

La violencia de género como vulneración de la dignidad humana: el papel del derecho en la lucha por la igual dignidad de la mujer

Isabel Turégano Mansilla *

Sumario: 1. Introducción. 2. Universalidad de los derechos y derechos de las mujeres. 2.1. Feminismo y diferencia. La categoría de género. 2.2. La dicotomía de lo público y lo privado y la exclusión de la familia de las consideraciones sobre la justicia. 3. Igualdad y diferencia. 4. Acerca del papel del derecho en la lucha por la igual dignidad de la mujer. 4.1. La adopción de una ley integral contra la violencia de género. El caso español. 4.2. Mediación y violencia de género.

* Profesora titular de “filosofía del derecho” de la Universidad de Castilla-La Mancha, España.

1. Introducción.

El fenómeno de la violencia de género contiene un factor esencial que le confiere un perfil propio respecto de otros fenómenos de violencia social, consistente en la consideración desigual de la dignidad de la mujer en cuanto tal¹. Tal y como viene siendo definida la violencia de género, ésta no se reduce a un atentado contra la vida y la integridad de la mujer sino que existe un plus adicional de desvalor que se refiere al modo en que atenta a su dignidad e igualdad². La larga lucha por el reconocimiento de la dignidad humana supuso la afirmación de la autonomía e independencia moral de toda persona, su consideración como sujeto activo con capacidad propia de conocimiento, decisión y actuación. Sin embargo, la tardía inclusión de las mujeres a la igual dignidad formal no ha logrado todavía evitar que en muchos casos sigan existiendo situaciones reales de dominio cultural y sometimiento. En este sentido, el valor de la dignidad humana y una comprensión compleja del principio de igualdad constituyen un marco fundamen-tador necesario para debatir sobre las soluciones prácticas.

La protección de los derechos de las mujeres ante la problemática que nos ocupa no puede reducirse a medidas penales y civiles de garantía de las libertades individuales, sino que requiere medidas sociales, educativas y culturales orientadas a la protección de un grupo social concreto. A partir de esta constatación se abre una amplia variedad de opciones teóricas acerca del modo en que se ha de interpretar la idea de diferencia y la posibilidad de fundar la categoría de género, de las que depende la adecuada reconstrucción del problema de la violencia de género y el diseño de vías para su superación. La teoría crítica feminista parte de la constatación de la efectiva discriminación histórica de las mujeres, por el hecho de serlo, tanto en los modelos normativos como en la práctica, y propone reconstruir la teoría y la práctica con el objetivo de corregir la subordinación dominante. Pero a partir de esta constatación común, el feminismo ha ofrecido una pluralidad de propuestas

..

Resumen: *El fenómeno de la violencia de género se conforma por diversos aspectos sociales que implican la consideración desigual de la dignidad de la mujer. La protección de los derechos femeninos requiere medidas sociales, educativas y culturales que se aúnen a la legislación civil y penal.*

La diferenciación entre términos como “género” y “sexo” constituye parte primordial del conflicto, puesto que establecen una diferencia entre la feminidad, como identidad compleja, y la mera composición biológica, conformando una estructura rígida de los conceptos “hombre” y “mujer.” La situación actual del desarrollo social femenino ha generado la necesidad de regular entornos privados, gestores de la equidad o desigualdad femenina, para favorecer su igualdad en la vida pública.

Es importante identificar las desigualdades sociales materia del combate contra la violencia de género, en el cual se han implantado medios alternativos de solución de conflictos, que favorezcan al Derecho Penal en esta tarea.

¹ALMOGUERA, Joaquín. “La violencia de género como vulneración de la dignidad humana”, En: RODRÍGUEZ Palop, M. E, CAMPOY Cervera, I., y REYPérez, J. L. (eds.) Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación. Madrid, Dykinson, 2005, p.48.

² El concepto de “violencia de género” se refiere a la violencia ejercida contra la mujer y que se utiliza como instrumento para mantener la discriminación y la desigualdad en las relaciones de poder entre los géneros. Comprende la violencia física, sexual y psicológica, ejercidas tanto en la vida privada como pública siendo el principal factor de riesgo el hecho de ser mujer (tomo la definición de FERNÁNDEZ Alonso, M^a Carmen, en su “Guía de Actuación ante los malos tratos contra la mujer,” Valladolid, editada por la Sociedad Castellana y Leonesa de Medicina de Familia y Comunitaria, 2005, p.20).

mujeres respecto de los varones.

En el plano filosófico, la universalidad del discurso ilustrado de los derechos ha sido criticado por su carácter ideal y abstracto. La crítica feminista emplea una doble argumentación: por una parte, el denominado feminismo cultural y el posmoderno rechazan el proyecto ilustrado por su concepción abstracta y unitaria del sujeto y consideran que éste debe concebirse siempre en relación a un contexto y a una cultura; por otra parte, se pone de manifiesto que la abstracción del discurso liberal supone la idealización encubierta de un modelo concreto de sujeto: el individuo varón propietario⁵.

