

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE NO DISCRIMINACIÓN BASADA EN EL SEXO Y LA NUEVA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Encarnación FERNÁNDEZ
Universidad de Valencia (España)

RESUMEN

Este trabajo analiza la denominada “violencia contra las mujeres” o “violencia de género” como tipo específico de violencia: manifestación de la discriminación basada en el sexo; de raíz ideológica en el sexismo y de carácter estructural, subrayando que para luchar contra ella es necesario un enfoque integral como el adoptado por la LO 1/2004. A continuación se examina dicha ley desde el punto de vista del principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y se sostiene que, con carácter general, los tratamientos jurídicos diferenciados en función del sexo de la LO 1/2004 estarían justificados desde el punto de vista de la finalidad perseguida; que, además, satisfacen el parámetro de la proporcionalidad los establecidos en los ámbitos de los derechos sociales y laborales y judicial y que sería posible una interpretación conforme a la Constitución de los tipos penales cualificados en la línea de exigir un fundamento adicional para la agravación (el carácter discriminatorio de la conducta) y la concurrencia de ese fundamento adicional en el caso concreto.

ABSTRACT

This work analyses the so-called “violence against women” or “gender violence” as a specific kind of violence: an example of discrimination based on sex; with both an ideological root in sexism and a structural character. The article emphasises that in the struggle against it an integrated focus, such as that adopted by Organic Law 1/2004, is necessary. This law is then examined from the constitutional principle of non-discrimination based on sex and it is argued that in general terms, the legally differentiated treatments accorded to men and women under this law is justified by the aim pursued. Moreover, these legal treatments established in the fields of social, employment and legal rights meet the parameter of proportionality. Furthermore, these qualified types of criminal conduct that demand an additional ground for aggravation (the discriminatory character of the conduct) can be brought within the provisions of the Constitution.

I. EL PROBLEMA DE LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES

La expresión “violencia contra las mujeres” designa aquella violencia a la que éstas se ven sometidas por su condición de tales, “por su pertenencia al sexo femenino”. Así, de acuerdo con el art. 1 de la Declaración sobre la Eliminación de

la Violencia contra la Mujer (1993)¹, se entiende por tal “todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada”. En términos casi idénticos a éstos se define la violencia contra las mujeres en la Cuarta Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Pekín, septiembre 1995). La principal novedad es la caracterización de este tipo de violencia como “todo acto de violencia basado en el género”². A partir de ese momento obtiene carta de naturaleza la expresión “violencia de género”. Ambas denominaciones aluden a una misma realidad y pueden por ello considerarse como sinónimas y así lo haremos en lo que sigue.

De lo dicho se desprende que estamos ante un tipo específico de violencia, distinto de las agresiones aisladas o concretas de las que pueden ser víctimas las mujeres con independencia de su sexo.

La violencia contra las mujeres reviste múltiples formas y tiene lugar en los más diversos ámbitos. Existe bastante acuerdo en lo que respecta a considerar que sus formas son básicamente tres: la violencia física, la sexual y la psicológica. En ese sentido, los textos internacionales a los que acabamos de aludir. No obstante, otros autores proponen clasificaciones más pormenorizadas que incluyen también la violencia económica, social, etc.

Los ámbitos en los que se ejerce son, de acuerdo con la caracterización doctrinal e internacional, tanto la vida pública, como la privada. En palabras de Inés Alberdi, la violencia contra las mujeres “está en todas partes”, se practica en todos los contextos de la vida cotidiana, en la calle, en el trabajo, en el interior de los hogares³. Conforme al art. 2 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer y al párrafo 113 de la Plataforma de Acción de Beijing este tipo de violencia puede perpetrarse en la familia, en la comunidad en general (incluyendo aquí el trabajo, las instituciones educativas y cualquier otro lugar) y también puede ser perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra. Por lo demás, la enumeración de las formas y ámbitos de la violencia contra las mujeres establecida en estos textos no es cerrada, sino abierta, de manera que permite la posible identificación e inclusión de nuevas modalidades de la misma.

La mayor parte de la violencia contra las mujeres tiene lugar en el ámbito privado-doméstico-familiar. Según el dato aportado por Rojas Marcos, más de las dos terceras partes de los actos violentos, incluidas las violaciones, perpetrados contra mujeres son cometidos por algún familiar o persona cercana⁴.

1. Resolución A. G. 48/104 del 20 de diciembre de 1993.

2. Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Párrafo 113 de la Plataforma de Acción.

3. ALBERDI, Inés, “Cómo reconocer y cómo erradicar la violencia contra las mujeres”, en *Violencia: Tolerancia cero*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2005, pp. 20-22.

4. ROJAS MARCOS, Luis, “Semillas y antídotos de la violencia en la intimidad”, en *Violencia: Tolerancia cero*, cit., pp. 100-101.

No obstante la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica son fenómenos distintos que no deben confundirse. Cada uno de estos tipos de violencia presenta caracteres propios, específicos y diferenciados. Además, las realidades que abarcan respectivamente, no coincide totalmente, aunque son parcial e incluso ampliamente coincidentes. Tienen una amplia zona de coincidencia (toda la violencia que se ejerce sobre las mujeres en la esfera doméstica familiar). Pero, junto a ella, hay una parte de la violencia contra las mujeres que no es violencia doméstica, sino que tiene lugar en otros ámbitos: violencia, acoso y explotación sexuales, en la vida social en general, fuera del círculo doméstico familiar; representaciones de las mujeres como objetos sexuales, en especial en los medios de comunicación; acoso en el medio laboral, etc. Y viceversa, hay una parte de la violencia doméstica que no se ejerce sobre las mujeres, sino sobre otras víctimas dentro del entorno familiar: niños, personas de edad, hijos contra padres, entre hermanos, contra el varón dentro de la pareja, etc.

La violencia contra las mujeres constituye, como toda clase de violencia, una violación de los derechos humanos, tal como se afirma categóricamente en la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (Preámbulo, párrafo 5), así como también de los derechos fundamentales (derechos humanos positivados en el ámbito interno)⁵. Constituye además una discriminación por razón de sexo, como analizaremos con detenimiento a lo largo del trabajo. Dos razones poderosas para sostener que este tipo de violencia, incluso cuando se lleve a cabo en la esfera privada-doméstica-familiar, no es un problema exclusivamente privado, sino público. Y ello en contra de la interpretación mantenida durante largo tiempo, según la cual el ámbito privado-doméstico-familiar y por tanto la violencia en él ejercida, quedaría al margen de la justicia y de los derechos⁶.

1.1. *Violencia sexista*

Según se subraya de forma reiterada, la raíz de la violencia contra las mujeres es ideológica. Este tipo de violencia constituye la manifestación última, en el sentido de la más grave, intensa y radical, del sexismo.

El sexismo consiste en la devaluación y desprecio de lo femenino. No sólo de las mujeres, aunque sí paradigmáticamente, sino de lo femenino.

