

Acción positiva e violencia de xénero*

M^a ÁNGELES BARRÈRE UNZUETA

Introdución

A relación da acción positiva co tema da violencia de xénero saltou á palestra da actualidade española con ocasión da tramitación e posterior aprobación da Lei orgánica 1/2004, do 28 de decembro, de medidas de protección integral contra a violencia de xénero (en diante LOVG). Xa desde a súa xestión, a LOVG erixiuse como unha especie de corpo estraño na cultura xurídico-política hexemónica. E é que, a pesar da confusión inherente á utilización do concepto de violencia de xénero na Lei (por exemplo, ao abordar no Título IV a tutela penal), o que neste texto lexislativo se denomina «violencia de xénero» ten demasiado que ver co que o movemento feminista viña denominando durante décadas, e alternativamente, «violencia sexista», «violencia patriarcal», «violencia machista» ou, simplemente, «violencia contra as mulleres», un fenómeno cunhas claves de lectura alleas e especialmente subversivas para tal cultura.

Polo demais, o corpo estraño faise notar especialmente cando, xunto a outro tipo de actuacións normativas dirixidas a diversos ámbitos de intervención contra a violencia de xénero exercida sobre as mulleres (educación, publicidade e medios de comunicación, sanidade, asistencia social e xurídicas etc.), na LOVG prevese a modificación do Código penal no sentido de contemplar de xeito diferenciado o suxeito pasivo muller no tratamento dalgunhas condutas delituosas que, en tal caso, recibirían unha resposta punitiva máis contundente.

* Traballo elaborado no marco do Proxecto de investigación ref. EHU 0657.

A polarización do debate xurídico en torno a esta última cuestión e, sobre todo, a canalización deste a través dunha figura conceptual propia do dereito antidiscriminatorio, como é a de *acción positiva*, xerou efectivamente bastante polémica e, ao mesmo tempo, confusión. Segundo a tese subxacente a este traballo, boa parte da polémica, e tamén da confusión, radica na impermeabilidade ou resistencia por parte da cultura xurídica tradicional a un necesario reaxuste de estruturas e unha redefinición de conceptos á hora de afrontar unha problemática que durante décadas (por non dicir séculos) permaneceu en tal cultura invisibilizada. Refirome ao tratamento xurídico da situación de discriminación das mulleres que se manifesta nos distintos ámbitos do social (educación, cultura, emprego, familia, sexualidade... e tamén en forma de violencia) que, non sendo recoñecida na súa especificidade (de discriminación de *status*, sistémica, estrutural e relativa a un factor que non se xustapón ao resto) foi tramitada xuridicamente de xeito moi deficiente (xustaposta ás outras e xestionada de xeito formal, superficial e individualizadamente).

Fronte a esta conxuntura, aquí pártese de que o tratamento xurídico da violencia de xénero contra as mulleres debe formar parte do tratamento xurídico da discriminación por sexo-xénero en xeral e, neste sentido, se —como se intentará xustificar— a acción positiva constitúe a *política* activa e de deseño (o miolo) do dereito antidiscriminatorio, por pura coherencia, resultará plenamente pertinente utilizar *medidas* de acción positiva contra a violencia de xénero. Iso si, vincular a violencia coa discriminación e a loita contra esta a unha política consecuente de acción positiva implica redefinir os conceptos de discriminación e de acción positiva desde formulacións de xustiza social (e, polo tanto, con contido ideolóxico), mais isto é así en calquera tratamento do tema. Manter o contrario (que sexa posible un concepto neutro da discriminación no ámbito do dereito antidiscriminatorio ou, mesmo, defender que un concepto estritamente formal carece de implicacións ideolóxicas) resulta inevitablemente falaz.

Co fin de dar conta da formulación mencionada, no seguinte epígrafe (II) exporase a vinculación da violencia de xénero á discriminación, ao que seguirá outro (III) no que se abordará o tratamento da acción positiva como centro do dereito antidiscriminatorio, para logo (IV) facer referencia á acción positiva na LOVG. O traballo rematará con outro epígrafe (V) dedicado a efectuar unha serie de consideracións conclusivas.

Violencia de xénero e discriminación

«Violencia de xénero» (antes «violencia sexista», «violencia machista», «violencia patriarcal» ou «violencia contra as mulleres») é unha expresión que designa un con-

cepto político ou, por dicilo doutro xeito, un concepto feito político polo movemento feminista (Bodelón: 2006, 17). Así, a pesar da utilización do concepto de xénero con fins neutros¹ e sen entrar en cuestións relativas ao uso abusivo ou perverso do termo², cando o feminismo fala de violencia de xénero quere denunciar un sistema de subordinación, quere destacar que as mulleres son na sociedade obxecto dunha violencia específica, cun significado específico, e ese significado outórgallo –como se di agora– un marco interpretativo (*policy frame*) concreto que, até non hai moito, era designado pacificamente polo termo patriarcado.

Paga a pena recordar, con Amelia Valcárcel (1991, 137 ss.), a resignificación conceptual do termo patriarcado levada a cabo polo feminismo de hai xa medio século, cando Kate Millet inscribe o sexual na política³. Se, sinala Valcárcel, para Millet, *política* «é o conxunto de relacións e compromisos estruturados de acordo co poder, en virtude dos cales un grupo de persoas queda baixo o control doutro grupo», o *patriarcado* será interpretado como política sexual exercida fundamentalmente polo colectivo dos varóns sobre o colectivo das mulleres. Na teoría de Millet –continúa Valcárcel– a orixe do patriarcado así entendido terá dous tipos de explicacións, biolóxicas ou económicas, se ben o fundamental do patriarcado será vir dado «en clave de sistema»:

«O patriarcado é o sistema de dominación xenérico no cal as mulleres permanecen xenericamente baixo a autoridade, á súa vez xenérica, dos varóns. Este sistema dispón dos seus propios elementos políticos, económicos, ideolóxicos e simbólicos de lexitimación e a súa permeabilidade escapa a calquera fronteira cultural ou de desenvolvemento económico. O patriarcado é universal e é, non obstante, unha política que ten entón solución política» (Valcárcel: 1991, 142)⁴.

¹ Por exemplo, para explicar a relación entre o biolóxico (o sexo) e o cultural (o xénero).

² Sobre o uso abusivo menciona, por exemplo, Silvia Tubert (2003, 7) o paradoxo de que «a pesar de que *xénero* se define fundamentalmente pola súa oposición a *sexo*, é frecuente atopar en textos científicos e xornalísticos unha simple substitución do segundo polo primeiro, mesmo cando se trata de connotacións biolóxicas, por exemplo, ao falar do ‘proxenitor do xénero oposto». De «perversión xeneralizada» fala M^a Jesús Izquierdo para referirse tamén ao feito de «usalo para substituír mecanicamente o termo sexo» (1998, 19).

³ *Sexual politics* é, precisamente, o título da obra de Millet publicada en 1970, sen prexuízo de que, segundo sinala Cristina Molina Petit (1994, 175), o termo patriarcado (*patriarchy*) o incorpore Millet á teoría feminista en 1960.

⁴ Con esta transcripción, permítome omitir outras definicións do termo «patriarcado» da teoría feminista. Para un elenco de cando menos seis delas, véxase Alda Facio (1993, 19-20). Nun intento de síntese de todas estas definicións Facio refírese ao patriarcado como «o poder dos pais; un sistema familiar, social, ideolóxico e político mediante o cal os homes, pola forza, usando a presión directa ou por medio de símbolos, ritos, tradicións, leis, educación, o imaxinario popular ou inconsciente colectivo, a maternidade forzada, a heterosexualidade obrigatoria, a división sexual do traballo e a historia roubada, determinan que funcións podemos ou non desempeñar as mulleres. Neste sistema, o grupo, a casta ou a clase composto

Neste contexto interpretativo, falar de violencia de xénero é dar a entender que hai unha violencia que non pode ser interpretada como unha especie de meros «feitos brutos»⁵ illados e individualizados, senón que, pola contra, ha de ser interpretada en clave política, isto é, en clave de recoñecemento dun «sistema» que institúe estruturas e relacións inxustas de poder que se manifestan –entre outras– en forma de violencia que se exerce contra as mulleres⁶.

