

## DIFICULTADES DE LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN DE GÉNERO \*

por Santiago Carretero Sánchez \*\*

### RESUMEN

La Constitución Española sentó las bases para una nueva realidad que quería discernir lo verdaderamente revolucionario, progresista, sí, pero eso significaría un cambio radical en la sociedad española. Y es cierto que el cambio sociológico en muchos frentes ha sido imparable. Sin embargo, hubo- y persiste- una sensación de que la ley, el sistema judicial en particular, no se había movido en esa dirección o por lo menos a esa velocidad. La realidad es que todos los elementos que se han marcado han sido cambios con antelación al jurídico: una nueva comunidad, los valores arraigados, un nuevo derecho constitucional y una progresiva acción afirmativa o positiva que marcó lo que los sociólogos llaman tendencia o punto de inflexión de no retorno. En los últimos tiempos, no sólo por esta cuestión, sino por la proliferación de leyes que tratan de detener o reducir los problemas sociales en algunas partes, la interpretación de la norma está experimentando una transformación que puede ser un nuevo momento de la misma, más o menos gradual, pero es evidente que el sistema tradicional, la tan discutida teoría de la subsunción de la norma, como tal, ha cambiado sustancialmente lo que hace replantearse el sistema.

### PALABRAS CLAVE

Interpretación de las normas, legislación positiva de género, objeción de conciencia del juez, igualdad, Ministerio de Igualdad.

### ABSTRACT

The Spanish Constitution laid the foundations for a new reality that I wanted to discern as truly revolutionary, progressive, yes, but that would mean a radical change in Spanish society. And it is true that the sociological change on many fronts has been unstoppable. There was, however, and there is a feeling that the law, the judicial system in particular, had not moved in that direction or at least at that speed. The reality is that all the elements that would change were marked in advance: a new community, values rooted constitutional law and a gradual positive or affirmative action that marked what sociologists call trend or turning point of no return. In recent times, not only because of this issue, but by the proliferation of laws that seek to halt or reduce social problems in some part, the interpretation of the rule is undergoing a transformation that can be a new moment of it, more or less gradual, but it is clear that the traditional system, the much-discussed theory of the rule of subsumption, as such, has changed substantially rethink what makes the system.

### KEY WORDS

Interpretation of Rules, Positive Law "Gender", Objection-the Judge, Equality, Ministry of Equal Opportunities.

### El análisis del "género" en el momento de la interpretación de la norma

Existe un nuevo problema, propiciado por la nueva legalidad de "género" (femenino) que hace que nos replanteemos desde la Filosofía del Derecho si surge una nueva forma de interpretar las normas, desde una nueva realidad. Desde hace unas décadas se venía asistiendo a un proceso gradual de incorporación de la mujer al mundo laboral, cultural, científico que era imparable. Ello sociológicamente no tenía

\* Fecha de recepción: 10 de junio de 2009. Fecha de aceptación/publicación: 10 de agosto de 2009.

\*\* Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España).

discusión, pero en el mundo jurídico la normativa ha tenido que realizar enormes esfuerzos por asumir, más bien por patentizar, esa realidad<sup>1</sup>. No es pensable que, dentro de esa realidad, se pueda escapar el cambio legislativo que se avecina. No sólo es un cambio legislativo como tal es una nueva forma de intentar por leyes de acción positiva integrales, cada vez más integrales, que esa tradicional discriminación de la mujer en España desaparezca. No era cierto que se trataba de un mero problema español, pero es seguramente poco cuestionable que nuestro pasado político cercano, en concreto la época de una dictadura que parecía inacabable, sociológicamente estableció las bases para que esa discriminación perdurara más en el tiempo. La Constitución española estableció las bases de una nueva realidad que quería vislumbrar como verdaderamente revolucionaria, gradual, eso sí, pero que conllevaría un cambio radical de la sociedad española<sup>2</sup>. Y es cierto que el cambio sociológico en muchos frentes ha sido imparable. Sin embargo, existía y existe una sensación de que el Derecho, el Sistema judicial en concreto, no había avanzado en esa dirección o por lo menos en esa velocidad. Lo cierto es que todos los elementos para que se diera el cambio estaban marcados previamente: una nueva colectividad, unos valores constitucionales arraigados y una gradual legislación positiva o de acción positiva que marcaban lo que los sociólogos llaman tendencia o punto de inflexión sin retorno. En los últimos tiempos, no sólo por este tema, sino por la proliferación de leyes que pretenden poner fin o reducir en parte algunos problemas sociales, la interpretación de la norma está sufriendo una transformación que puede suponer un nuevo momento de la misma, más o menos gradual, pero es evidente que el sistema tradicional, la tan comentada teoría de la subsunción de la norma, como tal, ha cambiado. Es cierto que hace años que en Teoría del Derecho es una argumentación técnica que ya nadie sostiene, pero en el presente momento, es más que una superación de la misma, es un cambio radical el que se está sufriendo. Vemos que no puede sostenerse, entre otras cosas, porque la Legislación de acción positiva parte de unos "objetivos" que se le imponen al Juez, éste debe implicarse en esos objetivos, debe llegar a ellos, no es un exceso decir que la interpretación nace dirigida, son pocas las opciones que tiene el Juez de no llegar a esos objetivos. Nadie le obliga a adoptar decisiones no justas, pero sí le obliga a motivar la no aplicación- como en todos los casos lógicamente- de una Ley de acción positiva<sup>3</sup>. Por ello, este nuevo método de análisis interpretativo supone un nuevo modelo de interpretación, basado mucho más en el complejo técnico y social del litigio, que en mero análisis normativo de la Ley que tiene que aplicar.