El sexismo presenta múltiples formas entre las que destacan la desvalorización de la maternidad y el no reconocimiento del trabajo de las mujeres, en particular

5. Sobre la delimitación recíproca de los conceptos de derechos humanos y derechos fundamentales en el sentido expuesto, PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2001 (7ª ed.), pp. 30-31; e ID., *Derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1995 (6ª ed.), pp.43-51.

6. Un detenido análisis crítico de esa interpretación, negando además su carácter auténticamente liberal, en KYMLICKA, Will, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 270-287.

del trabajo doméstico. Sin duda, la violencia es la más grave y también la más reprobable de sus expresiones. Pero todas ellas responden a la misma lógica: la devaluación de lo femenino. En este sentido no es casual la conexión, constatable desde el punto de vista empírico, entre desprecio del trabajo doméstico y ejercicio de la violencia sobre las mujeres. Asimismo, con frecuencia, la violencia se ejerce simultáneamente contra la mujer y contra las personas “a su cuidado” y, en ocasiones, contra mujeres embarazadas, lo cual implica riesgos para la salud mental y física de la madre y del hijo. En tales casos, puede producirse el aborto o lesiones al feto. De nuevo nos hallamos ante hechos altamente significativos. La violencia es expresión del desprecio de lo femenino, incluidas las actividades y valores asociados con la feminidad tradicional: el cuidado, la compasión, la benevolencia, la solidaridad, la responsabilidad por el prójimo, la cooperación, la crianza. Acertadamente, la *Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* extiende el derecho a la asistencia social integral que prevé para las mujeres víctimas de la violencia de género a “los menores que se encuentren bajo la patria potestad o guarda y custodia de la persona agredida” (art. 19, apartado 5). Asimismo me parece acertado que se incluya dentro del ámbito de competencia en el orden penal de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer la instrucción de los delitos de aborto y lesiones al feto y de los cometidos sobre los descendientes, menores o incapaces cuando también se haya producido un acto de violencia de género” (art. 44.1.a).

El sexismo es la ideología propia del orden social patriarcal que se caracterizaría por reinterpretar la *diferencia* entre los sexos en sentido jerárquico, como *desigualdad*, en términos de superioridad y poder masculinos, e inferioridad y sujeción femeninas⁷. Pero semejante confusión no es en modo alguno inocente, sino deliberada. De lo que se trata con ella es de justificar la desigualdad. Haciendo creer que existe una conexión supuestamente inexorable entre diferencia y desigualdad, hace que esta última parezca necesaria. El sexismo es pues la ideología de la inferioridad de las mujeres y, por extensión, de todo cuanto se tipifica como femenino.

En conexión con lo anterior, el patriarcado se caracteriza asimismo por definir social y culturalmente la masculinidad en términos de superioridad. Superioridad basada en el dominio sobre las mujeres y los niños (el patriarcado implica ambas subordinaciones⁸), pero también sobre otros hombres e incluso sobre otros pueblos.

El patriarcado como modelo de organización social se encuentra hoy, y desde hace varias décadas (fundamentalmente a partir de la década de los sesenta del siglo XX), en profunda crisis. Además, ha perdido su legitimidad con la consolidación del proceso democratizador en las sociedades occidentales y la proclamación de los principios de igualdad de derechos entre mujeres y varones, y de no discri-

7. PATEMAN, Carol, *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona, 1995, pp. 14-16.

8. BALLESTEROS, J., *Ecologismo personalista*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 91-95.

minación basada, entre otras causas, en el sexo⁹. Ahora bien, ello no significa que el patriarcado haya desaparecido. Estamos en plena etapa de transición. El patriarcado tradicional está en crisis, pero persisten vestigios del mismo. En todo caso, lo que sigue estando vigente es el sexismo, en el sentido de devaluación no sólo de las mujeres, sino, de modo más amplio y profundo, de lo femenino. Me atrevería a decir que este último (el sexismo en el sentido expuesto) incluso se ha intensificado. Y es que las representaciones culturales, ideológicas a menudo subsisten aun cuando se hallen en crisis o incluso hayan desaparecido las estructuras sociales que originaron su surgimiento y desarrollo.

En segundo lugar, los datos demuestran que la violencia contra las mujeres sigue estando muy extendida. Incluso hay quienes sostienen que se incrementa debido a la resistencia de los varones a perder su poder. Aunque no tenemos datos sobre la incidencia de la violencia contra las mujeres en el pasado que nos permitan verificar si ésta se ha intensificado, lo cierto, como nos recuerda Ignacio Ramonet¹⁰, es que las estadísticas revelan una incidencia muy elevada del uxoricidio precisamente en los países más avanzados en el reconocimiento y respeto de los derechos de las mujeres.

1.2. *Violencia de género*

La frecuencia con la que se producen los actos de violencia contra las mujeres revela su carácter estructural¹¹, como ‘hecho social total’¹². Como señala Young, más allá de los actos particulares de violencia, que a menudo son absolutamente horribles, hay un contexto social que los rodea, que los hace posibles y hasta aceptables¹³. La violencia contra las mujeres no se presenta como un fenómeno aislado o circunstancial, sino como un fenómeno social global que se alimenta y sobrevive en el entramado de nuestra sociedad, de ahí que su existencia y erra-

9. Sobre la crisis del patriarcado y la profunda crisis de la masculinidad que ha desencadenado, entre la abundante literatura existente, puede verse por todos, BADINTER, Elisabeth, *X Y. La identidad masculina*, Alianza Editorial, Madrid, 1993; SULLEROT, Evelyne, *El nuevo padre. Un nuevo padre para un nuevo mundo*, Ediciones B, S. A., Barcelona, 1993 y GARIBO PEYRÓ, Ana Paz, *Los derechos de los niños: Una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, “La crisis del patriarcado”, pp. 238-245.

10. RAMONET, Ignacio, “Violencias masculinas”, *Le Monde diplomatique*, edición española, junio 2003.

11. Galtung distingue entre violencia directa, que es la violencia activa y repentina, corporal o psicológica, y la violencia estructural, que es una violencia pasiva y que constituye un estado permanente, dentro de la cual incluye la miseria, la represión y la alienación (GALTUNG, Johan, “La contribution spécifique des recherches sur la paix à l’étude des causes de la violence: typologies”, en AA.VV., *La violence et ses causes*, PUF, Paris, 1980, pp. 85-99 passim).

12. PITCH, T., *Un Derecho para dos*, trad. de C. García Pascual, Trotta, Madrid, 2003.

13. YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000, pp. 106-110.

dicación nos concierna a todos, como nos recuerda Rojas Marcos. Por lo demás, esto explica su carácter transversal. En contra de lo que a menudo se afirma, está presente en todas las clases sociales y en todas las edades.

El carácter estructural de la violencia implica que la misma está siempre presente aunque sea sólo como posibilidad. Esto tiene una consecuencia importante. Los miembros de los grupos contra los que se ejerce una violencia estructural están o se sienten permanentemente expuestos a la amenaza de la violencia, aunque jamás se haya padecido un acto de violencia directa. Esto es lo que sucede en las situaciones de represión, miseria y alienación. Y éste es también el caso para las mujeres. Esto tiene sin duda un impacto psicológico sobre las mujeres en general. Ello, además de los graves daños de todo tipo que la violencia produce individualmente a las víctimas directas de la misma.