Isto último (a repercusión nas mulleres) resulta fundamental no sentido de que a mediados dos anos noventa, e especialmente coincidindo coa Cuarta Conferencia Mundial das Mulleres celebrada en Beijing en 1995, é cando o que até entón era «violencia contra a muller» entendida como «todo acto de violencia baseado na pertenza ao sexo feminino...» (artigo 1 da Declaración da ONU sobre a eliminación da violencia contra as mulleres, aprobada en 1993) pasa a ser entendida como «todo acto de violencia baseado no xénero» (parágrafo 113 da Plataforma de acción de Beijing) e obtén deste modo carta de natureza a expresión «violencia de xénero» (Fernández: 2006, 150).

É máis, con ocasión da propia conferencia de Beijing xa se fixo notar, non só o emprego ambiguo do termo «xénero», senón a substitución, a través do emprego deste termo, das referencias ao poder (Izquierdo: 1998, 28-29). Dito doutro modo, a utilización do termo xénero suscitou unha sospeita de longo alcance: que un concepto neutro puidese substituír ao patriarcado como marco interpretativo da violencia contra as mulleres ou, mellor dito, que, utilizando unha categoría neutra como a de xénero, a violencia contra as mulleres rematase podendo ser unha violencia que recaese en homes⁷.

por mulleres sempre está subordinado ao grupo, á casta ou á clase composto por homes, aínda que poida ser que unha ou varias mulleres teñan poder, até moito poder como as raíñas ou as primeiras ministras, ou que todas as mulleres exerzan certo tipo de poder, como é o poder que exercen as nais sobre os fillos e as fillas» (pp. 20-21).

⁵ Sobre a distinción entre «feitos brutos» (*brute facts*) e «feitos institucionais» (*institutional facts*) véxase John Searle (1990, 58 ss).

⁶ Folga dicir a estas alturas que o patriarcado non é o único sistema que institúe relacións de dominio-subordinación. Non obstante, como as mulleres poden ser presas tamén de todos os demais, teñen no seu haber un plus de subordinación a respecto dos homes.

⁷ Coa mesma preocupación a historiadora feminista Joan Scott (1990, 27) puxera de relevo a substitución do termo «mulleres» por «xénero» en títulos de libros e artigos referidos á historia das mulleres, en cuxo caso, ademais, o uso sería non só impropio, senón tamén despolitizador, xa que a palabra «xénero» deixaría de nomear ás mulleres en tanto que bando invisible e oprimido. O mesmo tipo de enmascaramento se produciría, por exemplo, no uso de expresións que tiveron particular éxito nos últimos anos como «perspectiva de xénero» para substituír a «perspectiva feminista» (Silvia Tubert: 2003a, 13). Na mesma liña crítica, Lourdes Méndez advirte da suplantación de expresións como «feminismo», «perspectivas feministas», «estudos feministas», «relacións de poder» ou «desigualdade» por outras como «xénero», «dimensión de xénero», «estudos sobre a muller», «diferenza debida ao xénero» ou «perspectiva de xénero» no glosario da Comisión Europea *100 palabras para a igualdade* (Méndez: 2005).

En síntese, a violencia de xénero para o feminismo é vista como unha manifestación máis dun sistema (patriarcal) que institúe relacións de dominio-subordinación. Mais a cultura xurídica dominante é remisa a ser permeable a formulacións deste tipo. A cultura xurídica o máis que admite para designar manifestacións de desigualdade de poder intergrupar, e máis cando exceden da instancia puramente económica, é falar en termos de discriminación. Non obstante, cando se trata de considerar a violencia de xénero como discriminación tamén opón resistencia. Para entendela, cando menos en parte, hai que ter en conta que o concepto de discriminación maioritario na cultura xurídica é concibido como ruptura da regra aristotélica da igualdade de trato que se supón consagrada no principio de igualdade ante a lei: discrimínase cando non se trata de xeito igual a quen é igual (ou de xeito desigual a quen é desigual) ou, polo mesmo, unha persoa pódese sentir discriminada cando, merecendo un trato igual a outra, non é tratada de xeito igual. Non obstante, este esquema da discriminación non parece moi idóneo para ser aplicado á violencia de xénero, porque, efectivamente, como opera neste último caso o termo de comparación (*tertium comparationis*). Expresado noutros termos: como rompe coa regra de igualdade de trato quen comete un acto de violencia de xénero? Ou que ten que demostrar unha muller para considerarse discriminada por un acto de violencia de xénero? Que un home a tratou comparativamente peor que se ela fose outro home? Non resulta isto un despropósito?

O anterior pode explicar por que cando en 1979 se aproba o texto internacional máis importante na historia da loita das mulleres polo dereito (ademais de polos seus dereitos), como é a *Convención para a eliminación de todas as formas de discriminación contra a muller*, a famosa CEDAW⁸, a violencia non figure nela como forma de discriminación. Segundo sinala o artigo 1 da Convención:

«Para os efectos da presente Convención, a expresión discriminación contra a muller denotará toda distinción, exclusión ou restrición baseada no sexo que teña por obxecto ou resultado menoscabar ou anular o recoñecemento, o gozo ou o exercicio pola muller, independentemente do seu estado civil, sobre a base da igualdade do home e a muller, dos dereitos humanos e as liberdades fundamentais nas esferas política, económica, social, cultural e civil ou en calquera outra esfera».

É dicir, a pesar da redacción un tanto rocambolesca (propia de documentos sometidos a moitas transaccións), queda claro que o concepto de discriminación implícito na redacción require a lóxica comparativa co home (fálase de «distinción, exclusión ou

⁸ Ratificada por España en 1983 e que entra en vigor en 1984.

restrición sobre a base da igualdade do home e a muller»), e isto, no caso da violencia, non se pode cumprir.

Non obstante, tras anos de presión do movemento e das organizacións de mulleres e o impulso da Terceira Conferencia Mundial da Muller celebrada en Nairobi en 1985, o Comité encargado de velar polo cumprimento da Convención, en 1992, a través da Recomendación xeral n.º 19 (11.º período de sesións), di que «a violencia contra a muller é unha forma de discriminación que impide gravemente que goce de dereitos e liberdades en pé de igualdade co home» (parágrafo n.º 1). Entón, en que quedamos? Para entender este aparente galimatías hai que observar que, a resultas desta introdución operada polo Comité, se cambiou o concepto de discriminación en relación ao da cultura xurídica dominante. Efectivamente, agora é a violencia mesma a (forma de) discriminación⁹. Por dicilo máis explicitamente, a discriminación deixa de ser unha cuestión de *trato* e convértese nunha cuestión de *status*. A violencia tipifícase como discriminación porque constitúe a manifestación directa da ruptura da regra de xustiza que se basea na igualdade de *status* de homes e mulleres. A inaplicabilidade da lóxica comparativa neste (novo) concepto de discriminación fai que a súa introdución no ordenamento xurídico adquira tinguaduras practicamente performativos ou constitutivos. Obsérvese, neste sentido, o teor do parágrafo 6 da citada Recomendación:

«O artigo 1 da Convención [recollido arriba] define a discriminación contra a muller. *Esa definición inclúe a violencia baseada no sexo*, é dicir, a violencia dirixida contra a muller porque é muller ou que a afecta en forma desproporcionada¹⁰».

Tamén no parágrafo 7:

«*A violencia contra a muller*, que menoscaba ou anula o gozo dos seus dereitos humanos e as súas liberdades fundamentais... *constitúe discriminación*, como a define o artigo 1 da Convención. Eses dereitos e liberdades comprenden...¹¹»

⁹ En coincidencia coa importancia dada a este recoñecemento (e noutras cuestións deste apartado), véxase o traballo de Juana María Gil Ruíz (2006).

¹⁰ Só menciono de pasada a confusión que pode orixinar (e que de feito orixinou) a conxunción copulativa, que só se pode entender desde a introdución implícita, a través da referencia á desproporción, do que logo se veu configurando como «violencia doméstica». Dito doutro modo, introdúcese subrepticamente unha nova categoría de violencia «baseada no sexo», que xa non afecta unicamente ás mulleres, senón só desproporcionadamente (é dicir, pode afectar tamén aos homes).