---

<sup>1</sup> Lorenzo Copello, P. "La violencia de género en la Ley integral: valoración políticocriminal" en la Revista electrónica de ciencia penal y criminología, número 7, 2005.

<sup>2</sup> Martínez Román, V. "Violencias estructurales: obstáculos para el cumplimiento de los derechos humanos de las mujeres pobres" en Revista del Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, nº6, 2005, pp- 49-64.

<sup>3</sup> Rubido de la Torre, J. "Breves apuntes del ajuste de constitucionalidad (penal) de la Ley integral 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia sobre la Mujer" en Boletín de información del Ministerio de Justicia, año 61, nº2049, 2007, pp. 4199-4219.

Esta será, pues, la idea central para sostener que se trata de un nuevo modelo de interpretación. Por supuesto que se respetarán los logros tradicionales de la interpretación clásica- en concreto, la salvaguarda de las garantías institucionales- pero es un nuevo momento. Momento que se verá acrecentado a medida que este tipo de Leyes se vuelvan más numerosas, el papel del Juez le hará implicarse en la consecución del ideal de la Igualdad material, tantas veces perseguido, ya que la Igualdad formal en cuanto a tal, hace años que la tenemos definida y construida.

### **Un nuevo modelo de interpretación**

El tradicional modelo de interpretación en el sistema romano-francés y en tanto en cuanto éste persista en nuestro Orden jurídico tenía unos criterios o parámetros de interpretación el lingüístico, sistemático, teleológico, sociológico...que le servían al Juez para interpretar la Ley. La Ley de acción positiva o antidiscriminatoria parte ya de un supuesto de irregularidad social, de un conflicto, compartido por el Juez. Sociológicamente ha nacido ante una injusticia histórica, siendo el ejemplo, nunca vencido de la discriminación de la mujer. Ese modo de partir en la nueva norma, marcará también una interpretación, cambia el papel del Juez, que es garante pero también propulsor del cambio social que se quiere conseguir. Es pieza clave en la consecución del objetivo: reducir la discriminación, sino erradicarla. Pero el hecho irregular, la discriminación, el delito, no se ve afectado por la creación de una norma, lleva una existencia paralela. Influye esa Ley en una toma de conciencia social, en un proceso ya institucionalizado sin vuelta atrás. Es difícil jurídicamente, por no decir imposible, que no lo es, la vuelta atrás de una Ley que nace potenciando la discriminación positiva, ningún gobierno o Estado se atrevería a lanzar la afirmación de que ya no existe discriminación en tal o cual sector. Más que una imposibilidad jurídica, que como se indicaba no es tal, es una escasa probabilidad política el que ello suceda. Por ello, esta Ley marca ya la nueva interpretación. Esta Ley de acción positiva que intenta cambiar la sociedad. Conscientes los propios legisladores de que la Ley no resuelve por sí el problema social, suelen tener estas leyes una serie de medidas integrales que afectan a los poderes públicos, a los medios de comunicación, a los empresarios, al Sistema de Salud, a la Universidad... a casi todos los sectores sociales y colegios profesionales. Ello ya es un primer indicio de lo que antes se decía, el análisis normativo en la interpretación va a quedar reducido en gran medida, creciendo más el análisis social del caso concreto, sus coordenadas espacio-temporales, humanas, económicas, de educación...que van a ser tomadas más en cuenta. Al ser Ley, tiene que establecer unas garantías jurídicas que- como tales- tienen de forma imperativa que existir. Nada más importante que el que no se tuerza el objetivo marcado, que lleguemos a él, que nada nos impida marcar esa tendencia. No puede ser de otra manera. Se parte de un supuesto de injusticia concreto, de discriminación, que no hace sino reflejar cada