El carácter estructural y sistemático de la violencia contra las mujeres significa que los actos concretos de violencia se sitúan no sólo en un contexto particular de sometimiento de la víctima a su agresor (relación de dominación de éste sobre aquélla), sino en un contexto general de sometimiento de las mujeres por los varones, en un contexto de desigualdad de género.

Con la utilización de la denominación “violencia de género” para designar la violencia contra las mujeres, se trata de subrayar que este tipo de violencia es una construcción social y no una derivación espontánea de la naturaleza. La violencia contra las mujeres no es natural, sino aprendida a través del proceso de socialización¹⁴.

Por lo demás, como ha puesto de manifiesto el pensamiento feminista y recogen los textos internacionales sobre la materia, la relación entre desigualdades de género y violencia contra las mujeres es circular. De un lado, este tipo de violencia deriva de la desigualdad entre varones y mujeres. Y, al mismo tiempo, es un poderoso instrumento para mantener a las mujeres en situación de inferioridad. Estaríamos pues ante un círculo vicioso. Debido a esta función instrumental de la violencia, esta aparece como una barrera fundamental que obstaculiza la consecución de la igualdad. Mientras persista la violencia contra las mujeres, nunca se alcanzará la igualdad¹⁵.

Hay datos suficientes para afirmar que la violencia contra menores y ancianos en nuestros días también es estructural. Residuo del patriarcado, la primera. Fenómeno nuevo, pero creciente en nuestras sociedades, la segunda. Por el contrario, la violencia de las mujeres contra los varones no es estructural. Se trata de casos concretos, particulares, individuales que, obviamente, no se sitúan en un contexto general de sometimiento de los varones a las mujeres, aunque no hay que excluir, al menos en línea de principio, la posibilidad de que en algún caso exista un contexto particular de dominación de la agresora sobre la víctima varón.

14. ALBERDI, Inés, *op. cit.*, pp. 10, 19-20, 22-24, 38-39 y 61.

15. Lobby Europeo de Mujeres, 2001, *Hacia un marco común europeo para medir los progresos en la lucha para erradicar la violencia contra las mujeres*, pp. 4 y 7, en www.observatorioviolencia.org.

Pero desde luego no es lo habitual. Ciertamente, existen varones maltratados por su pareja femenina, pero la proporción es muy baja, aproximadamente un 15% de los casos, y en general suele producirse en respuesta a los malos tratos repetidos o en casos de defensa propia¹⁶.

1.3. Estrategias jurídicas: Insuficiencia de la represión. Importancia de la prevención

Debido a su carácter estructural y a su conexión con el sexismo, para combatir la violencia contra las mujeres no basta con la represión y el castigo, aunque esto es sin duda importante. Son fundamentales las medidas preventivas de todo tipo: a corto plazo, atención y protección de las víctimas, alejamiento del agresor, recursos psicológicos y económicos para poder salir del círculo de la violencia¹⁷; a medio y largo plazo, medidas educativas y de sensibilización, en una línea de modificación de las imágenes culturales y de los estereotipos. Ciertamente, esos cambios culturales no se consiguen cambiando las leyes sin más. A ellos se oponen numerosos obstáculos. El papel del Derecho al respecto consistiría en detectar esos obstáculos y aplicar las correspondientes políticas correctoras. Se trata de promover el cambio social. Estaríamos ante un ejemplo claro de la denominada por Bobbio “función promocional del Derecho”. De eso hay mucho y bueno en la reciente Ley española.

En definitiva, para luchar contra este tipo de violencia es necesario un enfoque ‘integral’, que tenga en cuenta la interdependencia y complementariedad recíprocas entre todas estas medidas y la especial importancia de la prevención a medio y largo plazo.

II. LA LEY ORGÁNICA 1/2004 DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO

Ese planteamiento ‘integral’ es el que caracteriza, como su propio título indica, a la *Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Se ha reconocido de forma prácticamente unánime que ese es uno de sus aspectos más valiosos.

16. ROJAS MARCOS, Luis, *op. cit.*, pp. 101-102.

17. PICHT, T., *op. cit.*

II.1. Antecedentes

Los antecedentes de esta Ley se encuentran, por un lado, en toda una serie de instrumentos internacionales destinados a combatir la violencia contra las mujeres y, de otro lado, en la legislación española anterior, en el ámbito del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal, relativa al problema de la violencia doméstica.

De especial importancia es la *Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica*. Ésta ya tenía una vocación de tratamiento integral del problema. La Orden de protección concentra en una única resolución judicial medidas cautelares de naturaleza penal (prisión provisional, prohibición de aproximación, de residencia y de comunicación, retirada de armas o cualquier otro tipo de medidas) y medidas provisionales de carácter civil (atribución inicial de la vivienda familiar, determinación y retirada del régimen de custodia de los hijos, suspensión del régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos, fijación de prestación alimenticia, etc.) Además, la Orden de protección activa las prestaciones sociales establecidas a favor de la víctima por el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. En particular, activa el derecho a obtener la Renta Activa de Inserción. A estos efectos la Orden de protección se comunica por el juez a las Administraciones correspondientes.

No obstante, la LO1/2004 es más integral, pues prevé no sólo la protección inmediata de las víctimas, sino también la prevención a medio y largo plazo a través de medidas de sensibilización.

II.2. Objeto y finalidad de la Ley

La Ley “tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” (art. 1.1).

La finalidad de la Ley es “prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a sus víctimas” (art. 1.2).

La violencia de género a que se refiere la 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” (art. 1.3).

Como puede verse, a diferencia de los antecedentes legislativos antes aludidos, la violencia a la que se refiere la nueva ley no es la violencia doméstica o familiar en su conjunto, sino sólo la violencia ejercida contra las mujeres por parte de la pareja o ex pareja. Este fue uno de los principales argumentos de las críticas que se formularon contra esta ley durante su proceso de elaboración. En particular, el *Informe del Consejo General del Poder Judicial* sostenía que la norma debería

regular la violencia doméstica en todos sus tipos, no sólo contra las mujeres, sino también contra menores y ancianos e incluso contra los hombres. Entiendo que esto es una decisión de política legislativa que entra dentro de la libertad de configuración del legislador que ha querido dar respuesta a un problema específico, el de la violencia contra las mujeres por parte de sus parejas o ex-parejas¹⁸. No constituye discriminación que no se haya incluido dentro del ámbito de protección de la ley a los ancianos y niños, ni tampoco a los hombres, en la medida en que estas personas ya tienen una protección jurídica adecuada, como reconoce el propio *Informe del Consejo General del Poder Judicial*. Otra cosa sería que carecieran de ella. En efecto, todos ellos gozan tanto de la tutela judicial, que obtienen a través de los tribunales ordinarios, como penal¹⁹.

