese necesario giro: la formación específica sobre violencia de género que deben asegurar en el ámbito de sus respectivas competencias el Gobierno, el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas a los aplicadores del Derecho. Da en la diana A. RUBIO (Rubio, 2004) cuando dice que “los problemas que presenta la ineficacia del derecho para hacer frente a la violencia contra las mujeres tienen su origen en causas estructurales y valorativas, no en cuestiones técnicas, aunque estas últimas deban también tomarse en consideración”.

.....  
<sup>20</sup> PRIETO, 2008

<sup>21</sup> Vid., asimismo, las sentencias a las que se refiere LAURENZO, 2006.

<sup>22</sup> Como acertadamente se hace en la STS de 12 de junio de 2000. Vid. respecto a la misma GIL RUIZ, 2004.

<sup>23</sup> Vid. sobre la nueva formulación de esta agravante tras su reforma en 2003 PRIETO, 2007

Cuestión técnica es, precisamente, otro aspecto de la regulación de las amenazas que me parece cuestionable. El contenido del apartado 4 del art. 171 tiene su origen en el art. 620, en el que en relación con las amenazas se castigan como falta desde la entrada en vigor del actual Código penal dos comportamientos: a) amenazar de modo leve con armas u otros instrumentos peligrosos, o sacarlos en riña, como no sea en justa defensa; b) realizar una amenaza de carácter leve. La LO 11/2003, al transformar en delito sólo las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos en relación con los sujetos pasivos del art. 173.2, estableció para ellos dos niveles de protección, de manera que la amenaza leve sin armas siguió castigándose como falta, si bien agravada. A partir de ahí la reforma operada por la Ley Integral ha consistido –además de en la introducción de la posibilidad de atenuar la pena en un grado (art. 171.6)- en establecer una tutela penal reforzada para la mujer (y la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor) que abarca desde ahora también las amenazas leves sin armas. Desde mi punto de vista, aunque esta modificación pretende incrementar la protección de la mujer víctima de la violencia del varón que es o fue su pareja, dispensándole la misma tutela –castigando siempre como delito- tanto en los casos en los que éste la amenaza valiéndose de armas u otros instrumentos peligrosos como en los que no utiliza tales medios, puede generar un perverso efecto criminógeno del que el legislador no ha sido consciente. Adviértase que la mujer (y también la persona especialmente vulnerable que conviva con el autor), a diferencia de los restantes sujetos pasivos del art. 173.2, carece de una previsión agravatoria específica en materia de amenazas leves con armas, es decir, cualquier amenaza leve, se produzca o no con armas u otros instrumentos peligrosos, se castiga con prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días. Podría incentivarse con ello el empleo de medios que refuerzan la intimidación ejercida, efecto no deseado que sólo podría paliarse graduando la dureza de la respuesta punitiva dentro del marco penal abstracto en función de que se haya hecho uso o no de tales medios.

#### **4. El castigo del quebrantamiento**

La Ley Integral ha prestado particular atención al quebrantamiento de las penas del art. 48 o de las medidas cautelares o de seguridad de la misma naturaleza en diversos preceptos. Por una parte, los artículos 153.3, 171.5 y 172.2 recogen como agravante de obligada apreciación dicho quebrantamiento, previendo a tal fin la imposición de las penas inicialmente aplicables (es decir, prisión de 6 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la



comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de 1 año y 1 día a 3 años, así como, cuando el juez lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta 5 años) en su mitad superior. Por otra parte, el artículo 468 del Código Penal español, modificado por la Ley Integral, castiga en su párrafo 1º a los que quebrantaren su condena, medida de seguridad, prisión, medida cautelar, conducción o custodia con la pena de prisión de 6 meses a 1 año si estuvieran privados de libertad, y con la pena de multa de 12 a 24 meses en los demás casos. Ahora bien, pese a que el reo no esté privado de libertad, no cabe la posibilidad de que sea sancionado con multa en los supuestos de violencia de género, toda vez que el párrafo 2º prevé la imposición obligatoria (“se impondrá en todo caso...”) de la pena de prisión de 6 meses a 1 año a los que quebrantaren una pena de las contempladas en el artículo 48 del Código Penal o una medida cautelar o de seguridad de la misma naturaleza impuestas en procesos criminales en los que el ofendido sea alguna de las personas a las que se refiere el art. 173.2.

La Ley Integral ha llegado, por lo tanto, más lejos que la LO 15/2003, que preveía la posibilidad de castigar con pena de prisión los supuestos de vulneración de alguna de las prohibiciones a las que se refiere el art. 57.2 (que implican el alejamiento del agresor).

El rigor punitivo que parece destilar esta batería de sanciones resulta, sin embargo, más aparente y simbólico que real. Por una parte, el principio *ne bis in idem* impide que el agresor sea sancionado conjuntamente por delito de quebrantamiento de condena y por el subtipo agravado correspondiente. Así, si un sujeto que está cumpliendo pena de prisión aprovecha un permiso carcelario para agredir a su ex pareja, amenazarla o coaccionarla de modo leve, se produce un concurso de leyes entre el correspondiente subtipo agravado de malos tratos, amenazas o coacciones y el delito de quebrantamiento del art. 468, que en virtud del principio de alternatividad debe resolverse a favor del subtipo agravado porque castiga más gravemente, dando lugar a la imposición de una pena de prisión de 9 meses a 1 año. Dicha pena coincide con la que, de no existir la agravación aludida, se impondría por cometer un delito de quebrantamiento con la finalidad de agredir a la ex pareja (concurso medial o ideal impropio de delitos).

Por otra parte, si un sujeto condenado por violencia de género se limita a quebrantar la pena de prohibición de aproximación o comunicación, sin agredir ni coaccionar ni amenazar, se le castigará con la pena correspon-

diente al delito de quebrantamiento de condena, es decir, con una pena de prisión de 6 meses a 1 año, de forma que el máximo de pena imponible es el mismo que si no se produce una agresión, amenaza o coacción. El mensaje –criminológico– que recibe por tanto el potencial agresor es: una vez quebrantada la pena del art. 48, conviene agredir, amenazar o coaccionar. Máxime si se tiene en cuenta que, como se ha indicado ya, la Ley Integral ha introducido en el referido subtipo agravado, al igual que en otros preceptos relativos a la violencia de género en los que la pena imponible es –por cierto– idéntica, la rebaja en un grado de la pena prevista “en atención a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en la realización del hecho”, posibilidad que, por el contrario, no cabe en el delito de quebrantamiento de condena.

Sentado lo anterior, creo que si lo que se pretende es dar una respuesta penal más contundente al quebrantamiento de penas accesorias y medidas, deberían suprimirse las agravaciones específicas relativas al quebrantamiento de condena en los delitos de violencia de género y establecer un subtipo agravado más severo que el actual en el delito de quebrantamiento aplicable a esta clase de delitos. Ahora bien, la cuestión es si ese incremento en el rigor punitivo al que acabo de aludir resulta o no adecuado o deseable.

El argumento decisivo a favor del endurecimiento de la sanción es la necesidad de potenciar su efecto disuasorio respecto de potenciales agresiones. Sin embargo, en lo que respecta a la eficacia preventiva, la realidad, desgraciadamente, avala la tesis de que la pena aplicable al quebrantamiento de una pena o medida de alejamiento no va a disuadir a quien está dispuesto a asumir un castigo mayor por matar o agredir gravemente a su pareja o ex pareja. La relevancia del castigo se reduce, por tanto, de entrada, al ámbito de agresiones, amenazas y coacciones de escasa entidad.

Especial atención merecen las voces que, precisamente desde una perspectiva de género, esgrimen sólidos argumentos en contra de la uniformidad con la que la Ley trata todos los casos de quebrantamiento con independencia de su gravedad, así como de la no consideración de la voluntad de la mujer<sup>24</sup>. En relación con este último aspecto no puede preterirse el problema que plantean los quebrantamientos consentidos o inducidos por la mujer víctima de violencia de género (del que ya advierte Larrauri, 2005). La estricta aplicación del Derecho Penal en este tipo de quebranta-

.....  
<sup>24</sup> LARRAURI, 2005; MAQUEDA 2006, b.



mientos, frecuentes en la práctica, traería consigo la incriminación como cooperadora necesaria (cómplice principal) o inductora de la mujer que accede o insta (logrando su propósito) a su pareja o ex pareja, sobre la que pesa una pena o medida cautelar de alejamiento, a un reencuentro ocasional o incluso a la reanudación la convivencia. Afortunadamente, la Fiscalía española ha adoptado la decisión de no procesar en ningún caso a la mujer (Fiscalía de la Audiencia Provincial de Málaga. Sección de violencia sobre la mujer, 2006), pero lo cierto es que la decisión de signo contrario se ajustaría a lo prescrito en la Ley.

## **BIBLIOGRAFÍA**

-BOLEA BARDÓN, C 2007.: En los límites del Derecho Penal frente a la violencia doméstica y de género, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 09-02

-CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL 2004 : Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer (21 de junio)

-FISCALÍA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA. SECCIÓN DE VIOLENCIA SOBRE LA MUJER 2006: Memoria de la actividad de la Sección de Violencia sobre la Mujer del año 2006.

-GIL RUIZ, J. M. 2004: Análisis teórico, legislativo y jurisprudencial de la violencia de género en el nuevo marco penal, en RUBIO, Ana (coordinadora): Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.

-GIMBERNAT ORDEIG, E 2004: Prólogo a la 10ª edición del Código Penal, Tecnos, Madrid

-LARRAURI PIJOAN, E. 2004: ¿Es posible el tratamiento de los agresores de violencia doméstica?, en Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo, Madrid

-2005: ¿Se debe proteger a la mujer contra su voluntad?, en Cuadernos penales José María Lidón, nº 2, Bilbao

-LAURENZO COPELLO, P. 2003: Los nuevos delitos de violencia doméstica: otra reforma precipitada, en Artículo 14, nº 14 (diciembre de 2003)



-2005: La violencia de género en la Ley Integral. Valoración político-criminal, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 07-08 (2005)

-2006: Modificaciones de Derecho Penal sustantivo derivadas de la Ley Integral contra la violencia de género, en La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2006, págs. 335-367

-MAQUEDA ABREU, M. L 2006 a: La violencia de género. Entre el concepto jurídico y la realidad social, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología nº 8-02.

-2006 b: La violencia contra las mujeres: una revisión crítica de la reforma penal de 2004, en Revista Penal, nº 18

-PRIETO DEL PINO, A M 2005: Comentario a la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de junio de 2004: La correcta inclusión de las relaciones de noviazgo sin convivencia en el ámbito típico de los delitos de violencia doméstica

-2007: Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 (STS 216/2007) , en Artículo 14 nº 24

-2008: La incidencia de la Ley Integral en el Derecho Penal sustantivo español, en Aponte Sánchez/Femenías (compiladoras): Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres, Edulp, Argentina.

-RUBIO, A.2004: Inaplicabilidad e ineficacia del derecho en la Violencia contra las Mujeres: un conflicto de valores, en RUBIO, Ana (coordinadora): Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para operadores Jurídicos, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla.





## **SOBRE EL ANDROCENTRISMO FISCAL O SOBRE LA AUSENCIA DE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS POLÍTICAS TRIBUTARIAS ESPAÑOLAS ACTUALES**

*Mercedes Ruiz Garijo*  
*Profesora Contratada Doctora de*  
*Derecho Tributario de la Universidad Rey Juan Carlos*

### **RESUMEN**

Esta ponencia es una reflexión sobre el androcentrismo fiscal. En este sentido, reflexionamos sobre la preeminencia del hombre en el estudio, enseñanza y aplicación de los impuestos y en las políticas tributarias españolas. Éstas se han construido mayoritariamente por hombres y, en consecuencia, permanecen indiferentes a los avances socioeconómicos de la mujer. Deducciones fiscales y figuras impositivas han sido construidas desde el planteamiento de que el hombre es el centro de la vida económica y fiscal de nuestro país. Un ejemplo de este androcentrismo fiscal es el régimen de tributación conjunta en el IRPF que, tal y como está configurado en la actualidad, desincentiva la incorporación de la mujer al mercado laboral.

### **I. EL ANDROCENTRISMO FISCAL. CONCEPTO Y ORÍGENES**

El hombre como medida de todas las cosas: “la humanidad es masculina y el hombre define a la mujer, no en sí, sino en relación con él. La mujer se determina y se diferencia con respecto al hombre, y no a la inversa; ella es lo inesencial frente a lo esencial. Él es el Sujeto, es el Absoluto; ella es la Alteridad” (Simone de Beauvoir)<sup>1</sup>.

En este párrafo, como en otros muchos de la obra de Simone de Beauvoir que se acaba de citar, encontramos una definición del concepto del que partimos en esta ponencia: el androcentrismo, como pieza fundamental para la existencia y perdurabilidad del sistema patriarcal que sitúa a la mujer (como colectivo) en el plano de la Alteridad (no reciprocidad)<sup>2</sup>. El andro-

<sup>1</sup> *El segundo sexo*. Volumen I. *Los hechos y los mitos*. Ediciones Cátedra, 1998, página 50.

<sup>2</sup> Como indica Celia Amorós, para Simone de Beauvoir la categoría de “el otro” procedente de la Fenomenología del Espíritu de Hegel, es esencial: “Beauvoir lo plantea esquemáticamente como sigue: cualquier grupo humano es, para cualquier otro que lo mira desde la posición de sujeto, “el otro”. Esta situación es reversible si el que era mirado desde la posición de objeto adopta la posición de sujeto: entonces el que antes miraba se convertirá en “el Otro” mirado. La peculiaridad irreductible de la situación de las mujeres es que, en su caso, esta reciprocidad giratoria no se cumple: ellas, históricamente, jamás han asumido una posición de sujeto

centrismo alza al hombre como el actor principal de forma que las mujeres son objetos más que sujetos. El androcentrismo invisibiliza a la mujer y minusvalora su papel en la sociedad.

La sociedad actual aún piensa y vive de forma androcéntrica. Se habla, así, de un androcentrismo histórico, social, filosófico, religioso y por lo que a nosotros respecta, de un androcentrismo legislativo, ejecutivo y judicial. Los tres poderes de nuestro Estado de Derecho no son ajenos, tampoco, a él.

En especial, el Fisco, entendido desde un punto de vista funcional como la actividad financiera del Estado, como la necesidad de obtener tributos para financiar el gasto público, tampoco es ajeno al androcentrismo. Éste afecta tanto a su regulación jurídica (al legisladora fiscal) como a su aplicación y a su enseñanza.

Y es aquí donde surge la teoría de lo que hemos denominado “androcentrismo fiscal”.

En nuestra opinión, el androcentrismo fiscal no es sino consecuencia del androcentrismo económico que, según la teoría de Simone de Beauvoir, marcó un punto de inflexión de forma que es el que explica la Alteridad de la mujer. En efecto, el advenimiento de la propiedad privada (que, junto a la familia, se convierte en base incuestionable de la sociedad) y la voluntad masculina de expansión y de dominio transformaron la incapacidad femenina en una maldición<sup>3</sup>. De este modo, como afirmó Simone de Beauvoir “económicamente, hombres y mujeres constituyen casi dos castas; en igualdad de condiciones, los primeros tienen situaciones más ventajosas, salarios más elevados, más oportunidades de triunfar que sus competidoras recientes; los hombres ocupan en la industria, la política, etc., mayor número de puestos y siempre son los más importantes. Además de los poderes concretos con los que cuentan, llevan un halo de prestigio cuya tradición se mantiene en toda la educación del niño: el presente envuelve

---

desde el cual los varones serían “los Otros”. (...) Podemos ver que las tres claves que definen aquí la condición femenina como condición genérica son: alteridad, inmanencia e inesencialidad, *versus* mismidad, transcendencia y esencialidad, características que se reservarían para sí los varones, constituyéndose por ello mismo en lo genéricamente humano”. *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para las luchas de las mujeres*. Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, 3ª edición, 2007, páginas 347 y 348.

<sup>3</sup>“El día en que la agricultura deja de ser una operación principalmente mágica y se convierte en un trabajo fundamentalmente creador, el hombre se descubre como fuerza generadora, reivindica sus hijos al mismo tiempo que sus cosechas”. *El segundo sexo*. Volumen I. *Los hechos y los mitos*, op. Cit., página 143.



al pasado, y en el pasado, toda la historia ha sido realizada por hombres"<sup>4</sup>. Continúa afirmando que "la opresión social que sufre es la consecuencia de su opresión económica. La igualdad sólo se podrá restablecer cuando los dos sexos tengan derechos jurídicamente iguales; pero esta liberación exige la entrada de todo el sexo femenino en la industria pública"<sup>5</sup>.

En la industria pública de nuestros días la mujer (siempre como colectivo) sigue estando relegada a un segundo plano, al de la Alteridad. Tanto el poder político como el poder económico permanecen en manos de los hombres<sup>6</sup>. Sirvan de ejemplo los datos que reproducimos a continuación en los que se refleja la participación de la mujer en el Poder Legislativo (Congreso de los Diputados y Senado), su participación en los Consejos de Administración de las empresas del Ibex-35<sup>7</sup> y la ocupación por sexos y por sectores económicos en el año 2008. **Ver cuadro en páginas 100 y 101.**

Bien es cierto que en los últimos años la mujer está siendo arrancada de la familia y, como tal, ha comenzado el inicio del camino hacia su liberación. Esta emancipación se ha iniciado, como bien advertía Simone de Beauvoir, en el seno de una sociedad en la que subsiste la comunidad conyugal<sup>8</sup>. En este sentido, conviene plantearse en qué medida no nos encontramos con una cierta "pseudoemancipación".

Sea como fuere, lo que si adquiere cierto grado de certeza es que en los últimos años la mujer como colectivo está protagonizando un avance progresivo importantísimo desde el punto de vista económico y social. Pese ello, este avance no se está produciendo de forma paralela en lo que se

.....  
<sup>4</sup> Ibidem, página 55.

<sup>5</sup> Ibidem, página 117.

<sup>6</sup> Como recuerda Amelia Valcárcel, "es obvio que en todas partes del globo el colectivo completo de las mujeres permanece bajo el poder simbólico y real del colectivo completo de los varones. Para no parecer premiosa, recordaré simplemente que las mujeres detentan menos de un uno por ciento de los puestos de decisión política, y que prácticamente no cuentan ni siquiera como mano de obra en ningún cómputo del PIB y ello a pesar de que desarrollan la mayor parte del trabajo, forman la mayor parte de la infraestructura administrativa de un tipo peculiar de puestos políticos (alta responsabilidad, baja capacidad de decisión) y, en este momento, al menos en algunos países, tienen por lo general en los estratos de edad medios e inferiores, una educación igual o superior a la de los varones". *La política de las mujeres*, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, 3ª edición, 2004, página 76.

<sup>7</sup> Fuente: Instituto de la Mujer. [http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder\\_economico.htm](http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder_economico.htm).

<sup>8</sup> "Unida al hogar de su padre, de su marido, se contenta en general con aportar una ayuda familiar; trabaja fuera de la familia, pero para ella; y ya que la obrera no tiene que cubrir la totalidad de sus necesidades, se ve abocada a aceptar una remuneración muy inferior a la que exige un hombre". *El segundo sexo*. Volumen I. *Los hechos y los mitos*, op. Cit., página 195.

