

## **CONSEJO DE ESTADO**

# COMENTARIO A LOS INFORMES DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL IMPACTO POR RAZÓN DE GÉNERO

FERNANDO REY MARTÍNEZ  
*Profesor de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Valladolid*

## SUMARIO

- I. El informe sobre la incorporación de la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno
- II. Dictamen sobre el anteproyecto de ley orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres

## I. EL INFORME SOBRE LA INCORPORACIÓN DE LA VALORACIÓN DEL IMPACTO DE GÉNERO EN LAS DISPOSICIONES NORMATIVAS QUE ELABORE EL GOBIERNO.

El Consejo de Estado ha emitido dos interesantes y bien construidas opiniones, una de ellas en relación con la Ley 30/2.003, de 13 de Octubre, sobre medidas para incorporar la valoración de género<sup>1</sup> en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno y otra, aún más reciente, sobre el controvertido Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, de fecha 24 de junio de 2.004.

1. El Consejo de Estado no se muestra precisamente entusiasmado con la utilización del horrible anglicismo "género" (traducción literal de gender) y, en el último párrafo de este Informe, propone "estudiar la adecuación" de esta terminología "a los acuerdos léxicos adoptados sobre el particular por la Real Academia Española con las veintiuna Academias de la Lengua

En relación con el primer asunto, el Informe del Consejo respecto de la Ley ya aprobada se estructura, creo, sobre cuatro pilares: (1º) descripción de la Ley; (2º) justificación de la Ley, que podría, a su vez, subdividirse en (2.a) la finalidad que pretende, que gravita en torno al concepto de perspectiva de la «transversalidad» (*mainstreaming*) y (2.b) las fuentes internacionales, comunitarias y nacionales de las que procede; (3º) balance del cumplimiento de la Ley y de los problemas de su puesta en práctica y (4º) propuestas para una mejor aplicación.

1. Descripción de la Ley. La norma introduce una modificación de la Ley del Gobierno, de 27 de noviembre de 1.997, estableciendo que, en el procedimiento de preparación y elaboración de proyectos de Ley, se habrá de incorporar «un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen» (el art. 1 de la Ley modifica, pues, el art. 22.2 de la Ley de Gobierno). Por su parte, el art. 2 de la Ley añade un párrafo al art. 1.b) del art. 24 de la Ley de Gobierno, según el cual «en todo caso, los reglamentos deberán ir acompañados de un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen».

## 2. Justificación de la Ley.

a) Finalidad: adoptar el principio de transversalidad (*mainstreaming*), según el cual, todas las políticas y programas públicos (en este caso, los de naturaleza normativa) deben integrar la perspectiva de género de modo que se analicen las eventuales consecuencias diferentes para mujeres y hombres de tales medidas antes de tomarlas. Las peculiaridades de la condición femenina se han de tener en cuenta «para eliminar desigualdades y para promover una correcta distribución —igualitaria— de funciones, recursos, tareas, responsabilidades, beneficios y ventajas». El análisis del impacto de género de cada disposición normativa que el Gobierno promueva o elabore requiere, como indica el Consejo de Estado, «identificar previamente las diferencias existentes en la situación de los hombres y mujeres y valorar, a continuación, los efectos de la norma en preparación sobre unos y otras». Ello demanda, lógicamente, «la aportación de datos estadísticos e indicadores relevantes desagregados por sexo, sin los cuales no es posible que el informe de impacto de género responda al objetivo legalmente previsto».

Española a ella asociadas». Se trata, sin embargo, de una batalla perdida de antemano tanto por la generalización en los textos jurídicos y políticos internacionales del uso de la palabra «género» como por su activa promoción por las corrientes ideológicas feministas (para las cuales «sexo» y «género» no son conceptos sinónimos). De hecho, los dos textos del Informe emplean el término de modo corriente y la propia terminología legal la ha incorporado (por cierto, en el art. 14 de la Constitución se alude, sin embargo, a «sexo», lo cual plantea el problema de si desde el punto de vista estrictamente jurídico «sexo» y «género» son conceptos sinónimos o no, en cuyo caso habría que preguntarse por los distintos efectos del uso constitucional de uno de ellos y la utilización legal del otro).

b) Fuentes internacionales, comunitarias y nacionales. El principio de transversalidad ha sido reconocido inicialmente en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1.995), reiterado en el año 2.000 por la Asamblea General de Naciones Unidas, y en la Comunicación de la Comisión de la Unión Europea de 21 de febrero de 1.996 titulado «Integrar la política de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias». Se trata de un principio firme y crecientemente establecido en el seno de la Unión Europea. En efecto, ha sido reconocido por el art. 3 del Tratado de Ámsterdam, que ha incluido, como una de las prioridades a tener en cuenta en el diseño de las políticas europeas, la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres en todas las políticas y la eliminación de las discriminaciones. Se incluye como objetivo de la Unión la promoción de la igualdad entre hombre y mujer y se condiciona el conjunto de las políticas comunitarias al objetivo de la consecución de esa igualdad. El art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada «en todos los ámbitos» y no sólo en materia de empleo, trabajo y retribución. En el Informe de la Comisión sobre el seguimiento de la Comunicación (98)-122 final- se han relatado, no obstante, diversas dificultades de la puesta en práctica de la transversalidad en las políticas comunitarias: «insuficiente conciencia sobre asuntos de género en los niveles decisorios, la carencia de recursos humanos y presupuestarios destinados a la tarea propuesta y la falta de expertos en asuntos de género». El principio de transversalidad se reitera en la Estrategia Marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres (Com. 2000, 335 final), en la que se justifica «desde el punto de vista de los derechos humanos, del fortalecimiento de la democracia y del de la propia Unión Europea, en cuanto requieren una participación y una representación iguales de los ciudadanos de los dos sexos en la vida económica, social, cultural y civil». La Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 incluye, en este sentido, la evolución del impacto de género en distintos ámbitos de intervención comunitaria, integrando esta perspectiva en el conjunto de las políticas comunitarias. El Consejo de Estado recuerda también el último Informe de la Comisión sobre la igualdad entre hombres y mujeres (COM, 2004, 115 final, 19 de febrero), en el que se señala que «es exigencia del Tratado incorporar la perspectiva de género en todos los campos de la política comunitaria y en todos los estadios de la preparación y puesta en práctica de sus actuaciones». La Comisión insiste en un «enfoque dual» en el que la transversalidad, en cuanto integración de la dimensión de género en todas las políticas que afectan a las mujeres (política fiscal, financiera, económica, de formación, de transporte, social, etc.) venga acompañada de acciones positivas a favor de la igualdad. El citado Informe llama a los Estados miembros a reforzar «la implementación del mainstreaming de género, a proveer de datos coherentes y al día por sexos, a desarrollar indicadores de igualdad de género y a conseguir progresos en las diferentes áreas de las políticas; encomienda también a los Estados y a la Comisión realizar informes regulares sobre los resultados obtenidos, así como aportar recursos para

apoyar el funcionamiento de este mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres».