¹¹ O difícil entroncamento deste novo concepto nas estruturas xurídicas tradicionais esvaece a caracterización da violencia como discriminación, que se presenta, simultaneamente, *como acto* de dominio ou poder no que se manifesta a ruptura da regra da igualdade de *status* e *como consecuencia* do devandito acto en termos de igualdade de dereitos (e entón, xa si, como ruptura da igualdade de *trato*). Non

En resumo, para o feminismo é importante o recoñecemento da violencia contra as mulleres como «(forma de) discriminación»¹² e, a pesar das moitas dificultades, esta introdución adquire tinguiduras revolucionarias na medida en que, a través desta, as instancias xurídico-políticas teñen que admitir que existe un fenómeno de violencia que non se pode tratar xuridicamente apelando a un concepto de igualdade referido ao mero exercicio de dereitos individuais ou a un concepto de discriminación baseado na ruptura da lóxica comparativa (como mera ruptura individualista da igualdade de trato). O concepto de discriminación entra, deste modo, no esquema interpretativo do patriarcado, no que a violencia contra as mulleres resultaría a expresión máis evidente dunhas relacións estruturais de poder que non son afrontables cos únicos esquemas dos dereitos individuais. O discurso xurídico en termos de igualdade ante a lei/discriminación/dereitos individuais xa non serve. Está ben que se recoñezan dereitos, mais ese recoñecemento queda en nada se as estruturas sociais de poder non permiten exercelos en igualdade. O punto de mira desprázase, entón, dos dereitos ao poder, do acto individualizado ás estruturas de dominio-subordinación do que, en último termo, é expresión¹³.

A acción positiva como centro do dereito antidiscriminatorio

O concepto de acción positiva afunde as súas raíces no dereito antidiscriminatorio. Prescindindo de antecedentes decimonónicos, este eríxese como a resposta xurídica ás revoltas e aos disturbios raciais protagonizados fundamentalmente pola minoría afroamericana nos Estados Unidos de Norteamérica tras a Segunda Guerra Mundial. E se hai algo que caracteriza a esa resposta é que con ela se trata de facer fronte a unha problemática intergrupala que xa non pode efectuarse desde as formulacións liberais

obstante, unha cousa é o acto de violencia no que se visualiza a discriminación (entendida como ruptura da igualdade de *status*) e outra as consecuencias discriminatorias dese acto en termos de dereitos (na determinación da cal pode funcionar xa a lóxica comparativa da igualdade de *trato*). Remarcar a diferenza serve, entre outras cousas, para ter en conta que a discriminación en termos de *dereitos* non pode explicarse sen a discriminación previa en termos de *poder* ou, dito doutro modo, que a discriminación de *trato* se orixina na discriminación de *status*.

¹² No iusfeminismo español hai quen prefire utilizar o termo «violencia» para designar o que aquí denominamos «discriminación». Véxase, a respecto disto, Juana María Gil Ruiz (2007).

¹³ Falar hoxe en día en termos de dominio-subordinación pode parecer simplista, mais no dereito e a cultura xurídica, onde o único poder visible e admisible é o das institucións políticas, eses termos resultan absolutamente necesarios. Non temos a sorte, neste sentido, doutras disciplinas nas que, non só non é necesario declararse feminista para falar da «dominación masculina», senón que, ao mesmo director da Escola de Altos Estudos en Ciencias Sociais, Pierre Bourdieu, se lle permite alentar as mulleres a «quebrantar as institucións, estatais e xurídicas, que contribúen a eternizar a súa subordinación» (Bourdieu: 2000, 9).

clásicas da xustiza como igualdade –isto é, en termos formais, individualistas e de neutralidade estatal– coas que funcionara até entón (e en moi boa medida segue funcionando aínda) a cultura xurídica¹⁴.

Por outro lado, a problemática racial que orixina o dereito antidiscriminatorio pronto se vincula coa formulada tamén por outros grupos e movementos. Neste sentido, á reivindicación do movemento antirracista únirase a do feminista, tamén baseada no necesario cambio nas estruturas de detención e distribución do poder intergrupar na sociedade. Os presupostos, non obstante, serán distintos, en tanto non presenta as mesmas características a discriminación racial (máis en concreto, a da poboación negra) que a discriminación por sexo-xénero (das mulleres). Aos efectos que aquí interesan, abonda con destacar que a que sofren as mulleres polo seu sexo-xénero é universal e acumulativa á producida por *todo* o resto dos factores de discriminación (de aí que nos Estados Unidos as mulleres negras sexan obxecto da dobre discriminación da que non poden facer gala os homes negros)¹⁵.

¹⁴ Sobre o carácter formal, individualista e neutral do modelo liberal, véxase, por exemplo, Sandra Fredman (1997).

¹⁵ Ou, indo máis lonxe, as mulleres negras lesbianas musulmáns etc. a respecto dos homes negros homosexuais musulmáns etc. Esta idea foi magnificamente recollida, desde a militancia, por Alda Facio (1993, 17): «A historia das loitas de liberación de moitos grupos oprimidos pola súa etnia, a súa relixión, a súa situación xeográfica [...] demostráanos que partir da eliminación da discriminación contra eses grupos é partir da eliminación da discriminación que sofren os homes deses grupos. É dicir, debido a que os homes se perciben e son percibidos como o modelo do humano, tamén os homes dos grupos marxinados se perciben e son percibidos como o modelo de ser humano oprimido. Así, o negro considérase e é considerado o modelo de ser humano oprimido pola súa raza e, por ende, percibe a eliminación do racismo como a eliminación do racismo que vive *el*, non a versión que vive *ela*. É así que se loitamos pola eliminación do racismo, contra a opresión de clase ou a discriminación das persoas con algunha minusvalidez ou a homofobia, a experiencia demostrounos que a nosa participación nesas loitas non nos garante que estariamos a eliminar á súa vez o sexismo que sofren tamén as mulleres pertencentes a etnias discriminadas, clases pobres, lesbianas etc.». Máis recentemente, esta idea fundamental do feminismo foi plasmada no noso ámbito por Rosa Cobo (2002, 40): «Hai un debate aberto no seo do feminismo e das ciencias sociais en xeral sobre se as mulleres constitúen unha categoría social como o constitúen, por exemplo, a etnia, a raza ou a clase. A pregunta recorrente é se as mulleres forman unha comunidade. Para ir despexando dúbidas, hai que comezar por sinalar que as mulleres non son unha minoría nun sentido numérico –sí nun sentido sociolóxico: grupo de individuos, independentemente do seu número, que posúe menos poder e menos recursos que a sociedade en xeral e que se achán nunha situación de subordinación social– nin tampouco constitúen unha cultura en sentido estrito. As mulleres son a metade de cada categoría social, de cada movemento social ou de cada sociedade (...). Por todo iso, pode dicirse que as mulleres forman un colectivo cualitativa e cuantitativamente distinto aos xa nomeados. A súa singularidade está relacionada coa súa presenza en todos os grupos sociais. (...) As mulleres constitúen un colectivo marxinado e subordinado en todas e cada unha das sociedades existentes. A súa pertenza, sexa voluntaria ou asignada, a grupos que ostentan unha posición dominante na sociedade non as exime da subordinación aos varóns no seo do grupo. Este feito, a discriminación de xénero, constitúe o fundamento da súa identidade como colectivo».

O dereito antidiscriminatorio aliméntase orixinariamente de dúas fontes: o Tribunal Supremo e a Administración estadounidenses. Ao primeiro débese a elaboración dunha serie de mecanismos de control de constitucionalidade das leis que efectúen distincións ou clasificacións entre grupos de persoas, partindo ao respecto de que resultan igualitarias as que non efectúan tales clasificacións¹⁶ ou, aínda máis interesante, o concepto de discriminación indirecta (*disparate impact*), que admite que un trato neutro ou non diferenciador poida resultar, polos seus efectos grupais, discriminatorio¹⁷. Mais é a resposta da Administración (e, máis concretamente, do presidente dos Estados Unidos) a que integra o concepto inicial da chamada acción afirmativa (*affirmative action*), máis coñecida no noso ámbito como acción positiva¹⁸.