2.1. *Feminismo y diferencia. La categoría de género*

Parte de la teoría feminista comparte con la corriente comunitarista el rechazo a la concepción liberal del sujeto abstraído y desarraigado, en cuanto que considera que las mujeres, como tales, tienen una identidad con características específicas que difiere de la de los varones. Se considera que las actitudes y valores hacia las que las mujeres muestran una especial disposición se gestan en contextos particulares de relaciones concretas. El *feminismo cultural* resalta el valor de los roles, actitudes o características típicamente femeninas y considera que existe un vínculo causal entre las funciones biológicas y características naturales de las mujeres y una predisposición a ciertas capacidades y valores propios. En esta línea, el enfoque psicológico de la identidad de género y el denominado “pensamiento maternal” dieron lugar a un intenso debate en la teoría de la justicia y sirvieron como contrapunto a la concepción liberal de la justicia basada en la imparcialidad. Los estudios de autoras como Nancy Chodorow, Carol Gilligan y Sara Ruddick⁶, poniendo de manifiesto, las primeras, los mecanismos psicológicos que intervienen en la asunción del rol de empatía y afecto que asumen las mujeres y, la última de las citadas, el papel central que la maternidad tiene en la determinación de la especificidad femenina, abrieron el debate en torno a una *ética del cuidado* para la que las mujeres desarrollan aptitudes morales propias de las que deriva un modelo ético más adecuado⁷. Mientras que conforme al modelo masculino de comportamiento moral la ética se funda en la idea de derechos en

³ Las funciones sexuales y reproductoras de la mujer son las que, en el pensamiento de Rousseau, dan origen a la familia y con ella la desigualdad y falta de autonomía de las mujeres. Afirma Rousseau, “cada familia vino a ser una pequeña sociedad [...] Y fue entonces cuando se estableció la primera diferencia en la manera de vivir de los sexos, que hasta ese momento sólo habían tenido una [...] Las mujeres se hicieron más sedentarias y se acostumbraron a guardar la choza y los hijos, mientras que el hombre iba en busca de la subsistencia común” (ROUSSEAU, J.J. (1775), “Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres,” Madrid, Alianza, 1980, p.253).

interpretativas y normativas para comprender y tratar la diferencia.

2. Universalidad de los derechos y derechos de las mujeres

El proyecto emancipatorio de la modernidad contenía las bases filosóficas que deberían haber permitido la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, puesto que partía de la universalización de la racionalidad y autonomía de las personas y su emancipación de la autoridad y de prejuicios irracionales. Sin embargo, el propio discurso teórico ilustrado contenía categorías -tales como el concepto de “naturaleza”, la retórica de la privacidad afectiva, o el confuso concepto kantiano de “derecho personal de naturaleza real”- mediante las que se sustrae a las mujeres su consideración de sujetos de igual valor moral y se obstaculiza su desarrollo en la esfera política. Por ejemplo, en su “*Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*”, Rousseau parte de la desigualdad natural de hombres y mujeres para legitimar el modelo de familia patriarcal y la subordinación de la mujer³.

La lucha por los derechos de las mujeres en este momento se presenta como reivindicación de la inclusión de las mujeres en los principios universalistas de la Ilustración, considerando que el alcance del principio de igualdad no podía ser restringido a una parte de la población y que su consolidación universal era una premisa necesaria para la autonomía de las mujeres. Es representativa de este periodo la célebre obra *Vindicación de los derechos de la mujer* de Mary Wollstonecraft, en la que no sólo se reivindican derechos políticos sino la individualidad moral de las mujeres y su capacidad de elección racional⁴. La autonomía, como ideal moral que permite a cada individuo elegir su propio plan de vida y que se traduce en la teoría política en la demanda de libertad, será junto con la igualdad la base teórica de la crítica feminista hasta mediados del siglo XX.

Sin embargo, desde la década de los años setenta se han ido abriendo paso nuevos enfoques teóricos que, frente al feminismo de la igualdad, van planteando un “feminismo de la diferencia”. De modo genérico, el debate se centra en la crítica a la adecuación del discurso universalista de la modernidad y la necesidad de derivar consecuencias normativas de la diferencia de las

³WOLLSTONECRAFT, Mary. (1792), “*Vindicación de los derechos de la mujer*,” trad. de MARTINEZ Gimeno C., Madrid, Cátedra, 1996.

⁴ Para un repaso más amplio de las interpretaciones más relevantes de la diferencia en la teoría feminista me remito al trabajo de ALVAREZ, Silvia, “*Diferencia y teoría feminista*”, En: BELTRAN, Elena. y MAQUIEIRA, Virginia. (eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Madrid, Alianza, 2001, pp.243-286.

últimos años, no sólo el feminismo posmoderno ha sido crítico con el concepto de género como categoría unificadora sino que también desde otras corrientes del pensamiento feminista se han planteado reformulaciones del concepto que tratan de dar cabida a una realidad compleja y plural, excluyendo la idea de una identidad específica¹⁰.

Identificar el género en virtud de una naturaleza propia de las mujeres o de una cultura propiamente femenina que se gesta en los contextos de vida familiar y comunitaria en el que se desarrolla su identidad lo convierte en una noción difícilmente emancipadora. Si la crítica moral a la discriminación histórica de las mujeres se hace depender de valores asociados a las virtudes propias del ámbito doméstico que se atribuyen en exclusiva a las mujeres, se torna imposible articular un modelo normativo alternativo y se restringe en exceso la pluralidad y la autonomía de las mismas. No obstante, si se desmonta radicalmente la noción de género no se pueden afrontar adecuadamente problemas tales como el de la violencia sexista que implica la desigual consideración de la dignidad de la mujer en cuanto tal. En este sentido, el género sigue siendo una categoría *analítica*, necesaria para atender algunos problemas centrales de nuestro tiempo.

El propio término “género” surgió en oposición al de “sexo” para superar las teorías deterministas biológicas, mostrando que las diferencias entre hombres y mujeres son el resultado de un complejo proceso de construcción social que genera desigualdades. Las diferencias entre ambos, que son fuente de discriminación y dominación, se conforman en la interacción social y se consolidan en las representaciones y prácticas sociales que asignan posiciones y pretensiones. En consecuencia, el empleo del género como categoría teórica permite identificar y analizar problemas sociales tales como la violencia sexista y concebirlas en su dimensión estructural y social, en cuanto elemento constitutivo de las desigualdades y de las asimétricas relaciones de poder vigentes en la organización social¹¹.