El objeto de la ley se corresponde con la concepción internacional de la violencia de género como aquella que encuentra sus raíces en la situación real de desigualdad y discriminación de las mujeres, como consecuencia de las relaciones de poder de los varones sobre las mujeres y de un modelo de organización social que las coloca en una posición de inferioridad y subordinación respecto de aquéllos.

Por esa razón, hay que interpretar que tanto este primer precepto como el conjunto del articulado, hacen referencia a la violencia con sujeto activo varón y sujeto pasivo mujer²⁰, porque eso es lo característico de la violencia de género²¹, y ello frente a la interpretación sostenida por algunos autores que sugieren que

18. En esa línea, entre otros, el *Voto particular* de Monserrat Comas d'Argemir Cendra y Luis Aguiar de Luque al *Informe del Consejo General del Poder Judicial*; BENITO DE LOS MOZOS, Ana Isabel, en SANZ MULAS, Nieves, GONZÁLEZ BUSTOS, M.^a Ángeles y MARTÍNEZ GALLEGO, Eva M.^a (coords.), *Ley de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 41-43; y RIDAURA, M.^a Josefa, "El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género", en BOIX REIG, Javier y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, Iustel, Madrid, 2005, pp. 89-90 y 106. En el ámbito de la doctrina penal, LAURENZO COPPELLO, Patricia, "La violencia de género en la Ley integral. Valoración político-criminal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005 (<http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>, pp. 2-7 y 14-19) y MAQUEDA ABREU, María Luisa, "La violencia de género entre el concepto jurídico y la realidad social", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2006 (<http://criminet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>, *passim*)

19. Todos ellos están protegidos por los tipos básicos de violencia doméstica del art. 173.2 (delito de malos tratos habituales) y del art. 153.2 (malos tratos ocasionales). Además, en su caso, se les pueden aplicar los tipos cualificados que establece la nueva ley (arts. 148.5º, 153.1, 171.4 y 172.2) en calidad de "personas especialmente vulnerables que convivan con el autor", si bien en estos casos es necesaria la convivencia y la prueba de la vulnerabilidad. Con esas condiciones, los niños y los ancianos, pero también el varón dentro la pareja pueden ser considerados como "persona especialmente vulnerable que conviva con el autor".

20. Hay que exceptuar el caso de las "personas especialmente vulnerables que convivan con el autor". Como es sabido, este inciso fue introducido en el Congreso en el último momento y no guarda una relación directa con el objeto de la ley establecido en el artículo primero.

21. Aunque hay excepciones, entre las que destaca la mutilación genital femenina que, con mucha frecuencia, es llevada a cabo o inducida por las propias mujeres de la familia.

los tipos penales agravados podrían aplicarse en parejas homosexuales femeninas (o incluso masculinas). Entiendo que semejante interpretación no se corresponde con el espíritu de la ley²².

Por otra parte, la Ley no abarca la totalidad de la violencia contra las mujeres, sino sólo la que se produce en el seno de las relaciones de pareja. Como recuerda la Declaración de Beijing, la violencia contra las mujeres se ejerce en la familia (y no sólo por parte de la pareja, sino también por obra de otros varones de la familia: padres, abuelos, hermanos), en el trabajo y en la sociedad. A pesar de las referencias en la Exposición de Motivos de la Ley a los diferentes ámbitos en los se manifiesta la violencia contra las mujeres, en el artículo 1.1 restringe su ámbito de aplicación a las relaciones de pareja.

Por lo demás, la ley no requiere la convivencia entre quienes están o han estado ligados por relaciones de afectividad.

La no exigencia de convivencia de las parejas de hecho para quedar incluidos dentro del círculo de los sujetos pasivos de la violencia doméstica (art. 173.2) procede de la LO 11/2003. De este modo la violencia doméstica se concibe en un sentido amplio que incluye a las personas ligadas entre sí por relaciones de parentesco, de convivencia o por determinadas relaciones de afectividad.

En todo caso la no exigencia de convivencia me parece especialmente acertada en una ley cuyo objeto no es la violencia doméstica en general, sino la violencia contra las mujeres, porque las agresiones contra éstas como manifestación del deseo de control del varón sobre la mujer se producen no sólo cuando hay vínculos de parentesco (matrimonio) o de convivencia (unión *more uxorio*), sino también cuando hay una relación afectiva más o menos continuada, aun sin convivencia (novios, amantes).

El apartado 3 indica los actos violentos que comprende la violencia de género en el sentido de la ley, completando así la delimitación de su ámbito de aplicación. Aquí sí que las formas de violencia que enumera se corresponden casi literalmente con el catálogo enunciado en los textos internacionales, en el art. 1 de la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (1993) y en el párrafo 113 de la Plataforma de Acción de Beijing (1995).

Por lo demás, a la vista del art. 1.1, la Ley parece establecer la presunción de que toda violencia ejercida por un varón sobre la mujer que sea o haya sido su pareja es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Y esto no siempre es así. Ahora bien, el nº 4 del art. 44 (que determina la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) nos lleva a interpretar que estamos ante un presunción *iuris tantum*, pues establece: “Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género,

22. Las agresiones en el seno de parejas homosexuales quedarían incluidas en los tipos básicos de violencia doméstica y, en su caso, se les podrían aplicar los tipos cualificados que establece la nueva ley (arts. 148.5º, 153.1, 171.4 y 172.2), pero por la vía del inciso relativo a las “personas especialmente vulnerables que convivan con el autor”.

podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”. En buena lógica, además de esta consecuencia procesal expresamente prevista en la Ley, en tal caso no deberían aplicarse los tipos penales agravados, a los que más adelante nos referiremos y que son el más aspecto más problemático y criticable de la ley. Aunque ésta no excluya expresamente su aplicación, *in dubio pro reo*.

La Ley contempla, en cinco sucesivos títulos, medidas de sensibilización, prevención y detección; derechos de las mujeres víctimas de la violencia de género; tutela institucional; tutela penal y tutela judicial.

II.3. Medidas de sensibilización, prevención y detección

Las medidas del Título I en las esferas educativa, de la publicidad y medios de educación y sanitaria, pueden ser consideradas como acciones positivas en un sentido amplio. Son medidas de tutela antidiscriminatoria en su vertiente positiva: tratan de superar los obstáculos de carácter no jurídico, esto es, los impedimentos sociales, estructurales, institucionales, ideológicos que dificultan la igualdad. Ahora bien, pertenecen a un primer tipo de acciones positivas que tienen un carácter meramente promocional y ni siquiera implican un trato desigual, razón por la cual no plantean especiales problemas de justificación²³. Pero la Ley introduce también acciones positivas de un segundo tipo que son aquellas que consisten en un tratamiento diferenciado que favorece a los miembros del grupo desaventajado con la finalidad de conseguir la igualdad (diferenciación parificadora o igualadora). Como es sabido, la cuestión de la posible justificación o no, y en qué casos, de este tipo de medidas es objeto de un intenso debate ético, político y jurídico-constitucional en nuestros días²⁴. Este es el problema que vamos a abordar a continuación en relación con los tratamientos preferenciales previstos en la LO 1/2004, y con especial atención a la dimensión teórico-jurídica.