**MUJERES EN EL CONGRESO, POR GRUPO PARLAMENTARIO**

Legislatura	1982-1986	1986-1989	1989-1993	1993-1996	1996-2000	2000-2004	2004-2008	2008-2012
-------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

**Al constituirse la Cámara**

Diputadas/os por Grupos parlamentarios	TOTAL	350	350	350	350	350	350	350	
	Socialista	202	184	175	159	141	125	162	169
	Popular (1)	105	84	106	141	154	183	148	154
	IU-ICV (2)			18	18	21	8	5	
	Catalán-CiU (3)	12	18	18	17	16	15	10	10
	Vasco-PNV	8	6	5	5	5	7	7	6
	Coalición Canaria				5	6	4	5	
	ERC							8	
	Mixto	11	34	10	5	5	8	5	4
	CDS(4)	12	19	14					
	ERC-IU-ICV-BNG(**)								7
	Otros (5)		5	4		2			
	TOTAL	4,57	6,29	12,86	15,71	22,00	28,29	36,00	36,29
Socialista	6,93	7,07	17,14	17,61	27,66	36,80	46,30	43,20	
Popular (1)	0,95	5,95	10,38	14,89	14,29	25,14	28,38	29,87	
IU-ICV (2)			11,11	22,22	33,33	25,00	40,00		
Catalán-CiU (3)	0	5,56	5,56	5,88	25,00	13,33	10,00	40,00	
Vasco-PNV	12,50	0	0	0,00	20,00	28,57	14,29	0,00	
Coalición Canaria				0,00	0,00	25,00	20,00		
ERC							12,50		
Mixto	0		0	20,00	40,00	0	60,00	75,00	
CDS(4)	0	0	0						
ERC-IU-ICV-BNG(**)								14,29	
Otros (5)		20,00	25,00		100,00				

**Durante toda la legislatura**

TOTAL DIPUTADOS/AS (*)	392	394	389	407	409	416	399	
% Mujeres	5,87	8,38	13,88	15,97	23,96	31,73	36,59	

**MUJERES EN EL SENADO, POR GRUPO PARLAMENTARIO**

Legislatura	1982-1986	1986-1989	1989-1993	1993-1996	1996-2000	2000-2004	2004-2008	2008-2012
-------------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------	-----------

**Al constituirse la Cámara**

Diputadas/os por Grupos parlamentarios	TOTAL	253	252	251	256	256	259	259	255
	Socialista	157	149	128	117	133	69	96	100
	Popular	68	64	90	106	96	149	126	120
	CiU		9	11	14	11	12	6	7
	Vasco-PNV		11	6	6	6	8	7	4
	Coalición Canaria				6		6	4	
	PSC-ERC-ICV-EUA (ECP)						11	16	16



	Mixto		19	9	7	10	4	4	8
	CDS			7					
	Otros (2)	28							
<b>% Mujeres</b>	<b>TOTAL</b>	<b>4,35</b>	<b>5,56</b>	<b>10,76</b>	<b>12,50</b>	<b>14,06</b>	<b>24,32</b>	<b>25,10</b>	<b>28,24</b>
	Socialista	6,37	8,05	14,06	17,95	10,53	17,39	27,08	29,00
	Popular	1,47	3,13	7,78	9,43	22,92	30,87	24,60	29,17
	CIU		0	9,09	0	0	0	16,67	28,57
	Vasco-PNV		0	0	0	0	25,00	28,57	25,00
	Coalición Canaria				0		16,67	0,00	
	PSC-ERC-ICV- EUA (ECP)						18,18	25,00	31,25
	Mixto		0	11,11	14,29	0	0	25,00	0,00
	CDS			0					
	Otros (2)	0							

**Durante toda la legislatura**

<b>TOTAL SENADORAS/ES (*)</b>	<b>266</b>	<b>287</b>	<b>294</b>	<b>299</b>	<b>308</b>	<b>324</b>	<b>316</b>	
<b>% Mujeres</b>	<b>4,51</b>	<b>4,88</b>	<b>11,56</b>	<b>12,37</b>	<b>13,96</b>	<b>23,15</b>	<b>24,05</b>	

**MUJERES EN LA PRESIDENCIA Y EN LOS CONSEJOS DE ADMINISTRACIÓN DE LAS EMPRESAS DEL IBEX-35<sup>^</sup>**

		<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>	<b>2007</b>
<b>Ambos Sexos</b>	<b>Total Consejo</b>	<b>503</b>	<b>478</b>	<b>463</b>	<b>497</b>
	Presidentes/as	37	37	35	35
	Vicepresidente/a	39	40	41	53
	Consejeros/as	417	388	379	413
	Consejeros/as secretarios/as	10	13	8	5
<b>% Mujeres</b>	<b>Total Consejo</b>	<b>2,58</b>	<b>2,09</b>	<b>3,46</b>	<b>6,43</b>
	Presidentas	5,41	0	2,86	2,86
	Vicepresidentas	2,56	2,50	2,44	3,77
	Consejeras	2,88	2,32	3,69	7,51
	Consejeras secretarias	0	0	0	0

.....  
<sup>^</sup> Instituto de la Mujer. [http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder\\_economico.htm](http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder_economico.htm)

OCUPACIÓN POR SECTOR ECONÓMICO, SEXO Y SITUACIÓN PROFESIONAL UNIDADES: MILES DE PERSONAS <sup>B</sup>				
	2008TIV	2008TIII	2008TII	2008TI
<b>Varones</b>				
<b>Total</b>	11.340,6	11.758,9	11.859,4	11.923,9
<b>Trabajador por cuenta propia: total</b>	2.383,4	2.438,1	2.445,2	2.465,0
<b>Empleador</b>	857,4	880,4	875,1	857,7
<b>Empresario sin asalariados o trabajador independiente</b>	1.412,4	1.419,5	1.440,1	1.464,9
<b>Miembro de cooperativa</b>	38,7	42,0	43,0	48,3
<b>Ayuda familiar</b>	74,9	96,1	87,0	94,1
<b>Asalariados: total</b>	8.948,9	9.310,3	9.407,1	9.451,5
<b>Asalariados del sector público</b>	1.423,9	1.388,7	1.367,0	1.328,1
<b>Asalariados del sector privado</b>	7.525,0	7.921,5	8.040,0	8.123,5
<b>Otra situación profesional</b>	8,3	10,6	7,2	7,4
<b>Mujeres</b>				
<b>Total</b>	8.516,2	8.587,4	8.565,8	8.478,4
<b>Trabajador por cuenta propia: total</b>	1.151,6	1.146,8	1.116,8	1.109,7
<b>Empleador</b>	307,9	301,0	300,3	281,8
<b>Empresario sin asalariados o trabajador independiente</b>	<b>697,8</b>	<b>699,4</b>	<b>684,4</b>	<b>681,9</b>
<b>Miembro de cooperativa</b>	23,7	22,2	20,9	23,2
<b>Ayuda familiar</b>	122,1	124,1	111,2	122,8
<b>Asalariados: total</b>	7.359,3	7.435,9	7.446,0	7.365,9
<b>Asalariados del sector público</b>	1.605,5	1.601,3	1.574,8	1.545,2
<b>Asalariados del sector privado</b>	5.753,8	5.834,6	5.871,2	5.820,8
<b>Otra situación profesional</b>	5,2	4,8	3,0	2,8

refiere a las políticas fiscales en las que observamos cómo prevalece el androcentrismo en el sentido de que se sitúa al hombre en el centro de la vida económica del país y se sigue concibiendo a la mujer como miembro-objeto de la comunidad conyugal incurriendo así en un dicotomismo sexual importante.

El ejemplo de lo que hemos denominado androcentrismo fiscal se encuentra, especialmente, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas que, al día de hoy, constituye el impuesto más importante del sistema tributario español. En él, como es sabido, a la hora de fijar la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, se tienen en cuenta determinadas circunstancias personales y familiares como, por ejemplo, la pertenencia a una unidad familiar o el hecho de haber tenido descendencia (o haber

<sup>B</sup> Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística. <http://www.ine.es/jaxiBD/tabla.do>



adoptado) en el periodo impositivo de referencia. Lo realmente llamativo es que estas circunstancias, como veremos, se siguen configurando en la mentalidad de la Alteridad de la mujer como grupo separado sin que en los últimos años el legislador fiscal se haya mostrado sensible a los avances sociales y económicos protagonizados por la mujer. Actualmente el sistema fiscal español, desde la perspectiva de género, es el mismo que hace veinte años.

## II. MANIFESTACIONES DEL ANDROCENTRISMO FISCAL

### A. EN EL ÁMBITO PÚBLICO

En el ámbito público, el androcentrismo fiscal se muestra especialmente como una consecuencia del androcentrismo político y económico. Ambos espacios siguen perteneciendo al hombre, como colectivo, y la mujer permanece en otro plano, aquél en el que sus decisiones aún tienen menor valor que las del colectivo masculino. De esta forma, el androcentrismo fiscal se observa en los siguientes ámbitos:

**a) El ámbito de la toma de decisiones.** La participación de la mujer en cargos de los Ministerios de Economía y Hacienda y en el Banco de España sigue siendo minoritaria. En algunos casos inexistente.

Desde la perspectiva del androcentrismo fiscal este dato tiene enorme trascendencia ya que los dos organismos citados constituyen los dos importantes "centros" de tomas de decisiones en política económica y fiscal.

PARTICIPACIÓN EN CARGOS DE LOS MINISTERIOS DE ECONOMÍA Y HACIENDA <sup>c</sup>		2004	2006	2007	2008
Ambos sexos	<b>TOTAL</b>	<b>42</b>	<b>34</b>	<b>33</b>	<b>39</b>
	Ministras/os	2	1	1	1
	Secretarías de Estado	5	2	2	2
	Subsecretarías (**)	7	2	4	5
	Secretarías Generales (***)	4	3	3	4
	Direcciones Generales	24	26	26	27
% Mujeres	<b>TOTAL</b>	<b>23,81</b>	<b>20,59</b>	<b>30,30</b>	<b>30,77</b>
	Ministras	0	0	0	0
	Secretarías de Estado	0	0	0	0
	Subsecretarías (**)	57,14	50,00	75,0	40,00
	Secretarías Generales (***)	0	0	33,3	25,00
	Direcciones Generales	25,00	23,08	26,92	33,33

<sup>c</sup> Instituto de la Mujer. [http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder\\_economico.htm](http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder_economico.htm)

PARTICIPACIÓN EN ALTOS CARGOS DEL BANCO DE ESPAÑA <sup>D</sup>		2004	2006	2007	2008
Ambos sexos	Gobernador/a	1	1	1	1
	Subgobernador/a	1	1	1	1
	Consejeros/as	7	6	8	8
% Mujeres	Gobernadora	0,00	0,00	0,00	0,00
	Subgobernadora	0,00	0,00	0,00	0,00
	Consejeras	14,29	0,00	25,00	25,00

**b) El ámbito de la enseñanza.** También en este ámbito se observa cierto androcentrismo fiscal. Los datos son los siguientes: en la actualidad, el 29,88% de los profesores de la disciplina del Derecho Financiero y Tributario son mujeres y el 70,12% son hombres (115 frente a 49).

Igualmente, el 82,76 % de las cátedras las monopolizan los hombres (48 frente a 10 mujeres). El 63,20 % de las Titularidades de Universidad corresponden a hombres. El 36,80% a mujeres (67 frente a 39)<sup>9</sup>.

Todos estos datos, desde la perspectiva del androcentrismo fiscal se traduce en que:

1. Las decisiones sobre provisión de plazas en las Universidades españolas corresponden a tribunales en los que la presencia femenina es muy reducida.
2. La formación de los futuros juristas (abogados, magistrados, Poder Legislativo, etc.) y, en particular, de los aplicadores de las normas fiscales (asesores fiscales, Inspectores de Hacienda, etc.) también es androcéntrica lo cual nos sitúa en una espiral de difícil solución.
3. Tanto en el ámbito de la toma de decisiones como en el ámbito de la enseñanza se produce lo que se ha denominado como el fenómeno del "techo de cristal"<sup>10</sup>.

<sup>D</sup> Instituto de la Mujer. [http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder\\_economico.htm](http://www.migualdad.es/mujer/mujeres/cifras/poder/poder_economico.htm)

<sup>9</sup> Cálculos realizados a partir de las listas de profesorado publicadas por el Consejo de Coordinación Universitaria referidas al año 2006.

<sup>10</sup> Amelia Valcárcel explica que "con la expresión "techo de cristal" se designa todo el conjunto de prácticas y maniobras que dan como resultado que las mujeres sean desestimadas por los sistemas de cooptación. Y existe un sistema de cooptación cuando, añadido a los elementos expertos, concurre un criterio no experto de adecuación superior a éstos. Los dos grandes subsistemas de los que se alimenta toda la trama organizacional del poder son la libre concurrencia y la cooptación. En la práctica algunos casos de libre concurrencia son cooptaciones:





**B. EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTARIAS. EN ESPECIAL, EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS COMO PARADIGMA DEL ANDROCENTRISMO FISCAL:**

**1.El régimen de tributación conjunta**

Como hemos afirmado anteriormente, en el IRPF, como impuesto más importante del sistema fiscal español es donde se observa de forma más acusada lo que hemos denominado como androcentrismo fiscal en tanto que el tratamiento dispensado a la mujer se realiza obviando sus avances sociales y económicos de los últimos años. En particular, el régimen de tributación conjunta contribuye a mantener el androcentrismo fiscal (y a perpetuar a la mujer en la situación de Alteridad) de la siguiente forma:

**A) El régimen de tributación conjunta se basa en una percepción estática de la familia**

El régimen de tributación conjunta es un régimen fiscal que cuenta ya con algunos años de existencia y que no se ha adecuado a las realidades sociales actuales ni al avance de la mujer como colectivo<sup>11</sup>.

Los nuevos modelos de familia surgidos con la emancipación de la mujer no encuentran su lugar en este régimen de tributación que queda reservado a los siguientes modelos de unidad familiar (artículo 82 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas).

---

es el caso de cuerpos muy restringidos que mantengan gran influencia (...). A esta situación producida, el feminismo de los 80 –que ha enfrentado directamente el tema del poder- se ha referido con la gráfica expresión “techo de cristal”, denunciando los efectos y pretendiendo investigar las causas. Los efectos son patentes: es como si realmente existiera una barrera invisible sobre las cabezas femeninas en una pirámide jerárquica, barrera que no puede traspasarse mediante esfuerzos individuales. Los tramos bajos están feminizados y los superiores son masculinos, así sea en el sistema de enseñanza, de administración, de justicia, bancario, colegios profesionales, etc.". *La política de las mujeres*, op. Cit., página 98 y 99.

<sup>11</sup> Bien es cierto que este régimen comenzó siendo obligatorio y que posteriormente ha ido sufriendo una evolución conforme el Tribunal Constitucional se encargaba de resolver los recursos interpuestos por matrimonios con dos perceptores de ingresos. En la STC 45/1989 se advirtió que la acumulación de rentas obligatoria era incompatible con los mandatos constitucionales de protección de la familia e igualdad jurídica de los cónyuges en el matrimonio

a) Cónyuges no separados legalmente junto a los hijos menores, con excepción de los que, con el consentimiento de los padres, vivan independientes de éstos; y junto a los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente sujetos a patria potestad prorrogada o rehabilitada.

b) Para los supuestos de separación legal o cuando no exista vínculo matrimonial, se considera unidad familiar la formada por el padre o la madre y todos los hijos que convivan con uno u otro y que reúnan las características anteriores.

Como puede observarse, quedan fuera de la posibilidad de tributar de forma conjunta las parejas de hecho y otras familias monoparentales. En este sentido, se podría afirmar que el Derecho Tributario se caracteriza por una cierta falta de dinamismo en relación con el tratamiento fiscal de los nuevos modelos de familia<sup>12</sup>.

## **B) El régimen de tributación conjunta incentiva la permanencia de la mujer en el hogar**

El régimen de tributación conjunta, desde sus orígenes, se ha configurado como un sistema de menor contribución en aquellos casos en los que un solo cónyuge sea el perceptor de las rentas de la unidad familiar (en un alto porcentaje dicho perceptor ha sido y parece seguir siendo el esposo).

Como recuerda CARBAJO VASCO “nuestra “tributación conjunta”, no lo olvidemos, fue creada (...) para proteger a un modelo de familia centrado en un marido generador de la mayor parte de las rentas y una mujer, cuyos ingresos o tenían un carácter marginal para el presupuesto familiar o directamente entraban en el mercado de trabajo sumergido y, en consecuencia, no se declaraban en el gravamen”<sup>13</sup>.

De esta forma, la medida de la contribución de la unidad familiar es menor en el caso de que la mujer casada desempeñe trabajos domésticos dentro del hogar. En este caso, el legislador ignora la distribución de la renta dentro del hogar familiar y la valoración del trabajo doméstico<sup>14</sup>. El contribu-

.....  
<sup>12</sup> En relación con esta cuestión, vid. a CARBAJO VASCO, D. para quien “nuestro IRPF o bien se adapta a la realidad social o bien potencia los fenómenos más modernos de vida familiar, coadyuvando el dinamismo sociológico y la modernización de España”. “La tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la igualdad de género. Algunas reflexiones”, en la obra colectiva *Política fiscal y género*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Como afirma FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A., GRANELL PÉREZ, R. y HIGÓN TAMARIT, F. “como



yente cuya esposa no obtiene ingresos fuera del hogar puede optar por la declaración conjunta y además tendrá derecho a la aplicación del mínimo personal de su esposa en lo que se ha denominado por PAZOS MORÁN como “la desgravación por esposa dependiente”<sup>15</sup>.

El trabajo de la mujer fuera del hogar y la obtención de ingresos son menos beneficiosos desde el punto de vista fiscal ya que se produce una acumulación de rentas y la aplicación de unos tipos progresivos que pueden llegar a ser hasta del 43 por ciento<sup>16</sup>. En este caso la opción más beneficiosa es la tributación individual.

Por si fuera poco, tal y como pone de relieve PAZOS MORÁN existe en el IRPF una desgravación de enorme importancia en términos cuantitativos y que cumple un papel central en la imposición sobre las rentas del trabajo. Se trata de la **reducción de la base imponible por rendimientos del trabajo**. Esta reducción es decreciente con los citados rendimientos. En efecto, “si cada contribuyente pudiera aplicarse esa reducción a los rendimientos de su propio trabajo independientemente de los rendimientos de su cónyuge, esta desgravación constituiría un mecanismo que mitigaría, en parte, el efecto desincentivador del trabajo de las mujeres casadas que produce la tributación conjunta. Sin embargo, en caso de tributación conjunta, el importe de la reducción se determinará en función de la cuantía conjunta de los rendimientos netos del trabajo de todos los miembros de la unidad familiar... sin que proceda multiplicar el importe de la reducción resultante en función del número de miembros de la unidad familiar perceptores de rendimientos del trabajo’ (Agencia Tributaria, 2003). Es decir, una mujer casada con un hombre que gana más de 8.500 euros, y que se incorpore al mercado de trabajo, no podrá desgravar ya absolutamente nada por su propio salario. Al contrario, su salario originará una penaliza-

---

no son producidas e intercambiadas en el mercado, no se monetizan y, por tanto, no son gravadas por el IRPF”. “La deducción para madres trabajadoras: un análisis mediante microsimulación”, *Boletín económico de ICE*, número 2874, 2006.

<sup>15</sup> PAZOS MORÁN, M.: “Género e Impuesto sobre la Renta (IRPF) en España. Propuestas para la Reforma”, en la obra colectiva *Política fiscal y género*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

<sup>16</sup> El propio legislador ha reconocido la necesidad de revisar el actual modelo de tributación conjunta. En este sentido, en la Exposición de motivos de la Ley 35/2006 se reconoce que: “La política de no discriminación por razón de género y razones de simplificación de la gestión del impuesto podrían justificar su revisión. No obstante, se mantiene su tratamiento actual en el impuesto para evitar numerosos perjudicados en los matrimonios en los que alguno de sus miembros no puede acceder al mercado laboral, y por tanto obtiene rendimientos sólo uno de los cónyuges, como podrían ser los casos de determinados pensionistas con rentas de cuantía reducida, o de determinadas familias numerosas.”

ción, pues disminuirá la desgravación ‘familiar’ por rendimientos del trabajo en lugar de aumentarla”<sup>17</sup>.

Se podría afirmar que la ineficiencia y la falta de equidad en el régimen de tributación conjunta se produce con independencia del sexo del cónyuge que desempeña las tareas domésticas. Ello es cierto. Sin embargo, la agravante de este tratamiento fiscal lo constituye el hecho de que la no percepción de ingresos y la no realización de trabajos fuera del hogar al día de hoy siguen afectando al colectivo de las mujeres en mayor proporción que al de los hombres<sup>18</sup>.

## 2. Las deducciones por maternidad y por nacimiento y adopción de hijos

Hemos visto cómo el androcentrismo se caracteriza por situar a la mujer en un plano de Alteridad, inmanencia e inesencialidad. Desde el punto de vista económico, el androcentrismo también se comporta de la misma forma de suerte que los hombres, como colectivo, son los que tienen situaciones más ventajosas, salarios más elevados, más oportunidades de triunfar que sus competidoras recientes. En definitiva, que los hombres ocupan en la industria y la política mayor número de puestos y siempre son los más importantes. La mujer, como colectivo, queda desplazada al ámbito del hogar y de los hijos.

El legislador fiscal da una muestra más de este androcentrismo, y en consecuencia, del dicotomismo sexual que se deriva de aquél, con el establecimiento de una serie de deducciones en las que se refleja con intensidad, la situación de Alteridad de la mujer, la ausencia de reciprocidad y de igualdad de género. Nos atrevemos a afirmar, incluso, que el legislador mantiene presentes las diferencias de género en tanto que sigue pensan-

<sup>17</sup> PAZOS MORÁN, M.: “Género e Impuesto sobre la Renta (IRPF) en España. Propuestas para la Reforma”, op. cit.

<sup>18</sup> El número de ocupados y la tasa de paro por sexo, según la Encuesta de Población Activa del Instituto Nacional de Estadística es el siguiente (unidades por miles de personas):

Ocupación por sexos, en valores absolutos						
	Varones			Mujeres		
	Valor absoluto			Valor absoluto		
	2007	2006	2005	2007	2006	2005
<b>Total</b>	11.987,2	11.742,6	11.388,8	8.368,8	8.005,1	7.584,4

Tasas de paro por sexos						
	Varones			Mujeres		
	2007	2006	2005	2007	2006	2005
	<b>Total</b>	6,37	6,31	7,04	10,85	11,55

do de forma estereotipada en la mujer como colectivo cuidador e incluso “responsable” de la natalidad del país. Como veremos inmediatamente, se establece una suerte de “premio” para las mujeres madres y adoptantes.

Nos referimos, de esta forma, a dos deducciones establecidas por el legislador estatal<sup>19</sup>.

*A. La deducción por maternidad.* Está prevista para aquellas mujeres con hijos menores de tres años que realicen una actividad por cuenta propia o ajena por la cual estén dadas de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad (en los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, la deducción se podrá practicar, con independencia de la edad del menor, durante los tres años siguientes a la fecha de la inscripción en el Registro Civil). En estos casos, las madres podrán minorar la cuota diferencial de este Impuesto hasta en 1.200 euros anuales (artículo 81 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF).