En el ámbito estatal, el IV Plan para la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2.003 a 2.006) asimismo establece como uno de sus dos principios fundamentales el que denomina de mainstreaming y cuyo propósito se define como «promover la defensa y garantía del principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, a todos los niveles y evaluando sus posibles efectos».

### 3. Balance del cumplimiento de la Ley y de los problemas de su puesta en práctica

El Consejo de Estado, valorando los dos meses siguientes a la aprobación de la Ley, constata que «no se ha cumplido», ni siquiera en ocasiones «parece haberse reparado en ella». Cuando se ha pretendido ponerla en efecto, «se ha solido unir un llamado informe sobre el impacto por razón de género´ o se ha incorporado a la memoria justificativa una reflexión, aseverando, de forma apodíctica y sin análisis ni motivación fundamentados, que la disposición normativa elaborada por el Gobierno no tiene un impacto desigual para hombres y mujeres, por no establecer, en el mejor de los casos, tratos diferenciados entre unos y otras». Sólo en alguno de los expedientes sobre textos consultados se hacía referencia con datos numéricos al impacto favorable a las mujeres de la medida propuesta. El Consejo de Estado reconoce que la «seria y fecunda puesta en práctica» de la Ley «no es sencilla», pero observa el peligro de que se reduzca al cumplimiento «de un mero requisito formal», convirtiéndose en «un trámite convencional o de cumplimiento rutinario», y achaca las causas de tan «escaso» e «insuficiente» balance inicial a su carácter innovador y a la escasez de tiempo y de indicaciones precisas para facilitar su puesta en práctica en los diversos Departamentos ministeriales.

### 4. Propuestas para una mejor aplicación

Recuerda el Consejo de Estado que le corresponde «velar por el adecuado cumplimiento por la Administración activa de la obligación de valorar, a partir del preceptivo informe, el impacto de género de las disposiciones normativas que le sean consultadas, así como dictaminar, cuando proceda, acerca de la valoración hecha y de las conclusiones alcanzadas». Pero, con carácter general, el Consejo sugiere al Gobierno, para una más efectiva aplicación de la Ley 30/2.003, diversas medidas. Primera, que se adopte un desarrollo reglamentario sobre «los criterios a seguir en la elaboración del informe sobre el impacto por razón de género y sobre el modo de formularlo y ofrecer sus conclusiones o, al menos, que se faciliten unas guías técnicas sobre la puesta en práctica de este nuevo enfoque para identificar los problemas de género en la preparación de las medidas normativas». En este sentido, el Consejo

recomienda seguir los criterios de la «Guía para la valoración del impacto en función del género» elaborada por la Comisión europea, también mencionada en la Exposición de Motivos de la Ley 30/2.003 (lo que la concede eficacia hermenéutica)<sup>2</sup>. Segunda, que se impartan «las instrucciones precisas para que se realicen los esfuerzos complementarios de formación, información y sensibilización, por parte de las unidades administrativas y órganos políticos competentes». Es necesario, señala el Consejo, «que en los respectivos Departamentos existan responsables competentes para llevar a cabo la evaluación del impacto de género, promoviendo la formación de especialistas en la materia y asegurando la coherencia y coordinación entre los criterios de los distintos Departamentos ministeriales».

## II. DICTAMEN SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA INTEGRAL DE MEDIDAS CONTRA LA VIOLENCIA EJERCIDA SOBRE LAS MUJERES<sup>3</sup>.

El análisis de este Dictamen (a mi juicio, magnífico) necesita ser completado con el Informe del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) sobre el mismo –y polémico– texto pre-normativo. De hecho, creo que, en el contexto del acalorado debate social y político<sup>4</sup>, las divergencias más profundas (un auténtico «choque de trenes» ideológico) se han producido entre algunos aspectos de la redacción del Anteproyecto (de aliento ideológico feminista radical) y la opinión mayoritaria del CGPJ, mientras que el Dictamen del Consejo de Estado ha rebajado la temperatura ideológica del debate y ha mejorado notablemente la jurídica (algunas de sus recomendaciones, en efecto, fueron admitidas en el tránsito del anteproyecto al proyec-

2. Según la Guía, el primer paso de la evaluación «consiste en ver si la dimensión de género es pertinente para la política en cuestión, siendo necesario conocer los datos desarrollados por sexos, estudiarlos y plantearse si la propuesta va dirigida a uno o más grupos objetivos y si existen en su ámbito diferencias entre hombres y mujeres en cuanto a derechos, recursos, participación, normas y valores». Si la respuesta a cualquiera de estas cuestiones fuera negativa, no será necesaria la evaluación del impacto en función del género, pero si fuera positiva, habrá de hacerse «no tanto en la fase final cuanto en la inicial del proceso de decisión, a fin de permitir, cuando fuera procedente, incorporar modificaciones», con criterios como: «detectar las diferencias entre los hombres y mujeres en el ámbito sobre el que opere, reflexionar sobre cómo puede contribuir la medida proyectada a eliminar desigualdades entre hombres y mujeres y promover la igualdad en cuanto a participación, distribución de recursos, prestaciones, tareas y responsabilidades».

3. Los comentarios relativos al Anteproyecto de Ley Orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre las mujeres, recogen, básicamente, la exposición que el autor realizó en su comparecencia ante la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Congreso de los Diputados, en relación con el Proyecto de ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género el 22 de Julio de 2.004. El texto está actualmente en trámite de elaboración parlamentaria, con lo que cabe suponer que diversos aspectos serán modificados.

4. Que yo valoro positivamente. Me parece democráticamente interesante que (aunque no fuera algo previsto o deseado por los autores del proyecto), a lo largo de los meses de junio y julio del año 2.004, amplios sectores de la ciudadanía hayan discutido sobre la oportunidad y la validez de las nuevas medidas anunciadas.

to finalmente presentado al Congreso por el Gobierno). El Dictamen del Consejo concluye solicitando «una mayor reflexión» sobre «los instrumentos más adecuados para abordar el problema de la manera más eficaz» frente a la «tramitación acelerada» que recibió inicialmente el Anteproyecto.