Esta dimensión social permite, además, concebir al agente social como articulación de un conjunto plural de posiciones, correspondientes a la multi-

⁶ CHODOROW, Nancy, “*El ejercicio de la maternidad*,” Barcelona, Gedisa, 1984; GILLIGAN, Carol “*La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1985; RUDDICK, Sara, “*Maternal Thinking. Towards a Politics of Peace*”, Londres, The Women’s Press, 1989.

⁷ Un compendio de algunas contribuciones importantes a la ética del cuidado se encuentra en HELD, Virginia (ed.), “*Justice and Care. Essential Readings in Feminist Ethics*”, Boulder, Colorado, Westview Press, 1995.

competencia ante la que se ofrece una solución imparcial y abstracta, la ética del cuidado se centra en los afectos y las emociones y se vincula a una noción fuerte de responsabilidad a partir de un modelo de razonamiento contextual. De este modo se confiere mayor valor a las virtudes que más propiamente genera el aprendizaje moral que han realizado las mujeres en el contexto en el que históricamente se han desenvuelto -tales como empatía, solidaridad, generosidad, intuición, compasión, etc.- y se considera que éstas han de ser la base de las relaciones interpersonales no sólo privadas o domésticas sino también sociales y públicas.

El *feminismo posmoderno* radicaliza la idea de diferencia y critica la categorización genérica de sujetos. En este sentido, no sólo rechaza el modelo racionalista universalista identificado con la cultura masculina, sino que se opone a la propia noción de género como definición homogeneizadora de las mujeres desde un postulado trascendental de la razón. Según Judith Butler, el género como categoría no adopta las mismas características en todos los contextos sociales y culturales, por ello, considera que no es un concepto emancipador, sino opresor y excluyente que ignora la diversidad entre mujeres con distintas realidades. La diferencia se concibe ahora como pluralidad absoluta, fragmentación y diversidad, el género se considera una construcción cultural que hay que desmontar⁸.

En cada una de estas corrientes del pensamiento feminista se ha concebido la idea de diferencia de un modo distinto. Las defensoras de una ética del cuidado no sólo emplean la categoría de género sino que la refuerzan separando a las mujeres como grupo desde un esencialismo que puede ser de naturaleza biológica o cultural. Por su parte, el pensamiento posmoderno critica la noción de las mujeres como grupo y no considera necesario elaborar categorías homogéneas para emprender políticas de emancipación⁹. En los

⁸ BUTLER, Judith. "Gender Trouble. Feminism and the Subversion of Identity," Nueva York, Routledge, 1990. Sin llegar a este *atomismo* del pensamiento feminista posmoderno, otras teóricas han planteado la necesidad de diferenciar la realidad de las mujeres en función de contextos culturales específicos (la diferencia dentro de la diferencia). Así, las mujeres del tercer mundo han cuestionado el hecho de que exista una experiencia de ser mujer que sea generalizable y colectivamente compartida: ser negra –homosexual, pobre– y ser mujer es ser una mujer cuya identidad está constituida de forma diferente a la de las mujeres blancas –heterosexuales, de clase media–.

⁹ ÁLVAREZ, Silvia. "Diferencia y teoría feminista", op. cit., p.265.

¹⁰ En este sentido, OKIN, S. M., "Desigualdad de género y diferencias culturales", En: CASTELLS, C. (comp.), Perspectivas feministas en teoría política, Barcelona, Paidós, 1996, pp.185-206; YOUNG, I.M., "Gender as Seriality: Thinking about Women as a Social Collective", En: NICHOLSON, L. y SEIDMAN, S. (eds.), Social Postmodernism. Beyond Identity Politics, Cambridge University Press, 1995, pp.187-215.

familiar, a la que se considera regida por principios propios¹⁴.

No se trata de cuestionar el carácter privado de la esfera doméstica, sino de mostrar cómo ésta se relaciona con la vida social y política. Por una parte, la discriminación vigente en su seno limita en gran medida la plena participación de las mujeres en todas las facetas de lo público; y, por otra parte, la intimidad de la familia puede servir para encubrir la vulneración de derechos esenciales de los individuos que la componen. Los principios básicos de la esfera pública, de la prohibición del daño a terceros y la obligación de contribuir a la creación de bienes públicos, no puede detenerse ante el umbral de las relaciones familiares, sino que, por el contrario, la cesión en parte de la autonomía familiar permite asegurar una mayor justicia en el ámbito público¹⁵.

Además, la estructura de la familia debe ser objeto de la teoría de la justicia. La superación de los problemas de violencia doméstica sólo es posible si los mismos principios que vienen siendo considerados apropiados para el ámbito público se aplican a las relaciones familiares. Una familia estructurada sin los estereotipos de género es una familia más justa y esta justicia en el ámbito doméstico supondría una mayor justicia en la situación de las mujeres como ciudadanas. El propio John Rawls se vio obligado a extender su concepción de la justicia a las cuestiones de familia y de género ante las críticas de autoras como Susan Okin, Linda MacClaim o Martha Nussbaum¹⁶. En «*The Idea of Public Reason Revisited*» Rawls se refiere por primera vez directamente a tales cuestiones, presenta la familia como una institución o asociación no política a la que, en consecuencia, no se aplican directamente los principios liberales de justicia política, pero, al mismo tiempo, sostiene que aunque no sea una institución política o pública no es una esfera ajena a las exigencias de la justicia. Los principios que definen la igualdad de libertades y oportunidades de todos ciudadanos se aplican igualmente a los miembros de cualquier asociación o institución pública o no pública. Ello no obsta para que la vida doméstica pueda regirse por exigencias morales propias, como las relativas a cómo –dentro de ciertos límites– educar a los hijos. Pero, en todo caso, el liberalismo político no considera el ámbito político y el no político como espacios separados, desconectados, regido cada uno de ellos solamente por sus principios propios. “Las esferas de lo político y lo público, de lo no

¹⁴ Vid. MAQUIEIRA D'Angelo, V., “Género, diferencia y desigualdad”, En: BELTRAN, Elena y MAQUIEIRA Virginia, (eds.), *Feminismos*, op. cit., pp.159-172.