Esta deducción, en nuestra opinión, es también una manifestación del androcentrismo fiscal del legislador. Y ello porque:

- Si se entiende que su justificación es compensar económicamente por el hecho de la maternidad, no entendemos sin embargo por qué su aplicación no está prevista también para los padres (solamente en el caso de fallecimiento de la madre, o cuando la guarda y custodia se atribuya de forma exclusiva al padre o, en su caso, a un tutor, éste tendrá derecho a la práctica de la deducción pendiente).
- Si, por el contrario, se entiende que su justificación es favorecer la incorporación de la mujer al mercado (ya sea laboral o por cuenta ajena) también debería extenderse a las mujeres con hijos mayores de tres años.

Sea como fuere, la principal cuestión está en analizar qué eficacia tiene en la práctica esta deducción fiscal. Téngase en cuenta que su importe es de hasta en 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años calculándose de forma proporcional al número de meses en que se cumplan de forma simultánea los requisitos previstos en la ley. Además, tiene como límite para cada hijo las cotizaciones y cuotas tota-

<sup>19</sup> También el legislador autonómico ha establecido múltiples deducciones en materia de protección a la familia. Su análisis, sin embargo, excede del objeto de esta ponencia.

les a la Seguridad Social y Mutualidades devengadas en cada período impositivo con posterioridad al nacimiento o adopción. En definitiva, parece tratarse de un “reembolso” cuya cuantía no creemos que incentive la incorporación de la a mujer al mercado.

*B. Una deducción por nacimiento o adopción de hijos (2.500 euros por hijo).*

Al igual que en el caso anterior, esta deducción está pensada para la madre representando, así, a juicio del legislador, una medida de apoyo a las familias lo cual, a nuestro entender, puede resultar discutible, como se verá inmediatamente<sup>20</sup>.

En efecto, tanto en el caso de nacimiento como de adopción por personas de distinto sexo tendrá derecho a la deducción la madre no el otro progenitor salvo que fallezca la madre sin haber solicitado la prestación o la percepción anticipada de la deducción (art. 81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del IRPF)<sup>21</sup>.

En el mismo sentido, se establecen dos requisitos para que se tenga derecho a la deducción:

- la persona beneficiaria deberá realizar una actividad por cuenta propia o ajena por la cual esté dada de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social o mutualidad en el momento del nacimiento o la adopción y
- la persona beneficiaria deberá haber obtenido durante el período impositivo anterior rendimientos o ganancias de patrimonio, sujetos a retención o ingreso a cuenta, o rendimientos de actividades económicas por los que se hubieran efectuado los correspondientes pagos fraccionados.

En todo caso, también manifestamos nuestras dudas en cuanto a la eficacia de la medida como instrumento de apoyo a las familias en tanto que la cuantía de la deducción no depende de las rentas obtenidas por las familias beneficiarias. La deducción se desvincula de los ingresos familiares con lo que, en consecuencia, su eficacia es, como decimos, muy reducida.

.....  
<sup>20</sup> El Informe de impacto de género que acompaña a la Ley valora la prioridad de la madre como beneficiaria de las deducciones previstas en el Proyecto y la basa en la especial vinculación de la maternidad con el nacimiento y adopción de un nuevo hijo. De nuevo, parece que la natalidad solamente es cosa de mujeres.

<sup>21</sup> Si las personas adoptantes son personas del mismo sexo, tendrá derecho a la deducción aquella que ambas determinen de común acuerdo.



### 3. Otras medidas en las que se observa el androcentrismo fiscal

Para finalizar, también queremos advertir cómo la LIRPF contempla medidas específicas en relación con el cónyuge pero que terminan siendo discriminatorias para las mujeres como colectivo. Este sería el caso de:

A. La asignación de rentas de empresas familiares del artículo 11.4 de la LIRPF. Según este precepto los rendimientos de las actividades económicas se consideran obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y los recursos humanos afectos a las actividades. Es decir, tratándose de empresas familiares, se atribuye la renta a quien de forma efectiva desempeña dicha actividad que suele ser el esposo (según los datos del INE referidos al año 2008, el número de trabajadores por cuenta propia es casi el doble que el de trabajadoras por cuenta propia)<sup>22</sup>.

No obstante, como contrapartida se establece la deducibilidad de las cantidades pagadas al cónyuge o los hijos menores del contribuyente que convivan con él, trabajen habitualmente y con continuidad en las actividades económicas con el oportuno contrato laboral y la afiliación al régimen correspondiente de la Seguridad Social.

B. Igualmente el artículo 30.5 de la LIRPF considera gasto deducible de los rendimientos de actividades económicas las primas de seguro de enfermedad satisfechas por el contribuyente en la parte correspondiente a su propia cobertura y a la de su cónyuge e hijos menores de veinticinco años que convivan con él (con el límite máximo de 500 euros por cada una de las personas señaladas anteriormente). Teniendo en cuenta, también, quiénes realizan actividades económicas en la actualidad, el sesgo de género implícito parece evidente.

C. Lo mismo se podría decir de la medida contemplada en el artículo 51.7 relativa a la reducción por aportaciones a mutualidades de previsión social y a planes de previsión asegurados: *«los contribuyentes cuyo cónyuge no obtenga rendimientos netos del trabajo ni de actividades económicas, o los obtenga en cuantía inferior a 8.000 euros anuales, podrán reducir en la base imponible las aportaciones realizadas a los sistemas de previsión social previstos en este artículo de los que sea par-*

<sup>22</sup> Sobre este aspecto, vid. a STOTSKY, J.: "Sesgos de género en los sistemas fiscales" en la obra colectiva *Política fiscal y género*, Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

*tícipe, mutualista o titular dicho cónyuge, con el límite máximo de 2.000 euros anuales».*

### III. CONCLUSIONES

1. El androcentrismo, entendido como la invisibilización de la mujer y su situación en el plano de la Alteridad, también se encuentra presente en el ámbito fiscal: en el estudio, enseñanza y aplicación de los impuestos y, especialmente, en las políticas tributarias actuales. Estas siguen ancladas en modelos de familia tradicional a pesar de los avances sociales y económicos de la mujer.

2. Un ejemplo de la afirmación anterior lo constituye el régimen de tributación conjunta en el IRPF. Dicho régimen desincentiva la incorporación de la mujer al mercado laboral, premiando a aquellos matrimonios en los que es la mujer la que desempeña las tareas del hogar.

3. El dicotomismo sexual presente casi de forma imperceptible en la mentalidad del legislador también se manifiesta en las deducciones por maternidad y por nacimiento y adopción de hijos. Estas deducciones están reservadas en exclusiva a las mujeres que realicen una actividad por cuenta propia o ajena. Con esta restricción parece que el legislador sigue considerando a la mujer como la responsable del nacimiento y del cuidado de los hijos

4. En nuestra opinión, la superación del androcentrismo fiscal depende, principalmente, de la superación del androcentrismo económico (y la total equiparación de hombres y mujeres en la realización de actividades por cuenta ajena y por cuenta propia). Igualmente, es necesaria la supresión de algunas figuras que alimentan dicho androcentrismo económico como es el régimen de tributación conjunta y la existencia de deducciones por maternidad y por nacimiento y adopción de hijos a favor exclusivamente de las madres. Por ello, como propuestas *lege ferenda* abogamos por la supresión del régimen de tributación conjunta y por la aplicación de las deducciones analizadas sin condicionamiento de género.

### IV. BIBLIOGRAFÍA

AMORÓS, C.: *La gran diferencia y sus pequeñas consecuencias... Para las luchas de las mujeres*. Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, 3ª edición, 2007.





CARBAJO VASCO, D.: "La tributación conjunta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la igualdad de género", *Política fiscal y género*, 2005.

DE BEAUVOIR, S.: *El segundo sexo*. Volumen I. *Los hechos y los mitos*. Ediciones Cátedra, 1998,

DE VILLOTA GIL-ESCOÍN, P.: "Aproximación al estudio de la política fiscal en España desde una perspectiva de género", *Mujeres y economía : nuevas perspectivas para viejos y nuevos problemas*, 1999, ISBN 84-7426-451-0, pags. 307-336

FUENMAYOR FERNÁNDEZ, A.: "La deducción para madres trabajadoras: un análisis mediante microsimulación", *Boletín económico de ICE*, número 2874, 2006.

LLOMBART BOSCH, M<sup>a</sup>. J.: "El impacto de género en la Política fiscal y social", *Boletín del Instituto Universitario de Estudios Fiscales y Financieros (BInUEFF)*, ISSN 1885-2762, N<sup>o</sup>. 4, 2006, pags. 23-26

LOMBARDO, E.: "La igualdad de género en el Tratado Constitucional de la Unión Europea" Publicado en: *Recerca, Revista de Pensament i Anàlisi*, Núm. 6 2006.

PAZOS MORÁN, M.: 'Género e Impuesto sobre la Renta de las Personas físicas. Propuestas de reforma. En María Pazos-Morán (ed): *Política fiscal y género*. Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

PAZOS MORÁN, M.: *Impuestos y prestaciones: ¿Cómo tener en cuenta a las mujeres?* En María Jesús Vara (ed): *Estudios de Género y Economía*. Akal, 2006.

SIV S. GUSTAFSSON: "Impacto de género de los impuestos sobre la renta. Desincentivos al trabajo de las mujeres casadas producidos por la tributación conjunta", *Política fiscal y género*, 2005.

VALCÁRCEL, A.: *La política de las mujeres*, Colección Feminismos, Ediciones Cátedra, 3<sup>a</sup> edición, 2004.





## LA PROSTITUCION DE LA MUJER EN EL MARCO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO CIVIL

*Paloma Saborido Sánchez.  
Profesora Contratada Doctor.  
Universidad de Málaga*

La prostitución ha de ser debatida en la actualidad desde una perspectiva jurídica y social, de manera paralela para alcanzar soluciones que respondan a las exigencias de ambas. Y ello teniendo presente la exigencia de la mujer como sujeto directamente implicado, y en la mayor parte de las ocasiones, perjudicado. Aunque la prostitución sea ejercida tanto por el sexo femenino como masculino, ante el reconocimiento de que casi un 90 % de los casos se ejerce por la mujer y que los conflictos mayoritariamente son soportados por ésta, haré referencia exclusiva a la misma.

La viabilidad jurídica de un pacto cuyo objeto consista en la obligación de prestar servicios sexuales por parte de la mujer ha sido debatida hasta la saciedad desde diversos puntos de vista. No obstante, lo que se pretende con estas breves observaciones no es centrar el debate en la conveniencia de la legalidad o no de la prostitución, sino en el examen de la actual regulación civil del contrato, examinando los escasos supuestos que encajan en la legalidad, y presentando los numerosos casos en los que, aun partiendo de esta posibilidad de contrato legal, ha de decantarse el ordenamiento por su nulidad, como vía de menor perjuicio para la mujer. Y todo ello con base en la propia normativa del Código Civil.

### **I.- Nulidad originaria del contrato:**

Es común en cierta doctrina el argumento que propugna la nulidad del convenio o pacto entre la mujer y el cliente. En este caso, la cobertura legal se encontraría en el art.6.3 Cc. Las opiniones que rechazan la legalidad civil del pacto de prostitución, y reclaman su nulidad ab initio tienen en el precepto mencionado su fundamento. No obstante, no cabe tal argumentación al resultar inviable. La base que centra dicho artículo para aplicar la consecuencia jurídica de la nulidad es un acto jurídico contrario a la ley. Es claro que la prostitución como tal no se encuentra tipificada, siendo libre su ejercicio para la mujer (con independencia de las reglamentaciones pertinentes al orden público). Para la aplicación del art.6.3 Cc, y por consiguiente entender que los contratos de prostitución derivan en la nulidad

absoluta, el ejercicio de la misma debería encontrarse prohibido por una norma jurídica, lo que no ocurre en la actualidad. Esto excluye que sea posible acudir a su regulación de manera inmediata o directa.

Una opinión que parece consolidada en una buena parte de la doctrina es la que se fundamenta en la libertad sexual de la persona. La prostitución, y en concreto el contrato por el que una mujer se obliga a desarrollar determinada actividad sexual, infringe directamente la protección constitucional del libre desarrollo de la personalidad al cercenar la libertad sexual, ya que influye en la misma. Con la exigencia de dicha práctica, el contrato impone una actitud que contraría o limitaría la libertad consagrada en el texto constitucional. Este razonamiento implica necesariamente la aplicación del art.6.3 Cc, en cuanto se considera un acto jurídico contrario a una norma, en este caso constitucional.

Sin embargo, este argumento se reduce a la consideración únicamente del contenido negativo de la libertad pública recogida en la Constitución. Es decir, la libertad sexual no sólo comprende la posibilidad de no ejercerla de manera coercitiva, sino que el pleno desarrollo debe comprender incluso la viabilidad de su ejercicio en las condiciones que libremente decida el individuo. Ha de apreciarse tanto un contenido positivo como negativo del derecho, y con ello ha de otorgarse la posibilidad a la mujer, en nuestro caso, de no ejercerla, o de hacerlo en tanto de manera libre decida, ya sea con o sin convenio, porque se actúa en el marco de su potestad y desarrollo libre. Como bien se ha explicado por algún autor, las libertades públicas dan lugar a deberes de abstención por parte de los poderes públicos, originando con ello distintos espacios de libertad individual, donde se movería la propia libertad de actuación de la mujer.

La objeción que se presenta a entender dentro del contenido de dicha libertad la viabilidad jurídica de pactar sobre la misma se centra en el caso de incumplimiento. ¿Cabe la posibilidad, entonces, de imponer coactivamente el cumplimiento de la prestación pactada por parte de los Tribunales de Justicia? Parece que esta opción queda fuera de toda lógica jurídica y social. No cabe, ni siquiera por los Tribunales, imponer el cumplimiento de una prestación de carácter sexual. Sin embargo, esto no es un argumento contundente para rechazar la eficacia del pacto. Este caso sería teóricamente comparable a la contratación de prestaciones personalísimas (no cabe tampoco imponer coactivamente la ejecución de las obras intelectuales, imaginemos). Aún no siendo factible solicitar su cum-



plimiento judicialmente, sí lo es su equivalente económico si el convenio cumple con los requisitos legales requeridos.

Por ello, en la regulación jurídico-civil vigente, no existe impedimento para que, en principio se pueda pactar un contrato entre la mujer y el cliente cuyo objeto sean determinadas prestaciones sexuales, sin que pueda calificarse originariamente nulo. Pero todas estas consideraciones han de tener como premisa la libertad de la mujer a la hora de convenir el ejercicio de su libertad sexual, recibiendo determinada contraprestación por ello. Desde el momento en que el consentimiento se preste de forma coaccionada o violenta, no sólo en su ejercicio sino para cualquier condición del contrato, deriva el mismo entonces hacia la nulidad según las circunstancias que vicien los elementos fundamentales requeridos para su validez.

## **II.- Nulidad del contrato como consecuencia de vicios en los elementos esenciales:**

El contrato de prostitución parece ajustarse en la tipificación civil de los contratos a un arrendamiento de servicios (entendiendo por tal la prestación de determinadas actividades de carácter sexual, encaminadas a obtener la satisfacción de la otra parte sin que la consecución del resultado influya en el cumplimiento). Como tal, ha de requerir para su validez los tres elementos esenciales exigidos por el Código Civil para cualquier pacto: consentimiento, objeto y causa.

La ausencia de cualquier vicio que los invalide es fundamental para determinar la licitud del convenio. No obstante, es común encontrarlos en los pactos en los que la mujer se obliga a estas específicas prestaciones personalísimas. Distingamos entre los tres elementos:

a) Vicio presente en la causa del contrato de prostitución:

Para un cierto sector doctrinal, es la causa la que manifiesta un vicio invalidante, al considerarse ilícita o torpe. El art.1275 Cc sanciona con nulidad los convenios que así la presenten. Así, en el pacto por el que la mujer se obliga a ejercer una actividad sexual a cambio de contraprestación las motivaciones que llevan a las partes a su celebración se tacharían de ilícitas o torpes, por ser contrarias a la moral, entendida como buenas costumbres. No así contraria a la ley, pues como se conoce, se carece de norma jurídica que prohíba la celebración de dicho pacto

Sin embargo, creo firmemente que la apreciación de vicio causal es un error jurídico. La causa, como instrumento de control de las reglamentaciones jurídico-privadas, ha de comprender las motivaciones comunes para las partes, sean o no compartidas, relevantes para el Derecho. La disparidad de móviles que llevan a las partes a obligarse a prestar servicios sexuales, de un lado, y a pagar precio cierto por otro, resulta de tal magnitud que es imprescindible diferenciar entre las motivaciones jurídicamente relevantes de las que no lo son.

Es más, con esta apreciación parece que de nuevo se confunde la causa con el objeto. Lo que realmente estos autores aprecian como ilícito es el objeto en sí, y no la causa. Son los servicios sexuales pactados los que parecen quedar al margen del orden público o de las buenas costumbres, no la causa. Por ello la connotación sexual entra en el ámbito, no de la causa, sino del objeto.

Añadido a lo anterior, ha de recordarse que la consecuencia jurídica que deriva de apreciar causa ilícita nos la encontramos en el art.1306 Cc, con la complicación añadida que ello conlleva. Esta disposición diferencia entre las motivaciones ilícitas comunes de las que no lo son, para determinar la posibilidad de reclamar lo entregado a la parte que no participa de la ilicitud causal (aunque la conozca), o de negar la repetición a la parte (o las partes, si es común a ambas) que participe de la misma. En el caso del ejercicio de la prostitución, si consideramos la ilicitud causal del pacto que le antecede, para aplicar el precepto mencionado debemos a priori determinar en quién reside la torpeza o ilicitud. ¿En el cliente por contratar los servicios? ¿En la mujer por recibir retribución a cambio de servicios sexuales? Observamos como la respuesta tiene claros efectos prácticos, en cuanto si es afirmativa la última cuestión planteada, se le niega la posibilidad de reclamar indemnización por los servicios ya prestados. En este caso, todo hace indicar que el problema parecería hallarse más en el objeto que en la causa, que continúa siendo lícita en tanto nos encontramos ante un arrendamiento de servicios.

b) Vicio presente en el objeto del contrato de prostitución:

El art. 1271 Cc, determina la posibilidad de ser objeto del contrato a todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o las buenas costumbres. La cuestión se centra en dilucidar si el servicio que presta la mujer y por el que se obliga, se considera contrario a las leyes o las buenas costumbres.



Ya he mencionado mi opinión respecto a entender ilícito el pacto que tiene por objeto la prestación de determinados servicios sexuales. Aunque desde la perspectiva de la mujer, pueda parecer que la libertad sexual no engloba la opción de poderse obligar a efectuar servicios de este cariz y cobrar por ello, la norma constitucional no se reduce exclusivamente a su contenido negativo en cuanto se niega la situación de coacción para el desarrollo de la sexualidad sin su consentimiento, sino que debe extenderse a la viabilidad de su desarrollo con total autonomía para poder pactar sobre el mismo.

Parece superada, por otro lado, en la actualidad la idea de la moralidad del servicio pactado. Puede que en años anteriores, esta concepción de inmoralidad que rodeaba a la prostitución (y que aún hoy sigue existiendo entre las opiniones más conservadoras) teñía de ilicitud el contrato, negando la posibilidad de dirimir las controversias suscitadas en dicho pacto en sede de los Tribunales de Justicia, fundamentando la negación en la dignidad de dichos Tribunales. No obstante, parece que la continuada evolución de la sociedad hacia caminos más tolerantes desecha la idea de inmoralidad ligada a la figura de la prostituta, al menos no en el mismo concepto. Continuando la línea marcada, sorprendentemente, ya en las Partidas, en las que se rechazaba la inmoralidad de la mujer, acentuándose en el que contrataba sus servicios (P.5,14,53).

De igual modo deberíamos concluir ante la manifestación de que el servicio pactado es contrario a las buenas costumbres. En la actualidad, dicha concepción se acerca a la idea de orden público, equiparando orden público con convicciones sociales imperantes, como la común opinión de un ciudadano medio. En el caso de la prostitución, parece claro que la sociedad vigente, aún reprochándola en cierto sentido, la enmarca en su contexto, no solo social, sino eminentemente económico. Es el orden público el que sirve de limitación para este encaje, ya que solo en casos en los que el pacto infrinja el orden público, el objeto se hallará viciado, y el convenio resultará nulo.

c) Vicio presente en el consentimiento prestado en el contrato de prostitución:

Aquí sí que nos encontramos ya con el instrumento que eficazmente emplea el Ordenamiento para delimitar entre los escasos convenios eficaces en los que se pactan servicios sexuales ejercitados por la mujer, de los que



no lo son, generando su nulidad. La exigencia de consentimiento válido y eficaz por parte del Código determinada en el art.1265 Cc constituye el paso fundamental hacia la ilegalidad del contrato. Y es que la mayor criba en cuanto al examen de la legalidad de este tipo contractual se produce al observar el consentimiento prestado por las partes, en concreto por la prostituta.

El principio de autonomía de la voluntad rechaza necesariamente los convenios en los que el consentimiento se prestó por una de las partes de forma viciada (violencia, intimidación, dolo o error). Y en la prostitución, es usual encontrarnos con situaciones en las que la mujer se ve forzada a prestar el consentimiento para la ejecución de determinadas prácticas, mediando fuerza o coacción. No obstante, en estos casos, resulta preciso diferenciar entre estos supuestos y los que se sufre tal violencia que equivale a la supresión total de consentimiento. La diferencia estriba en la consecuencia jurídica de ambos casos. La apreciación de los vicios del consentimiento conlleva la aplicación del art.1301 Cc con la anulabilidad del contrato, cuya acción según el precepto mencionado, dura cuatro años. Mientras que en los casos de inexistencia de consentimiento (la entidad del vicio es tal que anula por sí el consentimiento), la acción dura quince años.