El concepto jurídico de igualdad es tan central en el Estado social y democrático de Derecho como engañoso por su aparente simplicidad (todo el mundo parece tener, en efecto, una intuición sobre su significado), tratándose, en realidad, de un concepto jurídico niebla que en ocasiones se presenta con contornos borrosos, como ocurre, en algún sentido, precisamente con el proyecto normativo en examen. Intentaré limitar mi examen a explorar algunos de los asuntos nucleares del proyecto, los relativos justamente a la compatibilidad de la norma con el principio de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo, obviando un examen sistemático y completo. En particular, no trataré la segunda fuente de posibles reproches de validez, la relativa a la creación de los órganos judiciales especializados, que, en mi opinión, a diferencia de las tesis sostenidas por el Consejo General de Poder Judicial, no plantean problemas de constitucionalidad sino tan sólo de técnica jurídica, aunque de bastante peso, pero sobre esto no me detendré. Tan sólo haré constar que también el Consejo de Estado muestra serias reservas sobre la nueva organización judicial prevista por el Anteproyecto, concretamente, entre otras, sobre la amplitud con que se crearán los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (el Consejo entiende que la creación de uno de esos Juzgados especializados en cada partido judicial «pudiera ser quizás excesivo»); las competencias civiles de los nuevos juzgados (que se solicita sean «reexaminadas»); las reglas de atribución de competencias (que «contradice» al art. 87 ter LOPJ); el fuero procesal (que debería ser «reconsiderada»); el Fiscal contra la Violencia sobre la Mujer (sobre cuya regulación el Consejo recomienda «un reexamen de los cometidos y modo de funcionamiento de la Fiscalía delegada, con la intención de asegurar su mejor desenvolvimiento»), etc.

Creo, en primer lugar, que es de justicia reconocer la oportunidad, la pertinencia de los objetivos y el contenido de la mayor parte del proyecto. Aunque no es la primera norma jurídica, ni en el ámbito estatal ni en el autonómico, que pretende golpear contra la diana de la violencia ejercida contra las mujeres, tiene, sin embargo, una vocación de tratamiento integral que la convierte en norma de referencia, y no sólo dentro de nuestras fronteras.

Ahora bien, no pocas previsiones del proyecto presentan diversos flancos vulnerables a la crítica técnico-jurídica. Permítaseme una digresión previa: cualquier mirada crítica a la norma corre el riesgo de ser interpretada o bien como una lectura ideológica más complaciente con el fenómeno de la violencia contra las mujeres que la que hacen los autores del proyecto o bien en clave de lucha partidista. Ninguno de ambos factores concurre en quien esto escribe. Por un lado, comparto sin reservas la voluntad política subyacente de tolerancia-cero hacia este tipo violencia, desgraciadamente tan común (en el año 2.003 hubo nada menos que 76.276 denuncias ante los juzgados de instrucción y 81 muertes de mujeres). En el gran teatro de la vida, ninguna mujer

debe representar su papel con un guión escrito por otra persona que no sea ella misma, y mucho menos debe ser forzada a representar el papel de simple *sparring* o de esclava por una suerte de tirano doméstico. Coincido con quienes aprecian en el fenómeno de este tipo de violencia no sólo un ataque a la vida o la integridad física o psíquica de la víctima, sino también de su propia dignidad porque el agresor no considera a la víctima un ser humano del todo, sino un objeto de su propiedad, una cosa o un animal de compañía. Por otro lado, aunque no siempre es posible discernir con castidad metodológica las diferencias entre los argumentos de oportunidad políticos y los argumentos de validez propiamente jurídicos, creo que es posible intentar trazar esa frontera, y desde luego ése y no otro es mi propósito aquí y ahora. Me propongo, fundamentalmente, identificar, con inevitable taquigrafía conceptual, en la redacción actual del proyecto algunas dudas de constitucionalidad, distinguiéndolas de las decisiones de política criminal que podrían mejorar técnicamente el proyecto.

Empezaré repasando brevemente algunos puntos débiles de técnica legislativa, que, sin duda, podrán ser mejorados a lo largo de su tramitación parlamentaria. Otros, por desgracia, no podrán serlo, a pesar de su importancia. Así, por ejemplo, el advertido por el Informe del Consejo de Estado en relación con el hecho de que las Comunidades Autónomas no han sido oídas en el procedimiento de elaboración del Anteproyecto a pesar de que algunas previsiones inciden directamente en su ámbito de competencias (así las relativas a educación, sanidad, asuntos sociales, la coordinación del nuevo Observatorio con los regionales ya existentes —como el de Madrid, por ejemplo— o que puedan crearse, etc.). Debería haberse realizado, como mínimo, una consulta a la Conferencia Sectorial correspondiente. Tampoco consta en la tramitación del anteproyecto, como también observa el Consejo de Estado, que hayan participado «las opiniones autorizadas de los interlocutores sociales ni las instituciones, organizaciones y entidades que se vienen ocupando de la problemática de la violencia contra la mujer». El Consejo de Estado aprecia, en este sentido, una cierta precipitación en la tramitación hasta ahora del proyecto, que pone en peligro el estudio y la depuración técnica que «una disposición legal tan ambiciosa, innovadora e importante» requiere. Para otras medidas todavía hay tiempo, por ejemplo, la previsión de coordinación entre el nuevo Observatorio y el que ya existe entre el Consejo General del Poder Judicial y los Ministerios de Justicia y de Trabajo y Asuntos Sociales e incluso los regionales, en su caso. O la exigencia de que también los medios de comunicación privados fomenten la protección de la igualdad. O la extensión de las medidas de sensibilización educativas a la formación profesional, y a la Universidad. Plantea también significativos problemas de técnica normativa la naturaleza mixta de la norma como «código» integrador de la materia y como norma que reforma buen número de leyes sectoriales. Esto ha provocado que existan varias disposiciones sin contenido normativo concreto y duplicidades normativas innecesarias. Me remito a lo expuesto en este sentido en el Dictamen del Consejo de Estado, así como a sus interesantes comen-

tarios sobre el derecho de asistencia jurídica gratuita, los nuevos derechos laborales, la acreditación de las situaciones de violencia ejercida sobre las trabajadoras, la naturaleza jurídica de las nuevas instituciones de protección, etc.