¹⁵ MOUFFE, Chantal., “Feminismo, ciudadanía y política democrática radical”, En: *El retorno de lo político*, Barcelona, Paidós, 1999, pp.107-126.

plicidad de relaciones sociales en que se inscribe, y, de este modo, considerar que no existe una entidad homogénea “mujer” enfrentada con otra entidad homogénea “varón”, sino una pluralidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia de género se construye de diversos modos y donde la lucha contra la subordinación tiene que plantearse de formas específicas y particulares. Por ello, el proyecto feminista ha de luchar contra las múltiples formas en que la categoría “mujer” se construye como subordinación en una pluralidad de espacios y posiciones¹².

2.2. La dicotomía de lo público y lo privado y la exclusión de la familia de las consideraciones sobre la justicia

Las relaciones de género no sólo atraviesan los procesos sociales informales sino que se construyen principalmente en las principales instituciones y organizaciones de la sociedad, tales como la familia, los sistemas de creencias, la economía, la política y el derecho. La segunda vertiente de la crítica feminista al proyecto universalista consiste en mostrar cómo estas estructuras institucionales se han conformado de modo ideológico de acuerdo con el modelo masculino dominante. La escisión liberal entre lo público y lo privado ha servido para construir una categoría de individuo universalista y homogénea que es la base del concepto de ciudadanía y que relega la particularidad y diferencia al ámbito privado, consolidando con ello la perpetuación de relaciones discriminatorias en los márgenes de lo público¹³. En aquellos casos en que la distinción entre lo público y lo privado pretende separar en general lo social de la esfera íntima, ésta última se configura como el refugio del individuo frente a cualquier presión social. Es el ámbito de las relaciones interpersonales tales como el parentesco, el amor, la amistad o el sexo. Tradicionalmente se ha considerado que las relaciones familiares y de pareja pertenecen a esta esfera y gozan, consecuentemente, de inmunidad frente al control social y jurídico. La teoría liberal ha venido definiendo lo público como una esfera igualitaria haciendo abstracción de las relaciones de dominación que perduran en la vida

¹³Vid. como muestra de una extensísima literatura las conocidas críticas de PATEMAN, C. (1988), “*El contrato sexual*”, Madrid, Anthropos, 1995 y “*The Disorder of Women: Democracy, Feminism and Political Theory*”, Polity Press, 1989.

¹⁴ El concepto de “violencia de género” y el de “violencia doméstica”, aunque relacionados, no son equiparables. El primero se refiere a la coerción u opresión ejercida contra las mujeres como consecuencia del desequilibrio de las relaciones de poder entre los sexos y puede tener lugar tanto en el ámbito privado como en el público. Por su parte, la violencia doméstica afecta al entorno familiar y puede ser ejercida contra cualquiera de sus miembros más vulnerables (niños, ancianos, discapacitados o mujeres). Pero, de hecho, la histórica relegación de la mujer al ámbito privado del cuidado y los afectos establece nexos íntimos entre ambos modos de violencia.

valores culturales compartidos. Se trata más bien de la existencia de relaciones sociales en las que las mujeres vienen ocupando situaciones de subordinación. Las causas de la desigualdad no radican en la falta de reconocimiento de una particularidad cultural sino en la existencia de situaciones en las que, por razones de tipo socioeconómico, las mujeres se encuentran en desventaja y exigen medidas redistributivas de bienes y oportunidades y de participación¹⁹.

Una comprensión amplia y compleja del principio de igualdad viene reclamada para atender esta situación de desigualdad o desventaja. Ello exige, en primer lugar, clarificar los términos del debate. Y, en este sentido, es necesario distinguir entre las categorías de “diferencia” y “desigualdad”. Las diferencias, naturales o culturales, son connotaciones específicas que individualizan a las personas y se manifiestan como diversas identidades de las personas; las desigualdades, económicas o sociales, son disparidades entre sujetos producidas por la diversidad de condiciones sociales. La igualdad no significa identidad u homogeneidad, sino que parte de la diversidad, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes, y requiere que las diferencias sean tuteladas y las desigualdades superadas. Son las desigualdades las que producen consecuencias indeseables -opresión, marginación, pobreza o violencia- que tienen efectos de exclusión y subordinación y precisan tratamientos normativos en el contexto de la igualdad material²⁰.

El tratamiento de la violencia de género debe situarse en este contexto, en el que no se pretenden eliminar diferencias sino corregir o eliminar los efectos desfavorables que comportan esas diferencias. La igualdad no puede conseguirse aquí equiparando o dando un trato formalmente igual, sino promoviendo las condiciones y eliminando los obstáculos para que desaparezca las situaciones de desventaja. Se habla, por ello, de “discriminación positiva”, en cuanto que las acciones requeridas no protegen por igual a todos los sujetos sino sólo a aquellos que en el marco de una igualdad formal se encuentran en una situación de desigualdad efectiva. Por ello, las políticas de diferenciación para la igualdad son medidas desigualitarias de modo inmediato pero

¹⁵ En este sentido, GARZÓN Valdés, Ernesto, “*Lo íntimo, lo privado y lo público*”, *Claves de Razón Práctica*, (137), noviembre 2003.