### **III.- Conclusión:**

La regulación jurídico-civil vigente permite la celebración lícita del contrato de prostitución, dentro de los presupuestos analizados. La afirmación a priori de la validez del contrato de prostitución celebrado entre la mujer y la otra parte, sin embargo, no ha de ser necesariamente y en cualquier caso perjudicial para la protección jurídica de la misma. Es más, al defenderse la viabilidad de tales contratos, parece que no sólo se permite la posibilidad de ejercitar el derecho al libre desarrollo de la sexualidad de la mujer, sino que exista vicio alguno en la emisión del consentimiento, sino que se le abre la puerta de la vía judicial. Aunque el convenio se pacte de la forma legalmente establecida, al entenderse contrato nulo ab initio, no cabe más reclamación que las ordinarias que no tengan relación con lo acordado por ambas partes (imaginemos, en caso de agresiones físicas).

Sin embargo, si se parte de la validez y eficacia del contrato, con ello se estaría otorgando la posibilidad a la mujer que ejerce la prostitución de acudir a los Tribunales en defensa de sus intereses, siempre que la prestación





del consentimiento hubiese sido emitida a través de la libre autonomía de la voluntad.

Sea como fuere, lo cierto es que la actual regulación impide que de forma indubitada se afirme la nulidad de todo contrato de prostitución. Para ello, sería necesaria la determinación de la misma por parte de una concreta norma jurídica. Cuestión diferente es si para una mayor y total protección de la mujer es conveniente la supresión del marco legal de la prostitución a través de la prohibición de su práctica, o culminar el proceso de legalización en cada uno de los ámbitos del ordenamiento, sea laboral o financiero. Dos vías jurídicas que se abren para culminar en la consecución de un único fin: la protección de la mujer como parte más débil. Aunque en la regulación vigente, el recorrido queda a medio camino entre una u otra opción legislativa, dando lugar a una situación en la que la mujer sigue siendo la única perjudicada.

#### **BIBLIOGRAFIA:**

CRUZ VILLALON: Voz "Derechos Fundamentales", en la Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo II, edit. Civitas 1995.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON: Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Edit. Civitas, 1995.

"Mujeres y Protección Jurídica: una realidad controvertida", Coord. Liñan García, y De la Fuente Nuñez de Castro, 2008.

SABORIDO SANCHEZ: La causa ilícita. Delimitación y efectos.

SAN JULIAN PUIG (1996): *El objeto del contrato*, edit. Aranzadi, Pamplona.

WEYERS Y ESSER: *Schuldrecht*, Band II, Besonderer Teil, 7ª edic, Heidelberg.





## ANÁLISIS JURÍDICO DEL GASTO Y EL PRESUPUESTO PÚBLICO COMO INSTRUMENTOS DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO

*Dr. Miguel Ángel Sánchez Huete  
Profesor de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad Autónoma de Barcelona*

El Derecho Financiero no es un cuerpo normativo ajeno a las sensibilidades sociales, si bien tradicionalmente su relevancia en el ámbito económico ha eclipsado dicha vertiente. La norma financiera constituye una perspectiva esencial para determinar y cuantificar las políticas públicas, en su previsión de gasto a través del presupuesto, a la vez que vehicula el grado de contribución-solidaridad que se exige a la ciudadanía a través del pago del tributo. La esencialidad de su análisis se centra en evaluar el compromiso del legislador con las líneas y políticas que se pretenden y analizar el esfuerzo en su consecución. La regulación jurídica del gasto y presupuesto público se ubican en dicho ámbito normativo y, en demasiadas ocasiones, se ha ignorado su capacidad para mutar o conformar la sociedad, elemento esencial donde tienen lugar modelos de género que originan discriminación.

Las leyes actuales reconocen a los hombres y a las mujeres unos mismos derechos, pero la realidad social es terca y sus manifestaciones cotidianas evidencian que con esto no hay lo suficiente, porque el sustrato cultural de las creencias sociales mantiene comportamientos y valoraciones en que todavía se discrimina. Por lo tanto, resulta que no es suficiente hablar de igualdad jurídica formal en este ámbito, atendiendo a la existencia de condicionantes socioculturales que actúan sobre el género femenino y el género masculino. El Derecho no es un conjunto de normas escritas que se aplican de manera aislada a un contexto social aséptico, sino que, al contrario, aparecen irremediablemente impactadas por las creencias, costumbres y pensamientos de las personas que las elaboran, aplican y fiscalizan. Son estos pensamientos y creencias, que comportan formas de concebir y ordenar el mundo y la sociedad, los que acaban por determinar la condición y posición de las mujeres y los hombres en su seno. Para evitar que las actuales formas de desigualdad discriminatoria se reproduzcan, hoy más que nunca hace falta impulsar políticas que garanticen la igualdad de oportunidades.

La conformación del Estado como Social, como prestador, nos aboca a plantear el principio de igualdad desde su eficacia. Esto comporta que no es suficiente con declarar este principio, sino que se han de garantizar las condiciones materiales para que su ejercicio sea real y efectivo. Así la igualdad formal garantizada por las leyes no es un límite, sino un presupuesto necesario, aunque no suficiente, de la igualdad real y efectiva. Es decir, la igualdad y la prohibición de discriminación es un mínimo negativo e indeclinable a partir del que puede operar una política positiva de remoción de obstáculos y de creación de las condiciones necesarias para conseguir una igualdad real. La pretendida igualdad material comporta una tarea de conformación activa de los poderes públicos, y es aquí donde el gasto ocupa un papel básico, tanto efectuando específicas políticas igualatorias como evaluando el distinto impacto que posee según el rol social que se desempeñe. En tal contexto pretendemos poner de relieve la potencialidad exegetica de los principios constitucionales sobre el gasto público en clave de género, así como evidenciar la versatilidad que algunos instrumentos jurídico-presupuestarios pueden ofrecer para implementar políticas públicas para la igualdad y la justicia social.

### **1.El gasto público equitativo como gasto igualitario desde una perspectiva de género.**

El art. 31.2 de la Constitución Española señala que “El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía”. En tal precepto el gasto público se haya vertebrado por tres principios: el principio de equidad, y los denominados criterios de eficiencia y economía. El primero es un principio de carácter eminentemente valorativo, mientras que en los otros prima un carácter más técnico del gasto público. La delimitación del contenido de tales principios no es fácilmente aprehensible, y más problemático aún resulta la relación que ha de existir entre ellos, no necesariamente antagónica, pero si necesitada de una ordenación.

El principio de equidad o justicia<sup>1</sup> resulta uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico según el art. 1.1. CE, y posee diversas manifestaciones normativas destacando su concreción institucional en la conformación

.....  
<sup>1</sup> Utilizamos como sinónimos el término de equidad y justicia –aún manteniendo distinciones- por que tal sentido parece el más acorde a su contexto y en base a lo que se desprende de su significado. En tal sentido el Diccionario de la Real Academia Española, 21 Edición de 1992, señala que equidad es “3.Justicia natural, por oposición a la letra de la ley positiva” y justicia “3.Derecho, razón, equidad”.



de un Poder Judicial y un Tribunal Constitucional. La introducción de este principio en el apartado segundo del art. 31 de la CE resulta una innovación sin precedentes en el Derecho constitucional y pone de relieve la necesidad de una consideración unitaria del fenómeno financiero. La equidad, la justicia, que se procura con la redistribución de los recursos puede efectuarse tanto a través de adecuada distribución de ingresos como con la asignación del gasto. En tal sentido se puede hablar de que la justicia financiera “resulta tanto del justo reparto de la carga tributaria como del equitativo destino que se dé a los recursos obtenidos”<sup>2</sup>. La justicia del gasto, si bien no es un derecho subjetivo de los ciudadanos, sí constituye un mandato a todos los poderes públicos, no tan sólo a la Administración, sino también, y sobre todo, al Poder Legislativo. Así se evidencia del propio art. 31 CE en relación al art. 53.1 de la CE. El gasto justo resulta así un principio jurídico, no meramente retórico, pues posee vinculatoriedad y obligatoriedad en su respeto, exigencia e implantación.

Si bien es cierto, como señala la STC 45/1989 al hablar del sistema fiscal, que «la igualdad absoluta, matemática, es, ciertamente, tal vez un ideal inalcanzable en cada caso concreto [...], el sistema debe tender hacia ella», no implica que no sea reconducible a pautas normativas que le asignen un contenido referenciable. La concreción del valor de la justicia no puede dejarse al albur de las decisiones políticas coyunturales. Desde tal perspectiva hemos de suscribir las palabras de SOLER ROCH ya que “no se puede seguir invocando la decisión política como único criterio legitimador del gasto público; las prioridades de una determinada política, cuando se aplican mediante el empleo de fondos públicos, deben respetar el principio de equidad de estos recursos. Si este principio está olvidado o su aplicación no encuentra viabilidad, no es ocioso recordarlo, ya que su validez se acentúa precisamente en un momento en que la contención del gasto público obliga a decisiones más selectivas”<sup>3</sup>

El juicio de equidad del gasto comporta un juicio valorativo sobre la bondad o no de los fines a los que se destina el gasto público. Su naturaleza valorativa y el permitir márgenes de imprecisión, no conlleva un relativismo inasible en su concepto y contenido, ya que se puede precisar y delimitar

<sup>2</sup> PASCUAL GARCIA, J.: Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control. BOE. Madrid. 1999, pág. 325.

<sup>3</sup> SOLER ROCH, M<sup>a</sup>. T.: “Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público” AA.VV. *El sistema económico de la CE* en XV Jornadas de estudio de la DGS, Vol. II, 1994, pág. 1848-1849. También en tal sentido ESCRIBANO LOPEZ: *Presupuesto del Estado y Constitución*. IEF, Madrid, 1984, pág. 325.

en base a referencias jurídicas que hacen posible su exigencia. Su contenido es determinable sobre la base de su relación con los valores positivizados constitucionalmente. La equidad del gasto se ha de vincular con los derechos y libertades de las ciudadanas y, en concreto, con los principios rectores de la política social económica contenidos en el Capítulo III del Título I de la CE (preceptos del art. 39 al 52). Tales principios constituyen “la expresión constitucional (normativa e institucional) de unas opciones ideológicas sobre finalidades socioeconómicas que atañen al Estado-comunidad, cuya realización es obligatoria por parte de los órganos estatales”<sup>4</sup>. Así la doctrina acostumbra a delimitar el contenido de dicho principio desde una perspectiva positiva y negativa, o sea, concretando los gastos que son justos y aquellos que no lo son<sup>5</sup>. Desde el punto de vista negativo se alude al gasto arbitrario, al gasto que comporta discriminaciones, que promueve desigualdades, al gasto que, en general, contradice los valores constitucionales. Desde el punto de vista positivo se acota en la ordenación de tales recursos para “promover que las condiciones para la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas” (art. 9.2 CE) y en conseguir la aplicación efectiva de los principios rectores de la política social y económica contenidos en los arts. 39 a 52 de la CE. De las menciones anteriores se aprecia como desde la vertiente positiva y de la negativa, la igualdad aparece como contenido necesario<sup>6</sup>. Resulta lógico pensar que si la justicia sólo es posible entre iguales, la igualdad aparezca insita en la idea de justicia<sup>7</sup>. En tal sentido, en la equidad, se ha de entender integrada por el principio de igualdad ante la Ley (en la Ley y en la aplicación de la Ley) del art. 14 C.E. La igualdad precisa un mismo trato a los que se encuentren en el mismo supuesto de hecho, o sea, plasmar el axioma aristotélico de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales<sup>8</sup>.

.....  
<sup>4</sup> LUCAS VERDU, P.: *Estimativa y política constitucionales*. Universidad Complutense. Madrid, 1984, pág. 158.

<sup>5</sup> GARCÍA GARCÍA: “La constitucionalidad de los principios presupuestarios”. *Presupuesto y Gasto Público*, nº 22. 1984, ORON MORATAL: *La configuración constitucional del Gasto Público*. Tecnos, Madrid, 1995, CAZORLA PRIETO: “Los principios constitucionales financieros en el nuevo orden jurídico” en *Constitución y las fuentes de Derecho*. Vol. I. IEF, 1979, PÉREZ ROYO: “La financiación de los servicios públicos” *Principios constitucionales sobre el Gasto público. Gobierno y Administración*. IEF, Madrid, 1988, GARCÍA AÑOVIROS: “El presupuesto y el gasto público en la Constitución Española”, XV Jornadas de Estudio de la DGSJE, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994. BAYONA DE PEROGORDO: *El Derecho de los Gastos Públicos*, IEF, 1991, PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico del Gasto Público. Presupuestación, Ejecución y control*. BOE, Madrid, 1999.

<sup>6</sup> En contra BAYONA DE PEROGORDO, J.J.: *El Derecho de los gastos públicos*. IEF. Madrid, pág. 170-172.

<sup>7</sup> No obstante se han de tener presente las relaciones y discrepancias entres estos conceptos evidenciadas en BOBBIO, N.: *Igualdad y libertad*. Ediciones Paidós. Barcelona. 1993, pág. 59 y ss.

<sup>8</sup> Entre otras la STC 76/1990 en su F.J. 10 sintetiza la doctrina respecto del principio de igualdad.



En tal sentido, se ha de dar tanto una igualdad horizontal que implica dar el mismo trato a las personas que se encuentren en una misma situación, como una igualdad vertical que conlleva un distinto trato a las personas que se encuentren en una situación diferente. Tal principio manifiesta una exigencia de igualdad formal y de no discriminación, y su operatividad cumple una función negativa en la medida que excluye del ordenamiento jurídico las normas que la contradigan. Pero, es más, el principio de igualdad no se limita a un mero reconocimiento formal sino que, en conexión a lo dispuesto en el art. 9.2 de la CE, ha de dar un trato diferenciado a lo que es desigual como medio de conseguir una igualdad material o real.

La conformación del Estado como Social, como prestador, aboca a plantear el principio de igualdad desde su eficacia. Conlleva, no solamente la declaración de tal principio, sino el hecho que se garanticen las condiciones materiales para su ejercicio real y efectivo. En palabras del Tribunal Constitucional “[...] Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (artículos 1.1., 9.2, y 31.2, principalmente) [...]” (STC 86/1985, de 10 de julio). Así pues, en la «asignación equitativa de los recursos públicos», se ha de entender insito el mandato de igualdad del art. 9.2 CE, lo que conlleva afirmar la legitimidad de medidas de acción positiva para corregir y superar las desigualdades de origen y lograr la igualdad real y efectiva, no tan solo desde perspectivas de igualdad económica, sino también desde el género. El Tribunal Constitucional señala que «no puede reputarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que los Poderes Públicos emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados, a fin de que mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial». (SSTC 216/1991, F.J. 5º y 28/1992, F.J. 3º). Por tanto, el hablar de igualdad jurídica formal en éste ámbito no resulta suficiente dada la existencia de condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situando en una posición de subordinación la mujer al hombre. Para conseguir la igualdad sustancial o material ha de garantizarse la igualdad de oportunidades de las personas que son diferentes. La igualdad de oportunidades parte de reconocer las diferentes situaciones de partida de los miembros de un género, en relación con una actividad o situación social. Hace falta, entonces, la acción

positiva del Estado por promover y remover la desigualdad de partida, en palabras de VICTORIA CAMPS, "Al Estado corresponde, porque nadie sino un poder central puede hacerlo, redistribuir los bienes básicos -materiales y espirituales- de forma que las posibilidades de intervenir y participar en la toma de decisiones sea una posibilidad real para todos los ciudadanos"<sup>9</sup>. En la línea de proscribir discriminaciones se ha señalado que el art. 14 de la CE no consagra un derecho a la igualdad, sino a la diferencia, en la medida que se pretende que no se produzcan discriminaciones<sup>10</sup>. Los anteriores planteamientos aplicados a la mención de gasto equitativo implican que este ha de ser un gasto que posibilite la realización de una igualdad real y efectiva, un gasto igualitario en términos de género.

Junto al principio material de equidad la Constitución configura dos principios o criterios económico-financieros de carácter instrumental y técnico: la eficiencia y la economía. Tales criterios poseen una raigambre económica, si bien su inclusión en la norma constitucional les dota de juridicidad. Manifiestan ideas concurrentes aunque desde perspectivas diversas; por un lado, el principio de economía afirma la necesidad de alcanzar los objetivos determinados a un costo mínimo y, por otro, la eficiencia pretende obtener un máximo de objetivos partiendo de un concreto gasto. El reconocimiento de dichos principios implica la introducción de técnicas de gestión y control propias del sector privado al público. Dado su carácter eminentemente técnico posee una relación instrumental respecto del principio de equidad al que, en ningún caso, podrán contrariar. Se ha de

<sup>9</sup> CAMPS, V.: *Los valores de la educación*. Anaya. Madrid, 1994.

<sup>10</sup> Sobre el alcance del principio de igualdad ante la Ley y en concreto sobre la discriminación el Tribunal Constitucional ha elaborado en numerosas Sentencias una matizada doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del art. 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos (STC 76/1990 de 26 de abril).





tener presente, que si bien el precepto constitucional parece escindir ámbitos de actuación diversos para los principios que señala –la equidad para la asignación de los recursos y la eficiencia y economía para su programación y ejecución–, el principio de equidad posee una vocación expansiva que desborda el marco establecido. De otra forma unos mismos gastos ajustados a los principios de economía y eficiencia pueden resultar injustos, dado el amplio margen de discrecionalidad de la Administración a la hora de efectuar el gasto<sup>11</sup>. De ahí, la necesidad de afirmar la prevalencia del principio de equidad pues la ejecución del presupuesto no puede efectuarse a sus espaldas. Si bien de forma ordinaria la concreción del gasto equitativo será también eficiente y económica, la eventual colisión entre tales criterios se resolverá a favor de la equidad por constituir valor superior del ordenamiento jurídico. Es así que “sólo dicho principio material podría justificar deseconomías en el gasto público”<sup>12</sup>. Y tal planteamiento no es baladí o meramente teórico pues existe el peligro de que una manifestación de tales principios instrumentales, como es la estabilidad presupuestaria cuestione o ponga en entredicho el principio material de justicia al que necesariamente están llamados a servir.

El principio de estabilidad presupuestaria regulado en la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la Ley General de Estabilidad Presupuestaria no se presenta como un mecanismo para alcanzar los principios jurídicos que legitiman al gasto, en última instancia la equidad del gasto público, sino como el elemento base para el desarrollo económico, para un desarrollo técnico-económico aparentemente aséptico<sup>13</sup>. La legislación sobre estabilidad presupuestaria no menciona al principio de equidad o justicia en el gasto cuando, según lo examinado en el art. 31.2 de la CE, resulta el principio básico del gasto público<sup>14</sup>. El principio de estabilidad presupuestaria tiene una importante eficacia ya que vincula a todos los entes públicos y condiciona la futura elaboración de norma-

<sup>11</sup> PASCUAL GARCIA, J.: Régimen jurídico del gasto público: presupuestación, ejecución y control. BOE. Madrid. 1999, pág. 330.

<sup>12</sup> ORON MORATAL, G.: *La configuración constitucional del gasto público*. Tecnos. Madrid, 1995, pág. 54.

<sup>13</sup> Resulta expresiva a este respecto la Exposición de Motivos de la Ley 18/2001: “En definitiva, el equilibrio presupuestario va a ser la gran contribución de la política presupuestaria a la estabilidad macroeconómica que posibilita seguir desarrollando el verdadero potencial de crecimiento y de generación de empleo de la economía española y con ello avanzar en el proceso de convergencia real con los países más desarrollados”.

<sup>14</sup> Ver en este sentido como se alude a determinados principios generales asociados a la estabilidad en el art.3 al 6 de la Ley 18/2001.

tiva (vide art. 6.2 de la Ley 18/2001). Dicho principio supone entronizar a una manifestación de los principios técnicos basados en consideraciones cuantitativas y economicistas, desconociendo al criterio cualitativo de la equidad. No obstante, podría afirmarse, que la legislación sobre la estabilidad presupuestaria no impide la justicia del gasto, pero tampoco podemos ignorar que no reconoce expresamente al principio de justicia y, sobre todo, no establece las garantías necesarias para asegurar el mismo. Por consiguiente la estabilidad presupuestaria establecida, en la medida que no procure y garantice la equidad del gasto, pondrá en cuestión también al gasto igualitario. La estabilidad presupuestaria pone de relieve la importancia de los criterios técnicos del gasto respecto del principio valorativo de equidad. En ningún caso la eficacia de la manifestación de los criterios técnicos del gasto –estabilidad- pueden llevar a subordinar al principio de equidad y justicia que ha de regir los gastos públicos

## **2. La dimensión de género en la elaboración y control de los presupuestos**

Los presupuestos públicos no son simples instrumentos de gestión del sector público y de la política económica, sino que constituyen el marco básico en el que se configura el modelo de desarrollo socioeconómico al establecer los criterios de redistribución de la renta y dotar de eficacia a los objetivos políticos. Por tanto, no se trata de un mecanismo aséptico y exclusivamente técnico, pues determina la concreción de las políticas públicas y sociales a aplicar. En definitiva, constituye el reflejo de las políticas y las prioridades de los gobiernos, a través del cual es posible distinguir a qué agentes de la sociedad se valora, qué trabajo se reconoce y cual se desconoce o invisibiliza. Las leyes presupuestarias aparecen como un conjunto de expresiones numéricas y contables cuyo intrincado sentido solo parece accesible a unos pocos. Pero las mismas vehiculan concretas políticas sociales, los compromisos, y la forma como se lleva a cabo el gasto público. El presupuesto es una valiosa herramienta para plasmar los valores de equidad, igualdad y justicia social.