Sin embargo, no comparto otras críticas de política legislativa que han ido surgiendo sobre el Proyecto, como, por ejemplo, la del CGPJ en el sentido de la inoportunidad o innecesariedad de la norma ya que no nace en un escenario de escasez de medidas, sino de una pluralidad de iniciativas legislativas ya en vigor pero que por su corto espacio de vigencia aún no permiten valorar su eficacia real. Este es un juicio sobre la oportunidad política de la norma que ignora que el Gobierno dirige la política criminal porque dirige la política interior (art. 97 CE) y que un nuevo Gobierno elegido tras una renovación de las Cámaras no está, obviamente, vinculado por el anterior en sus decisiones de política criminal y es libre, dentro de la legalidad, de adoptar las medidas que estime convenientes en este campo. Por no hablar del argumento político más que jurídico, también expuesto por el Informe del CGPJ, de que la norma judicializa un problema social mucho más diverso de lo que pueda ventilarse ante y por los jueces. Injustificadamente olvida esta consideración la vocación de «integralidad» de la norma, esto es, de previsión de un marco completo, desde el Derecho, de prevención, protección y reparación de los derechos de las víctimas de la violencia de género, lo cual constituye uno de sus méritos principales; ahí están los interesantes capítulos de la norma dedicados a la sensibilización en los ámbitos de la educación, la publicidad y los medios, la sanidad (Título I) y la nueva tutela institucional (Título III).

Examinaré a continuación el Proyecto en relación con el principio constitucional de igualdad. La violencia de género, señala correctamente la Exposición de Motivos, no es un asunto simplemente privado. La democracia (ha escrito un tribunal norteamericano no hace mucho<sup>5</sup>) parece cuando se detiene detrás de puertas cerradas; esta afirmación vale para las puertas de cualquier edificio público, pero también de los domicilios particulares en los casos de lesiones a los derechos fundamentales, como es el caso. Pero ni la violencia de género es un asunto privado, porque atañe a toda la sociedad, ni —añado yo— debe «privatizarse» ideológicamente (al menos sin advertirlo antes) desde la sola lectura que del fenómeno puedan tener algunas corrientes del pensamiento feminista. El movimiento feminista (en su múltiple variedad) ha liderado importantes avances en materia de igualdad entre mujeres y hombres y por ello el Estado democrático le debe una significativa contribución. Pero la interpretación que de los fenómenos sociales (como el de violencia de género o el de la democracia paritaria, entre otros ejemplos de actualidad) puede hacer el pensamiento feminista dominante no es el único posible o legítimo en democracia ni necesariamente el más adecuado (incluso desde un punto de vista político de izquierda). Dicho de otro modo: en un sistema

5. «*Democracies die behind closed doors*» (Detroit Free Press v. Ashcroft, U.S.C.A. for the Sixth Circuit, 2.002).

pluralista, los postulados feministas (buena parte de los cuales comparto) no pueden aspirar a tener, sin embargo, el monopolio de interpretación ortodoxa o auténtica de todos los fenómenos que afectan a los problemas de igualdad entre mujeres y hombres, no pueden aspirar a convertirse, según la conocida expresión de la literatura penalista alemana importada por el profesor Silva Sánchez, en «los nuevos gestores de la moral colectiva»<sup>6</sup>. Algo de esto me parece que se produce en el proyecto en examen (especialmente en la nueva tutela penal), hasta el punto de que el Dictamen del Consejo se refiere al sentido «combativo y militante» del texto, pero, sobre todo, se producía en la definición de la violencia de género que contenía el art. 1.2 del Anteproyecto, felizmente modificado. Incluso el voto particular de los siete vocales del CGPJ, partidario en líneas generales del borrador, la llegó a calificar de desafortunada. Según aquella primera redacción habría violencia «cuando se emplea como instrumento para mantener la discriminación, la desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres». También el Dictamen del Consejo de Estado calificaba esta afirmación de «enfoque innecesario e inadecuado». La actual redacción matiza que 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», cursa de diversas formas. Sin embargo, no es descabellado constatar que, en contra de la lectura de ciertas corrientes feministas, no toda agresión de los hombres sobre las mujeres es una manifestación de ese tipo. No toda violencia de hombres contra mujeres responde a esta causa, no toda violencia es violencia de género, así como no toda violencia de género es del tipo doméstico regulado por la norma —ahí están la violencia sexual, la laboral, etc.; en términos precisos: la violencia a la que se refiere la norma no es la violencia doméstica, sino la violencia de género doméstica. Habrá que convenir, en cualquier caso, que esto podrá discutirse en sede teórica, pero la traslación de este debate al campo del Derecho penal es muy problemática, como tendremos ocasión de ver. Por eso el Título IV del Proyecto, relativo a la nueva tutela penal, es el menos consistente. Una de las críticas más potentes del proyecto alude, en este sentido, a la sobreinclusión de su ámbito normativo (no toda violencia contra las mujeres es violencia de género en el sentido definido por la norma), así como a su infrainclusión (por no incorporar otros comportamientos de violencia contra otros miembros de la familia en sentido amplio: hijos o ascendientes). Ninguno

6. *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Civitas, Madrid, 1.999, p. 46. «Con la expresión “gestores atípicos de la moral” se designa a algunos de los nuevos gestores de la moral colectiva (y del recurso al Derecho Penal en lo que aquí interesa). Si tales “gestores” habían venido siendo tradicionalmente determinados estamentos burgueses-conservadores, hoy adquieren tanta o más relevancia en tal papel las organizaciones ecologistas, feministas, de consumidores, de vecinos, etc. Todos ellos encabezan la creciente tendencia hacia una progresiva ampliación del Derecho Penal en orden a la protección de sus respectivos intereses. Tales demandas de criminalización, por cierto, en buena medida atendidas, resultan inadecuadas, vulneratorias de principios generales del Derecho Penal o incluso contraproducentes”.

de ambos argumentos me parece, sin embargo, concluyente, aunque sí pueden plantear algunos problemas. En cuanto a la sobreinclusión, el Informe del CGPJ objetaba que la comprobación de esa intencionalidad (utilizar la violencia como instrumento de dominación masculina) podría conducir a que un órgano judicial no la estimara presente en algún caso de violencia de hombre contra mujer, con lo que se producirían «efectos distorsionantes». No puedo compartir este punto de vista porque la definición del art. 1 no introduce ni reforma un tipo penal (aunque sí creo que hubiera sido mejor definir la violencia no tanto por la intención del autor cuanto por el resultado; en este sentido, me gusta más la definición de violencia del art. 1 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer adoptado por Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 48/104 de 20 de diciembre de 1.993, según el cual, «por violencia contra la mujer se entiende 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 política como en la vida privada»). En definitiva, la definición del art. 1 del proyecto es técnicamente mejorable pero no merece, a mi juicio, tacha alguna de constitucionalidad.