Non existe orixinariamente unha definición clara da acción afirmativa en ningún texto xurídico. Segundo a definición dada pola Comisión Norteamericana de Dereitos

¹⁶ Para a análise de tales mecanismos e para ter en conta a evolución da interpretación xudicial estadounidense, que pasa de vulgar constitucionalmente igualitaria a discriminatoria a segregación racial, véxase, por exemplo, M^a Ángeles Martín Vida (2003).

¹⁷ A orixe deste concepto sitúase na resolución polo Tribunal Supremo estadounidense do caso *Griggs versus Duke Power Company* (401 U.S. 424) en 1971. Moi sucintamente, este caso pode resumirse como segue. Con anterioridade á Lei de dereitos civís de 1964 (na que se prohibe a segregación racial por discriminatoria), a empresa *Duke Power Company* empregara traballadores negros unicamente nun departamento no que, ademais, os salarios eran considerablemente máis baixos que nos outros catro departamentos que a conformaban. En 1965, cando esta política empresarial se converte en ilegal por discriminatoria, a empresa introduce un ulterior requisito a quen quixese ser contratado en algún dos catro departamentos dos agora só restantes (concretamente un título de estudos de escola superior e pasar dos tests). Seguindo o tenor do ditado empresarial, a todo o mundo se lle trata do mesmo xeito (non se fan distincións pola cor da pel), non obstante, como consecuencia de recibir unha educación inferior, a aplicación das novas disposicións empresariais deixa fóra aos traballadores negros. Para unha sucinta panorámica sobre o emprego deste concepto a nivel comunitario e, sobre todo, estatal, véxase, por exemplo, Rosario Serra (2004).

¹⁸ Adóitase citar, en primeiro lugar, a Orde executiva do 16 de marzo de 1961 do presidente John F. Kennedy, onde se require das empresas que contraten co Goberno Federal a adopción de medidas de integración para o incumprimento da cal están previstas sancións que inclúen a finalización dos contratos. A esta actuación normativa seguiríalle a Orde executiva 11246, de 1965, do presidente Lyndon B. Johnson que, ademais de considerar ilegal a discriminación das minorías (atendendo á súa raza, cor, relixión ou orixe nacional), obriga ás empresas que queiran formalizar contratos coa Administración por un montante superior aos 50.000 dólares a levar adiante plans tendentes á súa integración. En 1967 eméndase esta Orde executiva para incluír a discriminación sexual e, a partir deste ano e nos comezos dos setenta (coincidindo coa presidencia de Richard Nixon), a política de acción positiva –que afecta tamén ás universidades na medida en que desexen obter financiamento público– adquire, ademais dun forte impulso, unha maior concreción dos seus fins. Neste sentido é de destacar a introdución en 1969 do mecanismo de «goals and timetables», a través do cal a Administración require as empresas a instauración dun sistema de obxectivos e prazos co fin de que a porcentaxe de poboación traballadora destas incluída baixo a etiqueta de minoría se aproxime á porcentaxe de tales minorías na poboación onde están situadas as empresas.

Civís (1977), por acción afirmativa habería de entenderse «calquera medida, máis alá da simple terminación dunha práctica discriminatoria, adoptada para corrir ou compensar por unha discriminación presente ou pasada ou para impedir que a discriminación se reproduza no futuro» (Martín Vida: 2002, 35). Agora ben, esta definición abre a porta a toda unha serie de interrogantes que parten do concepto de discriminación e que seguen coa caracterización das medidas (órgano de procedencia, ámbitos, alcance etc.). Parte da complexidade do concepto (e da ambigüidade no uso da expresión) procede de que se fale de acción afirmativa como *política (policy)* que responde á determinación do poder por actuar de xeito proactivo (afirmativamente)¹⁹ ante a problemática posta de relevo polas protestas raciais e, ao mesmo tempo, como *medidas* concretas de tal política. Mais tamén resulta ambiguo o uso da expresión noutros dous casos relativos unicamente ás medidas. Así, por un lado, úsase a expresión tanto para designar (conxuntamente) medidas diferenciadoras e non diferenciadoras como para designar (só) medidas non diferenciadoras e, por outro, é tamén fonte de ambigüidade o uso da expresión para designar (só) medidas aplicables a ámbitos competitivos (de distribución de bens escasos) como (tamén) a ámbitos que non se rexen por esquemas competitivos²⁰.

A complexidade do panorama non é casual e é que, como foi posto de relevo, non hai definicións neutrais da acción afirmativa, senón que todas elas levan consigo presupostos e consecuencias de natureza política (Bacchi: 1996). De aí que o debate sobre a acción afirmativa en xeral (isto é, non só estadounidense) fose, desde o seu inicio, un campo aboado para batallas xurídicas e sociais.

Unha destas batallas, e quizais a máis polémica por constituír tamén a máis controvertida ou «impertinente» para o modelo xurídico tradicional, é a que ten que ver coa adopción de medidas diferenciadoras no trato que están destinadas á integración de membros dos grupos excluídos (primeiro poboación afroamericana e logo outras minorías e mulleres) e, moi especialmente, as que poñen en cuestión o criterio dominan-

¹⁹ Sobre a vinculación da acción *afirmativa* (en Europa tamén *positiva*) á política do estado social ou interventor fronte ao estado liberal clásico teorizado en torno ás accións *negativas* (ou omisións), véxase Robert Alexy (1993, 419).

²⁰ Resulta significativa a este respecto a identificación durante moito tempo en Europa das «políticas de igualdade de mulleres e homes», «políticas de xénero» ou «políticas de igualdade de oportunidades» cos chamados «plans de acción positiva». Sen ir máis lonxe e nun ámbito moi próximo para min, a Lei 4/2005, do 18 de febreiro, para a igualdade de mulleres e homes da Comunidade Autónoma Vasca, estivo precedida de tres «plans de acción positiva para as mulleres» que abrangueron distintas áreas ou frontes de discriminación e que, conseguintemente, estiveron integrados por medidas de moi distinto grao.

te do mérito²¹ e que –dito sexa de paso– de xeito erróneo e tendencioso se designan coas expresións «discriminación inversa» e «discriminación positiva»²². Ao noso xuízo, non obstante, a batalla da acción positiva desde unha perspectiva iusfeminista non hai que librala nesta sede (é máis, isto sería un síntoma de debilidade), senón nun

²¹ O máis paradigmático da xurisprudencia norteamericana é o caso *Bakke* (438 US 265, 1978). Resumidamente, o suposto era o seguinte: Bakke, estudante branco americano, solicita ser admitido na Facultade de Medicina Davis da Universidade de California e é rexeitado. Na normativa desta Facultade prevíase que, das cen novas prazas anuais, dezaseis estivesen reservadas a solicitantes membros dalgunha minoría, dándose a circunstancia de que os estudantes admitidos baixo esta categoría estaban menos cualificados que Bakke. Máis precisamente, a Facultade de Medicina Davis establecía dous programas de admisión diferentes, un «regular» e outro «especial». Para entrar no primeiro, esixíase unha puntuación mínima de 2,5 sobre 4, mentres que, para entrar no segundo, os candidatos tiñan de ser considerados económica e/ou educacionalmente desvantaxado, ademais de ser membros dunha minoría –negra, chicana, asiática ou indio-americana– mais non se esixía a puntuación mínima de 2,5. Ante esta situación, Bakke demanda a Universidade apoiándose, tanto na Lei de dereitos civís, por considerarse vítima de «discriminación inversa», como na cláusula de igual protección da XIV Emenda á Constitución. A diversidade de opinións expresadas sobre este caso polos nove xuíces do Tribunal Supremo reflicte a complexidade das cuestións en xogo. O caso remata cunha fórmula de compromiso: Bakke obtén unha praza na Facultade, mais os programas especiais séguense considerando lícitos na medida en que estean baseados en argumentos varios e non impoñan «cotas raciais» do teor das imperantes en Davis. Polo demais, o criterio do «mérito» fai tamén de barreira á hora de configurar a acción positiva lexítima na xurisprudencia comunitaria. Véxanse referencias a isto, por exemplo, en Ballestrero (2006).