día la existencia de esta Ley antidiscriminatoria en materia laboral, de violencia de género, civil, sea la que fuere, con respecto a la mujer<sup>4</sup>. De los dos elementos de la norma jurídica, el supuesto de hecho viene ya muy comprobado, el relato fáctico es potente, empieza la interpretación de la norma o más bien la aplicación. Dos momentos que hasta ahora eran diferentes, pero ahora se funden en uno sólo, a medida que el Juez aplica, interpreta la norma o viceversa. No es posible separarlo en estas Leyes. La toma de decisión judicial es rápida y las medidas cautelares son extremadamente serias, prácticamente no puede discernirse la diferenciación que de estos momentos hicieron nuestros juristas clásicos. Las últimas leyes de acción positiva han sido suficientemente esclarecedoras en el sentido de que los parámetros de interpretación han sido automáticamente admitidos por los legisladores. Los criterios de interpretación eran formales y, desde la Constitución, de "resultados constitucionales". Parece que el legislador ha querido en esta materia de desigualdad o discriminación que los resultados fueran más tangibles, todavía más conducidos. Realmente esta división de la Teoría del Derecho no ha afectado a la diferenciación que se hacía: *criterios formales*- de argumentación o de técnica- y *criterios materiales o constitucionales*. No en cuanto a su mantenimiento, sí en cuanto a su orientación.

Pero es difícil que esos criterios constitucionales o de valores constitucionales no marquen o de manera alguna influyan en los criterios técnicos. Son complementarios, se necesitan entre sí.

Estaremos hablando de un problema clásico del Derecho, la tensión entre una interpretación literal o del positivismo y una tensión de la creación del Derecho, del Realismo, del Iusnaturalismo no-normativista, del Movimiento del Derecho Libre. Sí, es posible que se esté de nuevo ante un tema viejo, pero desde luego acrecentado por una nueva forma de Legislar. La creencia de que en la nueva norma y su aplicación se resuelve un tanto por ciento muy considerable de este problema social o discriminación por la que la propia norma surgió. El "género" la visión de ese problema social surge con implicaciones técnicas considerables como nuevo parámetro de la interpretación.

Podría decirse desde un análisis simple, pero que no tiene necesariamente que ser desacertado que el Derecho se encuentra ante un problema social emergente que no sabe cómo resolver y se dota de nuevas normas e instrumentos para conseguirlo. Pues bien, si ello fuera así, lo que es cierto, es que una nueva forma de interpretar las leyes se impone, es decir, la Igualdad formal está más que contrastada, regulada, clasificada, pero queda la concreción de la misma, la Igualdad material, la disminución de los casos que por excepcionales son

---

<sup>4</sup> El Derecho laboral era y es el que más trabaja sobre esta injusticia, así ver Asín Mendoza/Tena, G "La mujer: los porqués de su discriminación en los estudios históricos y los cambios habidos en su participación en el mundo laboral" en Acciones e Investigaciones sociales, número 1, 1991, pp. 115-.140, páginas dedicadas a la voz "diferenciación".

generales, no hay más que mirar el problema de la violencia de género o doméstica. Surge pues no sólo como problema social- que ya existía con total seguridad- sino como problema jurídico, que sitúa al Derecho en el centro de la solución. Pero aquí hemos de entender que "Derecho" no es conjunto de normas, no es valor Justicia, no es "derechos individuales" es todo eso y mucho más, es todo, pero también es infraestructura de apoyo de las Leyes, es acción judicial, policial, y es acción de interpretación de las Leyes que este es el punto que se quiere analizar. Excede de cualquier intento jurídico un análisis completo de la situación, lo hacen las Leyes como "integrales" del fenómeno y se quedan cortas, el análisis jurídico no puede ir más allá del mero debate en la interpretación de las normas y en los problemas con que ésta se encuentra<sup>5</sup>. No la interpretación, sino los problemas con los que se encuentra el Intérprete. Y es aquí donde surge de siempre la valoración de la persona del Juez, en su faceta técnica y humana, deontológica que siempre preocupó a la Filosofía del Derecho.