El argumento de la infrainclusión ha sido profusamente empleado, sobre todo en el Informe del CGPJ. Según esta Institución, la norma tendría que regular la violencia doméstica, incluyendo la que se ejerce contra las mujeres (violencia de género), contra los ascendientes y los menores. Reconoce que estos últimos grupos tienen ya una protección jurídica adecuada, pero las medidas más beneficiosas de la nueva norma deberían extenderse también a ellos porque si no, se lesiona el principio constitucional de igualdad. El Consejo, se afirma en el Informe, «no encuentra razonable, al margen del dato puramente estadístico» que se orienten las medidas de protección exclusivamente a la mujer en razón de su sexo. En esta conclusión se aprecia, en mi opinión, un prejuicio ideológico diametralmente opuesto al de ciertos feminismos: si para éstos, toda violencia ejercida por hombres sobre mujeres es violencia de género (manifestación de dominación), tesis que no comparto, para la mayoría del Consejo la violencia de género no existe como tal, es un simple dato estadístico, la violencia de los hombres contra las mujeres es un fenómeno sexualmente neutro, subsumible en el tipo genérico de la violencia en el seno de la familia y, por tanto, comparable con la violencia de las mujeres contra los hombres o la de éstos contra los menores, etc. Este prejuicio ideológico contamina todo el Informe del Consejo porque es su ideología motriz. Tampoco me convence. En el proyecto subyace una decisión de política criminal absolutamente legítima de quien debe dirigir y/o promover las decisiones en este campo (ex art. 97.1 CE), el Gobierno de la nación. El Gobierno sí puede legítimamente, desde el punto de vista político y también jurídico, distinguir, como ha hecho, entre «violencia de género» y «violencia doméstica» por tratarse de fenómenos que, aunque íntimamente conectados, responden a causas diferentes y, en consecuencia, a los que hay que dar res-

puestas de política social y criminal distintas. La violencia de género es un género de violencia. El Gobierno puede entender que la violencia contra niños y varones no es un problema social de la magnitud del de la violencia contra mujeres porque en el primer caso no está presente como causa explicativa una ideología de la discriminación, que sí está presente, y de modo dramático además, en la segunda y que debe prevenirse y reprimirse severamente. Para la violencia doméstica los instrumentos sociales y jurídicos de prevención y represión (incluida la penal) parecen ser, en principio, los adecuados (aunque siempre existirán oportunidades de mejora). Pero esto no ocurre con la violencia de género, problema gravísimo que persiste a pesar de planes, programas, medidas, etc., en definitiva, del esfuerzo de tantas administraciones y grupos sociales de la última década. Esta constatación justifica doblemente el proyecto: por un lado, se impone «codificar» en un texto algunas de las buenas prácticas ensayadas; pero, por otro lado, y sobre todo, es preciso impulsar un conjunto de medidas nuevas y más incisivas porque el tratamiento tradicional del problema se ha revelado claramente insuficiente. Negar la existencia específica del problema social de la violencia de género (en realidad, el único problema social existente, porque nadie ha discutido seriamente la eficacia o calidad de la respuesta contra la violencia doméstica en sentido amplio), como ha hecho el Informe de la mayoría del CGPJ, que podría calificarse de *sex-blind* (ciego o indiferente a la dimensión de violencia estructural de un sexo sobre otro que tiene el problema) es negar la realidad. En el origen de la violencia de género está el hecho de que la discriminación que sufren las mujeres es la más antigua en el tiempo (ha existido siempre), es la más extendida en el espacio (aterra la «geografía de la discriminación sexual»), es la que más formas reviste (desde la violencia brutal hasta formas sutiles de comportamientos paternalistas falsamente protectores), es la que afecta al mayor número de ciudadanos y es la más primaria porque siempre se añade a las demás causas de discriminación. Por ello, es claro que el Gobierno y las Cortes en su día pueden aprobar una norma que se refiera sólo a la violencia de género, distinguiéndola de la doméstica. No hay discriminación en ello, ni negativa ni positiva, porque el Gobierno no está obligado, ya que se trata de situaciones distintas, a incluir a los varones y/o a los niños entre los destinatarios del proyecto, aunque podría hacerlo si quisiera y, quizás sería mejor desde una óptica de política criminal que lo hiciera (así lo creo yo y así lo ha advertido también el Dictamen del Consejo de Estado, recalcando que «la prevención, la persecución de la violencia contra las mujeres y su reparación no pueden dejar de contemplar estos aspectos colaterales —medidas a favor de terceros afectados—, sin cuya corrección no se erradicará la violencia en la familia y en la sociedad»... e incluso afirma que «es un falso dilema el que parece haberse planteado sobre la posible incompatibilidad de una ley de violencia contra la mujer y la contemplación en ella de terceras víctimas que lo son precisamente como reflejo y a consecuencia de su relación con aquélla»). Otra cosa son las «medidas represivas y sancionadoras» que, según el Dictamen, sí «habrán de tener también en cuenta la existencia

de víctimas colaterales o reflejas de esa violencia contra la mujer, como pueden ser los hijos y otros familiares, que, por su situación de dependencia, no cabe desconocer que pueden estar aún en una peor situación de desventaja y de indefensión que la mujer adulta».

En cualquier caso, lo que el Consejo de Estado califica como dilema artificial no es un dilema casual o insignificante, ya que tiene un importante trasfondo ideológico derivado de la militante lectura feminista de la violencia de género que alienta el proyecto. Pero en términos de validez (y no ya de política criminal) diríamos: no hay discriminación en no incluir a menores y ascendientes en el ámbito normativo porque no son situaciones análogas y, por tanto, falta el término de comparación. Donde sí podría apreciarse el argumento de la subinclusión por tratarse de la única situación comparable es, curiosamente, en relación con las parejas de hecho homosexuales.