²² A este asunto dediquei insistentemente espazo nos meus artigos sobre o dereito antidiscriminatorio (especialmente Barrère: 2001) e, por iso, agora voume limitar a precisar que o rexeitamento ao emprego viría do abuso da palabra «discriminación» en ambas as dúas expresións, xunto ao carácter connotativo da expresión «positiva» na segunda delas.

Brevemente: por un lado, adóitase usar a palabra discriminación tanto para designar a ruptura da igualdade que se dá no trato de individuos pertencentes a un mesmo grupo, no que non se advirten diferenzas de *status* ou poder, como para designar a ruptura da igualdade que se dá no trato a individuos que pertencen a grupos entre os que se advirte tal diferenza. Non obstante, se o fenómeno da desigualdade de trato entre individuos pertencentes a un mesmo grupo é diverso ao fenómeno da desigualdade de trato entre individuos pertencentes a grupos con diferente poder social, resultará abusivo utilizar o mesmo termo («discriminación») para facer referencia a ambos os dous fenómenos. Por outro lado, un segundo uso abusivo da palabra discriminación procede do seu emprego, tanto para facer referencia a unha simple diferenciación ou distinción (este sería, precisamente, o significado orixinario e neutro), como para designar unha diferenciación inxusta ou arbitraria (este sería o significado sobrevido e pexorativo). Xunto a isto último, e tendo en conta que no contexto do dereito antidiscriminatorio a discriminación é sempre inxusta (e polo tanto, en coherencia non procede utilizar a palabra no sentido orixinario de simple indiferenciación), o emprego da expresión «discriminación positiva» hase de considerar como unha *contradictio in terminis*.

A través desta xustificación entendo deixar claro que a utilización ou non da expresión «discriminación positiva» non é unha mera cuestión terminolóxica (como, por exemplo, entende Alfonso Ruiz Miguel: 2006, 37). Polo demais, e en reforzo da liña aquí sostida de non utilizar a palabra discriminación para facer referencia á acción positiva (por exemplo, ao tomar como sinónimas *affirmative action* e *reverse discrimination*), véxase M^a Vittoria Ballestrero (2006, 60), quen precisamente o considera «a consecuencia dunha confusión teórica ou dunha mala intención».

nivel anterior e partindo de que a acción positiva é unha política antidiscriminatoria (pro)activa e da que poden formar parte actuacións («medidas») de moi distinto teor e alcance, de xeito que poden resultar case infinitas as clasificacións que se poidan efectuar de tales medidas, que dependerán, en último termo, de criterios de oportunidade ou conveniencia. O determinante desta non será, pois, o tipo de medidas que se empreguen (se se trata de medidas diferenciadoras ou non diferenciadoras, laborais ou políticas, regulamentarias ou lexislativas etc.), senón o concepto de discriminación do que parta a política que as xere. Neste sentido, unha vez teorizada e conceptualizada a discriminación (no noso caso, das mulleres), a (política de) acción positiva estará constituída por tantas medidas como se consideren necesarias ou oportunas para eliminar tal discriminación e dependerá (a defensa de) a radicalidade das medidas da gravidade da discriminación.

A acción positiva na LOVG

A referencia explícita da LOVG á acción positiva ten lugar, exclusivamente, na Exposición de motivos (apartado II), onde se sinala o seguinte:

Os poderes públicos non poden ser alleos á violencia de xénero, que constitúe un dos ataques máis flagrantes a dereitos fundamentais como a liberdade, a igualdade, a vida, a seguridade e a non discriminación proclamados na nosa Constitución. Eses mesmos poderes públicos teñen, conforme ao disposto no artigo 9.2 da Constitución, a obriga de adoptar *medidas de acción positiva* para facer reais e efectivos os devanditos dereitos, removendo os obstáculos que impiden ou dificultan a súa plenitude [énfase engadida].

A teor desta formulación pódese dicir, pois, que, efectivamente, a lei se inscribe no dereito antidiscriminatorio, entende a violencia de xénero como un ataque ao dereito á non discriminación (e, polo tanto, como discriminación factual ou estrutural) e concibe a acción positiva como unha obriga (ancorada no artigo 9.2 da CE) dos poderes públicos en xeral (e, polo tanto, de todos) de evitala.

Logo, tras esta interpretación ou desenvolvemento²³ lexislativo do mandato constitucional, a LOVG formula ao longo dos tres primeiros títulos todo un arsenal de medidas, de moi diferente tipo (sensibilización, detección, prevención, intervención etc.) e

²³ *Interpretación* do texto constitucional porque, como é sabido, o artigo 9.2 da CE non emprega a expresión acción positiva.

en ámbitos tamén diversos (educación, publicidade e medios de comunicación, sanidade, asistencia social e xurídica etc.), até abranguer a denominada «Tutela penal» no Título IV.

Con carácter xeral, nin as medidas contidas no Título I e II nin as relativas á denominada tutela institucional que se prevén no Título III (como a creación dunha Delegación Especial do Goberno, dun Observatorio Estatal, de unidades especiais nas Forzas e Corpos de Seguridade ou o establecemento de plans de colaboración e protocolos entre as distintas administracións) suscitaron reaccións adversas nin na opinión pública nin na comunidade xurídica. Nin tan sequera importou que as mesmas fosen caracterizadas como acción positiva ou non, e iso que, concretamente as contidas no Título II, se establecen baixo unha rúbrica que atribúe dereitos exclusivamente ás mulleres («Dereitos das mulleres vítimas de violencia de xénero»)²⁴.

Pola contra, o debate sobre a acción positiva na Lei abriuse exclusivamente en relación ao Título IV, e iso, fundamentalmente, porque en varios artigos da Lei se reforma o Código penal para configurar a condición de muller do suxeito pasivo como agravante específica no delito de lesións, como agravación da pena no delito de maltrato ocasional e como elevación das ameazas e coaccións leves á categoría de delito²⁵.

A dicir verdade, o debate ou, mellor, a polémica suscitada por estas agravacións acompañara xa o proceso lexislativo, resultando especialmente crítico ao respecto o Informe realizado polo Consello Xeral do Poder Xudicial (CGPJ) ao Anteproxecto, así como, aínda que nun ton xa máis comedido, o posterior ditame do Consello de Estado²⁶. As posturas críticas manifestadas polos citados órganos consultivos, e especial-

²⁴ Non se vai entrar aquí no tema da confusión que transloce na Lei entre o que sería *un tipo* de violencia de xénero (a chamada «violencia doméstica») e *a* violencia de xénero (que inclúe calquera ámbito e tipo de relación), máis cando pretendendo centrarse só na primeira, menciona continuamente a segunda. Si paga a pena mencionar en cambio, aínda que sexa só superficialmente, o xeito no que se desvirtúa o concepto de violencia de xénero (e tamén de violencia doméstica se se considera que é un tipo da anterior) cando por parte de organismos oficiais se adoita dar información admitindo, en cifras, que os homes son vítimas de violencia doméstica e/ou de xénero. Véxase neste sentido, e sen ir máis lonxe, o Informe do CGPJ ao Anteproxecto da Lei orgánica: «Do número total de vítimas por violencia doméstica (...), as mulleres representan o 90,2%» (p. 7), ou o mesmo do 2006, así difundido polos medios de comunicación: «Dos 88 casos cualificados xudicialmente como violencia de xénero ou doméstica con resultado de morte –91 vítimas en total– en 2006, o 92% foron cometidos por homes. En sete casos a agresora foi unha muller» (*O Diario Vasco* de 21/02/07, citando o informe do CGPJ).

²⁵ Véxase en concreto os artigos 36, 37, 38 e 39 da LOVG, que modifican os artigos 148, 153, 171 e 172 do Código penal, respectivamente.

²⁶ Véxase máis polo miúdo este proceso en Barrère (2004).

mente a do CGPJ, caracterízanse pola arbitrariedade no uso da expresión «acción positiva», que se mestura co de «discriminación positiva» (un uso que, non por casualidade, cando do que se trata é de argumentar sobre o *inapropiado* das disposicións agravantes, queda reducido tendenciosamente á utilización da segunda das expresións)²⁷.