El presupuesto, desde la perspectiva de género no es neutral ya que los ingresos y gastos originan un impacto diferente en las mujeres y los hombres, pues los roles que desempeñan dan lugar a consecuencias diversas. Se ha de tener presente existen gastos públicos condicionados por factores de género, bien directamente por su destino a tales políticas, bien indirectamente por el diferente impacto que originan en hombres y mujeres,



dado los diversos roles sociales que ocupan. Se ha de tener presente como el tradicional rol de la mujer hace que no sea inocuo un mayor o menor gasto público en áreas domesticas o del cuidado. Ejemplo de la beligerancia del gasto público en tal contexto se puede apreciar en el gasto en transporte de agua y en sanidad pública. En el continente africano, una de las tareas primordiales y necesarias es el transporte de agua y supone una importe inversión de tiempo y esfuerzo –en 1993 los hogares rurales africanos dedicaban un promedio de 1 hora y 40 minutos- que corre a cargo de la mujer. Por otro lado, una política austera del gasto público sanitario tendente a reducir el tiempo de permanencia en los hospitales comporta transferir la carga de dicho cuidado a la familia, al miembro que tradicionalmente se le ha encargado tal cometido, a la mujer lo cual a su vez conlleva además de implementar su trabajo en el hogar y coartar sus posibilidades de ocupación fuera del mismo.

Resulta así que no es suficiente el gasto social, es preciso orientar el mismo desde una perspectiva en que se contemple al género, también en el presupuesto público, en la delimitación de objetivos y necesidades –aspecto cualitativo- y en la asignación de recursos –criterio cuantitativo-. Dicha necesidad fue puesta en evidencia en la Plataforma de Acción de Beijing que aprobó la integración de la perspectiva de género en la totalidad de las políticas como estrategia efectiva para promover la igualdad entre los sexos, afirmando que “[...] los gobiernos y otros agentes sociales deberían promover una política activa y visible de integración de una perspectiva de género en todas las políticas y programas de modo que se analicen sus efectos sobre mujeres y hombres, respectivamente, antes de adoptar decisiones”<sup>15</sup>. Se propugna la integración de dichas perspectiva en todas las políticas públicas en todas sus fases –planificación, ejecución y evaluación- así como en todos sus ámbitos de actuación.

Con esta perspectiva no se pretende la elaboración de presupuestos separados para hombre y mujeres, sino que el género sea tenido en cuenta en la conformación y aplicación de los mismos. Comporta, en definitiva, una evaluación sobre la base de incorporar esta perspectiva en todos niveles del procedimiento presupuestario, y reestructurando ingresos y gastos con el fin de promover la igualdad de género. Introducir el enfoque de género en el ámbito presupuestario permite elevar la calidad y, eventualmente también la cantidad, de recursos asignados en atención a las nece-

.....  
<sup>15</sup> IV Conferencia mundial sobre las mujeres. Beijing, septiembre de 1995, objetivo estratégico nº 189.

sidades e intereses específicos de las mujeres y los hombres. Por un lado, el gasto público, usando la perceptiva de género, será un gasto más eficaz de los recursos y más transparente en relación a la igualdad de oportunidades. Por otro, supone emplear nuevamente una perspectiva transversal también desde la mira del gasto público. La evaluación del gasto no se han de circunscribir a órganos o centros en los que tradicionalmente se reside la política de igualdad, vgr. Ministerio de Igualdad o Ministerio de Asuntos Sociales. Es preciso desubicar este gasto especializado, sin que ello quiera decir disminuir o eliminar, sino implementar desde otras perspectivas, trabajo, educación, economía... Supone, en definitiva, hacer un gasto más transversal desde la perspectiva de su asignación. El Parlamento europeo señala " [...] que las estrategias del *gender budgeting* requieren una coordinación interministerial que una los ministerios de Presupuesto, de Economía y de Hacienda con el ministerio y los departamentos y organismos responsables de la Igualdad de Oportunidades, asegurando la participación de todos los responsables y funcionarios de los distintos sectores que participan en la construcción del presupuesto público, con el fin de que la perspectiva de género se integre en la determinación de los ingresos y los gastos de todas las políticas presupuestarias"<sup>16</sup>. En tal orientación la LO 3/2007, de 23 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres incorpora la perspectiva de género en todas las actuaciones de los poderes públicos, su art. 15, afirma que "El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, 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."

Es en tal contexto donde el conocimiento y análisis del Derecho Presupuestario resulta imprescindible para evaluar de manera correcta y técnica el impacto de tal norma, ya sea en la fase de asignación del gasto como en el de su ejecución y control. La virtud de adoptar el enfoque de género en este plano reside en que, en primer lugar, se informa sobre las implicaciones de género en los gastos y recursos y, en segundo lugar, da cumplimiento a lo establecido en leyes sobre política pública en igualdad como mecanismo para posibilitar una distribución equitativa. Así procede tener

<sup>16</sup> Resolución del Parlamento Europeo sobre el *gender budgeting* (integración de la perspectiva de género en el presupuesto) - elaboración de presupuestos públicos con una perspectiva de género (2002/2198(INI))



presente las etapas del ciclo presupuestario: la asignación del gasto y la de control o evaluación de su ejecución.

a) La asignación del gasto. Comporta, en primer lugar, una tarea de visibilización, de reconocimiento formal de una necesidad, y de una eventual dotación –reconocimiento material o pecuniario-. En tal fase es particularmente relevante el trabajo que efectúan las mujeres en el cuidado del hogar y de la familia, que no han sido contabilizadas como parte de la economía productiva y restan desconocidas e infravaloradas. Se ha de reconocer las contribuciones remuneradas y no remuneradas, que diferenciadamente hombres y mujeres aportan en la producción de bienes y servicios. Así se plantea cómo valorar lo aportado, computándose como ingreso, y determinar una eventual remuneración –en la partida de gastos- en reconocimiento a tales tareas.

Asimismo, en tal momento, se han de decidir políticas presupuestarias equitativas e igualitarias destinadas a promover la igualdad de oportunidades con el fin de superar los roles sociales asignados. La planificación y estimación del presupuesto requiere unir, el conocimiento sobre los roles y las relaciones de género, y el conocimiento sobre el Derecho Presupuestario. Se ha de tener presente la existencia de una división social por razón del género, entre la vida privada y la vida pública. Al ámbito privado, se le asocian tareas relacionadas con la reproducción humana y se vincula a la esfera de actividad de la mujer. El ámbito de lo público se asocia a lo productivo y a la participación en los asuntos colectivos, y se vincula a la actividad del hombre. Es así, como las esferas sociales y las actividades que le son propias se asignan por razón del sexo haciendo difícil a los integrantes de uno y otro grupo la realización de las actividades del otro. Por ello es necesario la superación de las barreras creadas entre el género masculino y femenino, de manera que lo público no sea el ámbito exclusivo de lo masculino ni lo privado de lo femenino. Tal perspectiva requiere no tan solo posibilitar el acceso a los ámbitos tradicionalmente acotados a cada género sino el consensuar los valores imperantes para que dicho acceso sea fluido.

Sobre el reconocimiento y valoración de las tareas de cuidado del hogar y de los miembros del mismo –personas mayores e infancia- las posibles medidas adoptar son variadas y pueden girar, bien en torno a un reconocimiento público –mera visibilización o reconocimiento formal-, o bien en el establecimiento de un beneficio patrimonial –reconocimiento pecunia-

rio-, ya sea dejando de ingresar, como deducción fiscal, ya sea como prestación pública e incluso cabe una medida mixta. La Ley gallega 7/2004, de 16 de julio para la igualdad propone el reconocimiento formal de la aportación al trabajo domestico si bien en una cuenta satélite. Se trata de un reconocimiento contable en un ámbito desgajado de la Ley presupuestaria. Así señala su Exposición de Motivos "Hace falta que cualquier iniciativa legislativa destinada a promover el acceso de las mujeres al mercado laboral retribuido en condiciones de igualdad tome en consideración el trabajo gratuito que realizan estas en el ámbito doméstico, ya que el trabajo no remunerado que se realiza en los hogares de Galicia ha condicionado tanto el marco analítico como las políticas de integración de las mujeres en el empleo remunerado. En Galicia la mayor parte de la población ve garantizada su supervivencia y bienestar a través de redes familiares constituidas mayoritariamente por mujeres, una contribución que es necesario valorizar y reconocer públicamente. El Gobierno gallego acaba de dar un paso en esta dirección elaborando y difundiendo una cuenta satélite de producción doméstica de Galicia; según la misma, la valoración económica de los servicios domésticos y personales no remunerados y destinados al autoconsumo estima un valor añadido bruto generado para el año 2003 de 15.150 millones de euros, lo que supone el 37% del producto interior bruto."

Así es posible adoptar otras perspectivas que introduzcan otras variables para que el gasto resulte más equitativo en términos de género. En tal contexto existen dos categorías de gastos a considerar:

1º Los gastos o inversiones orientadas específicamente a garantizar la implantación de la igualdad de oportunidades. En tal contexto no solamente se integran los destinados a la acción positiva sino también los que fomentan la cultura de igualdad, al cambio de patrones y roles sociales.

2º Los gastos, que si bien son genéricos destinados a toda la ciudadanía, poseen especial impacto en claves de género. Son los gastos destinados al cuidado humano y reproducción. Partiendo de una clasificación de gastos tradicional se pueden adoptar nuevas perspectivas transversales de género que contextualizan y explicitan las diversas realidades en función del rol que se ocupa en el contexto social.

En el plano de los ingresos cabría plantear el reconocimiento presupuestario de la aportación social que supone las tareas de cuidado de las mu-



eres como trabajo voluntario no remunerado pero valioso socialmente. El trabajo no remunerado, voluntario e informal, proviene prioritariamente de la mano de obra femenina desarrollado en el ámbito del cuidado y tareas domésticas. Mientras que el trabajo formal remunerado proviene de la masculina.

En tal contexto también resulta de gran relevancia las técnicas presupuestarias empleadas pues la forma o técnica de elaboración y aprobación de los presupuestos condiciona al contenido de los presupuestos, de modo que influye tanto en la decisión de en qué y cómo se gasta. Por ello es importante determinar las actividades de la Administración en función de la obtención de un resultado que responda a los objetivos propuestos, estimando su coste, en definitiva, se ha de tener presente la clasificación del gasto público en programas –vide arts. 35 y 40 de la Ley General Presupuestaria-. Esta técnica integra una visión más dinámica y permite un seguimiento en programaciones plurianuales. Asimismo, permite medir con mayor precisión el grado de eficiencia en la asignación de los recursos. En tal sentido en los Presupuestos Generales del 2009 se establece el programa de promoción de la mujer cuya configuración técnica ha sido criticada en relación a otros periodos. En concreto PIÑA GARRIDO, refiriéndose al Presupuesto de 2004, por no establecer con claridad un gran objetivo estratégico ni una adecuada ordenación del resto de los objetivos<sup>17</sup>.

b)El control presupuestario. Se ha de evaluar el logro de objetivos importantes para las mujeres, además de para los hombres. En tal contexto resulta muy relevante la evaluación del gasto efectivamente realizado y su adecuación, no solamente a la legalidad sino también, y sobre todo, de acuerdo a su eficacia. Eficacia en la consecución de los objetivos a los que se destinaban los créditos aprobados, para determinar cómo se han cumplido las prioridades establecidas, con carácter general y, específicamente en lo que se refiere a igualdad de oportunidades entre mujeres y hombre en la distribución de recursos y servicios públicos. En tal contexto resultaría de gran relevancia que el Tribunal de Cuentas –supremo órgano de fiscalización externa del sector público- emitiera de forma específica y expresa un juicio sobre la adecuación de los objetivos pretendidos a los medios utilizados en los programas que hagan referencia o tenga alguna repercusión a las políticas de oportunidades. En la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado para 2009 -Orden EHA/1301/2008, de

<sup>17</sup> PIÑA GARRIDO, M<sup>a</sup>. D.:*Hacia una gestión por objetivos con la nueva Ley General presupuestaria*. REDF. Civitas. 2004. 2004, pág. 340.

6 de mayo,- se recoge, siguiendo la trayectoria introducida por la Orden EHA/857/2005, que la Comisión de análisis de Programas evaluara como una de sus funciones el impacto de los programas de gasto en igualdad de género. También dentro de la clasificación de programas de gasto dentro de 23. *Servicios Sociales y Promoción Social se incluye el 232B. Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. También se prevé en los presupuestos generales de 2009 un plan de actuación -el 00010- el Plan de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.*

Por su parte el legislador autonómico se ha mostrado sensible y reconoce la virtud transformadora del gasto presupuestario en material de género, así cabe señalar la Ley gallega 7/2004, de 16 de julio para la igualdad hace expresa mención como objetivo para erradicar los prejuicios de género en su art. 5 "4. Estas medidas irán acompañadas de los oportunos programas y consignaciones presupuestarias para que todas las cargas doméstico-familiares sean objeto de corresponsabilidad familiar y reciban la protección económica y social correspondiente." También la ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía prevé expresamente un enfoque de género en el presupuesto a través de dos mecanismos principalmente; la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda con la emisión de un informe de evaluación de impacto de género sobre el anteproyecto de Ley del Presupuesto, mediante el impulso de anteproyectos de las diferentes consejerías con perspectivas de género y realizando auditorías de género en las Consejerías, empresas y organismos de la Junta de Andalucía<sup>18</sup>.

La igualdad de oportunidades es un ámbito que necesita aplicarse y ser aplicado con una visión transversal y compleja. Así la justicia del gasto no solamente nos indica un reparto equilibrado del mismo sino, y sobre todo, un gasto equilibrado en términos de género superador de los condicionantes sociales que perpetúan situaciones de inequidad. El Derecho Financiero ofrece la posibilidad de incorporar múltiples y variados meca-

.....  
<sup>18</sup> Artículo 8. 1. El Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía será un elemento activo en la consecución de forma efectiva del objetivo de la igualdad entre mujeres y hombres; a tal fin, la Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos, dependiente de la Consejería de Economía y Hacienda, con participación del Instituto Andaluz de la Mujer, emitirá el informe de evaluación de impacto de género sobre el anteproyecto de Ley del Presupuesto. 2. La Comisión de Impacto de Género en los Presupuestos impulsará y fomentará la preparación de anteproyectos con perspectiva de género en las diversas Consejerías y la realización de auditorías de género en las Consejerías, empresas y organismos de la Junta de Andalucía





nismos para aplicar políticas de género más globales e integradoras. Para ello también es preciso abandonar la concepción de que el Derecho Presupuestario es un mero instrumento, exclusivamente técnico y oscuro, de un cuerpo normativo siempre mutable y excesivamente instrumentalizado por la política económica. Es hora de reivindicar un uso más social del Derecho Financiero.





## CIUDADANÍA, GÉNERO Y URBANISMO

*Laia Soriano-Montagut Jené*  
*Abogada urbanista*

### Resumen

La ordenación urbanística de la ciudad, su estructura socioeconómica y demográfica, su carácter sociocultural y su uso por parte de los diferentes colectivos que habitan e interaccionan en ella, influyen en el día a día de la ciudadanía y dan pautas de comportamiento para su convivencia pacífica.

En este sentido, cuando se modifica la ordenación física de la ciudad, ya sea a través de operaciones de rehabilitación, de reforma interior, de remodelación urbana o de transformación de usos, se afecta directamente a la vida de las personas que habitan en ella, en sus relaciones y comportamientos. Asimismo, cuando las pautas de convivencia se modifican, el uso de los espacios públicos también se altera respecto su estado anterior.

Esta presentación espera motivar a los colectivos con menos incidencia (mujeres, menores, tercera edad, inmigrantes, otros) a participar y aportar sus necesidades en procesos de transformación urbanística y en la construcción de espacios públicos, con el fin de hacer ciudades más seguras y cohesionadas.

En concreto, los objetivos que se persiguen son:

- En primer lugar, reflejar que la ordenación urbanística, en muchos casos, se ha llevado a cabo sin hacer la suficiente prospectiva en relación con diversos factores, sobretodo respecto a las cuestiones de género o el fenómeno de la inmigración.
- En segundo lugar, dejar constancia que muchas cuestiones relacionadas con la seguridad ciudadana o bien con la percepción de inseguridad en los espacios públicos de las ciudades y pueblos requiere del conocimiento, vivencias y sensaciones de las personas que habitan o bien transitan en ellos, enfatizando, de nuevo, los colectivos más vulnerables o menos representados (mujeres, menores, tercera edad, inmigrantes, otros).



- En último lugar, abrir la puerta a la posibilidad de crear e innovar procedimientos o instrumentos jurídicos que garanticen los objetivos citados.

Hay que tener en cuenta que el estudio de la seguridad ciudadana necesita de otros parámetros más allá de datos criminológicos. La morfología, la superficie y el contenido de la ciudad influyen directamente en las relaciones humanas y en las “normas” de convivencia, como también en sus niveles de seguridad.

Con todo esto sería óptimo captar, no sólo el interés de estos colectivos con menos representación o fuerza social, sino también el de las diferentes administraciones públicas y entidades competentes (institucionales, urbanísticas, sociales, otras) para reforzar la estructura social y la convivencia de nuestra sociedad y de las futuras.

## **I – Introducción**

Las ciudades y los pueblos son el reflejo de la sociedad y la huella de su historia. Su territorio ha ido soportando e irá acumulando las diversas transformaciones, remodelaciones, interacciones y actividades que se vayan desarrollando.

El urbanismo no se limita al estudio de los pueblos y de las ciudades sino que alcanza todas las cuestiones relacionadas con el uso del territorio en su conjunto. Este carácter poliédrico de la ciudad hace que su estudio se pueda abordar desde una multiplicidad de ángulos y que pueda ser objeto de diversas materias, como la arquitectura, la demografía, la geografía, la sociología, el urbanismo, la economía, el derecho, la seguridad, entre otros.

Esta reflexión pretende poner en común algunas de las materias mencionadas, en concreto la seguridad ciudadana, la sociología con el urbanismo. Es necesario conocer las calles, plazas, rincones, los movimientos y estructuras sociales, dinámicas generacionales, etc, para comprender el comportamiento y los actos de sus ciudadan@s. Carece de sentido y peor aún, de autoridad, el establecimiento de normas sociales sin saber a qué público se dirige, cómo es y cuáles son sus necesidades e inquietudes.

Como he citado en el resumen, la ordenación urbanística de la ciudad, su estructura socioeconómica y demográfica, su carácter sociocultural y su uso por parte de los diferentes colectivos que habitan e interaccionan en ella, influyen en el día a día de la ciudadanía y dan pautas de comporta-



miento para su convivencia pacífica. Cuando se modifica la ordenación física de la ciudad, ya sea a través de operaciones de rehabilitación, de reforma interior, de remodelación urbana o de transformación de usos, se afecta directamente a la vida de las personas que habitan en ella, en sus relaciones y comportamientos. Asimismo, cuando las pautas de convivencia se modifican, el uso de los espacios públicos también se altera respecto su estado anterior.

Actualmente y a raíz de los cambios sociales, la llegada de personas de otros países “extranjeros” / “inmigrantes” con sus culturas, las nuevas estructuras de mercado, la falta de perspectiva de los planes urbanísticos existentes, entre otras cosas, ha comportado de que la administración pública haya tenido que repensar los modelos de ciudades hacia criterios de sostenibilidad, cohesión e integración social, participación ciudadana, intervención en la gestión del conflicto en el espacio público, y de otros aspectos relacionados con la ciudad.

En las sociedades, cada vez más complejas, surgen necesidades que anteriormente no existían, por lo que las administraciones públicas deben actualizarse y ofrecer a la ciudadanía los mecanismos/servicios básicos para lograr una sociedad pacífica, igualitaria, integradora y competitiva.

Por todo ello desde los poderes públicos hay que propiciar la transversalidad y pluridisciplinariedad en la búsqueda de instrumentos jurídicos y prácticos para ser eficientes y eficaces con las necesidades de la sociedad; en concreto para el desarrollo de ciudades y sus transformaciones, y fortalecer jurídicamente la necesidad de contemplar aspectos de seguridad ciudadana con el diseño urbano.

La ciudadanía no tiene porqué soportar actos ilícitos incluso comisiones de delitos que, desde la administración (vertiente política –gobernantes- y vertiente técnica) como

mediante su interlocución entre sus otras áreas técnicas, ciudadanos y entidades, **puedan prevenirse** mediante una buena planificación urbana y del espacio público de las ciudades.

La participación de distintos agentes del territorio, los *stakeholders del territorio* tales como los ciudadanos (inmigrantes, autóctonos, mujeres, ancian@s, menores, etc), agentes económicos y sociales, asociaciones de vecinos, plataformas, colegios profesionales, etc, complementa y nutre la



tarea de los urbanistas y gobernantes; y es mediante su intervención que pueden detectarse aquellos espacios dónde haya, de un lado, percepción del miedo y sensación de inseguridad, y de otro, peligros reales y conductas “incívicas” con el fin de que, cuando haya que “re-hacer ciudad”, pueda garantizarse una convivencia pacífica.