¹⁶ OKIN, S.M., “*Justice, Gender and the Family*”, Nueva York, Basic Books, 1989; MACCLAIM, L. “*Atomistic Man Revisited: Liberalism, Connection and Feminist Jurisprudence*”, *Southern California Law Review*, (65), 1992; NUSSBAUM, M., “*Sex and Social Justice*”, Oxford, Oxford University Press, 1999.

¹⁷ RAWLS John, “*The Idea of Public Reason Revisited*,” *The University of Chicago Law Review*, vol.64, (n.3), :791, 1997. Me he referido más extensamente a esta cuestión en TUREGANO I., “*La dicotomía público/privado y el liberalismo político de J. Rawls*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del derecho*, (n.24) :319-347, 2001.

público y lo privado, caen bajo el contenido y aplicación de la concepción de la justicia y sus principios. Si se pretende que la denominada esfera privada sea un espacio exento de justicia, entonces no existe tal cosa¹⁷.

En este sentido, la regulación estatal de la familia ha de ser coherente con el reconocimiento de la igual libertad y dignidad de todos sus miembros. En primer lugar, ha de primar el respeto absoluto a establecer relaciones afectivas en el modo y manera que se prefiera. No es función del Estado la de servir de garantía de un modelo determinado de familia, usualmente identificado con la idea patriarcal de la misma. Y, en segundo lugar, la regulación de la familia debe tener como finalidad la protección de las personas más vulnerables, a partir del reconocimiento de la igual dignidad de todos los miembros.

La desatención de la teoría de la justicia liberal dominante en las últimas décadas a los problemas de género ha dado lugar a un extenso debate sobre la necesidad de su revisión a la luz de otras aproximaciones filosófico-políticas. Desde las construcciones de una ética de la responsabilidad, a las que me he referido, hasta las propuestas de modelos de ciudadanía diferenciada como el de Iris Marion Young, se pretende ofrecer alternativas a los modelos asumidos que incluyan la diferencia e incorporen al ámbito público las necesidades y perspectivas particulares¹⁸.

3. Igualdad y diferencia

Una vez que se ha evidenciado el carácter ideológico de la universalidad y neutralidad de lo público, las políticas de diferenciación adquieren un enorme protagonismo. La reivindicación de derechos y tratamientos especiales implica la lucha por el reconocimiento de las particularidades de las mujeres. Pero según como se interpreten tales particularidades cobra un significado diferente el dilema de la igualdad *versus* la diferencia. Si, como he concluido, no existe una identidad biológica o cultural homogénea propia de las mujeres enfrentada a una identidad propiamente masculina, la demanda de reconocimiento no puede pretender adaptarse al discurso comunitarista de grupos de

¹⁸Vid. YOUNG, I. M., "Imparcialidad y la *cívico-público*. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política", EN: BENHABIB S. y CORNELL, D., (eds.), *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, Alfons el Magnànim, 1990; y, de la misma autora, "La justicia y la política de la diferencia," Madrid, Cátedra, 2000. En otros casos, desde una visión crítica con el feminismo de la diferencia que identifica a las mujeres con un grupo con identidad propia, se proponen modelos de democracia radical que no consideran posible una comunidad completamente inclusiva donde el antagonismo y el conflicto desaparezcan y, por tanto, en el que la unidad y la posibilidad de acción común no se base simplemente en la comunicación libre entre grupos (tal es la propuesta de MOUFFE Ch. en "Feminismo, ciudadanía y política democrática radical", op. cit.).

los resultados, puesto que ante las mismas condiciones de partida se da prioridad a los miembros del grupo desaventajado. A medida que ascendemos en el nivel de discriminación inversa se hace mayor la exigencia de justificación y proporcionalidad de la medida positiva.

4. Acerca del papel del derecho en la lucha por la igual dignidad de la mujer

4.1. La adopción de una ley integral contra la violencia de género. El caso español

Las concepciones acerca de en qué medida el derecho puede ser un instrumento válido para cambiar la realidad social y acerca de cómo puede hacerlo varían considerablemente. Conforme a la teoría feminista crítica, el derecho no es un factor de cambio neutral sino que a partir de una epistemología objetivista refuerza la distribución de poder existente mediante normas y decisiones generales e imparciales. Un feminismo jurídico antiesencialista reclama un tipo de razonamiento jurídico contextualizado que sea el espacio para el tratamiento de las diferencias de sexo²². En general, se demandan cambios en el derecho para que pueda darse una protección especial a colectivos desaventajados.

Este pensamiento crítico apunta acertadamente a que no debemos perder de vista que los problemas jurídico-políticos están íntimamente conectados con un marco social y económico determinado, que condiciona o limita la capacidad del derecho de producir los efectos queridos. Por ello, el adecuado tratamiento jurídico de problemas sociales complejos, como el de la violencia de género, no puede hacerse al margen de la introducción de reformas educativas, laborales, económicas, políticas y asistenciales que cambien las estructuras de la realidad social a la que van dirigidas las normas jurídicas.

Tal es la intención de una *ley integral* como la que fue aprobada en España en diciembre de 2004 (Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género) que aborda el problema desde el proceso de

¹⁹ Nancy Fraser distingue entre aquellas situaciones que dan lugar a demandas de reconocimiento de diferencias (etnia, nación, lengua, religión, cultura) y aquellas situaciones de explotación, marginación y privación que, fundamentalmente por causas socioeconómicas, generan pretensiones no de reconocimiento sino de redistribución. La autora considera que en relación con el género las desigualdades de orden socioeconómico y de orden cultural se entrecruzan (FRASER N. "From Redistribution to Recognition? Dilemmas of Justice in a Post-Socialist Age," EN: PHILLIPS A. (ed.), *Feminism and Politics*, Oxford, Oxford University Press, pp.430-461).