Máis que o feito de que o Informe do CGPJ sexa tendencioso, importa agora a cuestión de fondo, cal é a inclusión da parte penal da LOVG no dereito antidiscriminatorio e, en consecuencia, a procedencia ou non da referencia na Exposición de Motivos da LOVG ás *medidas de acción positiva* para designar o arsenal de actuacións normativas anteriormente citado e, especialmente, as de natureza penal, tendo en conta que, a este respecto, a doutrina se acha bastante dividida entre os que non acaban de ver o encadre e os que o avalan²⁸.

Partindo de que non resulta posible realizar aquí unha análise detallada destas posturas, e tendo en conta que a propia se atopa entre as que a avalan, voume centrar nunha –a teor da súa influencia– de peso e paradigmática, que rexeita a acción positiva como

²⁷ A liña discursiva do Informe do CGPJ resulta tan sorprendente como representativa da lei aparelada ao tratamento dun tema (o da acción positiva) que, como constata Ballestrero (2006), parece estar condenado a unha «discusión infinita». Así, aínda recoñecéndose no devandito Informe que a proposta lexislativa non fala en ningún caso de «discriminación positiva» senón única e exclusivamente de (medidas de) «acción positiva», baixo un epígrafe que titula «O Anteproxecto e a *discriminación positiva*», o CGPJ desenvolve o seu razoamento en tres apartados consecutivos que titula, precisamente: a) que é a discriminación positiva? b) o ámbito natural da discriminación positiva e c) o inapropiado da discriminación positiva no penal e xudicial. Como xa sinalamos, o desprazamento terminolóxico non está exento de implicacións connotativas, mais, á marxe destas está a confusión da que se fai gala no Informe. Neste sentido, tras un intento de diferenciación entre as figuras da acción positiva e a discriminación positiva (bastante infrutuoso, por certo), atopamos parágrafos de manifesta asimilación como o seguinte: «Do dito dedúcese que *as medidas de acción positiva* resultan improcedentes cando no ámbito de que se trate non exista esa situación de desequilibrio previo e, ademais, non haxa escaseza nos bens aos que accede a muller. E de acordo con iso debe reflexionarse acerca de se *esta discriminación positiva* resulta procedente con relación á tutela penal e tutela xudicial de dereitos fundamentais da muller» ou este outro: «Como a *acción positiva* non pode formularse a través de medidas de natureza punitiva, o ámbito do xudicial é en principio alleo a outros ámbitos propios de iniciativas inspiradas nesa *acción positiva*, de aí que sexa distorsionante unha norma que malia titularse integral, é en boa medida xudicial e, non obstante, se basea na acción ou discriminación positiva» (pp. 18-9, *énfase engadida*).

²⁸ Entre as do primeiro grupo, con predominio penalista, véxase, por exemplo, Patricia Lorenzo (2005, p. 29 ss), Cristina Méndez (2006, p. 303 ss) ou Elena Larrauri (2007, 112 ss). Entre as do segundo, predominantemente iusfilosóficas, véxase, por exemplo e en orde cronolóxica, Barrère (2004) e Ruiz Miguel (2006, 37 ss, e 41 ss.). Desde este último ámbito disciplinar apartaríanse da utilización do concepto de acción positiva María José Añón e Ruth Mestre (2005, 56). Non existe, non obstante, ningunha diverxencia relevante entre a formulación de fondo destas autoras e o aquí defendido, que atoparía as súas diferenzas no deseño da estratexia xurídico-conceptual.

categoría aplicable ás medidas penais da LOVG, co fin de advertir que a mesma se basea nunha utilización sinecdoquética e inmovilista desta figura que –obviamente, desde a postura defendida aquí– non parece xustificada. Permítome transcribir ao respecto, e quizais non con toda a amplitude requirida, as palabras de Lourenzo (2005, 29-30) que suscitaron o consenso expreso do sector penalista:

«A explicación das agravantes relacionadas co sexo da vítima a partir da discriminación estrutural que sofre a muller na sociedade foi o argumento decisivo para que moitos defensores da Lei integral apelasen á idea de acción positiva como fundamento e xustificación desta nova opción político-criminal. E desde logo non lles falta razón se por acción positiva se entende, nun sentido moi amplo, toda política ou medida de carácter diferenciado tendente a favorecer os membros dun grupo socialmente subordinado, como é o caso da muller na súa dimensión colectivo –como xénero.

Mais non é este o sentido máis usual da acción positiva nin o que presidiu a polémica sobre as opcións político-criminais da Lei Integral. O máis frecuente –talvez por tratarse do ámbito onde xorden maiores problemas de lexitimación– é reservar o concepto de acción positiva para se referir a certas medidas favorecedoras do colectivo discriminado que, ao mesmo tempo, xeran un prexuízo simétrico para o grupo dominante. (...) Non obstante, non se necesitan grandes reflexións para comprender que o Dereito penal se move por criterios que nada teñen que ver coas accións positivas así entendidas. Este tipo de políticas só adquire sentido naqueles sectores do ordenamento xurídico que se ocupan de regular a distribución de recursos escasos na sociedade (...).

Por iso, as novas agravantes de xénero que recolle a Lei integral dificilmente poden explicarse a partir da lóxica das accións positivas».

En resumo, Lourenzo reconece que cun concepto de acción positiva como política que partise da discriminación como fenómeno estrutural de subordinación, si cabería falar de acción positiva no ámbito penal, mais como non é ese o sentido máis usual, non serviría. De aí o inmovilismo. En segundo lugar, ademais de confundir ou non distinguir a acción positiva como política coas medidas de tal política, reduce estas últimas ás diferenciadoras e de carácter distributivo que –recórdase– constitúen só unha parcela da discriminación establecida polo sistema sexo-xénero. De aí a crítica por sinécdoque.

Cuestión relacionada coa anterior, mais diversa, é a de se algunhas das medidas previstas pola LOVG para eliminar a violencia de xénero (concretamente, as relativas á agravación das penas) poden contribuír cabalmente a eliminala (e, polo tanto, están

xustificadas como acción positiva) ou, pola contra, resultan un despropósito en termos de efectividade e, polo tanto, carecen de razón de ser.

Para intentar dar unha resposta convén ter en conta a opinión que sobre o particular levan dando, non tanto os que as rexeitan con argumentos puramente inmovilistas (ou, o que é igual, coa simple defensa da non diferenciación no tratamento penal ou parapetándose no feito de que o dereito penal sexa alleo a un determinado concepto de acción positiva que aquí consideramos insuficiente e redutivo), como os que as poñen en cuestión baseándose en análises criminolóxicas relativas á efectividade (ou, mellor, inefectividade) do recurso ao dereito penal como instrumento para loitar contra a violencia de xénero²⁹.

Lonxe de pretender abordar aquí e agora o tema cun mínimo de detemento, si me gustaría avanzar unha serie de consideracións ao respecto.

A primeira ten que ver coa virtualidade mesma do dereito penal desde o punto de vista criminolóxico porque, efectivamente, se se asume que o dereito penal en xeral e o sistema de penas en particular non ten ningunha virtualidade criminolóxica, tampouco a terá no tema da discriminación en forma de violencia de xénero contra as mulleres e, polo tanto, non merecerá formar parte do dereito antidiscriminatorio. Mais, é isto así? É esta a postura da criminoloxía (crítica)? Pódese manter que o recurso ao dereito penal carece de virtualidade criminolóxica? Ou é isto demasiado dicir?

Situémonos no caso que nos ocupa. Segundo se sinalou, as medidas agravantes que só poden aplicarse cando a vítima é unha muller e o agresor un home (e non á inversa)

«están dirixidas a intervir en tres piares nos que se veu asentando a violencia de xénero: en primeiro lugar, o ámbito no que tradicionalmente non se interveu, o privado; en segundo lugar, na invisibilidade do problema e o seu enmascaramento a través da súa mestura con outros tipos de criminalidade que acaecen tamén no ámbito familiar; en terceiro lugar, na determinación dos motivos, as razóns e as causas que subxaceren á violencia que é exercida contra as mulleres polas súas parellas ou exparellas» (Méndez Rodríguez: 2006, 295).