## II- Antecedentes

Un buen ejemplo del interés sobre estas materias lo encontramos en los años 60 en Estados Unidos a través de la obra de Jane Jacobs “*The Death and life of Great American Cities*” en 1961. Jacobs se dio a conocer, a nivel internacional, como una de las críticas de mayor influencia del urbanismo del siglo XX. Jacobs apostaba por la densidad y la mezcla en la organización de las comunidades, y se mostraba reacia a la expansión incontrolada de las ciudades. Según la autora, cada ciudad “debería ser ella misma”, con sus diferencias.

En su obra se remarca la necesidad de hacer ciudades más cohesionadas y con más vida en la calle, su libro ponía de relieve que el elemento de seguridad principal es “tener un ojo en la calle”, es decir, presencia de actividad, movimiento, edificios con acceso en la calle, ventanas que “miran” a la calle y, en segundo lugar, cree que la seguridad urbana depende de la identidad del territorio, es decir, una persona protege y respeta el lugar que siente como propio.

En la década de los 70, Oscar Newman, profesor de arquitectura de la Universidad de Columbia, Nueva York, se propuso transformar la visión de la seguridad en las ciudades mediante instrumentos prácticos y aplicables (proyectos). En esta línea publicó el documento *Defensible space: crime prevention through urban design* el cual establece principios básicos para la planificación y el diseño urbano.

Hacia los 80, la ciudad de Toronto moderniza la política de prevención mediante el “safe city”. Estudia la percepción de la seguridad y el miedo a la criminalidad, y considera los componentes más vulnerables de la población (mujeres, niñ@s, tercera edad, minorías) para tomar medidas de seguridad necesarias para llevar cabo políticas de prevención.

A finales de los 90, desde la Unión Europea se elaboró el *Dictamen del Comité de las Regiones, de 18 de noviembre de 1999, sobre « La delincuencia y la seguridad en las ciudades »*, el cual vinculaba el estudio de la delincuencia en las ciudades con el urbanismo.



Este informe mostraba que desde el urbanismo hay que intentar dar respuesta a esas situaciones estructurales que generen inseguridad como la degradación urbana, y que en su renovación o bien en nuevas construcciones hay que tener en cuenta los aspectos de prevención de la violencia mediante una colaboración con diferentes profesionales e interlocutores (planificadores, residentes, autoridades encargadas de la seguridad, etc).

De este informe hay que destacar la importancia que da al diseño urbano y a la planificación urbanística a la hora de estudiar la delincuencia en las ciudades, y la necesidad de la colaboración (participación) en procesos de transformación urbana entre diferentes profesionales e interlocutores.

Hoy en día, la Unión Europea diseña estrategias y buenas prácticas entorno la prevención ambiental del crimen, mediante diversos organismos y comités, como por ejemplo CEN, AFNOR.

### **III- Disposiciones normativas de incidencia**

La legislación estatal española y autonómica catalana no prevén expresamente la relación entre la ordenación urbanística y la seguridad ciudadana. En nuestro ordenamiento jurídico no hay documentos jurídicos ni buenas prácticas o directrices que contengan cómo “rehacer” o transformar la ciudad teniendo en cuenta mecanismos para prevenir la delincuencia o el incivismo. El resultado de una operación urbanística acaba siendo el producto de un conjunto de elementos y reglas técnicas, de un trámite de participación ciudadana, pero concluye, de nuevo, con el juicio del planificador y el político.

Aún así, hay que tener en cuenta que indirectamente la legislación urbanística y del suelo contienen una serie de principios y aspectos que contribuyen en la realización de ciudades más seguras.

En este sentido cabe destacar artículos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, derogada por el Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, que establece lo siguiente:

#### ***Preámbulo:***

*(...) Por razones tanto conceptuales como competenciales, la primera materia específica de que se ocupa la Ley es la del **estatuto de derechos***

**y deberes de los sujetos afectados**, a los que dedica su Título I, y que inspiran directa o indirectamente todo el resto del articulado. **Con este objeto, se definen tres estatutos subjetivos básicos que cabe percibir como tres círculos concéntricos:**

Primero, el de la **ciudadanía** en general en relación con el suelo y la vivienda, que incluye derechos y deberes de orden socio-económico y medioambiental de toda persona con independencia de cuáles sean su actividad o su patrimonio, es decir, **en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad del medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo.**

**Artículo 2.** Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible.

1. Las políticas públicas relativas a la regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tienen como **fin común la utilización de este recurso conforme al interés general y según el principio de desarrollo sostenible**, sin perjuicio de los fines específicos que les atribuyan las Leyes.

2. En virtud del principio de desarrollo sostenible, **las políticas** a que se refiere el apartado anterior **deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a la prevención y reducción de la contaminación**, y procurando en particular: (...)

**Artículo 4.** Derechos del ciudadano.

Todos los ciudadanos tienen derecho a:

e) **Participar efectivamente en los procedimientos de elaboración y aprobación** de cualesquiera instrumentos de ordenación del territorio o de ordenación y ejecución urbanísticas y de su evaluación ambiental mediante la formulación de alegaciones, observaciones, propuestas, reclamaciones y quejas y a obtener de la Administración una respuesta motivada, conforme a la legislación reguladora del régimen jurídico de dicha Administración y del procedimiento de que se trate.





Pero la legislación que entra más al detalle es la urbanística catalana, pues pretende dar respuesta a muchas de las cuestiones citadas, sobre todo el artículo 69 del Reglamento de la Ley de Urbanismo así como el articulado de la Ley de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial. Seguidamente se citan los artículos más destacados:

*Artículo 3 TRLU Concepto de desarrollo urbanístico sostenible*

*1. El desarrollo urbanístico sostenible se define como la utilización racional del territorio y el medio ambiente y comporta combinar las necesidades de crecimiento con la preservación de los recursos naturales y de los valores paisajísticos, arqueológicos, históricos y culturales, con el fin de garantizar la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras.*

*2. (...) comporta también la configuración de modelos de ocupación del suelo que eviten la dispersión en el territorio, favorezcan la cohesión social, consideren la rehabilitación y la renovación en suelo urbano, atengan la preservación y la mejora de los sistemas de vida tradicionales en las áreas rurales y consoliden un modelo de territorio globalmente eficiente.*

*3. El ejercicio de las competencias urbanísticas debe garantizar, de acuerdo con la ordenación territorial, el objetivo del desarrollo urbanístico sostenible.*

*Artículo 9 TRLU Directrices para el planeamiento urbanístico*

*1. Las administraciones con competencias en materia urbanística deben velar para que las determinaciones y la ejecución del planeamiento urbanístico permitan llevar a cabo, en beneficio de la seguridad y el bienestar de las personas, unos niveles adecuados de calidad de vida, de sostenibilidad ambiental y de preservación frente los riesgos naturales y tecnológicos.*

*57.6. TRLU (versión Decreto ley) Planes de ordenación urbanística municipal:*

*Las reservas para la construcción de viviendas de protección pública deben emplazarse evitando la concentración excesiva de viviendas de este tipo, de acuerdo con lo que establece el artículo 3.2, para favorecer la cohesión social y evitar la segregación territorial de los ciudadanos por razón de su nivel de renta.*

**Artículo 69. RLU (es el artículo más importante ya que entra, en buena parte, en el fondo de la cuestión)**

69.5 También debe formar parte de la **memoria social** una evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género, así como respecto a los colectivos sociales que requieren atención específica, tales como los inmigrantes y la gente mayor, con el objeto de que las decisiones del planeamiento, a partir de la información sobre la realidad social contribuyan al desarrollo de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, así como favorecer a los otros colectivos merecedores de protección. Esta evaluación del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del género y respecto a determinados colectivos sociales debe contener:

a) Una diagnosis de la situación a partir del análisis de la información sobre la población a la cual afecta el plan, la identificación de los roles de género de los diferentes colectivos afectados, las necesidades de bienestar y estrategias de mujeres y hombres y los otros colectivos en el ámbito

b) La **valoración del impacto social y de género del plan, la cual comprende:**

1r. La justificación de la coherencia de la ordenación propuesta con las necesidades detectadas de las mujeres y los hombres y de los otros colectivos por lo que respecta en especial a los parámetros de accesibilidad, movilidad, seguridad y uso del tejido urbano, teniendo en cuenta particularmente las necesidades de las personas que realicen las tareas de cuidado y gestión doméstica, así como las que reciban esta atención.

2n. Medidas o determinaciones previstas en el plan que contribuyan al desarrollo de los objetivos de igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres, así como entre los diversos grupos sociales.

3r. Previsión de como incidirá la ordenación propuesta sobre la situación originaria de mujeres y hombres y de los otros colectivos.

Por tanto, aunque no se prevea en concreto, este documento de **memoria social** regulado en el Reglamento de la Ley de Urbanismo de Cataluña, a parte de contener las medidas de vivienda social, hace un análisis exhaustivo del impacto de la ordenación urbanística propuesta en función del gé-



nero y respecto a determinados colectivos sociales, identifica los roles de género de los diferentes colectivos afectados, las necesidades de bienestar y estratégicas de mujeres y hombres y los otros colectivos en el ámbito.

La otra legislación catalana de vital conocimiento citada anteriormente, que entra de lleno en la **regeneración de barrios y áreas urbanas**, es la **Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial y su reglamento**.

En el preámbulo de esta Ley se menciona que:

*“En algunas áreas de las ciudades de Cataluña padecen problemas urbanísticos y sociales importantes que, a veces, en lugar de resolverse, aún tienden a agravarse. Destacan algunas áreas donde se concentran **procesos de regresión urbanística, problemas demográficos (causados por la pérdida o el crecimiento excesivo de la población) y carencias económicas y sociales. Son, en muchos casos, barrios viejos o núcleos antiguos, extensiones suburbanas hechas sin una planificación ni una dotación de equipamientos adecuados, polígonos de viviendas o áreas de urbanización marginal estas zonas, donde confluyen problemas de naturaleza diversa, que afectan en muchos casos al estado de conservación de las edificaciones, la urbanización y las redes de servicios; la existencia de espacios públicos; la dotación de equipamientos; la concentración de grupos de ciudadanos con necesidades especiales; la accesibilidad viaria y en transporte público; el desarrollo económico; la actividad comercial, y la seguridad ciudadana. Estas circunstancias afectan negativamente el bienestar de los ciudadanos que viven en estas áreas y son un impedimento para la cohesión social y el desarrollo económico.**”*

En el articulado se detallan las actuaciones susceptibles de ser financiadas, las cuáles deben contener intervenciones en alguno de los siguientes campos:

*Artículo 5 Actuaciones susceptibles de ser financiadas:*

**a) La mejora del espacio público y la dotación de espacios verdes.**

**b) La rehabilitación y el equipamiento de los elementos colectivos o comunes de los edificios.**

**c) La provisión de equipamientos para el uso colectivo.**

**f) La equidad de género en el uso del espacio urbano y de los equipamientos.**

**g) El desarrollo de programas que comporten una mejora social, urbanística y económica del barrio.**

**h) La accesibilidad y la supresión de barreras arquitectónicas.**

Esta Ley pretende que, en determinados barrios y áreas urbanas de Cataluña que requieren una atención especial de la Administración pública, se emprendan acciones de intervención integral, dirigidas tanto a la rehabilitación física como a la sostenibilidad ambiental, el bienestar social y la dinamización económica. Estas acciones deben ir destinadas a la comunidad entera del barrio o área afectados para lograr que el espacio y los equipamientos públicos sean factores de desarrollo social y personal, generadores de tejido social y cultural, lugares que favorezcan la cohesión e identificadores sociales y culturales.

Desde las convocatorias iniciadas en el año 2004 hasta la del 2008, ya se han aprobado 93 proyectos (22 proyectos aprobados el 2008; 24 el 2007; 17 el 2006; 17 el 2005 y 13 el 2004).

#### **IV - Consideraciones**

**1. Reflejar que la ordenación urbanística, en muchos casos, se ha llevado a cabo sin hacer la suficiente prospectiva en relación con diversos factores, sobre todo respecto a las cuestiones de género, seguridad ciudadana o el fenómeno de la inmigración.**

- **Modernizar y potenciar conceptos a la hora de planificar urbanísticamente las ciudades, regenerarlas y hacer diseño urbano** (sostenibilidad, convivencia pacífica, cohesión social, conectividad, regeneración, multifuncionalidad, diversidad, complejidad).
- **Superar el tecnicismo** de arquitectos e ingenieros y abrir la puerta a otros profesionales y habitantes de un lugar.

**2. Dejar claro que muchas cuestiones relacionadas con la seguridad ciudadana o bien con la percepción de inseguridad en los espacios públicos de las ciudades y pueblos requiere del conocimiento, vivencias y sensaciones de las personas que habitan o transitan en**



**ellos, enfatizando, de nuevo, los colectivos más vulnerables o menos representados (mujeres, menores, ancian@s, inmigrantes, otros).**

- **Especial énfasis a las cuestiones de género** (percepción de la mujer, inmigración y necesidades de colectivos más olvidados, niñ@s, 3a edad, sin techo).
- **Percepción de inseguridad en determinados espacios públicos:** es muy importante recoger la información de sus residentes y transeúntes, sobretodo escuchar y hacer participar a la mujer para que indique aquellos elementos constructivos, mobiliario urbano, incluso diseño de plazas, calles, etc que transmitan inseguridad, incluso “miedo” a que puedan llegar a ser “puntos negros” dónde cometer delitos.
- **Seguridad ciudadana y diseño urbano,** interlocución entre:
  - o administraciones, a nivel territorial y en función de la materia
  - o residentes de la zona + *stakeholders* del territorio (de distinta índole y género)
  - o mediadores entre ámbos (hace más fácil el diálogo y la comprensión. Más objetividad).
  - o **Contrastar la información con datos policiales o judiciales** (posibles denuncias o delitos), sobre todo cuando se trate de barrios, zonas o áreas dónde se producen altercados con frecuencia.

**3. Abrir la puerta a la posibilidad de mejorar, incluso crear, procedimientos o instrumentos jurídicos que garanticen los objetivos citados. Posibles mecanismos para mejorar cualitativamente las transformaciones urbanísticas de ciudades y remodelación de sus espacios públicos:**

3.1. Distintos niveles de participación **en la fase preliminar** del proyecto o plan:

- o **Procesos de participación con los residentes:** escuchar y llamar a la población, residentes del barrio o zona objeto de transformación para detectar y recoger sus reivindicaciones más destacables. Luego ponerlo en común con las necesidades objetivas del barrio o área.

- **Interlocución con otros profesionales:** sociólogos, criminólogos, mediadores, policías... para recabar información sobre las zonas o áreas objeto de transformación urbanística. Especial atención con esas partes de la ciudad con problemas sociales o delincuenciales dónde hay que acentuar este proceso y encontrar soluciones preventivas mediante el diseño urbano, cooperación interadministrativa para una convivencia pacífica.
- **Interlocución entre administraciones y entidades:** recabar las perspectivas sectoriales de las distintas administraciones antes de empezar a redactar el plan para hacerlo, desde un principio, lo más integral y completo posible. Recabar también las necesidades de las entidades de vecinos, comercios, locales, etc de la zona para tener otra visión e información de las circunstancias y vivencias del lugar.
- **Proceso específico de participación o bien que se incorpore dentro de éste con mujeres, menores, 3a edad e inmigrantes de la zona:** el objetivo de este proceso concreto se basa en que las mujeres indiquen esos lugares del barrio o zona que les transmitan inseguridad, ya sea por su oscuridad (incrementar alumbrado), existencia de barreras arquitectónicas, infraestructurales o constructivas (repensar su diseño urbano), por su localización apartada del núcleo urbano o bien por la degradación de su entorno, por su falta de transeúntes a partir de una determinada hora; por su carencia de espacios dónde poder pasear, etc.

Recabar estas percepciones también por parte de l@s menores, 3a edad así como de l@s inmigrantes.

Por tanto, detección, localización y posible superación de los lugares que transmitan inseguridad, ya sea des del punto de vista de la mujer (delitos sexuales, robos, inseguridad indeterminada, etc) como también desde los colectivos de menores, 3a edad, inmigrantes, ("miedo" o temor a bandas, no poder jugar en lugares por estar ocupados por otros colectivos, racismo, robos con violencia, etc).

- **Establecer directrices o parámetros para el diseño de espacios públicos seguros y para operaciones de transformación urbanística integrales:**
  - **por un lado establecer directrices de carácter general para cualquier proceso urbanístico;**



- **y por otro lado, establecer directrices o parámetros para cada caso en concreto, en función de las características del lugar y del resultado del proceso concreto de participación detallado en el punto anterior,** desde un punto de vista de género y cohesión social. Ya sea por parte del departamento de urbanismo como también de la policía.

**4. Las distintas administraciones públicas** (por ejemplo, administración local y autonómica) y desde las distintas áreas (**urbanismo, seguridad, etc**) **convocuen reuniones para hacer el seguimiento de estas cuestiones y proponer nuevos instrumentos.**

## V – Conclusiones

Por todo esto, es necesario fomentar políticas destinadas a:

1. Trabajar transversalmente con las distintas administraciones (urbanismo, policía, servicios sociales, economía, etc.) y definir sus metodologías de trabajo.
2. Conocer el origen de los problemas en los espacios públicos (cuestiones de género, minorías étnicas, altercados, sin techo, drogas, etc) > hacer prevención y establecer directrices.
3. Mejorar o reformular procedimientos o instrumentos jurídicos (la legislación urbanística es muy compleja y llena de legislación sectorial de aplicación, por lo que hay que ser prudente a la hora de hacer nuevas normas) que garanticen los objetivos citados en el apartado IV – Consideraciones.
4. Planificar urbanísticamente la ciudad > prospectiva > desde distintos ojos > a largo plazo (*stakeholders + aportaciones óptica policial*).
5. Re-construir ciudades vividas, no ciudades blindadas. Fomentar el uso compartido del espacio público por parte de todos los colectivos que conviven en la ciudad.
6. Ciudades multifuncionales + multiculturales + creativas (pensar en inmigrantes, ancian@s, menores, mujeres).
7. Integración social + equidad de género + conectividad entre barrios. Evitar la marginalidad física y social. Fomentar la cohesión social.

8. Espacios públicos vivos, dinámicos, complejos y controlados.
9. Identificación de la ciudadanía con el entorno dónde habita. Fomentar el sentimiento de pertinencia, generar espacios que se conviertan en referentes urbanos.
10. Participación de la ciudadanía para implicarla y fortalecer su relación con el entorno. Fomentar el patrimonio social.
11. Todo ello lleva implícito un incremento del control informal > reducción de la delincuencia > más seguridad y convivencia pacífica en los espacios públicos.

## VI - Bibliografía

- Jacobs, Jane: *The Death and life of Great American Cities*, New York, 1961.
- Bassols Coma, Martín: *Las relaciones entre la planificación territorial y la urbanística en la Ley de Urbanismo de Cataluña*. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente (RDU), nº 209, abril/mayo 2004.
- Parejo Alonso, L: *Manual de derecho administrativo*. Ed.Ariel, 1190, pàg.522 i ss.
- Parejo Alonso, L: *Urbanismo, política territorial y marco legal general*, RDU N.200, marzo 2003
- Pérez Andrés: *La ordenación del territorio en el estado de las Autonomías*. Madrid, 1998.
- Revilla Ariet, Roser: *El derecho urbanístico de Cataluña*. Institut d'Estudis Autònoms. Generalitat de Catalunya. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- Wilson, JQ; Kelling, G. "Broken windows". The Atlantic Monthly, 38, 29 marzo de 1982.
- Newman, Oscar, *Defensible space: crime prevention through urban design*. Nueva York: Mac Millan, 1972.
- Roché, S. *Le sentiment d'insécurité*. Paris: Puf, 1993.





- Dictamen del Comité de las Regiones de la Unión Europea de 18 de noviembre de 1999, sobre «*La delincuencia i la seguridad en las ciudades*».
- Unión Europea: *Carta europea de ordenación del territorio*. RDU n.82, 1983, pàg.119
- Ley 23/1983, de 21 de noviembre, de política territorial
- Ley 1/1995, de 16 de marzo, por la que se aprueba el Plan territorial general de Cataluña
- Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas
- Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de urbanismo
- Decreto 305/2006, de 18 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de urbanismo
- Decreto Ley 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística
- Real decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo
- Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren una atención especial
- Decreto 369/2004, de 7 de septiembre, por el que se desarrolla la Ley 2/2004, de 4 de junio, de mejora de barrios, áreas urbanas y villas que requieren atención especial
- Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona”, BOPB núm. 20 de 24.1.2006.





## TIPIFICACIÓN DEL FEMICIDIO / FEMINICIDIO: OTRA VÍA HACIA EL ABANDONO DE LA NEUTRALIDAD DE GÉNERO EN EL DERECHO PENAL FRENTE A LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

Patsilí Toledo Vásquez<sup>1</sup>

En 2007 y 2008 han sido aprobadas leyes que introducen el crimen de *femicidio* en la normativa penal de Costa Rica<sup>2</sup> y Guatemala<sup>3</sup>, las primeras en un proceso de debate político y legislativo que también se lleva adelante en otros países latinoamericanos<sup>4</sup>. Estas nuevas leyes brindan reconocimiento jurídico expreso<sup>5</sup> a un fenómeno de alcance global que ha comenzado a ser *nombrado* y visibilizado como tal desde hace más de una década, desarrollándose en esta región como uno de los temas más interesantes y complejos en el plano teórico y político sobre violencia contra las mujeres en la actualidad.