²⁰ AÑON, M. J. "Igualdad, diferencias y desigualdades", México, Fontamara, 2001, pp.23-29.

con las que se pretende alcanzar como objetivo último la igualdad real en las condiciones sociales de hombres y mujeres. No son, por tanto, excepciones al principio de igualdad, sino exigencias para su realización.

Conforme a los estudios doctrinales y la jurisprudencia constitucional, las acciones positivas se caracterizan por los siguientes aspectos:²¹ primero, debe darse una situación de desigualdad o desventaja por motivos culturales, sociales o económicos que hace que un grupo social o determinados sujetos tengan peores oportunidades que otros; segundo, son medidas que se establecen para quienes se encuentran en una situación de desigualdad por pertenecer a un grupo social en comparación con otro u otros y tratan de lograr un reparto igualitario de oportunidades entre los diversos grupos; tercero, el contenido y el tipo de medidas son contextuales, dependientes de las circunstancias; cuarto, las medidas tienen carácter temporal y deben ser revisadas periódicamente, las acciones positivas dejan de estar justificadas cuando cambian las situaciones para las que fueron creadas; y, por último, las medidas deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas a la finalidad que se pretende. Cada uno de estos rasgos pretende evitar que las acciones positivas generen nuevas situaciones de desventaja o exclusión y eviten en la mayor medida posible el riesgo evidente de un paternalismo excesivamente proteccionista. En todo caso, las acciones positivas deben enmarcarse en un conjunto de políticas de igualdad que favorezcan la efectiva participación de las mujeres en la toma de decisiones.

No todas las acciones positivas tienen el mismo alcance desigu-litario. Podría establecerse una graduación en cuyo nivel inferior estarían las medidas de concienciación o sensibilización de la opinión pública (como el control de los contenidos sexistas en los mensajes publicitarios o las campañas institucionales de concienciación social); por encima de ellas, las medidas de promoción de la igualdad (por ejemplo, mediante una educación orientada a la equiparación de hombres y mujeres o las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar); en un nivel superior estarían las cuotas o medidas de “discriminación inversa” (como la reserva de plazas en la administración o en los cargos de responsabilidad empresarial o política); y, por último, las medidas de trato preferencial que afectan no a las oportunidades sino directamente a

²¹ *Ibidem* pp.50-51; RUIZ Miguel, A., “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Doxa*, (n.19), :39-87, 1996; REY Martínez, F “El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,” Madrid, McGraw-Hill, 1995; BARRERE, M. A. “De la acción positiva a la “discriminación positiva” en el proceso legislativo español”, *Jueces para la Democracia*, (n.51) :26-33 2004.

cuestión de inconstitucionalidad interpuesta por el juzgado de lo Penal n.4 de Murcia contra el artículo 153.1 del Código Penal modificado por la Ley Integral contra la Violencia de género. El citado artículo prevé una sanción más elevada en caso de maltrato ocasional cuando “la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor”. La segunda sentencia desestima igualmente las cuestiones de inconstitucionalidad referidas al párrafo 1º del artículo 171.4 del Código Penal también modificado por la ley integral que establece una sanción agravada por el delito de amenazas leves en caso de que el varón amenace a quien sea o haya sido esposa o mujer ligada por una análoga relación de afectividad.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional español, el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución supone que cualquier tratamiento diferenciado entre supuestos de hecho iguales tiene que tener una justificación objetiva y razonable y sus consecuencias no deben resultar, en todo caso, desproporcionadas. La justificación que encuentra el Tribunal Constitucional en la agravación de la pena en los supuestos de violencia de género se sustenta en que no es el sexo de los sujetos el factor exclusivo o determinante del tratamiento diferenciado sino la especial gravedad y reprochabilidad social de tales agresiones en el contexto relacional desigualitario en el que se producen.

En dicho contexto, el recurso a un trato penal diferenciado se considera justificado por su adecuación y funcionalidad a los efectos del fin de la normativa sobre violencia de género. En primer lugar, por la frecuencia y gravedad de las conductas criminales de este tipo; y, en segundo lugar, por la mayor gravedad de estas agresiones en cuanto que, según el Tribunal Constitucional, “corresponden a un arraigado tipo de violencia que es manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres”. Por ello, se considera que tales agresiones suponen una mayor lesividad para la víctima, puesto que afectan, no sólo a su seguridad e integridad, sino también a su libertad y su dignidad, “en cuanto persona agredida al amparo de una arraigada estructura desigualitaria que la considera inferior, como ser con menores competencias, capacidades y derechos a los que cualquier persona merece”. No se trata, según el Tribunal, de que

²² Una de las más conocidas exponentes de una teoría jurídica feminista radical ha sido MACKINNON C. desde su trabajo “*Feminism, Marxism, Method and the State: Toward a Feminist Jurisprudence*”, *Signs*, (8), :635-658. Sobre un feminismo jurídico crítico o posmoderno puede verse FRUGG, M. J., “*Postmodern Legal Feminism*,” Nueva York, Roudledge, 1992.

socialización y de modo multidisciplinar y que ha sido completada con una Ley para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 22 de marzo de 2007 (Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres). La ley integral adopta un enfoque transversal que no se limita al uso estricto del *ius puniendi* estatal sino que contiene medidas preventivas y socializadoras de diversa índole: medidas de sensibilización, prevención y detección, medidas educativas, actuaciones en el ámbito de la publicidad y de los medios de comunicación, en el sanitario, medidas de asistencia social, psicológica y jurídica, derechos laborales y de seguridad social, se crean instituciones encargadas de coordinar, evaluar e impulsar propuestas de actuación en esta materia y medidas e instituciones de protección jurisdiccional de las víctimas. Este planteamiento supone el reconocimiento del papel que las instancias socializadoras vienen desempeñando en la perpetuación de las desigualdades que están en el origen de esta forma de violencia, desarrollando un principio de igualdad material o compleja, que exige medidas de discriminación o acción positiva, siendo una de las mayores innovaciones que éstas entren también en el ámbito penal.