²⁹ Como o levado a cabo por Elena Larrauri na súa monografía (2007), que ao noso xuízo contén os elementos necesarios para poder falar dun antes e un despois no tema do dereito penal e a violencia de xénero nos nosos lares.

É dicir, se non se entende mal, as medidas agravantes contémpanse como parte dunha política baseada na visibilización da discriminación producida polo sistema sexo-xénero, constituíndo a violencia contra as mulleres unha manifestación máis. Logo, a partir de aquí (isto é, asumindo que resulta necesario tipificar penalmente a violencia de xénero para poder actuar en consecuencia), a cuestión estaría en determinar se para tal tipificación é necesaria a agravación das penas ou, se, pola contra, é posible unha tipificación ou consideración penal da violencia de xénero (ou contra as mulleres), que non quede reducida ao aumento de anos de prisión (aumento que, ademais, como parecen demostrar as análises criminolóxicas carece de especial potencial disuasorio, protector ou reparador).

A este respecto, e aínda pecando de atrevemento, suxerimos a especialistas en criminoloxía e penalistas a tarefa de afondar na relación entre o dereito penal e os sistemas intergrupais de poder ou, noutros termos, no tratamento penal da discriminación estrutural; unha tarefa que, polo menos en hipótese, non resulta de todo allea a este sector disciplinar cando se admite que unha cousa é recoñecer que o modelo actual de dereito penal descoñece tal relación e outra cousa diversa é preguntarse se outro modelo de dereito penal (hipoteticamente, máis desexable ou xusto) debера «asumir todas as distintas fontes de poder e opresión e o seu impacto na vitimización dos distintos colectivos» (Larrauri: 2007, 116)³⁰.

Non cabe a menor dúbida de que isto implicaría un enorme cambio e revisión do dereito penal e dos seus instrumentos conceptuais. Sirva o seguinte botón de mostra. Cando o feminismo fala de violencia de xénero (contra as mulleres) é porque concibe unha relación última ou determinista entre o sistema sexo-xénero (que insta a discriminación estrutural) e a violencia sufrida polas mulleres. Quere isto dicir que «a subordinación é *a causa* das agresións?»³¹. Pois, obviamente, dependerá do que se entenda por «causa». O que en calquera caso parece evidente é que o «contexto de dominación» non é asimilable a «calquera outro factor de risco»³², como se pode dar

³⁰ Interrogante que, aínda que inserto nun contexto de certo escepticismo, deixa Larrauri aberto cando afirma expresamente que non exclúe a posibilidade dunha resposta afirmativa e que, nese sentido, os seus «pensamentos se dirixen a poñer de relevo que a LOVG pode representar unicamente o inicio do camiño e a intentar enxergar o dereito penal resultante, bastante distinto do que coñecemos» (2007, 117).

³¹ Idea que Larrauri rexeita debido a que «non parece que iso estea avalado polas investigacións criminolóxicas» (2007, 116).

³² Larrauri (2007, 29-30) identifica como factores de risco relevantes da violencia sobre a muller nas relacións de parella os seguintes: *a*) personalidade dos agresores, *b*) abuso de alcohol e outras drogas, *c*) estrutura atomizada e xerárquica da familia, *d*) parellas de feito, *e*) entre mozos, *f*) maiores índices de

a entender³³. Doutro modo, como se explica que os citados factores de risco non afecten do mesmo modo as mulleres á hora de exercer comportamentos violentos sobre os homes?

En resumo, o que se intenta insinuar con este tipo de observacións é que non parece de recibo que o código penal permaneza alleo aos sistemas de poder existentes na sociedade, e que tipifique como *un mesmo feito delituoso* condutas que non teñen a mesma significación social³⁴ ou que o único que teñen en común é o «feito bruto» referendado polo ditame médico.

Por iso concordamos con Larrauri en que «postos a admitir o uso do dereito penal como forma de conseguir a igualdade e combater a discriminación [debería advertirse] que o único ámbito onde se aplican accións positivas non debería ser o da elevación das penas» (2007, 117). Totalmente de acordo. O primordial non é a elevación da penas senón a efectividade das medidas sobre as condutas violentas. O que acontece é que dubidosamente pode formularse esta última (a efectividade) sen a significación da conduta e a súa visibilización tamén na rama do dereito encargada de dotar de forza xurídica á condena social cara a esta. Polo demais –e non é unha pregunta retórica–, resulta posible significar un delito á marxe da gravidade (inevitabilmente comparativa) da pena imposta a este?

En definitiva, recoñecemento da «causa última» (un sistema sexo-xénero que subordina ás mulleres), visibilización ou significación da conduta delituosa e actuación eficaz en consecuencia. Non creo que o *leit motiv* do feminismo impulsor da LOVG –caracterizado por Larrauri como «oficial» (2007, 15)– fose outro. O acontecido –ao

violencia contra a muller en cidades que en zonas rurais, g) en barrios nos que existe unha ampla problemática social, h) clase social ou situación de exclusión social, i) pertenza a minorías étnicas, j) valores culturais, k) índices globais de actos violentos».

³³ E sen que isto último negue, en absoluto, a admisión da intervención dos citados factores de risco como elevadores da probabilidade de que se produzan comportamentos violentos sobre a muller. Polo demais, a expresión «contexto de dominación» é utilizada pola propia Larrauri en diversas ocasións ao longo do seu traballo (cando menos nas pp. 89, 131, 133) e o seu significado de «contexto no que o home sempre pretende mandar ou controlar» (p. 89, en nota) suxerido como fundamento agravante das agresións á muller parella.

³⁴ Algo no que, polo demais, a mesma Larrauri coincide cando sinala o seguinte: «É certo que un golpe dun home é o mesmo comportamento que un golpe da muller? Ao meu parecer non» ou, pouco máis adiante, «límitome a reaccionar á afirmación de que polo ‘mesmo comportamento o home e a muller son castigados con distinta pena’, intentando explicar por que ao meu xuízo ‘o mesmo golpe’ non é ‘o mesmo golpe’, da mesma forma que tampouco é o mesmo comportamento que pola noite un home siga a unha muller que á inversa» (2007, 128).

meu entender— é que, ao descoñecer o dereito penal a significación da conduta delituosa nos termos sinalados (en definitiva, ao mostrarse alleo á discriminación das mulleres derivada do sistema sexo-xénero), a vertente penal da Lei tomou unha deriva equivocada e, así, en lugar de afrontar unha tipificación innovadora da conduta, derivou cara a unha agravación comparativa das penas que ademais de erixirse nunha política —efectivamente— conservadora³⁵, o código penal desvirtúaa e vincúlaa a unha conduta «de resultados» despoxada da súa significación estrutural.

Aparelladamente a esta deriva, e como consecuencia indesexada desta, o debate xurídico centrouse na (*i*)*lexitimidade* das medidas agravantes por suposta violación do principio constitucional de igualdade³⁶ cando, de acordo ao apuntado, estas se deberían situar na inoportunidade ou *inadecuación*, tanto á hora de visualizar penalmente a violencia de xénero contra as mulleres (cunha posible efectividade a longo prazo) como á hora de reducila (efectividade a curto prazo).

Consideracións conclusivas

Violencia de xénero e acción positiva son conceptos políticos, o que quere dicir que a súa definición e aplicación están respectivamente acompañadas de presupostos e consecuencias ideolóxicas. Esta idea, transplantada ao ámbito xurídico, significa que a súa concepción e desenvolvemento se inscriben na política do dereito. No que aquí respecta, esa política afunde as súas raíces no feminismo e a incursión teórico-crítica no dereito prodúcese a través do concepto de discriminación, do que dependería o de acción positiva.

³⁵ E con tinguaduras do que Larrauri denominará «populismo punitivo», é dicir, «esixir, alentar ou aceptar maiores penas sabendo que estas non contribúen a diminuír as dimensións do problema» (2007, 64).