Debemos preguntarnos, pues, si los modelos de los Jueces hasta ahora vigentes son suficientes ante este momento, que no sería revolucionario en sí, sino gradualmente imparable, o realmente el debate de los modelos de Juez ha quedado ya desvirtuado y lo tenemos que situar en un nuevo planteamiento de la estructura del Estado, no tan independiente como creíamos a la luz del papel activo que se le da en la legislación de acción positiva. Así, debemos ver si ello posee o tiene peligro en las clásicas estructuras de nuestro Sistema, o si por el contrario, estamos ante una Legislación más como otras, que es novedad exclusivamente por su promulgación por parte de tal o cual partido político que ha accedido al Gobierno. Parece ser que esta última parte del examen es necesaria, alguien tiene que tomar la iniciativa legislativa, pero no es suficiente para este análisis. Hay que ver las repercusiones que tiene esta nueva legislación de "objetivos" encaminada la "Igualdad material" de todo tipo, técnicas, en la estructura de poder, en la interpretación...sólo lo puede hacer de una forma genérica la Filosofía del Derecho, la ciencia que ha intentado comprender el Sistema jurídico en su conjunto<sup>6</sup>.

### **Nuevo modelo de interpretación que podría no ser tal: El papel del Juez**

Si entendemos que el número de leyes de acción positiva cambian la manera de interpretar- conducida por un objetivo de carácter social-

---

<sup>5</sup> Lorente Acosta, M. "La importancia de la coordinación institucional: protocolos de la Ley integral. Las unidades de valoración integral de la violencia de género de los institutos de medicina legal" parte de esta visión que excede de lo jurídico, en Cuadernos de Derecho Judicial, número 22, 2005, pp. 141-180.

<sup>6</sup> Garrido Gómez, I. "Los planos de la Igualdad material en el contexto de una comprensión compleja de la Igualdad" en la Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, número 20, 2009, pp. 57-78.

el papel del Juez debe cambiar también. No sólo interpreta, más aun, aplica las normas. Su labor es más de aplicación pues el sustrato social fáctico para su ejecución no depende ya de él. No se debe preocupar de conseguir unas pruebas que figuran en un "protocolo" ciertamente más preciso, y que, siendo puristas, desnaturaliza su figura de intérprete, pero potencia más su papel de vocero o aplicador de la Ley. Las medidas jurídico-administrativas para la protección de la mujer- tema que si bien ha impulsado la acción política socialmente existía mucho antes- no pueden desconocer la actuación del sistema jurídico en modo alguno. Carecerían de efectividad, pero también se condenaría la reforma legal a no ser admitida por el consenso social, sin caer en el realismo judicial más exorbitado, la norma que no se aplica está en el sistema pero no forma parte del Sistema. Si realmente el debate era el juez-creador como intérprete o el Juez vocero y aplicador, las normas de discriminación de la mujer- sobre todo en el gravísimo problema de la violencia de género- se ha visto debilitado a favor de la segunda opción legislativa, en el contexto que se dice de politización de la Justicia<sup>7</sup>. Conforme al principio de Legalidad, el Juez tendrá más o menos competencias en función de lo que fijen las leyes procesales y de fondo, y esta realidad, sólo puede ser combatida con los propios cauces que el Sistema jurídico encauza para sí: el filtro constitucional y ordinario de las leyes concretará esa competencia del Juez. Por tanto, no depende en el terreno técnico de la actitud del Juez ante la Ley sino que estamos ante *una opción de política legislativa que determinará el gobierno respectivo*. Esto puede conllevar que el Poder Judicial reclame para sí una independencia que existe como tal en el acto de aplicación de la Ley, pero no la tiene en la confección de la misma ni en su discusión previa. Todas estas ideas son de legitimidad democrática básica, que, sin aceptarse, no puede ser que estemos hablando ante el mismo sistema jurídico o del mismo Sistema jurídico. Sin aceptar esas bases, la interpretación de las normas quedaría al albur de cualquier Juez, cuando en realidad, su papel es incardinar unos hechos fácticos dados- y comprobados conforme a las pruebas que el Derecho admite- en unos preceptos normativos que le vienen dados. Realmente, en este sentido, no se entiende bien la desnaturalización de la figura del Juez que aduce este colectivo, siendo la función realizada la misma, el cambio únicamente reside en la nueva normativa que tiene que aplicar. No se vislumbra a primera vista, dónde reside ese cambio de papel del Juez, cuando los pasos que lleva a cabo siguen siendo los tradicionales:

a). Averiguación de los hechos fácticos.

b). Aplicación de las medidas cautelares para impedir que la situación fáctica conflictiva continúe durante la sustanciación del procedimiento.