La apuesta del legislador por tales medidas especiales en el ámbito punitivo ha generado un debate en nuestro país acerca de la adecuación de un trato diferenciado en este ámbito que puede afectar al principio de culpabilidad. El diferente trato penal no puede justificarse en razón del sexo del agresor y de su víctima o por razones puramente biológicas, pues lo contrario supondría deslizarse peligrosamente hacia la vigencia simultánea de dos derechos penales, uno para la generalidad y otro para grupos especiales de personas. El principio de trato diferenciado puede ser constitucionalmente válido si las amenazas y coacciones tienen una sanción agravada en cuanto que son expresión de una violencia ejercida en el contexto de una relación desigual de poder en la que los hombres se valen de tales acciones para ejercer su situación de dominio. Tal tipo de violencia reclama medidas de discriminación positiva que son proporcionadas en cuanto que son necesarias para eliminar la discriminación estructural. Los bienes jurídicos que se protegen no son sólo la vida o la integridad física y moral sino también la dignidad y la libertad.

Esta ha sido la doctrina del Tribunal Constitucional español que ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de la acción positiva en materia penal en dos sentencias recientes: sentencia 59/2008, de 14 de mayo y sentencia 45/2009, de 19 de febrero. La primera desestimó la

man la protección del Estado y una visión simplificadora de una pretendida naturaleza masculina dominadora²⁴.

Es cierto que la mera vigencia de la ley no debe automáticamente significar que ha sido superada la histórica discriminación de la mujer y que ahora es ella la que decide libremente denunciar los casos individualizados de violencia, porque en este caso, la violencia de género vuelve a convertirse en un problema privado. La eficacia de la norma dependerá de la superación progresiva de ciertos problemas persistentes: la falta de formación adecuada de muchos operadores jurídicos (abogados, jueces, policías) en la aplicación diaria de la ley y de los profesionales en los ámbitos laborales, sanitarios y educativos; los considerables déficits de la Administración de justicia, fundamentalmente el retraso en el tratamiento judicial de los casos de violencia; la permanencia de una desigualitaria distribución de las tareas domésticas, debidas en parte a la falta de voluntad política por plantear modelos alternativos de organización de las pautas laborales y culturales; la desconsideración del valor social de la maternidad; las enormes deficiencias socializadoras y educativas de las instancias formales orientadas a tal fin; la insuficiencia del gasto público para cubrir objetivos sociales conciliadores, etc.²⁵ Como ha denunciado Francisco Laporta, el caso de la ley de violencia de género es otro caso más de un mandato normativo, deficiente técnicamente y sin apoyo suficiente en los órganos encargados de aplicarlas, que debe operar muchas veces en el vacío y corre el riesgo de convertirse en una legislación simbólica²⁶.

4.2. *Mediación y violencia de género*

Desde el siglo pasado asistimos a un notable incremento de las conductas penalmente tipificadas con el que se pretende que el derecho penal sea un instrumento esencial de transformación social. Ello ha implicado un notable incremento de la actividad punitiva para la que el Estado no ha previsto los medios personales y materiales necesarios para su adecuada realización. Tales circunstancias concurren especialmente en el caso de la violencia de género. El derecho penal se ha empleado como medio para sensibilizar a la sociedad ante la discriminación de la mujer, determinando el nacimiento en la opinión pública de grandes esperanzas en la efectividad del derecho en la solución del problema. “Los ciudadanos, alentados por los medios de comunicación, confían en que el sistema penal solucione los problemas de violencia dentro de la familia... En cambio, ... la limitación de los medios del sistema penal le impide perseguir adecuadamente todas las conductas penalmente relevantes

se atribuya al agresor varón una responsabilidad colectiva por una situación estructural de discriminación, sino que es su acción personal la que conlleva un especial desvalor por su inserción consciente en una estructura social a la que “él mismo, y solo él, coadyuva con su violenta acción”.

Como proponen algunos de los votos particulares a las sentencias del Tribunal Constitucional comentadas, la argumentación que sigue la sentencia debería haber conducido a una delimitación más precisa de la interpretación constitucional del precepto impugnado frente a otras interpretaciones posibles que son inadmisibles constitucionalmente. No se justifica el agravamiento de la sanción al maltrato ocasional del varón cualquiera que sea la causa y el contexto de dicha acción, puesto que el maltrato ocasional del hombre contra su pareja o ex pareja no siempre es necesariamente una manifestación de la discriminación y dominación estructural de la mujer. Debería haberse señalado en el fallo el tenor de la interpretación del precepto conforme con la Constitución en el sentido de que “para que una conducta sea subsumible en los tipos penales agravados no basta con que se ajuste cumplidamente a la detallada descripción que contiene, sino que es preciso además que el desarrollo de los hechos constituya ‘manifestación de la discriminación, situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres’”²³.