³⁶ Para un repaso da doutrina en torno a esta cuestión remítome ao recente traballo do maxistrado José Luis Rubido de la Torre (2007). Nel faise referencia a posturas, tanto mantedoras da inconstitucionalidade —así, xunto á do CGPJ, as de Javier Boix Roig (2005) e M^a Josefa Ridaura (2005)— como defensoras da constitucionalidade —as de Joan J. Queralt (2006), Olga Fuentes (2005) ou Víctorio De Elena (2006). Tamén se examina neste traballo de Rubido de la Torre a doutrina do propio Tribunal Constitucional e relaciónanse as cuestións de inconstitucionalidade presentadas (130 admitidas a trámite e 10 non admitidas até a data). Polo demais, aos traballos doutrinarios citados por este autor pódense engadir, por exemplo, os de Lourenzo (2005) e Ruiz Miguel (2006) xa mencionados aquí e tamén o de Manuela Carmena (2005), quen, a pesar de mostrarse crítica coa Lei, a salva no relativo á suposta violación do principio constitucional de igualdade.

Así, se se considera que a violencia de xénero (contra as mulleres) é unha forma de discriminación e a acción positiva é o instrumento político-xurídico fundamental na loita contra a discriminación, unha lei contra a violencia de xénero entra necesariamente na categoría da acción positiva, ben sexa globalmente como tal lei (en conxunto) ben sexa como medidas concretas previstas nas disposicións que a desenvolven. Obviamente, para efectuar esta regra de tres necesitamos partir dunhas premisas que se apartan de certas formulacións tradicionais do dereito en xeral (de corte individualista e formal) e do dereito antidiscriminatorio en particular (como, por exemplo, os que limitan a acción positiva ás medidas diferenciadoras e ao contexto da competición por bens escasos) e, simultaneamente, dar entrada a propostas procedentes do feminismo xurídico (que non concibe unha lectura da discriminación parcelando ámbitos de manifestación desta nin un desfrute igualitario de dereitos sen unha igualdade de *status* entre homes e mulleres). Mais é que, sinceramente, non se logra ver a posibilidade dun cambio na cultura e nas estruturas xurídicas (aspiración de todo pensamento crítico que intente modificar, por inxusto, o *statu quo*) sen facer propostas de revisión (ou, en termos posmodernos, sen facer propostas de deconstrución e reconstrución). Polo demais, e seguindo coas regras de tres, se o dereito se concibe como un instrumento válido na loita contra a discriminación e o dereito penal forma parte do dereito, non se acerta a enxergar por que ha de permanecer alleo ao labor antidiscriminatorio e, en consecuencia, á acción positiva. Que isto significa ter que cambiar de modelo de dereito penal? Pois non vemos qué vantaxes ten o inmovilismo cando se parte dunha idea transformadora da realidade social (na que se inclúe a xurídica) e se persegue unha sociedade máis xusta. Tampouco o garantismo (único límite ao que circunscribiriamos a reforma do dereito penal) foi froito do inmovilismo.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales).
- Bacchi, C.L. (1996). *The Politics of Affirmative Action. «Women», Equality and Category Politics* (Londres: Sage Publications).
- Ballestrero, M^a. V. (2006). «Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita», *Doxa*, 29: 59-76.
- Barrère, M^a. A. (2001). «Problemas del derecho antidiscriminatorio: subordinación *versus* discriminación y acción positiva *versus* igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, 60: 145-166.

- Barrère, M^a. A. (2001). «De la acción positiva a la ‘discriminación positiva’ en el proceso legislativo español», *Jueces para la democracia*, 51: 26-33.
- Bodelón, E. (2006). «Falsas seguridades, inciertas libertades: el debate sobre la violencia de género», en Calvo González, J. (coord.): *Libertad y seguridad. La fragilidad de los derechos* (Málaga: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política).
- Boix Roig, J. (2005). «Prólogo», en *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004 de 28 de diciembre)*: 19-27 (Madrid: Iustel).
- Bourdieu, P. (2000). *La dominación masculina* (Barcelona: Anagrama).
- Cobo, R. (2002). «Democracia paritaria y sujeto político feminista», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 36: 29-44.
- Carmena, M. (2005). «Sobre por qué y para qué se hacen las leyes. Reflexiones ante la nueva Ley integral de violencia de género», *Jueces para la democracia*, 53: 29-38.
- De Elena Murillo, V. (2006). «La Ley sobre medidas de protección integral contra la violencia de género desde la institución de la discriminación positiva en su perspectiva penal. Los nuevos tipos penales», na Lei n.º 6428, do 23 de febreiro.
- Facio, A. (1993). «El derecho como producto del patriarcado», en Facio, A. / Camacho, R. (eds): *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones (una mirada género sensitiva del derecho)*: 7-29.
- Fernández, E. (2006). «El principio constitucional de no discriminación basada en el sexo y la nueva ley de protección integral contra la violencia de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 40: 146-170.
- Fredman, S. (1997). «Reversing Discrimination», *The Law Quarterly Review*, vol. 113: 575-600.
- Fuentes Soriano, O. (2005). «La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género», na Lei n.º 6362, do 18 de novembro.

- Gil Ruiz, J. M. (2006). «Derechos humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la violencia de género», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XXII (2005), 53-81.
- Gil Ruiz, J. M. (2007). *Los diferentes rostros de la violencia de género* (Madrid: Dykinson).
- Izquierdo, M. J. (1998). *El malestar en la desigualdad* (Madrid: Cátedra/Feminismos).
- Larrauri, E. (2007). *Criminología crítica y violencia de género* (Madrid: Trotta).
- Laurenzo, P. (2005). «La violencia de género en la Ley integral: valoración político-criminal», *Jueces para la democracia*, 54: 20-32.
- Martín Vida, M.^a A. (2002). *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva* (Madrid: Civitas).
- Martín Vida, M.^a A. (2003). «Evolución del principio de igualdad en Estados Unidos. Nacimiento y desarrollo de las medidas de acción afirmativa en derecho estadounidense», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 68: 151-194.
- Méndez Pérez, L. (2005). «Una connivencia implícita: ‘perspectiva de género’, ‘empoderamiento’ y feminismo institucional», en Andrieu, R. / Mozo, C. (coords): *Antropología feminista y/o del género. Legitimidad, poder y usos políticos*: 203-226 (Sevilla: Ed. El Monte/ FAAE).
- Méndez Rodríguez, C. (2006). «La violencia de género en el Código penal (comentarios a propósito de la Ley de medidas de protección integral contra la violencia de género)», en Figueruelo, A / Ibáñez, M. L. (eds): *El reto de la efectiva igualdad de oportunidades*: 289-314 (Granada: Comares).
- Molina Petit, C. (1994). *Dialéctica feminista de la Ilustración* (Madrid: Anthropos).
- Queralt Martínez, J. J. (2006). «La última respuesta penal a la violencia de género», na Ley n.º 6420, do 13 de febreiro.
- Ridaura Martínez, M^a J. (2005). «El encaje constitucional de las acciones positivas contempladas en la Ley orgánica de medidas de protección integral contra la

- violencia de género», en Boix, J. / Martínez, E. (coords): *La nueva Ley contra la violencia de género (LO 1/2004, de 28 de diciembre)*: 65-107 (Madrid: Iustel).
- Rubido de la Torre, J. L. (2007). «Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley integral 1/2004 de 28 de diciembre de violencia sobre la mujer», *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 2049: 7-27 (4199-4219).
- Ruiz Miguel, A. (2006). «La ley contra la violencia de género y la discriminación positiva», *Jueces para la democracia*, 55: 35-47.
- Searle, J. (1990). *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje* (Madrid: Cátedra).
- Scott, J. (1990). «El género: una categoría útil para el análisis científico», Nash, M. / Amelang, J. (eds): *Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea*: 24-56 (Valencia: Alfons el Magnànim).
- Serra Cristóbal, R. (2004). «La discriminación indirecta por razón de sexo», en Ridaura, J. / Aznar, M. J. (coords): *Discriminación versus diferenciación*: 365-398 (Valencia: Tirant lo Blanch).
- Tubert, S. (2003). «La crisis del concepto de género», en Tubert, S. (ed.): *Del sexo al género. Los equívocos de un concepto*: 7-37 (Madrid: Cátedra/Feminismos).
- Valcárcel, A. (1991). *Sexo y filosofía. Sobre «mujer» y «poder»* (Barcelona: Anthropos).