II.4. Tratamientos jurídicos diferenciados en función del sexo en la LO 1/2004

La Ley establece tratamientos jurídicos diferenciados en función del sexo en los ámbitos de los derechos sociales y laborales (Título II), penal (Título IV) y judicial (Título V). Esa introducción de tratamientos jurídicos diferenciados ha suscitado una intensa polémica política, jurídica y doctrinal, en especial en lo que respecta a la agravación de las penas para los varones.

23. Sobre esta categoría de acciones positivas en un sentido amplio, FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 2003, pp. 94-96.

24. Sobre ello ampliamente, FERNÁNDEZ, Encarnación, *Igualdad y derechos humanos*, cit., pp. 96-120.

El problema que se plantea desde el punto de vista teórico jurídico es el de si esas diferencias de trato están o no justificadas.

II.4.1. La prohibición de discriminación por razón de sexo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Como punto de partida de nuestro razonamiento hemos de tener en cuenta que según la jurisprudencia del TC, la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 14 CE no implica una prohibición absoluta de las diferencias de trato en que intervenga el sexo como criterio de distinción. En particular, de acuerdo con la doctrina establecida en la STC 128/1987 (plus de guardería), reiterada y perfilada en una amplia línea jurisprudencial posterior, las medidas diferenciadoras “dirigidas a eliminar situaciones de discriminación existentes” en las que se encuentran las mujeres, y más concretamente determinadas categorías de mujeres (esto es, las llamadas acciones positivas) no sólo no vulneran, sino que serían incluso una exigencia del principio de no discriminación por razón de sexo contenido en el art. 14.

No obstante, respecto de aquellas clasificaciones normativas en las que esté presente como elemento diferenciador alguno de los rasgos especialmente mencionados en el art. 14 y, en particular, el sexo, será necesario un mayor rigor en el enjuiciamiento de su posible justificación jurídico-constitucional. En estos casos la reiterada jurisprudencia del TC exige una justificación reforzada. Esta doctrina procede del TS de EEUU, que la aplica a las clasificaciones normativas en las que interviene la raza o el sexo. Aunque la jurisprudencia constitucional española no ha desarrollado unas técnicas tan elaboradas como las del TS norteamericano, según su reiterada doctrina:

Por de pronto, son inadmisibles constitucionalmente los tratamientos diferenciados que se funden exclusivamente en alguno de los rasgos específicamente mencionados en el art. 14. Además, “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como medio ni como fin la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el artículo 14 CE [...] imponen como fin y generalmente como medio la parificación”²⁵. En consecuencia, tales rasgos sólo pueden ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica. Y cuando así se haga, tendrán que superar un escrutinio estricto, consistente en un mayor rigor en el enjuiciamiento de la legitimidad de la finalidad de la medida, así como en la aplicación de la exigencia de proporcionalidad.

Por lo que respecta a las acciones positivas, la finalidad sobre cuya base pueden justificarse, como antes hemos visto, es la de eliminar situaciones de discriminación existentes, esto es, la de corregir situaciones de desigualdad reales y

25. STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.

promover la igualdad. Este es un objetivo constitucionalmente deseable, con apoyo constitucional expreso en los art. 1.1; 9.2 y 14 CE.

Ahora bien, coherentemente con esa finalidad, la diferencia de trato sólo estará justificada,

- Si efectivamente se dan las circunstancias sociales discriminatorias, la situación real de desigualdad, las desventajas reales en el ámbito de aplicación de la norma (de ahí la importancia de las pruebas estadísticas).
- Y sólo mientras subsistan tales circunstancias. De ahí que este tipo de medidas deba tener carácter temporal y la necesidad de revisión periódica de las mismas.

Además, las medidas diferenciadoras tienen que ser adecuadas para la consecución de esa finalidad.

Realmente el TC ha conocido muy pocos casos de acciones positivas: STC 128/87 y STC 109/93 (hora de lactancia). En ambos casos se trataba de acciones positivas moderadas en beneficio de las mujeres. En las acciones positivas moderadas la proporcionalidad puede darse por supuesta en la medida en que no causan un perjuicio directo a terceros. La STC 269/94 (cuota a favor de minusválidos) sí que efectuó el juicio de proporcionalidad, declarando que se satisfacía dicho criterio pues no se restringe el derecho de los que opositan a las plazas de turno libre y los sujetos favorecidos con la reserva quedan obligados a acreditar la aptitud e idoneidad para el desempeño de las plazas superando las pruebas. Se trata de dos requisitos mínimos que, sin embargo, el Tribunal consideró suficientes. No obstante, no parece que pueda extraerse de esta sentencia que el Tribunal hubiera convalidado una cuota semejante a ésta a favor de mujeres o de minorías étnicas.

El TJCE sí que ha desarrollado técnicas muy elaboradas para efectuar el juicio de proporcionalidad en relación con las acciones positivas que promueven la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ámbito profesional. En particular, ha considerado que las medidas que otorgan preferencia a las mujeres para ser promocionadas en caso de infrarrepresentación y de igualdad de méritos entre los candidatos, son admisibles si contienen una cláusula de apertura que garantice “en cada caso particular” (esto es, no sólo en casos extremos) una apreciación objetiva de las circunstancias personales de todos los candidatos, ignorando la preferencia concedida a las mujeres cuando uno o varios criterios hagan que la balanza se incline a favor del candidato masculino (sentencias Marschall, Badeck y Abrahamsson). De este modo se subsana una de las principales dificultades que plantean este tipo de medidas, que al estar establecidas con carácter general pueden conducir a resultados injustos en determinados supuestos concretos.

II.4.2. El parámetro de la finalidad

Los tratamientos jurídicos diferenciados en función del sexo establecidos en la LO 1/2004 son de índole muy diversa. Por esa razón deben ser analizados de manera pormenorizada y no en bloque.

No obstante, con carácter general respecto de todas las diferencias de trato previstas en la Ley, la finalidad que, en su caso, puede justificarlas sería la de prevenir, sancionar y erradicar la violencia que constituye su objeto y prestar asistencia a sus víctimas. Esta es la finalidad explícita de las medidas de protección integral establecidas en la Ley a tenor de lo declarado en su art. 1.2.

Esta finalidad guarda relación con la que es propia de las acciones positivas, la lucha contra la discriminación, contra las situaciones de desigualdad.

Las estadísticas revelan que actualmente en España, las mujeres se encuentran en una situación de desigualdad en cuanto al disfrute efectivo de los derechos a la vida, a la integridad física y moral y a la libertad en el ámbito de las relaciones de pareja y ello sin perjuicio de que tales derechos estén reconocidos formalmente en la Constitución por igual a las mujeres y a los varones, como no podía ser menos. En contra de lo sostenido en el *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, las mujeres se encuentran en una situación de desventaja inicial real en el ámbito de aplicación de la norma²⁶. Puede pues concluirse que, con carácter general, esta Ley satisface el primer parámetro: el de la finalidad que pueda justificar las medidas diferenciadoras que, en última instancia, sería la de garantizar el disfrute efectivo de los mencionados derechos.