Una discriminación positiva más amplia en el ámbito penal resulta injustificable. Y, en todo caso, la intervención punitiva en este ámbito se ha encontrado con la oposición de quienes consideran que supone una visión paternalista del Derecho que parte de una concepción negativa de la mujer como sujeto débil y vulnerable y del varón como sujeto esencialmente dominante. Es necesario no olvidar a un feminismo crítico con la excesiva tutela de las leyes en la solución de los problemas de las mujeres. En este sentido, se considera que los factores desencadenantes de la violencia contra las mujeres no pueden reducirse al deseo masculino de perpetuar una situación de dominio sino que éste se entremezcla con otros factores como la estructura familiar, el núcleo cerrado de la privacidad, el papel de la educación religiosa, conceptos distorsionados del amor, el alcoholismo o las toxicomanías. Además, se considera que la desmesurada importancia que adquiere la filosofía del castigo en la ley integral supone apostar por un modelo de resolución de conflictos puramente punitivo que tiene dudosa eficacia práctica. Por ambas razones, la ley perpetúa una imagen de las mujeres como víctimas que recla-

²³ Vid. los votos particulares de DELGADO Barrio, Javier; RODRÍGUEZ-ZAPATA Pérez, Jorge; y RODRÍGUEZ Arribas.

lencia. Las sesiones con las partes, conducidas por personal especializado con amplias habilidades perceptivas, habrán de ser privadas con el objeto de evitar los efectos inmediatos del desequilibrio de poder entre las partes. Los acuerdos incluirán cláusulas de seguimiento del cumplimiento, como instrumento esencial de protección de la víctima: se imponen tratamientos y normas de conducta al maltratador, que deben fundamentarse en su propio consentimiento. En todo caso, la violencia nunca puede ser el objeto de la mediación y nunca podrá ésta resultar operativa si la violencia persiste y la mujer se encuentra incapacitada para tomar decisiones autónomas. Es función del mediador diferenciar las situaciones de poder desigual que pueden cambiarse de las que no se pueden reorientar y deben reconducirse al marco de intervención punitiva del Estado.

No cabe duda de que la aceptación de la mediación en este contexto es más que dudosa. La completa dejación del principio de legalidad es impensable en este ámbito especialmente ávido de garantías para la mujer, en el que la intervención positiva a través de normas penales ha implicado un compromiso del Estado por atajar un problema históricamente abandonado a la privacidad. En todo caso, son necesariamente irrenunciables las normas que garantizan una protección eficaz a la víctima, especialmente vulnerable en este tipo de delitos como consecuencia de la cercanía con el agresor, la mayor exposición a daños morales y, en muchos casos, la dependencia económica, social y psicológica respecto del mismo. El sistema penal debe siempre poder intervenir con todas sus garantías ante cualquier supuesto de riesgo debidamente fundado.

²⁴ Vid. el escrito publicado en *El País* de 18 de marzo de 2006 bajo el título “*Un feminismo que también existe.*”

en el ámbito doméstico. De esta forma, el ciudadano pierde confianza en el sistema penal y queda gravemente afectada la principal finalidad del Derecho Criminal (la prevención general positiva).²⁷

Como en otros contextos, se han analizado las posibilidades de que el conflicto sea resuelto por medios alternativos que se adecúen más a los problemas y liberen al derecho penal de expectativas que no siempre puede cumplir. Ahora bien, la especial gravedad y complejidad del problema de la violencia de género plantea serias dudas acerca de la idoneidad de esos métodos alternativos de resolución de conflictos en este ámbito. Los inconvenientes derivan del propio modo en que se configuran tales métodos, en concreto el de la mediación. Ésta se concibe como un proceso colaborativo y confidencial en el que las partes trabajan sobre la base de un equilibrio de poder a partir del que analizan y resuelven juntos un problema, instándoles a mirar al futuro sin buscar culpables ni atribuir sanciones.²⁸ Desde movimientos feministas se ha reaccionado críticamente ante la posibilidad de asumir las soluciones así construidas, fundamentalmente por las siguientes razones: en primer lugar, porque supone volver a desconocer la dimensión pública del problema, implicando un retroceso frente al actual reconocimiento social del conflicto; en segundo lugar, se pasa por alto el evidente desequilibrio de poder que coloca a una de las partes en inferioridad. Por último, tal perspectiva minimiza la asunción de responsabilidad o culpa por el maltratador y produce un efecto de corresponsabilidad en la mujer que es psicológicamente negativo.

Sin embargo, desde posiciones que consideran que la mediación puede ser útil en casos de abuso de poder, se analiza la posibilidad de un modelo *adaptado* de mediación que tenga lugar fuera del proceso penal pero que introduzca limitaciones irrenunciables en su aplicación. Sus fines son loables: ayudar a las víctimas a comunicarse de un modo más seguro con sus agresores, evitando escaladas del conflicto; favorecer la asunción de su responsabilidad por parte del autor y lograr la reparación material y psicológica de la víctima.

Para la realización de tales modelos “adaptados” es esencial un diagnóstico y selección previa de los casos y un trabajo interdisciplinario en colaboración con todas las instituciones implicadas en el tratamiento de este tipo de vio-

²⁵ GIL Ruiz, J. “Los diferentes rostros de la violencia de género,” Madrid, Dykinson, 2007, pp.36-38.

²⁶ Vid. su estudio sobre la ley “El imperio de la ley. Una visión actual,” Madrid, Trotta, 2007.

²⁷ DELGADO Martín J, “La violencia doméstica. Tratamiento jurídico: problemas penales y procesales; la jurisdicción civil,” Madrid, Colex, 2001, p.28.

²⁸ ILUNDAIN M. y TAPIA G., “Mediación y violencia familiar”, *La trama. Revista interdisciplinaria de mediación y resolución de conflictos*, diciembre 2003, p.3.