Subsiste, no obstante, el espinoso problema de la compatibilidad con el principio constitucional de igualdad de otros aspectos de la norma, concretamente dos: la concesión de ciertos derechos y beneficios (los del Título I y II) sólo a las mujeres víctimas de violencia y la modificación de ciertos tipos del Código Penal teniendo en cuenta el sexo del sujeto activo (Título IV). En el debate social y jurídico planteado se suelen mezclar ambas cuestiones, lo cual provoca confusión. Es preciso distinguirlas. De igual modo, se impone distinguir los conceptos de «acción positiva» y de «discriminación positiva» que se utilizan sin ningún rigor técnico en el debate, a mi juicio, lo cual redundará en una mayor confusión conceptual. Hay una fascinación creciente, en sede política, por el uso de la expresión «discriminación positiva» para referirse, en realidad, a las tradicionales «acciones positivas». Es como si cualquier responsable político al calificar alguna de sus iniciativas como «discriminación positiva» a favor de una minoría la tutelara de modo más incisivo y penetrante. Se está convirtiendo en una expresión taumatúrgica. Del art. 14 de la CE, leído simultáneamente con el art. 9.2 CE, se deriva un mandato de acciones positivas para la igualdad de oportunidades de las mujeres, entendidas como trato jurídico diferente en razón del sexo que beneficia a un grupo de mujeres en situación de desventaja fáctica. En una situación de desigualdad real y efectiva de las mujeres, la adopción de un Derecho «neutro» no es una decisión neutral. El objetivo a alcanzar con las acciones positivas es claro y preciso: la paridad de los sexos, manifestada en el intercambio potencial de papeles entre mujeres y hombres, la «igualdad perfecta» de la que hablara J.S. Mill: que no haya privilegio ni poder para un sexo ni incapacidad alguna para el otro. Las acciones positivas han sido bendecidas en nuestro derecho interno, desde la STC 128/1.987 y son contempladas en el Derecho internacional por los arts. 3 y 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1.979 y en el europeo, incluido el originario, desde el Tratado de Ámsterdam. Es una idea pacíficamente admitida.

Una técnica distinta de las acciones positivas es, sin embargo, la discriminación positiva o inversa. Utilizaré el adjetivo «positiva», aunque entiendo que es intercambiable con el de «inversa», porque capta el mejor sentido de

la figura: con discriminación «inversa» parece hacerse referencia, sobre todo, a la idea de compensación y de un turno distinto de las posibles «víctimas» del trato distinto y peor: antes las mujeres, ahora los varones. Discriminación «positiva» evoca, ante todo, la finalidad de la medida: igualar las oportunidades de un colectivo de mujeres determinado (y deja en la penumbra el «coste» de la medida sobre los varones simétricamente situados). A través de las discriminaciones positivas se establece una preferencia o una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas, particularmente escasas y disputadas (de trabajo, de puestos electorales, de acceso a la función pública o a la Universidad, etc.), asignando un número o porcentaje en beneficio de ciertos grupos, socialmente en desventaja, a los que se quiere favorecer. Las discriminaciones positivas son aquellos tratos jurídicos diferenciados por razón del sexo que, junto a una ventaja concedida a las mujeres como grupo social infrarrepresentado o especialmente perjudicado en algún ámbito social (en esto coinciden con las acciones positivas), provocan, simétricamente, un trato jurídico diferente y peor a un concreto varón o varios sólo por su sexo (esto es, una discriminación directa, efecto que no provocan las acciones positivas). No hay que olvidar, no obstante, que en nuestro Derecho no existe ninguna regulación legal de cuotas raciales o en favor de las mujeres, sino tan sólo para los discapacitados físicos, sensoriales y psíquicos, que el TC ha declarado constitucionalmente legítima (STC 264/1.994, de 3 de octubre). Los problemas se plantean porque desde diversas instancias se viene proponiendo la posibilidad o la necesidad de introducir algunas medidas de discriminación positiva en favor de las mujeres. En este punto, para resolver correctamente la cuestión de la compatibilidad de las discriminaciones positivas con la Constitución, es preciso distinguir los argumentos propiamente jurídicos de otros de eficacia, políticos o de conveniencia social, porque, por ejemplo, una determinada medida de discriminación positiva puede juzgarse como inoportuna o ineficaz, pero, al mismo tiempo, legítima desde el punto de vista jurídico. Desde una perspectiva netamente jurídica, hay que realizar tres distinciones para situar el problema en su exacta dimensión:

1.º Como ya ha sido señalado, acciones positivas y discriminaciones distintas son conceptos distintos: a) Las discriminaciones positivas sólo se establecen para supuestos muy concretos de discriminación, la racial, la sexual, las derivadas de discapacidades físicas o psíquicas; es decir, discriminaciones caracterizadas por ser transparentes e inmodificables para los individuos que las sufren, que son considerados por la sociedad (al menos respecto de algunos aspectos) de forma negativa o inferior (estigmatizadora). b) Las discriminaciones positivas se producen en contextos de «especial escasez»: puestos de trabajo, listas electorales, etc., lo que determina que el beneficio de ciertas personas tenga como forzosa contrapartida un claro y simétrico perjuicio a otras. Esto no ocurre con las medidas de acción positiva. c) Las discriminaciones positivas no dejan de ser discriminaciones directas (esto es, un trato diferente y perjudicial únicamente por razón del sexo, en este caso, del sexo

que no está en algún aspecto socialmente en desventaja); por ello han de ser admitidas, aún en el caso de que se acepten, restrictiva y excepcionalmente. En particular, deberían cumplir las exigencias del contenido esencial del derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo, es decir, deberían superar los estrictos requisitos del principio de proporcionalidad (como límite de los límites a cualquier derecho fundamental), así como de necesidad, objetividad, transitoriedad y legalidad.

En definitiva, la técnica de la discriminación positiva implica dos consecuencias: un trato jurídico diferente y mejor a una persona o grupo respecto de otro similarmente situado y, de modo simétrico, un trato jurídico diferente y peor a otra persona o personas. Las acciones positivas sólo desarrollan el primer efecto. Las discriminaciones positivas son siempre en realidad, y a pesar de su finalidad presuntamente benigna (la igualdad de oportunidades de las mujeres), discriminaciones directas (esto es, tratamientos jurídicos distintos y perjudiciales para alguien en razón de su sexo). Por el contrario, las medidas de acción positiva ni constituyen un trato «perjudicial» (aunque sea diferente) hacia los varones (en efecto, a las «ventajas» para las mujeres no les corresponden simétricos «perjuicios» para los hombres similarmente situados), ni constituyen una excepción de la igualdad, sino, precisamente, una manifestación cualificada de la misma.

2. En relación con las discriminaciones positivas, hay que diferenciar entre discriminaciones electorales, laborales privadas y de ingreso y promoción en la función pública (los tres escenarios típicos de las cuotas y preferencias, junto con el del acceso a la Universidad pública). Cada uno de estos ámbitos conduce a resultados interpretativos distintos, en los que no puedo detenerme ahora.

3. Finalmente, hay que prestar atención cuidadosamente al tipo de grupo social en desventaja llamado a disfrutar de las medidas de trato preferencial: mujeres, minorías étnicas, discapacitados, etc. La distinta naturaleza de la discriminación que sufre cada grupo social en desventaja justifica un cierto tipo de medidas en favor de la igualdad de oportunidades de sus miembros pero no otras, configurando un particular derecho antidiscriminatorio.