---

<sup>7</sup> Díaz Sampedro, B. La politización de la Justicia: el Tribunal Supremo. Tesis doctoral dirigida por José Sánchez-Arcilla, UCM. 2004 analiza en profundidad el proceso de politización de la cúpula judicial en un contexto más general que el referido en nuestro trabajo.

c). Instrucción o propuesta de las medidas definitivas previstas en la Ley.

El cambio reside exclusivamente en la opción de política legislativa adoptada por el Legislador, no reside en que el Juez tenga más o menos margen de interpretación de la norma, el momento en que decide que se dan los presupuestos fácticos de la misma reside en él mismo, esa y no otra es su independencia. El discurso de la Filosofía del Derecho tradicional ha sido el de preguntarse los objetivos del Derecho, y ese discurso si no total que ha protagonizado enorme parte de la literatura filosófico-jurídica sigue siendo el mismo. No existe, por tanto, el peligro de que el Juez se convierta exclusivamente en un funcionario administrativo del Ejecutivo desde una perspectiva sosegada y clásica<sup>8</sup>.

Es hora de que desde la reflexión filosófica se entienda que al adaptar la norma al cambio social, el Juez tiene que interiorizar unos valores que de ella se desprenden y una técnica de aplicación que la Ley le permitirá, hasta tal punto de crear unos órganos especializados ante un problema social creciente y grave. Nadie puede oponerse, pues, a que el Sistema dentro de sus mismos parámetros evolucione e intente solucionar problemas sociales candentes, *el Derecho es una forma de solución social*, una de ellas, desde luego, en la que el ciudadano ha interiorizado que es a la que debe acudir. Cuando una Ley se califica de "integral" entiende, como lo hiciera Luhmann, que el subsistema jurídico es uno de ellos. No es pues un problema de mera nomenclatura común (género, discriminación positiva...) sino de consensuar soluciones a síntomas que tenemos claros y destacados, síntomas externos que recuerdan que el problema persiste y perdura. No existe pues, sino *una nueva opción de política legislativa que tenemos que aplicar para ser efectiva*.

### **Nuevo lenguaje legislativo y judicial asumido con normalidad**

Surge un nuevo lenguaje periodístico, jurídico, social ante el fenómeno del maltrato y la discriminación de la mujer. Si bien el segundo síntoma se había tratado de forma legal en el ámbito civil, social, penal... en sucesivas reformas que no hacían sino aplicar directamente los valores constitucionales, el primer síntoma- el de la violencia de género, terminología ya legal y técnica- ha irrumpido con fuerza en la vida jurídica, judicial, en la vida social había existido siempre.

Estamos hablando de un problema que empezó a ser inter-subjetivo a convertirse en un problema de Estado (Informe Anual del Observatorio Estatal de violencia sobre la mujer, Ministerio de Trabajo y

---

<sup>8</sup> Sánchez Vázquez, R. "Consideraciones para fortalecer la autonomía e independencia del Poder Judicial" en la Revista de la Facultad de México, número 243, 2005, pp. 107-162, realiza un análisis de la figura del Juez en esta situación difícil de independencia.