A través de estas nuevas leyes se introduce con más fuerza la visión jurídico penal a la reflexión y discusión en torno a esta forma extrema de violencia contra las mujeres, hasta ahora fundamentalmente desarrollada desde aproximaciones sociológicas y antropológicas. Sin embargo, desde la perspectiva penal, estas nuevas tipificaciones en Latinoamérica no se encuentran al margen de una tendencia ya marcada por legislaciones penales europeas –sueca y española, en particular– que en los últimos años, de igual forma, abordan la violencia contra las mujeres a través de normas que abandonan expresamente el paradigma de la neutralidad de las leyes penales. Desde esta perspectiva, es posible entender la tipificación del fe-

<sup>1</sup> Abogada, investigadora invitada del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Realiza su investigación doctoral en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, donde también integra el Grupo de Investigación Antígona.

<sup>2</sup> *Ley para la Penalización de la Violencia contra la Mujer*. Ley N.º 8589. Publicada en *La Gaceta* el 30 de mayo de 2007.

<sup>3</sup> *Ley contra el Femicidio y otras formas de Violencia contra la Mujer*. Decreto N.º 22-2008 del Congreso de la República de Guatemala, publicado en el *Diario de Centro América* el 7 de mayo de 2008.

<sup>4</sup> Existen proyectos de ley o iniciativas legislativas en este sentido en Chile, Paraguay, México y las Entidades Federativas mexicanas de Chihuahua y Sinaloa.

<sup>5</sup> El único antecedente lo constituye la *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, de México (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1 de febrero de 2007), que alude expresamente a la *violencia feminicida*, concepto a partir del cual se articulan diversas medidas de prevención y de protección de las mujeres.

*micidio* no sólo como la penalización de un fenómeno de relevancia global, sino también como la cristalización más clara de una tendencia penal que se desarrolla desde hace más de una década y que se extiende más allá de las fronteras de los países latinoamericanos.

## 1. Antecedentes y desarrollo conceptual

La expresión *femicidio* (*femicide*) es desarrollada como categoría teórica y política especialmente por la académica Diana Russell desde principios de los noventa, para denominar así los asesinatos de mujeres cometidos *por razones de género o por el hecho de ser mujeres*<sup>6</sup>. De esta manera, se incluyen dentro de esta categoría tanto los homicidios de mujeres cometidos por sus maridos o novios, como los cometidos por otros conocidos o extraños siempre que exista una motivación de género -o sexista- en su acción, como ocurre en los casos de violencia sexual y homicidio, homicidios seriales o masivos de mujeres, los homicidios de mujeres por honor o por dote, en ciertos países, etc.

El término inicialmente desarrollado por Russell posee, sin embargo, una amplitud mayor a lo que *penalmente* se considera homicidio o asesinato, pues comprende también las muertes de mujeres como consecuencia de abortos clandestinos en los países en que no se reconocen suficientemente los derechos reproductivos de las mujeres, los suicidios de mujeres en contextos de violencia de género, las muertes de mujeres como consecuencia de intervenciones quirúrgicas innecesarias basadas en consideraciones de género -como cirugías plásticas e hysterectomías- o de la mutilación genital, o como consecuencia de la transmisión del VIH por parte de sus parejas íntimas<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva, también la práctica del aborto selectivo de fetos femeninos en países como India y China, es considerada una forma de femicidio, en atención a su sustrato sexista o misógino.

De esta forma, con el advenimiento de la expresión *femicidio* se hacen visibles y se *nombran* de una manera específica un amplio conjunto de muertes de mujeres que, hasta entonces, engrosaban indeterminadamente las esta-

<sup>6</sup> Caputi, Jane y Russell, Diana. *Femicide: Speaking the Unspeakable*. Ms. Magazine, Septiembre/Octubre, 1990. Una versión más amplia es publicada dos años más tarde: Radford, Jill y Russell, Diana. *Femicide: The Politics of Woman Killing*. New York, Twayne Publishers, 1992.

<sup>7</sup> Considerando la menor autodeterminación sexual de las mujeres al respecto y su mayor vulnerabilidad a la violencia sexual. Russell, Diana. *AIDS as Mass Femicide: Focus on South Africa*. En: Russell, D. y Harmes, R. *Femicide in Global Perspective*. New York, Teachers College Press, 2001.



dísticas criminales y sanitarias. Así, se transforma en una valiosa herramienta para la investigación y acción política feminista, dando un nuevo impulso a investigaciones y estudios en diversos países<sup>8</sup>, así como a un desarrollo teórico que busca describir de la manera más adecuada los diversos fenómenos que abarca este nuevo concepto.

Si bien este neologismo nace en el ámbito académico anglosajón, ha tenido un sustantivo desarrollo en países latinoamericanos. Entre las razones para esta particular acogida se encuentra el hecho que el surgimiento de la noción de femicidio se produce en una época en que también se dan grandes avances en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en torno a esta materia, avances que tienen un marcado énfasis en Latinoamérica. En efecto, durante la primera mitad de la década del noventa comienza el reconocimiento expreso en diversos instrumentos internacionales de la violencia contra las mujeres como grave violación de sus derechos humanos<sup>9</sup>, tendencia que adquiere gran desarrollo en Latinoamérica gracias a la fuerza política que posee el movimiento de mujeres de la región en ese momento histórico<sup>10</sup>. Así, mientras en Naciones Uni-

<sup>8</sup> Entre otros, en Latinoamérica: Carcedo, Ana y Sagot, Montserrat, *Femicidio en Costa Rica. 1990-1999*, San José (2000); Monárrez, Julia. *La cultura del feminicidio en Ciudad Juárez, 1993-1999* (2000); Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual y Corporación La Morada, *Femicidio en Chile* (2004); Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos (CCPDH), *Informe Regional: Situación y análisis del femicidio en la región centroamericana* (2006); Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), *Femicidio. Monitoreo sobre femicidio/feminicidio en Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana* (2008); Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH). *Femicidio: más allá de la violación del derecho a la vida. Análisis de los derechos violados y las responsabilidades estatales en los casos de femicidio de Ciudad Juárez* (2008); Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio. *Una mirada al femicidio en México. 2007-2008* (2008). En otros países: Crawford, Maria, y Rosemary Gartner. *Women Killing: Intimate Femicide in Ontario, 1974-1990* (1992); WILDAF (Women in Law and Development in Africa) *Femicide in Southern Africa* (1995); Adinkrah, Mensah, *Uxoricide in Fiji: The Sociocultural Context of Husband-Wife Killings* (1999); Brewer, Victoria E. y Derek Paulsen, *A Comparison of U.S. and Canadian Findings on Uxoricide Risk for Women with Children Sired by Previous Partners* (1999); Campbell, Doris W., Phyllis Sharps, Faye Gary, Jacquelyn Campbell y Loretta Lopez, *Intimate Partner Violence in African American Women* (2002); Campbell, Jacquelyn C., Daniel W. Webster y Nancy Glass, *The Danger Assessment Validation of a Lethality Risk Assessment Instrument for Intimate Partner Femicide* (2008), entre otros.

<sup>9</sup> La *Declaración y Programa de Acción de Viena*, de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (A/CONF.157/23) celebrada en junio de 1993, reconoce expresamente que la violencia contra las mujeres, en todas sus formas, viola sus derechos humanos. En diciembre de ese mismo año, la Asamblea General de Naciones Unidas adopta la *Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer* (Resolución 48/104).

<sup>10</sup> Ello se vincula con la fuerte participación del movimiento de mujeres en los procesos de recuperación de la democracia en países como Chile y Argentina, y su participación en los

das este reconocimiento se cristaliza únicamente a nivel de declaraciones, en el contexto interamericano se transforma en normativa internacional vinculante, a través de la adopción de la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres* o *Convención de Belém do Pará*, en 1994<sup>11</sup>.

La Convención se transforma en la base jurídica que permite insertar la recepción del concepto femicidio en esta región dentro en un proceso jurídico y político centrado en las obligaciones de los Estados frente a las diversas manifestaciones de la violencia contra las mujeres<sup>12</sup>. Ello permite la introducción de este nuevo concepto como una herramienta útil para evaluar la acción de los Estados y exigir la adopción de las medidas adecuadas para hacer frente a los más extremos casos de violencia contra las mujeres, en cualquier ámbito en que ésta se produzca<sup>13</sup>.

En el plano conceptual, en Latinoamérica, la categoría original de *femicidio* posee dos vertientes de traducción: como femicidio en algunos países y como feminicidio en otros, existiendo además un cierto grado de controversia a nivel teórico sobre el uso de uno u otro concepto<sup>14</sup>. Ello, sumado a la variedad de casos que se califican como femicidio/feminicidio en los diversos estudios e investigaciones de campo<sup>15</sup>, genera un escenario

---

frentes revolucionarios en Guatemala, Nicaragua y El Salvador, así como a la vinculación que se produce a través del exilio de diversas activistas desde el Cono Sur a otros países de la región. Ello incide en que el movimiento de mujeres tenga una estrecha vinculación con los gobiernos democráticos de la primera mitad de la década del noventa.

<sup>11</sup> Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, Brasil.

<sup>12</sup> En efecto, por ejemplo, se ha entendido que el deber de “actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer” –obligación de cumplimiento inmediato para el Estado, de acuerdo al Art. 7º b) de la Convención– comprende la obligación de conocer e investigar los patrones de violencia que afectan a las mujeres, por tanto, la obligación de generar información estadística en torno al femicidio o feminicidio, como parte de la actuación diligente del Estado para prevenir la violencia contra la mujer. (Audiencia Regional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Feminicidio en América Latina”, Octubre de 2005)

<sup>13</sup> La Convención incluye expresamente dentro del concepto de *violencia contra la mujer* aquella que provoque la muerte de ésta, ya sea en el ámbito familiar, de la comunidad o bien perpetrada o tolerada por el Estado (Arts. 1 y 2 de la Convención de Belém do Pará).

<sup>14</sup> Si bien este aspecto de la discusión sobrepasa el tema que se desarrolla en este artículo, diversas investigaciones confirman esta controversia. Ver, por ejemplo: Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer (CLADEM), *Feminicidio. Monitoreo sobre femicidio/feminicidio en Bolivia, Ecuador, Paraguay, Perú y República Dominicana*, Lima, 2008, p. 10.

<sup>15</sup> En la mayor parte de los países, uno de los focos de atención en las investigaciones se en-



conceptual -previo a las tipificaciones penales- particularmente complejo en la región.

La introducción de la palabra *femicidio* corresponde a la académica y política mexicana Marcela Lagarde, quien acuña esta noción para aludir a formas de violencia extrema que *pueden* conllevar la muerte de las mujeres<sup>16</sup> caracterizadas tanto por la misoginia en que se originan, como por la tolerancia -expresa o tácita- del Estado e instituciones frente a estas conductas. Desde esta perspectiva se releva el papel del Estado y sus instituciones en la preservación y reproducción de la sociedad patriarcal, en cuyas bases se encuentra la violencia contra las mujeres, en todas sus manifestaciones. Este planteamiento, además, coincide con un desarrollo jurídico en la región -recogido en la *Convención de Belém do Pará*- en que se reconoce la responsabilidad estatal en la violación de los derechos humanos más allá de los actos en que interviene directamente un agente del Estado, sino también en aquellos en que se cuenta con la aquiescencia, beneplácito o mera pasividad del mismo<sup>17</sup>, como ocurre en muchos casos de violencia contra las mujeres.

Con énfasis en estos elementos -misoginia y tolerancia del Estado- el concepto comienza a ser ampliamente utilizado por el movimiento de mujeres mexicano especialmente en la denuncia a nivel nacional e internacional, de numerosos crímenes contra mujeres en la frontera norte del país, conocidos globalmente como los emblemáticos casos de Ciudad Juárez, en Chihuahua, caracterizados tanto por su extrema crueldad como la impunidad en que permanecen. En Guatemala también ha sido adoptada la

---

cuenta en el llamado *femicidio íntimo* o de *pareja íntima* (Ver nota 8), mientras otros abarcan tipologías más detalladas para incluir también crímenes cometidos por desconocidos, como los paradigmáticos casos de la frontera norte de México.

<sup>16</sup> “El feminicidio está conformado por el conjunto de hechos violentos misóginos contra las mujeres que implican la violación de sus derechos humanos, atentan contra su seguridad y ponen en riesgo su vida. Culmina en la muerte violenta de algunas mujeres. Hay infinidad de sobrevivientes. Se consuma porque las autoridades omisas, negligentes o coludidas con agresores ejercen sobre las mujeres violencia institucional al obstaculizar su acceso a la justicia y con ello contribuyen a la impunidad. El feminicidio conlleva la ruptura del estado de derecho ya que el Estado es incapaz de garantizar la vida de las mujeres, de actuar con legalidad y hacerla respetar, de procurar justicia, y prevenir y erradicar la violencia que lo ocasiona. El feminicidio es un crimen de Estado.” Informe de la Comisión Especial para Conocer y Dar seguimiento a las Investigaciones relacionadas con los Femicidios en la República Mexicana y a la Procuración de Justicia Vinculada, Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión – LIX Legislatura. *Violencia Femenina en la República Mexicana*, 2006, p. 49.

<sup>17</sup> Al respecto, ver: OEA - Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Acceso a la Justicia para las Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007.

expresión feminicidio por parte del movimiento de mujeres, para enfatizar la responsabilidad del Estado y sus instituciones en la impunidad de crímenes que –a pesar de estar insertos en un contexto generalizado de grave violencia e impunidad<sup>18</sup>- poseen una naturaleza sexual y muestran una particular brutalidad, basada precisamente en el género. Asimismo, la reacción de instituciones del Estado frente a ellos<sup>19</sup> reviste características particulares que revelan también el componente sexista que posee la impunidad en estos casos.

Consecuencia de la visibilidad y denuncia a nivel global de estos casos, en muchos países, la expresión feminicidio suele ser relacionada únicamente con los masivos y crueles homicidios de mujeres en la frontera norte de México y otros países centroamericanos. Recoge esta visión, por ejemplo, el reciente pronunciamiento del Parlamento Europeo en torno al feminicidio en América Central y México<sup>20</sup> en que se alude específicamente a estos complejos crímenes caracterizados normalmente por el secuestro, violación, tortura y muerte de mujeres, probablemente vinculados con formas de criminalidad organizada y favorecidos por una elevada impunidad<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Maldonado, Alba Estela. El feminicidio en Guatemala. En: *Tipificación del Femicidio en Chile. Un debate abierto*. Red Chilena contra la Violencia Doméstica y Sexual (En prensa). De acuerdo a Maldonado, Guatemala continúa marcada por las consecuencias de un largo y cruento conflicto armado, que implicó la virtual desaparición del Estado, sumadas a un débil proceso de paz aún no consolidado. Entre los años 2004 y 2008 han muerto más de 25 mil personas de forma violenta, de ellas más de 2.500 eran mujeres. El promedio de muertes violentas diarias aumentó de 11 en 2004 a 16,4 en 2008. La mayor parte de estos crímenes permanece en la impunidad.

<sup>19</sup> *Ibidem*. Las estadísticas e informaciones oficiales ignoran las características de violencia de género en estos crímenes, y más grave aún, la corriente criminológica dominante define a las víctimas como “imprudentes, provocadoras, voluntarias y simuladoras”, pues en Guatemala, las mujeres víctimas resultan culpabilizadas, de modo que sus muertes son consideradas como consecuencia lógica de relaciones peligrosas o inapropiadas en las que se han involucrado.

<sup>20</sup> UE. Parlamento Europeo, *Resolución de 11 de octubre de 2007, sobre los asesinatos de mujeres (feminicidios) en México y en América Central y el papel de la Unión Europea en la lucha contra este fenómeno*. La Resolución, por ejemplo, señala: “D. Considerando que los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez y Guatemala se han caracterizado por una brutalidad excepcional, y que numerosas víctimas han sido objeto de violencia sexual, lo que constituye en sí mismo un trato cruel, inhumano y degradante; considerando que, en el caso de Ciudad Juárez, coinciden factores de crecimiento demográfico, flujos migratorios y la presencia de delincuencia organizada, y que un alto porcentaje de estos asesinatos se realizó en las zonas en donde operan las empresas llamadas maquiladoras, que carecen de las medidas de seguridad necesarias para proteger a las mujeres (...).”

<sup>21</sup> Resulta interesante constatar, sin embargo, que la expresión que ha alcanzado, hasta ahora, configuración penal en la región, es la de *femicidio* y no la de *feminicidio*. Esto resulta particularmente relevante en relación a Guatemala, país en el cual se había dado un uso más genera-





Sin embargo, como se ha señalado, las expresiones femicidio y feminicidio poseen, en cuanto categoría analítica, un contenido mucho más amplio que aquellos crímenes. Y si bien la mayor parte de los estudios al respecto excluyen tanto los casos en que no se produce la muerte de las mujeres –a diferencia del planteamiento inicial de Lagarde sobre el feminicidio– como aquellos en que no exista un delito de homicidio –incluidos en la formulación amplia de Russell–, se incluye en estas figuras todo homicidio de mujeres cometido por razones de género, tanto en la esfera privada como pública. En este sentido, la mayor parte de los estudios e investigaciones en diversos países se enfocan únicamente en un cierto tipo de femicidio/feminicidio –especialmente el llamado *femicidio íntimo* o de *pareja íntima*, en estudios anglosajones y países latinoamericanos como Chile y Costa Rica– o bien desarrollan amplias tipologías dentro de las categorías femicidio o feminicidio, para precisar los casos que serán objeto de investigación.

Por ello, surge en los últimos años en países latinoamericanos –y en particular en México–, la necesidad de diferenciar dentro de la categoría feminicidio los diversos crímenes que se comprenden en ella, a fin de poder determinar más adecuadamente sus características, prevalencia, así como las características de la reacción de los órganos de justicia frente a ellos<sup>22</sup>. Esto ha sido especialmente planteado a partir de la necesidad de analizar particularmente los *feminicidios idiosincráticos* de Chihuahua y Ciudad Juárez<sup>23</sup>, que revisten una gravedad y complejidad específicas tanto en lo criminal como en lo policial y judicial –si se les compara con los *femicidios* o *feminicidios íntimos* que ocurren en el resto de México y el mundo<sup>24</sup>– y que exigen, por tanto, la adopción de medidas igualmente específicas para su adecuada prevención y sanción.

---

lizado a la segunda. Ello denota que la configuración conceptual del *feminicidio*, con énfasis en la responsabilidad que –directa o indirectamente– cabe al Estado en estos crímenes, se transforma eventualmente en una importante dificultad política para lograr su tipificación como tal por parte de los propios Estados.

<sup>22</sup> En esta perspectiva se encuentra el último informe del Observatorio Ciudadano del Femicidio en México, que desarrolla una tipología que distingue entre feminicidio *íntimo*, *familiar íntimo*, *infantil*, *sexual sistémico* y *por ocupaciones estigmatizadas*. Ver: Observatorio Ciudadano Nacional del Femicidio. *Una mirada al feminicidio en México. 2007-2008*. México, 2008.

<sup>23</sup> También denominados *femicidios sexuales sistémicos*, por Julia Monárrez y otras autoras que toman su tipología del feminicidio. Ver: Monárrez, Julia. Las diversas representaciones del feminicidio y los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, 1993-2005. Capítulo 7, en *Sistema Socioeconómico y Geo-referencial sobre la Violencia de Género en Ciudad Juárez. Análisis de la Violencia de Género en Ciudad Juárez, Chihuahua: propuestas para su prevención*. México, 2006.

<sup>24</sup> Segato, Rita. *Qué es un feminicidio. Notas para un debate emergente*. Serie Antropología. Brasilia, 2006.

Así entonces, actualmente el debate sobre el femicidio/feminicidio pasa a una nueva fase, en que lo conceptual también se ve influido por la discusión en torno a la efectividad de las medidas para enfrentarlo, considerando las particularidades que reviste en diversos contextos y zonas geográficas. En este punto, la utilización del Derecho penal sustantivo y la introducción de normas específicas destinadas a sancionar esta grave forma de criminalidad, se transforma en otro de los ejes en torno al cual se articulan nuevas reflexiones, en cuanto a las posibilidades que ofrece para sancionar crímenes *género-específicos* y dar cuenta a la vez de las diversas características que presentan en razón de los contextos en que se cometen.

Las primeras iniciativas de tipificación del femicidio o feminicidio en países latinoamericanos coinciden con diversas etapas en la discusión política y teórica sobre estos conceptos. La primera de estas iniciativas es presentada en México precisamente por Marcela Lagarde, cuya calidad de parlamentaria resulta fundamental en el tránsito de la noción de feminicidio, a la esfera jurídica. Aunque esta iniciativa permanece sin ser aprobada<sup>25</sup>, marca el comienzo de una tendencia legislativa en otros países de la región, que ha transformado a Costa Rica y Guatemala en los primeros países en incluir el delito de femicidio entre sus normas penales.