El juicio de proporcionalidad debe efectuarse respecto de cada uno de los tipos de tratamientos jurídicos diferenciados previstos en la Ley, cuestión que pasamos a abordar en la última parte del trabajo.

II.4.3. Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género

El Título II bajo el rótulo “Derechos de las mujeres víctimas de violencia de género” establece una serie de derechos de carácter social: derechos a la información (sobre las medidas de protección y seguridad, y sobre los derechos y ayudas previstos en la Ley, así como sobre el lugar de prestación de los servicios sociales) y al asesoramiento adecuado (art. 18); a la asistencia social integral, abarcando servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida, y de recuperación integral, incluido el apoyo a la formación e inserción laboral (art. 19) y a la asistencia jurídica gratuita (art. 20). Asimismo la Ley prevé derechos en los ámbitos laboral y de la Seguridad Social para las trabajadoras víctimas de violencia de género (y, en su caso, para las funcionarias). Así derecho a la reducción o reordenación del tiempo de trabajo, a la movilidad geográfica, al cambio de centro de trabajo, a la suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo y a la extinción del contrato de trabajo; en los dos últimos casos con derecho a desempleo. Y el tiempo de suspensión se considerará como período de cotización a efectos de las prestaciones de Seguridad Social y de desempleo (art.

26. En este sentido, el *Voto particular al Informe del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 4.

21). Por lo demás, la Ley prevé un programa específico de empleo para las víctimas de violencia de género (art. 22). Ya en el Capítulo IV del Título II bajo el rótulo “Derechos económicos”, el art. 27 prevé una ayuda social consistente en un pago único equivalente a seis meses de subsidio por desempleo (que se incrementa en caso de minusvalías o responsabilidades familiares) con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para las víctimas de escasos recursos (rentas no superiores al 75% del salario mínimo interprofesional) y con especiales dificultades para obtener empleo. Por último, el art. 28 prevé el derecho prioritario para el acceso a viviendas protegidas y residencias públicas para mayores.

Los derechos sociales del Título II puede considerarse que son medidas *adecuadas* para la consecución de la finalidad propuesta de prevención de la violencia y asistencia a las víctimas. Muchas de ellas responden al objetivo que antes apuntábamos de proporcionar a las víctimas los recursos necesarios para poder salir del círculo de la violencia, de la dependencia psicológica, económica, etc. En esa línea, los derechos laborales y de Seguridad Social que facilitan el mantenimiento del puesto de trabajo o de las prestaciones de la Seguridad Social en situaciones de violencia; los derechos correlativos de las funcionarias; el apoyo a la formación e inserción laboral, que forma parte del derecho a la asistencia social integral; el programa específico de empleo; en su defecto, las ayudas sociales; el acceso prioritario a viviendas protegidas y a las residencias públicas para mayores.

Puede decirse asimismo que satisfacen el parámetro de la *proporcionalidad*, en la medida en que se trataría de acciones positivas moderadas²⁷ que no causan un perjuicio correlativo y directo a terceros, esto es, no los privan de algo a lo que tendrían derecho de no existir la norma (salvo en el caso del acceso prioritario a viviendas protegidas y a las residencias públicas para mayores; aquí sí que se trata de bienes escasos y, por tanto, el derecho prioritario de las mujeres víctimas de la violencia puede originar un perjuicio correlativo a los no beneficiados; quizá hubiera sido conveniente introducir una cláusula de apertura/equidad). Por lo demás, en el Título II hay numerosas disposiciones destinadas a evitar la sobreinclusividad, esto es la aplicación de las medidas de acción positiva a supuestos que no se corresponden con la finalidad que las justifica. Así algunos de estos derechos se condicionan a la carencia de recursos, caso del derecho a la asistencia jurídica gratuita y de las ayudas sociales, que se condicionan además a las especiales dificultades para obtener empleo²⁸. Asimismo, el derecho preferente de las trabajadoras y de las funcionarias víctimas de violencia de género a ocupar las vacantes se condiciona al hecho de que la trabajadora o la funcionaria “se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando

27. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Comparecencia ante la Comisión de Trabajo y asuntos sociales, en relación con el proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género”, 7-sept.-2004, *Diario de Sesiones*, pp. 36-38.

28. REY MARTINEZ, F., “Comparecencia ante la Comisión de Trabajo y asuntos sociales”, el 22 de julio de 2004, en *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*. Año 2004. VIII Legislatura. Núm. 67, p. 54.

sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral”. También en lo que respecta a los derechos a la suspensión de la relación laboral y a la extinción del contrato de trabajo, señala que “se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo”. En suma, respecto de diversos derechos del Título II, no basta con ser víctima de violencia de género, sino que se exigen condiciones adicionales para que se activen. Esto no hace sino confirmar que las medidas en cuestión satisfacen el parámetro de la proporcionalidad y son por tanto constitucionalmente legítimas.

II.4.4. Tutela Penal

El Título IV castiga con una pena superior las lesiones (art. 148.4º y 5º), los malos tratos ocasionales (art. 153.1), las amenazas leves (art. 171.4) y las coacciones leves (art.172.2) cuando la víctima “sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”; y también cuando la víctima sea “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”.

Téngase en cuenta además que cualquier amenaza o coacción leve contra estas personas se eleva a la categoría de delito. En cambio, si la amenaza o coacción leve se lleva a cabo contra otra de las personas del art. 173.2 (ámbito subjetivo de la violencia doméstica) es falta (art. 620.1.2º).

Los tipos penales agravados para los varones que introduce la LO1/2004 suscitaron, a lo largo de todo el proceso de elaboración de la ley, y siguen suscitando, una intensa polémica social, política y jurídica. Hay que destacar la oposición del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado en sus respectivos informes al Anteproyecto. Por lo demás, tras la entrada en vigor de la ley en sus aspectos penales, se han planteado numerosas cuestiones de inconstitucionalidad contra los preceptos del Código penal que establecen una agravación para los varones, en particular, respecto de los artículos 153.1 y 171.4 CP en la redacción dada a los mismos por LO 1/2004. Muchas de estas cuestiones de inconstitucionalidad han sido admitidas a trámite por el TC.

Me parece que hubiera sido más acertado no introducir los nuevos tipos penales sexuados. Y ello por dos razones. Porque las normas penales diferenciadas en función del sexo comportarían el riesgo de la estigmatización de las mujeres, en cuanto contribuirían a mantener la imagen de las mujeres como seres vulnerables e inferiores. Además, por una razón de coherencia con el conjunto del ordenamiento jurídico en el que la norma se integra. Los tipos penales sexuados rompen con lo que, acorde con el Derecho comparado, ha sido una constante en la política criminal española desde la aprobación de la Constitución.