En el debate sobre el proyecto se ha mezclado casi todo pero debemos ahora analizar, esto es, como sugiere la propia etimología de la palabra, desatar algunos nudos, descomponer el todo en sus partes. Primero. Es preciso distinguir el contenido del proyecto considerado a la luz del principio de igualdad constitucional. Son discernibles, en efecto, dos partes, y con esto retomo el hilo principal de la exposición. Las medidas que otorgan derechos a las mujeres que han sufrido violencia de género por un lado y las nuevas medidas penales y procesales por otro. A mi juicio, la debilidad argumental del Voto Particular que emitieron diversos vocales del Consejo General del Poder Judicial reside, precisamente, en que no hacen esta distinción crítica (así como el Informe del Pleno fue también unilateral, pero de signo opues-

to, porque enfocó casi en exclusiva las medidas penales y procesales, dejando en la penumbra el resto de medidas). Por el contrario, el ponderado Dictamen del Consejo de Estado sí ha distinguido ambos tipos de medidas, concluyendo que los nuevos derechos sociales son perfectamente válidos aún formulados sólo para las mujeres víctimas de violencia, pero que las medidas represivas y sancionadoras debieran ser formuladas de forma indirecta, esto es, neutro, sin consideración del sexo, sin que por ello se obstaculice de modo alguno el propósito de la norma ya que su efecto práctico será que se apliquen en una mucho mayor proporción a mujeres víctimas de violencia que a hombres. Ésta es, en definitiva, también mi tesis.

Pues bien, todas las ventajas (a salvo de las propiamente penales, que, por cierto, son difíciles de entender como «ventajas» para unas y «perjuicio» para otros, sobre esto volveré luego) que contempla el proyecto (las medidas de sensibilización, el reconocimiento de derechos laborales, de asistencia, etc.) para las víctimas femeninas de la violencia son acciones positivas legítimas desde el punto de vista jurídico (otro asunto es el de su eventual eficacia) y, desde luego, no son discriminaciones positivas. Tratan de equilibrar jurídicamente la situación de desventaja fáctica de un colectivo social vulnerable (las mujeres víctimas de violencia). No hay un fenómeno comparable de violencia femenina contra los varones basado en la superioridad de las mujeres. Obsérvese que el proyecto no incurre tampoco en sobreinclusividad concediendo a todas las mujeres víctimas de violencia los mismos derechos, sino que algunos de ellos se condicionan a condiciones individuales de las distintas mujeres (así, por ejemplo, el de asistencia jurídica gratuita a carecer de medios para litigar, el de ayudas sociales lo mismo, etc.).

Segundo. Mis dudas de constitucionalidad se contraen a la nueva y diferente tutela penal que se da en el proyecto a las conductas de violencia de género, que, por lo demás, no encaja fácilmente en la definición de las acciones positivas ni en el de las discriminaciones positivas, cuyo ámbito tradicional es el laboral, el educativo, etc. pero no el jurídico-penal, salvo para exigir un tratamiento idéntico por razón del sexo. Concretamente, mi reserva se refiere a la conversión en delito de las actuales faltas de amenazas y coacciones si las comete un varón contra una mujer que sea o haya sido su esposa, o con quien mantenga una relación análoga de afectividad, es decir, los arts. 31 y 32 del proyecto. La nueva tutela penal es una decisión de política criminal que trata de desincentivar la violencia de género y que, por primera vez, introduce un diferente tratamiento jurídico-penal en función del sexo del sujeto activo y de la víctima. El lenguaje de las acciones o discriminaciones positivas implica un reparto de bienes sociales escasos, un grupo al que se otorga alguna ventaja jurídica (y en el caso de las discriminaciones positivas, un varón o varios a los que se discrimina simétricamente sólo por serlo). Nada de esto se da en el escenario del Derecho Penal, que es totalmente ajeno a la lógica de reparto de bienes entre grupos sociales. El Derecho Penal protege bienes jurídicos con independencia

del sexo del sujeto activo o de la víctima. Por ello me parece impropio hablar de «acción positiva» o de «discriminación positiva» respecto de normas penales. Desde luego, en ningún país de nuestro entorno, hasta donde se me alcanza, se hace. A mí me parece que la conversión de faltas en delitos del proyecto según sea el sexo del sujeto activo y la víctima plantea el problema de su compatibilidad con el principio constitucional de igualdad (que limita el ejercicio del *ius puniendi* estatal), así como el de proporcionalidad de las penas. De emplearse este lenguaje, habría aquí una discriminación positiva y no una simple acción positiva, porque a un varón, ante una conducta penal idéntica a la cometida por una mujer, se le aplicaría un trato jurídico diferente y peor en atención sólo y finalmente por su sexo. Me parece que en este punto los argumentos que suelen darse en apoyo de la ley (que giran sobre la licitud, e incluso las exigencias de las acciones positivas, sobre todo) no son suficientes: hay un problema nuevo, no de «acción positiva» sino de «discriminación positiva» nunca antes planteado en el ámbito penal y su solución exige una mayor justificación (el astringente juicio de proporcionalidad). En esta línea, es discutible que la medida examinada sea adecuada al fin que pretende y, desde luego, sí puede afirmarse que no es indispensable, puesto que existen otras alternativas menos gravosas al derecho fundamental como la eventual introducción de agravantes específicas que capten el posible mayor desvalor de la violencia practicada como resultado de una ideología discriminadora por razón de género presente en el sujeto activo del delito. La vía de las agravantes es una técnica jurídicamente preferible y menos problemática que la solución inicialmente diseñada por el proyecto.