## 2. El feminicidio/femicidio y su configuración penal.

La inclusión del delito de femicidio en las legislaciones costarricense y guatemalteca constituye un hito tan significativo para el Derecho -penal, en particular- como lo ha sido la introducción de este neologismo en el ámbito de la sociología y la antropología. Ello, en cuanto a través de esta figura penal se introducen en aquellos ordenamientos jurídicos las primeras normas género-específicas, destinadas a sancionar la violencia *contra las mujeres* en cuanto tal, nombrándola y distinguiéndola de cualquier otra, incluso otras formas de violencia que puedan ocurrir en los mismos ámbitos, pero contra otros sujetos.

En efecto, hasta la actualidad, en la mayor parte de las legislaciones -tanto civiles como penales- la violencia *contra las mujeres* se ha abordado a partir de dos grandes restricciones: la primera, en cuanto normalmente se limitan a la violencia que ocurre en la esfera doméstica o privada y, la segunda, en cuanto esta protección se otorga *en términos neutros* en cuanto a géne-

<sup>25</sup> La iniciativa de la Diputada Lagarde fue presentada a tramitación legislativa en diciembre de 2004, y permanece actualmente en trámite en el Senado del Congreso de la Unión.



ro, a fin de no vulnerar el principio de no discriminación. De esta manera, la protección consecuente se enfoca, en el plano simbólico y normativo, no en las mujeres -aunque sean éstas las principales víctimas de la violencia doméstica, intrafamiliar o en la pareja- sino en *ciertas relaciones o vínculos* que se estiman merecedores de una protección especial por parte de la ley, pues son parte o pueden serlo, de relaciones *de familia*.

Si bien la tipificación del femicidio o feminicidio, potencialmente, podría romper con ambas restricciones, su énfasis se encuentra en la segunda. En efecto, si consideramos que tanto la ley costarricense como el proyecto chileno restringen este delito únicamente a la esfera de las relaciones íntimas o de pareja, entonces es posible reconocer que el impacto fundamental de estas nuevas legislaciones se encuentra en cuanto representan la renuncia a la neutralidad de género en tipos penales relativos a la violencia contra las mujeres.

En relación a la penalización de la violencia contra las mujeres, parte del feminismo y movimientos de mujeres han demandado la protección *específica* de las mujeres, lo que ha planteado un conflicto con gran parte de la dogmática penal, reflejado permanentemente en la discusión sobre la tipificación del femicidio o feminicidio. Existen, en este sentido, dos principales cuestionamientos<sup>26</sup>. En primer lugar, en cuanto estas iniciativas conllevarían una discriminación -en contra de *los hombres*- inaceptable desde una perspectiva constitucional, al sancionar *más gravemente* el homicidio de una mujer que el de un hombre, concurriendo *aparentemente* las mismas circunstancias -por ejemplo, la existencia de una relación de pareja-, lo que supondría en definitiva, dar *más valor* a la vida humana femenina que a la masculina. Este es, como vemos, un aspecto fuertemente centrado en la penalidad que se impondría a la conducta, en relación a otras similares cometidas contra hombres.

El segundo cuestionamiento alude a que estas figuras género-específicas, al *suponer* un sujeto activo masculino, importan una vulneración al principio de culpabilidad, al transformar la *condición de hombre* en una pre-

.....  
<sup>26</sup> Existen variados puntos de controversia planteados tanto desde la dogmática penal como desde sectores del feminismo en torno a la tipificación del femicidio o feminicidio, aspectos que no pueden ser abordados en esta ponencia. De manera ejemplar, son particularmente relevantes las discusiones en torno a la tipificación del feminicidio como crimen de lesa humanidad, la forma en que se reconoce la responsabilidad del Estado en ellos, así como cuestiones relativas a la forma en que estas figuras deben incorporarse a la legislación penal, entre otras.

sunción de culpabilidad o de mayor culpabilidad en estos delitos<sup>27</sup>. El femicidio/feminicidio constituiría, de esta manera, un ejemplo de Derecho penal *de autor*, contrario al Derecho penal *del acto*, en cuanto la sanción se fundaría no en la sola realización de una conducta prohibida, sino también en la identidad de la persona que incurre en ella. Se trata de una crítica que advierte el riesgo, en estas disposiciones, de graves retrocesos para el Derecho penal, en que se volvería a leyes penales autoritarias que se suponían superadas por el garantismo y el respeto a los derechos humanos de las personas frente al sistema penal<sup>28</sup>. Este segundo aspecto, se enfoca en la autoría aunque, indirectamente, también alude a la cuestión de las penas, como veremos.

Ahora bien, estos cuestionamientos también han afectado a otros modelos legislativos comparados, que de una manera similar al femicidio o feminicidio, han optado por normas penales género-específicas para sancionar la violencia contra las mujeres. En este sentido, resultan particularmente interesantes -y previos a la tipificación del femicidio- las disposiciones que contiene el Código Penal sueco desde 1998, y español desde 2004.

El primero en incorporar disposiciones penales género-específicas fue el código sueco, a través de la figura de *grave violación de la integridad de la mujer*<sup>29</sup>. En este caso, se trata de una normativa que sanciona *separadamente*

.....  
<sup>27</sup> La posibilidad de autoría femenina es un punto no resuelto ni en la teoría ni expresamente a nivel penal en la mayor parte de los modelos que abordan el femicidio u otras formas de violencia *contra la mujer*. A nivel teórico, Diana Russell ha reconocido la posibilidad de comisión de femicidio por otras mujeres, si bien con frecuencia actuarían como *agentes del patriarcado*, pero el tema sigue sin ser resuelto en la mayor parte de los estudios. En los tipos penales género-específicos adoptados hasta ahora, el tema logra salvarse en la medida que las sanciones que se imponen son iguales a las que corresponden a las conductas cometidas por mujeres contra hombres (o contra otras mujeres).

<sup>28</sup> En este sentido, se advierte también que la neutralidad de género ha sido una de las demandas emblemáticas formuladas desde el feminismo al Derecho penal. Así, históricamente ha sido uno de los argumentos utilizados para la erradicación de los tipos penales que únicamente afectaban a las mujeres, como por ejemplo, para eliminar el delito de adulterio, que sólo podía ser cometido por las mujeres casadas.

<sup>29</sup> En la Sección 4 a del Capítulo 4 del Código Penal sueco se señala: "Una persona que cometa alguno de los actos criminales definidos en los Capítulos 3 (Delitos Contra la vida y la Salud), 4 (Delitos contra la Libertad y la Paz) o 6 (Delitos Sexuales) en contra de otra persona que tenga, o haya tenido, una relación cercana con el perpetrador y si el acto forma parte o es un elemento de una violación sistemática de la integridad de esa persona y constituye un severo daño psicológico para su autoestima, será sentenciada por *grave violación de la integridad* a presidio por no menos de seis meses y hasta un máximo de 6 años.

Si los hechos descritos en el primer párrafo son cometidos por un hombre contra una mujer con quien está, o ha estado casado o con quien está, o ha estado conviviendo bajo circuns-



la violencia contra las mujeres en relaciones de pareja (heterosexuales) pero sin alterar la penalización, que será idéntica para cualquier otro caso de violencia ejercida dentro de relaciones de pareja.

Con ello, se salvan los dos cuestionamientos penales ya expuestos, puesto que no hay una penalización *mayor* de la violencia contra las mujeres, y se sancionan *con la misma pena* tanto los actos de violencia que cometan en relaciones cercanas o íntimas tanto dirigidas contra mujeres como contra hombres, aunque posean denominaciones distintas. A través de esta alternativa se privilegia entonces, el efecto simbólico de la ley penal, simplemente haciendo *visible* –en una disposición penal específica- la particular violencia que afecta a las mujeres en estas relaciones, a la vez que facilita la producción de información estadística desagregada y el seguimiento de la acción del aparato de justicia y de la jurisprudencia frente a esta forma de violencia contra las mujeres. Se trata, en definitiva, de un abandono *formal* de la neutralidad de género en los tipos penales, con una serie de efectos positivos para la lucha contra la violencia contra las mujeres, pero en un modelo que en definitiva asigna al sustrato sexista de esta violencia una relevancia que únicamente justifica la introducción de una disposición formalmente separada.

El modelo español da un paso más allá, al introducir en 2004<sup>30</sup> una agravación en diversos delitos, cuando sean cometidos (por un hombre<sup>31</sup>) contra la “esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia”<sup>32</sup>. En este caso, la agravación de la pena -con respecto a la misma conducta cometida contra un hombre- ha dado lugar a amplias controversias en el ámbito constitucional y penal español en los últimos años, si bien parcialmente resueltas por la primera sentencia del Tribunal Constitucional que ha ratificado la constitucionalidad de estas normas<sup>33</sup>.

El Tribunal justifica la mayor penalidad de estas conductas precisamente en la discriminación estructural que subyace a estos hechos de violencia

---

tancias comparables con el matrimonio, será sancionado por grave violación de la integridad de la mujer, al mismo castigo (Ley 1998:393)

<sup>30</sup> A través de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre.

<sup>31</sup> Si bien este aspecto no aparece claramente definido en la ley, y el Tribunal Constitucional en su Sentencia 59/2008, de 14 de mayo de 2008, mantiene la indeterminación sobre la eventual autoría femenina.

<sup>32</sup> En los delitos de lesiones agravadas (Art. 148), malos tratos (Art. 153), amenazas de un mal no constitutivo de delito (Art. 171) y coacciones (Art. 172).

<sup>33</sup> STC 59/2008, de 14 de mayo.

-generalizados y de graves consecuencias- cuando están dirigidos contra las mujeres. De esta manera, la normativa española supone un abandono *sustancial* de la neutralidad de género de estos tipos penales, en cuanto además de la determinación del sujeto pasivo, se asigna una penalización *mayor* a conductas que se estiman más graves, precisamente atendida la base de discriminación contra las mujeres en que estas conductas tienen lugar.

Al considerar estos antecedentes, podemos incluir la tipificación del *femicidio* en países latinoamericanos también en esta línea de producción legislativa, en que se abandonan expresamente las disposiciones neutras en cuanto a género, para adoptar nuevas formulaciones que *nombran* y abordan en forma específica la violencia *contra las mujeres*. Esta tendencia cuenta además, en Latinoamérica, con el respaldo del *Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belém do Pará*, que recientemente ha recomendado a los Estados *evitar la adopción de normas neutras*<sup>34</sup> para enfrentar la violencia contra las mujeres, ya que importan la posibilidad de que puedan utilizarse, eventualmente, en contra de mujeres víctimas de violencia que atacan o dan muerte a sus agresores<sup>35</sup>.

Sin embargo, en el caso de las leyes guatemalteca y costarricense, si bien se trata de normas género-específicas, sus consecuencias penales parecen acercarse más al modelo sueco que al español. En efecto, la ley costarricense sanciona como femicidio el dar muerte a una mujer con quien el autor tenga una relación de matrimonio o unión de hecho, con las mismas penas que se imponen por el delito de *parricidio* –que incluye el dar muerte al cónyuge, concubina o concubinario<sup>36</sup>-. De esta forma, a pesar de tratarse de una normativa género-específica, se mantienen los efectos *neutros* a través de disposiciones como el parricidio –que tienden a ser eliminados en gran parte de las legislaciones penales-, con lo cual este nuevo crimen se sancionará con las mismas penas a las que se impondrían a las mujeres

.....  
<sup>34</sup> Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (MESECVI). *Informe Hemisférico*. Adoptado en la Segunda Conferencia de Estados Partes, celebrada en Caracas, Venezuela, del 9 al 10 de julio de 2008. Recomendación N.º 5.

<sup>35</sup> En este sentido, por ejemplo, las leyes que sancionan el parricidio u homicidio calificado por parentesco u otros vínculos, presentes en diversas legislaciones latinoamericanas.

<sup>36</sup> Sólo existe una diferencia: en el femicidio, toda relación de concubinato queda incluida, mientras en el parricidio se exige un tiempo de cohabitación de dos años y la existencia de hijos en común. Este aspecto es el único en que existe una mayor amplitud en la normativa que tipifica el femicidio.



que cometen el delito de parricidio en contra de su cónyuge o conviviente agresor. En esta situación se encuentra también, por ejemplo, el actual proyecto de ley que busca la tipificación del femicidio en Chile<sup>37</sup>, en que este delito se configura como una forma específica de parricidio.

El caso de la ley guatemalteca es más complejo, ya que incluye una multiplicidad de hipótesis de femicidio, que pueden cometerse tanto en el ámbito público como privado o íntimo. Si consideramos esta última esfera, sin embargo, el efecto tiende a ser el mismo que en el caso costarricense: se sanciona el femicidio con la misma pena que el Código Penal guatemalteco contempla para el parricidio. Por otro lado, dentro de las hipótesis de femicidio fuera de las relaciones íntimas, la pena equivale a la de homicidio calificado, al cual también podrían reconducirse varias de las hipótesis comisivas de esta figura.

Teniendo en consideración, entonces, la normativa criminal común aplicable a estas conductas, los efectos *penales* de la tipificación del femicidio en estos países pueden considerarse cercanos a los de la normativa sueca de 1998, o lo que hemos llamado, un abandono *formal* de la neutralidad de género en materia penal. Si bien ello ya trae una serie de consecuencias favorables para el desafío que importa la erradicación de la violencia contra las mujeres, no necesariamente se trata de una formulación que se condice con las reflexiones y planteamientos teóricos que han dado lugar al surgimiento de la categoría femicidio/feminicidio.

### 3. Conclusiones

Existen numerosos aspectos que se debaten en torno a las recientes leyes que tipifican el femicidio en Latinoamérica, así como respecto las iniciativas legislativas aún en trámite en otros países de la región. Dentro de éstos, la renuncia a la neutralidad de género que suponen estos tipos penales se ubica en uno de los lugares centrales de la discusión.

Sin embargo, al examinar las figuras penales que abordan la violencia contra las mujeres en países como Suecia y España, es posible encontrar elementos en común entre las recientes leyes que introducen el femicidio en países latinoamericanos y aquellos modelos legislativos. En efecto, todas ellas son

.....  
<sup>37</sup> Proyecto de Ley que Modifica el Código Penal y el Decreto Ley N° 321, de 1925, para sancionar el 'femicidio', y aumentar las penas aplicables a este delito. Boletín N° 4937-18, refundido con Boletín N° 5308-18.

normativas que optan por renunciar a tipos penales neutros en cuanto a género para abordar diversas formas de violencia *contra las mujeres*.

Desde la perspectiva penal, estas medidas género-específicas suelen ser objetadas especialmente en cuanto puedan suponer una penalización diferenciada de conductas, con respecto a las que puedan cometerse contra hombres, o suponer una autoría únicamente masculina. Sin embargo, como hemos señalado, la mayor parte de estos modelos legislativos introducen únicamente una diferencia formal, al identificar la calidad de *mujer* que debe tener la víctima del delito específico, pero manteniendo la misma penalidad que en los casos en que la víctima sea un hombre. Esta construcción resuelve -o más bien elude- las principales críticas que pueden formularse a estos modelos legislativos desde la perspectiva constitucional y penal: el riesgo de vulneración al principio de no discriminación y al de culpabilidad.

Sin embargo, si bien este tipo de soluciones legislativas pueden ser admisibles respecto de delitos de menor gravedad que constituyen violencia contra las mujeres, la situación es distinta cuando se trata de la penalización de fenómenos tan graves como el femicidio o feminicidio. Es en este punto donde surge una de las principales diferencias y potencialidades de las figuras de femicidio o feminicidio, si se las compara con los modelos sueco y español. Mientras la mayor parte de las legislaciones sobre violencia contra las mujeres -incluidas la sueca y española- abordan particularmente conductas que -desde la perspectiva penal- se consideran de *menor gravedad* -malos tratos físicos o psicológicos que no constituyan otro delito más grave-, las leyes que tipifican el femicidio hacen exactamente lo contrario: su objetivo es sancionar los delitos *más graves* que pueden cometerse como formas de violencia contra las mujeres.

Esto marca una diferencia sustancial entre estas figuras, no sólo a nivel de estrategias jurídicas de reconocimiento de la gravedad de la violencia contra las mujeres, sino especialmente en cuanto aquí no tienen aplicación gran parte de los argumentos que se han utilizado para cuestionar las figuras *menos graves* de violencia contra las mujeres. Frente al femicidio no puede argumentarse que existe una *huida al Derecho penal* o que la vía penal no es la solución adecuada frente a la violencia contra las mujeres o que las penas pueden traer consecuencias más dañosas para las propias víctimas. El femicidio se ubica, al igual que el homicidio, dentro de los crímenes más graves que contempla el ordenamiento jurídico, y por tanto, la





pena debe corresponder a la gravedad que se reconozca a esta conducta, sin que quepan ya cuestionamientos sobre la idoneidad de la respuesta penal frente a este tipo de conflicto social. El femicidio marca, de esta manera, un punto límite, en que las medidas preventivas de la violencia contra las mujeres ya no tienen lugar posible -en relación a esa víctima, al menos- y por tanto, es una figura que posibilita un análisis penal más estricto.

Si consideramos, además, que la principal crítica a las figuras género-específicas que establecen penas diferenciadas en España –o abandono *sustancial* de la neutralidad penal- radica precisamente en que ellas asuman un contenido de discriminación de género en toda conducta de violencia, incluso la más leve, que pueda cometer un hombre contra una mujer en una relación de pareja<sup>38</sup>, entonces podemos reconocer que esta situación también es radicalmente diferente cuando se trata del femicidio o feminicidio. En estos casos, el contenido de discriminación de género es *inherente y evidente* en las conductas y sus características, y precisamente de ello ha dado cuenta el amplio desarrollo de estas categorías analíticas en el campo sociológico y antropológico.

La categoría teórica de femicidio ha surgido para evidenciar un *elemento adicional, invisible* hasta entonces, y común a un gran número de crímenes de mujeres: que son cometidos por razones de género, por sexismo, por el hecho de que esas mujeres *son mujeres* en sociedades que las discriminan estructuralmente. Si bien estos elementos pueden controvertirse respecto de conductas *menos graves* o matizarse con consideraciones extra-penales que recomienden el uso de otro tipo de medidas, cuando se trata de asesinatos u homicidios de mujeres, casos que se encuentran al extremo de la violencia y de la discriminación por género de las mujeres, entonces es dable exigir al sistema penal, y al Derecho penal sustantivo, que reconozca este elemento adicional en la tipificación de estas figuras: más allá de la denominación del delito, se trata de reconocer la *mayor gravedad* dada por la concurrencia de elementos que importan la lesión a bienes o intereses jurídicos adicionales a la sola vida de las mujeres.

A partir de este enfoque, es posible sostener que si bien esta figura posee la *potencialidad* de ajustarse en el plano penal a lo que ha sido denominado teóricamente como femicidio, en las tipificaciones existentes aún no ha

<sup>38</sup> Gayo, J. L. *Elementos de derecho penal de autor en la Ley sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario. Núm. 19 Año II, septiembre 2005. p. 98 – 110.

ocurrido del todo. Las figuras hasta ahora introducidas en las legislaciones penales costarricense y guatemalteca, en que persisten tipos penales de parricidio con una sanción idéntica al femicidio, traen como consecuencia una *neutralización* de los efectos penales de estas nuevas normas, al no reconocer en forma clara que existe aquí un elemento que confiere *adicional* gravedad a estas conductas.

De esta manera, podemos decir que la complejidad de lo que ha venido denominándose como femicidio o feminicidio en el ámbito de las ciencias sociales en los últimos años, si bien comienza a recogerse en ciertas normas penales –con las limitaciones propias de esta rama jurídica- aún no logra ser incorporado en toda su potencialidad. Si bien es efectivo que la mayor parte de los conceptos sociológicos o antropológicos no pueden trasladarse a la arena penal sin experimentar importantes transformaciones y eventuales reducciones -especialmente en base a las exigencias de legalidad y precisión en los tipos penales-, igualmente existen elementos típicamente penales -como la pena- que pueden dar cuenta de los elementos adicionales que estas elaboraciones contemplan.

Desde una perspectiva penal estricta, un elemento de gravedad adicional debe importar una sanción proporcionalmente más grave, de otro modo, se vulnera también el principio de proporcionalidad de las penas. No es posible sostener que una conducta es *más grave* que otras, y sancionarla con una pena equivalente a otras conductas *menos graves*, sin entrar en una evidente contradicción. No es posible sancionar de la misma manera a un hombre que mata a su esposa después de años de maltrato, que a la mujer que lo mata, después de años de sufrirlo. Si ello ocurre a pesar de tipificarse específicamente el femicidio, es que efectivamente no basta con que estos crímenes se *denominen* de una manera particular, si la mayor gravedad del femicidio frente al homicidio -o parricidio-, no se reconoce adecuadamente en cada uno de los elementos de estas nuevas figuras penales.







Antígona es un Grupo Consolidado de Investigación reconocido por la *Generalitat de Catalunya* (SGR), que agrupa una serie de profesoras/es e investigadoras/es en el marco de la Facultad de Derecho de la *Universitat Autònoma de Barcelona*.

Antígona se dedica a la investigación jurídica y social en perspectiva de género y a la docencia y divulgación de las Teorías Feministas del Derecho.

<http://centreantigona.uab.cat>



**ANTIGONA**

<http://centreantigona.uab.cat/>

Grup Dones i Drets

**UAB**



Generalitat de Catalunya  
**Institut Català de les Dones**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO DE  
IGUALDAD

SECRETARÍA GENERAL  
DE POLÍTICAS DE  
IGUALDAD

Delegación del Gobierno  
para la Política de  
Género