Pero, sin perjuicio de lo anterior, el problema que se plantea desde el punto de vista teórico jurídico es el de si esos tratamientos penales diferenciados en función del sexo que la Ley introduce pueden o no justificarse constitucionalmente.

En contra de su legitimidad constitucional se han pronunciado importantes sectores de los jueces y de la doctrina penal²⁹ y constitucional³⁰.

A mi entender, las dudas de constitucionalidad no se deben al hecho de que la protección penal reforzada se reserve a las mujeres, porque como señala Asencio, nadie tiene derecho a que un delito del que sea víctima sea castigado más gravemente, porque el *ius puniendi* corresponde al Estado³¹. Las dudas de constitucionalidad afectan a la agravación de la responsabilidad penal para los varones. El problema no es el de una supuesta vulneración de los derechos de las víctimas por no quedar incluidas en los tipos cualificados, sino el de la posible vulneración de los derechos de los autores por no existir una justificación suficiente para el establecimiento de esos tipos cualificados.

El argumento más sólido para cuestionar la constitucionalidad de la agravación de la responsabilidad penal para los varones es el que apela a la posible vulneración de los principios básicos del Derecho penal, pues de producirse ésta la agravación no satisfaría el parámetro de la proporcionalidad que es exigible para la justificación de las acciones positivas que impliquen diferencia de trato en función del sexo.

Ciertamente, para justificar un trato jurídico-penal diferente en función del sexo, no basta con una alusión genérica a la finalidad de “prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género” (art. 1.2 de la LO1/2004), o lo que es lo mismo de corregir la situación de desigualdad en cuanto al disfrute efectivo de los derechos a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad, a la libertad sexual, etc., en que se encuentran las mujeres en el seno de las relaciones de pareja, a la finalidad en suma de garantizarles el disfrute efectivo de esos derechos.

Hay que evaluar, además, la proporcionalidad de la medida, en cuanto criterio que forma parte, junto con la finalidad, de la justificación de las acciones positivas, y que en concreto, en sede penal exigiría superar el contraste con los principios que limitan el *ius puniendi*: básicamente los principios de proporcionalidad, de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho. Si se vulneran tales principios, la diferencia de trato no sería proporcional por tener unos “resultados especialmente gravosos o desmedidos”³² para los varones.

Esos principios exigen, para el establecimiento de un tipo cualificado, que exista un fundamento adicional para la agravación, esto es, que la acción sea objetivamente más grave por un mayor contenido de injusto o de culpabilidad y

29. BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel y RUEDA MARTÍN, M.^a Ángeles, “La discriminación positiva de la mujer en el ámbito penal (Reflexiones de urgencia sobre la tramitación del Proyecto de Ley Orgánica de medidas de Protección integral contra la Violencia de Género)”, en *La Ley*, diciembre 2004.

30. REY MARTINEZ, F., “Comparecencia”, cit. y RIDAURA, M.^a Josefa, *op. cit.*, pp. 99 y 103-106.

31. ASENSIO MELLADO, “Comparecencia ante la Comisión de Trabajo y asuntos sociales”, el 19 de julio de 2004, en *Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones*. Año 2004. VIII Legislatura. Núm. 64, p. 59.

32. SSTC 76/1990, de 26 de abril, y 253/2004, de 22 de diciembre.

que ese fundamento adicional concorra en el caso concreto, en la acción concreta del autor.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál es ese fundamento adicional de la agravación, en qué consiste la mayor gravedad del hecho cuando un varón comete ciertas lesiones, malos tratos, amenazas leves o coacciones leves contra “quien sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia”. Si atendemos al espíritu de la norma de origen parece claro que el fundamento de la agravación residiría en el hecho de que la agresión sea una “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1.1 de la LO 1/2004).

No obstante, en el proceso de elaboración de la Ley se manejaron también como posibles fundamentos de la agravación la especial vulnerabilidad de la víctima y el abuso de superioridad, que viene a ser en buena medida la otra cara de la moneda de la especial vulnerabilidad de la víctima, si bien aquél exige además de la desproporción de fuerzas, el consciente aprovechamiento de ese desequilibrio.

Como consecuencia de ello se incluyeron en el último momento, en la tramitación parlamentaria de la LO 1/2004 en el Congreso, las mismas agravaciones previstas para la esposa o pareja, cuando la víctima sea una “persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”, lo que podría hacer pensar que el fundamento de la agravación es en ambos casos el mismo, la especial vulnerabilidad de la víctima. Sin embargo, como antes he apuntado, entiendo que el inciso relativo a las personas especialmente vulnerables no guarda una relación directa con el objeto de la ley establecido en el artículo primero. La Ley responde inequívocamente a una finalidad de tutela antidiscriminatoria. Por eso, me parece mucho más acorde con el espíritu de la misma entender que respecto de los supuestos en los que la víctima sea la esposa o pareja, el fundamento de la cualificación sería el carácter discriminatorio de la conducta.

El Anteproyecto incluía una referencia al elemento intencional en la definición de la “violencia ejercida sobre la mujer”, al caracterizarla como “la utilizada como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art. 1.2 del Anteproyecto). Esta introducción de un elemento intencional fue muy criticada, en especial en el Informe del Consejo General del Poder Judicial. También el voto particular señalaba “la dificultad que supone introducir ese especial ánimo en el tipo si es que el art. 171 y todos los demás del Código Penal deben completarse” con la definición legal de la violencia³³. Posteriormente, en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes se suprimió toda referencia a la intencionalidad del agresor. Por esta razón me inclinaría a pensar que el fundamento de la agravación residiría más bien en el desvalor adicional de la conducta objetivamente considerada, con independencia de los móviles del autor.

33. “Voto particular” al *Informe del Consejo General del Poder Judicial*, cit., p. 17.

Ahora bien, el art. 1.1 de la LO1/2004 parece establecer la presunción de que toda violencia ejercida por un varón sobre la mujer que sea o haya sido su pareja es “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Y esto no siempre es así. No toda violencia (y más concretamente no todas las lesiones, los malos tratos ocasionales, las amenazas y coacciones leves a las que se refieren los tipos cualificados) del varón sobre la mujer dentro de la pareja son manifestación de la discriminación. Pueden no serlo no sólo desde el punto de vista de la intencionalidad del autor, sino tampoco objetivamente consideradas. Puede ocurrir que la particular relación entre el autor, la víctima y la concreta agresión no reflejen el contexto general de sometimiento de las mujeres por los varones en que consiste la discriminación como fenómeno estructural. Por esa razón, una interpretación conforme a la Constitución de los tipos cualificados introducidos por la LO1/2004, exigiría la prueba en el caso concreto de la concurrencia del fundamento discriminatorio, excluyendo la agravación cuando la agresión no esté relacionada con la discriminación sobre la mujer. Así se evitaría la sobreinclusividad y podría eludirse la vulneración de los principios de culpabilidad y de responsabilidad por el hecho, así como del derecho a la presunción de inocencia.

Algunos artículos de la ley favorecen esta interpretación. El nº 4 del art. 44 (que determina la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer) establece: “Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente”. En buena lógica, además de esta consecuencia procesal expresamente prevista en la ley, en tal caso no deberían aplicarse los tipos penales agravados.