Por otro lado, no es cierto, al contrario de lo que afirma el Voto particular del Consejo, que la nueva tutela penal debe entenderse como una «acción positiva» o una «discriminación positiva» reconocida expresamente en el ordenamiento jurídico comunitario y en el español. Estos ordenamientos han reconocido, sí, las acciones positivas (con muchas más reservas las discriminaciones positivas), pero en la nueva tutela penal del proyecto hay otra cosa, nunca antes planteada. Por el contrario, yo me inclino a pensar que, por exigencia del principio constitucional de igualdad, el Derecho Penal debe dispensar una identidad jurídica de trato a mujeres y hombres por las mismas conductas. De manera coincidente, el Manifiesto del Grupo de Política Criminal ha sostenido, comentando el proyecto, que «el discurso de la discriminación positiva, que podría convidarse procedente a la hora de desarrollar políticas sociales que pretendan garantizar una igualdad real entre los géneros en la sociedad, no encuentra fácil acomodo dentro de los fines propios del derecho penal» Pues «éste es un instrumento que se limita a reaccionar enérgicamente frente a lesiones graves a intereses individuales y sociales relevantes, y no le está permitido considerar a un mismo interés, por ejemplo la integridad personal o la libertad de obrar, más o menos protegido en función de quién sea el individuo titular en el caso concreto de ese interés». «Cosa distinta —matiza el Manifiesto— es que

se considere a ciertos sujetos más vulnerables a sufrir una lesión de determinados intereses, pero en tal caso la ley penal debe dejar claro que la protección reforzada se debe a un determinado género y deben preverse mecanismos que permitan contradecir en el caso concreto tal presunción. Ninguna de estas cautelas se respeta en la prevista regulación de las lesiones agravadas, las coacciones o las amenazas». El proyecto convierte delitos comunes en delitos especiales por razón de la cualidad sexual del sujeto activo. Ante el mismo comportamiento (amenaza o coacción leves) el varón comete un delito mientras que la mujer lleva a cabo una simple falta, a pesar de que, como señala correctamente a mi juicio en esta ocasión el Informe del CGPJ, los derechos fundamentales atacados por el comportamiento ilícito (la libertad en este caso) tienen el mismo valor cualquiera que sea la persona de su titular. Hay que tener en cuenta que, en la actualidad, si la amenaza o coacción se realizaran con ánimo de discriminación o dominación del hombre sobre la mujer, podrían apreciarse las agravantes de abuso de superioridad (que no depende del sexo, sino de un hecho objetivo de dominación), o la mixta de parentesco (art. 22 CP), así como el concurso del delito contra la integridad moral (art. 173.2 CP). No puede justificarse la elevación a la categoría de delito las amenazas y coacciones leves por razón del sexo masculino del sujeto pasivo y femenino de la víctima ni por el hecho estadístico de que la inmensa mayoría de agresiones las producen los varones a las mujeres (pues esto no siempre se da y se vería perjudicado el principio de culpabilidad personal en algunos casos), ni en la presunción de que en toda agresión hay una situación de superioridad o una voluntad de dominación masculina (a diferencia de lo que ocurre con los menores o los incapaces tampoco esto se produce en todos los casos y, para los supuestos en que se da, ya están previstas las agravantes mencionadas e incluso el delito contra la integridad moral), ni en la presunción de una mayor peligrosidad del varón sólo por serlo (de entender esto se desembocaría en un derecho penal de autor). El Grupo de Política Criminal llega a aventurar, además, que la transformación de las coacciones o amenazas leves en delito «significa una criminalización irrealizable y disfuncional de todo el espacio familiar, cuya improbable puesta en práctica exige la generalización de una auténtica e invasiva policía de buenas costumbres». La pretensión de abarcar «exhaustiva y ejemplarmente cualesquiera comportamientos violentos domésticos dispersa los medios policiales y judiciales disponibles, banaliza el fenómeno social que se trata de combatir y descuida las aportaciones que respecto a los comportamientos leves pueden suministrar otro tipo de intervenciones sociales no penales, como la mediación familiar o la atención y tratamiento psicológicos». En suma, vaticina el Manifiesto, «el rigorismo de las propuestas sólo anuncia ineficacia, creando expectativas infundadas que van a defraudar nuevamente a las víctimas».

Ésta es también la tesis del Consejo de Estado. En efecto, una de sus recomendaciones fundamentales es, precisamente (y en esto coincide con el

Informe del Consejo General del Poder Judicial) que «habrá sectores de actuación que sí requerirán y en los que estará plenamente justificada, ya sea medidas de discriminación positiva directa a favor de la mujer<sup>7</sup>, ya sea tratamientos diferenciados que tengan en cuenta el sexo, las circunstancias personales de la víctima y la dignidad de la mujer, incluyendo todas aquellas que se refieren a la protección y asistencia de las víctimas, como son las medidas específicas a favor de la mujer víctima de la violencia masculina, como puede ser la orden de alejamiento». Pero, en otros casos, la protección de la víctima de la violencia «puede requerir medidas específicas de acción positiva pero formuladas de forma indirecta y sin suponer necesariamente una discriminación o exclusión por razón de sexo». Tal puede suceder «con las medidas represivas y sancionadoras». Definidas de forma que atiendan a las actuaciones violentas, y aunque estén formuladas con carácter general, su efecto práctico será que se apliquen, en una mucho mayor proporción, a mujeres víctimas de violencia que a hombres, con lo que se habrán conseguido los objetivos que persigue el Anteproyecto». En otros casos, la vía directa «puede suponer efectos colaterales perjudiciales para las mujeres en general (por ejemplo, si los beneficios laborales previstos de forma directa para la mujer redundarán en un retraimiento de la contratación femenina por parte de las empresas)». Como el Derecho comparado pone de manifiesto, «en ocasiones la discriminación positiva establecida de forma directa conlleva unas consecuencias sociales perjudiciales para el colectivo al que se trata de favorecer». En el caso de que las medidas represivas y sancionadoras se formularan sólo para el caso de que las víctimas fueran mujeres, «esas medidas represivas entrarían en colisión con los principios de racionalidad y de idéntica protección jurídica en vía sancionadora para los mismos bienes jurídicos».

Y es que la lógica de las acciones positivas (que tienen su campo en diversos Títulos del proyecto) es una lógica de grupos sociales vulnerables, pero la lógica del Derecho Penal es una lógica de individuos y de culpabilidad estrictamente personal (y no colectivo) en la comisión del hecho delictivo concreto (es una responsabilidad derivada del hecho y no del modo de ser del actor) que no permite fácilmente fracturar la imagen de los sujetos por su sexo.

También desde el punto de vista de la posible desproporción de las penas ha sido criticada la conversión de las faltas en delito, de modo más autorizado que el mío, por ejemplo, Gimbernat en *El Mundo* de 10 de julio, el propio Dictamen del Consejo de Estado, aunque este argumento tiene menor peso (el Tribunal Constitucional, salvo en el excepcional y no precisamente brillante a mi juicio caso de la Sentencia de la Mesa Nacional de Herri

7. Desde mi punto de vista se trata, sin embargo, no de «discriminaciones positivas», sino de «acciones positivas». En el texto he intentado justificar por qué, así como el distinto régimen jurídico de unas y de otras.

Batasuna, no lo ha apreciado nunca, otorgando un amplio margen de configuración al legislador penal).

Este es, pues, el único punto de la norma que me parece de dudosa constitucionalidad, aunque haya otros muchos aspectos manifiestamente mejorables desde el punto de vista técnico.