Parece que una interpretación conforme a la Constitución de los tipos cualificados introducidos por la LO1/2004 es posible, pero entraña una gran complejidad que puede afectar a la seguridad jurídica. Ahora bien estas dificultades quedarían superadas en caso de que el TC decidiese dictar una sentencia interpretativa, precisando, de forma cierta y con autoridad, la interpretación acorde con los preceptos constitucionales de las normas cuestionadas. Obviamente, también cabe la posibilidad de que se declare la inconstitucionalidad de la norma controvertida o incluso su validez desde el punto de vista constitucional. En estos momentos todas las posibilidades están abiertas.

II.4.5. Tutela Judicial

El Título V de la LO 1/2004 crea los denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, con competencias en el orden penal y civil.

En el orden penal les compete: a) la instrucción de los delitos recogidos en los títulos del Código Penal relativos a homicidio, aborto, lesiones, lesiones al feto, delitos contra la libertad, contra la integridad moral, contra la libertad e indemnidad sexuales o cualquier otro delito cometido con violencia o intimidación.

ción, así como de cualquier delito contra los derechos y deberes familiares; b) la adopción de las correspondientes órdenes de protección a las víctimas, sin perjuicio de las competencias atribuidas al Juez de Guardia y c) el conocimiento y fallo de las faltas contenidas en los títulos I y II del libro III del Código Penal (faltas contra las personas y contra el patrimonio). Todo ello siempre que los delitos o faltas “se hubiesen cometido contra quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada al autor por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, así como (...) sobre los descendientes, propios o de la esposa o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho de la esposa o conviviente, cuando también se haya producido un acto de violencia de género” (art. 44.1.a).

Por lo demás, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer acumulan la competencia sobre las causas civiles relacionadas con los actos de violencia de género (art. 44.2 y 3).

El problema que se plantea, desde el punto de vista del art. 14 CE, es el de si está o no justificada la diferencia de trato consistente en excluir, del ámbito subjetivo de protección de la Ley y de la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, las agresiones contra los demás sujetos pasivos de la violencia doméstica: contra descendientes, menores o incapaces, si no ha tenido lugar, además, un acto de violencia contra la mujer; contra ancianos, ascendientes o parientes por consanguinidad o afinidad; contra los varones por parte de sus parejas mujeres, etc.

Al respecto, el Informe del Consejo General del Poder Judicial alegaba que constituye una discriminación negativa excluir a los varones de la competencia de los nuevos órganos judiciales que se crean, privándoles de poder beneficiarse de las ventajas de los mismos. Aunque no se los excluya de la tutela judicial, se los estaría excluyendo de una manera especialmente eficaz de obtenerla. El Informe considera positiva la especialización de los órganos judiciales, siempre que su objeto fuera conocer de todo el fenómeno de la violencia doméstica.

Desde el punto de vista de la filosofía de los derechos humanos una medida de este tipo estaría justificada y no constituiría discriminación. Estaríamos ante una clara manifestación del llamado proceso de especificación, en virtud del cual se le reconocen a determinados grupos que se encuentran en una situación social de especial indefensión derechos particulares; por ejemplo, el derecho de acudir a unos órganos judiciales especializados como son los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Con ello no se les atribuyen derechos distintos a los del resto de las personas. Tales derechos particulares no son sino instrumentos o técnicas para garantizarles, en su específica situación, el disfrute de los derechos humanos (y fundamentales) comunes a todos. En el caso que nos ocupa no se les atribuye a las mujeres “un plus de tutela judicial”, sino que se trata de garantizarles la efectividad del derecho a la tutela judicial frente a cierto tipo de agresiones. Los hechos demuestran que hasta el momento esa tutela judicial se ha mostrado ineficaz para protegerlas. Quienes no se hallan en esa situación de especial indefensión (y aquí

los datos estadísticos sí que son relevantes) no necesitan derechos particulares que les garanticen el disfrute de los derechos fundamentales comunes a todos. Este argumento es especialmente aplicable para descartar la supuesta discriminación de los varones. En cambio, en relación con la exclusión de menores y ancianos, beneficiarios también del proceso de especificación, el argumento decisivo es el de que estas personas no quedan en absoluto desprotegidas frente a la violencia doméstica, la cual es objeto de una especial tutela en nuestro ordenamiento jurídico tanto en el ámbito judicial (juicios rápidos, orden de protección, etc.), como penal.

Las exclusiones mencionadas pueden justificarse constitucionalmente en la medida en que cumplen con el requisito de la proporcionalidad. Por un lado, el título V de la LO1/2004 mejoraría la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia, pero sin debilitar con ello la protección ya existente para los demás sujetos: menores, ancianos, varones, etc. El resto de las situaciones a las que no se extiende la protección de la LO 1/2004 y la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer siguen estando protegidas a través de las vías ordinarias³⁴. Las medidas contempladas no provocarían “un resultado especialmente gravoso o desmedido” para los no beneficiados. Por otro lado, la previsión del apartado 4 del art. 44, antes citado, introduce una cláusula de apertura a través de la cual se puede evitar la sobreinclusividad, de manera que el ámbito de competencia del Juez de Violencia sobre la Mujer se extendería sólo a la violencia que sea “manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres” (art 1.1 de la LO 1/2004), siendo esto algo que el juez debe controlar de oficio, y ello sin perjuicio de las dificultades que plantea la interpretación del elemento discriminatorio³⁵.

Por las razones expuestas, puede concluirse que los aspectos procesales de la Ley no plantean problemas de constitucionalidad desde el punto de vista del art. 14 de la CE. Cuestión distinta es la de los posibles problemas de carácter técnico jurídico que puede plantear el Título V desde el punto de vista procesal y de la organización de los juzgados y tribunales.

Por otra parte, lo cierto es que para proteger a las mujeres contra la violencia no parece necesario excluir de esta especial protección a los varones, ni en general a los restantes sujetos pasivos de la violencia doméstica (art. 173.2).

Por ello quizá hubiera sido más acertado extender la tutela judicial especial a todas las personas a las que hace referencia el art. 173.2. Esto probablemente no iría en detrimento de la protección de las mujeres. Además hubiera sido más sistemático y hubiera obtenido mayor consenso. Pero esto hubiera sido hacer una

34. PLANCHADELL GARGALLO, Andrea, “La competencia del juez de Violencia sobre la mujer”, en BOIX REIG, Javier y MARTÍNEZ GARCÍA, Elena (coords.), *La nueva Ley contra la Violencia de Género*, cit., pp. 279-281.

35. GONZÁLEZ GRANDA, P., “Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en *La Ley*, nº 6214, lunes 21 de marzo de 2005, p. 3.

ley distinta, con un principio inspirador totalmente diferente y, como señalábamos al principio, la decisión de elaborar una ley referida no al problema de la violencia doméstica en su conjunto, sino a una manifestación específica de la violencia contra las mujeres, es un opción legítima del legislador.