Asuntos Sociales, 2007, p.11). Se habla claramente de unas medidas que se enfrenten al problema de forma "integral", por tanto, es una Ley que excede de lo jurídico, posee un esfuerzo de cambio social<sup>9</sup>. Quiere que el cambio jurídico se transforme en cambio social, es decir, que la aplicación de la norma consensúe un valor que, por los datos que tenemos encima de la mesa, no todos los ciudadanos comparten. Quiere esa ley de Violencia de Género- cuya primera objeción fue la de discriminar a las víctimas, resultando fallida, es decir, que las penas en este tipo de delitos eran mayores que las ordinarias, siempre que el agresor fuera varón- revisar el lenguaje "sexista" para su expulsión del Ordenamiento jurídico (Informe, p.202). Revisar el lenguaje que se utiliza en las normas jurídicas- no sólo penales- tanto para expulsar conceptos que perpetúan valores androcéntricos, con redefinición de los mismos, de forma que sean respetuosos con los valores de la Igualdad sustancial entre hombres y mujeres, quiere decir *Igualdad material*. No usar en el lenguaje sexista pronombres, género, como para asegurar que el lenguaje no discrimina. Evidentemente, se ha caído en exageraciones en este punto, pero no por ello, quiere decir que el objetivo no sea real. El lenguaje puede discriminar si es su voluntad, existiendo conceptos jurídicos (buen padre de familia en el código civil) que obedecían a contextos históricos determinados. Sí nace con este tipo de leyes de acción positiva un nuevo lenguaje legislativo, judicial, caracterizado por la *especialidad*:

1. Las medidas procesales son específicas.
2. Las estadísticas son particulares.
3. Se trata de una delincuencia "de género" que requiere un agresor masculino y una víctima femenina, ahí radica la especialidad mayor.
4. Existe un consenso generalizado en que sea noticia ante una enorme época donde no era información ese tipo de agresión.
5. Se promueven y forman órganos judiciales que exclusivamente entienden de este tipo de delitos.
6. Se crea un sistema de tutela institucional del Estado con órganos administrativos de apoyo a toda la estructura sobre la violencia de la mujer.

Por ello, todo esta apoyado, como fácilmente se observa por el principio de *especialización*: *se ha acotado el supuesto de hecho a una situación exclusiva al margen de la generalidad con la que el código penal trataba esta situación*<sup>10</sup>.

---

<sup>9</sup> Leal Rodríguez, V. "La educación de las mujeres: nuevas perspectivas" (coordinación de Consuelo Flecha, Marina Núñez) pp. 39-43. García Sáenz, J.M. *Guías para un uso no sexista del Lenguaje: teoría, práctica y medio multilingüe*, Universidad de Deusto, 2000.

<sup>10</sup> Trujillo Pérez, J. "Criterios para evitar el uso sexista del lenguaje y su procedimiento en los escritos y documentos oficiales de los órganos y servicios del Parlamento de Andalucía" Comentario sobre el artículo 14 y la perspectiva de género en el Boletín de Información y Análisis jurídico, número 27, 2008, pp. 37-40.

Nada hay que pueda hacer que alguien niegue esta nueva situación jurídica, irreversible, desde el punto de vista constitucional. En el lenguaje jurídico técnico partimos de una evidencia que es discutida desde la Filosofía del Derecho, pero real, *lo declarado constitucional cierra el debate legal en nuestro Sistema como en casi toda Europa*<sup>11</sup>. Es decir, que el debate ideológico, de los valores de la Ley, de la Sociología del Derecho, puede quedar abierto, pero es complejo que el Sistema judicial adquiera un lenguaje especializado que dos o cuatro años después no puede aplicar. Existe un impulso político en todos los ámbitos, informativo, sanitario, educativo...de la solución del problema social de la violencia de género. Siendo como es un fenómeno que obedece a una pluralidad de factores, la Ley parte de que los instrumentos técnicos y jurídicos han de serlo igualmente. El lenguaje es el primer instrumento que utiliza la Ley, cambiando éste la Ley nace con un nuevo espíritu que la mera adaptación no podía conseguir (informe p. 8). Ya en la Conferencia de Nairobi- en un lejano 1985- nace la idea de que el maltrato contra la mujer es una forma de discriminación. En el ámbito europeo, las decisiones como la de 293/2000 de 24 de enero de 2000, tenían como objetivo la prevención de la violencia contra niños o niñas, adolescentes y mujeres. Luego programas como el Daphne (2004-2008) han valorado las repercusiones de la violencia en la salud, en el desarrollo psicológico, de las mujeres y el coste social que ello comporta. Pero el cambio del lenguaje jurídico ha sido asumido con normalidad, no se vislumbra pues, tampoco una ruptura con el Sistema jurídico tradicional. *Se aplica una nueva normativa con unos nuevos supuestos de hecho especializados, esto es simplemente lo que ocurre, desde el punto de vista jurídico, sólo desde este punto*. Por tanto, no es que exista una nueva interpretación lo que existe nuevos son conceptos de interpretación. Ciertamente es que las leyes de acción positiva- precisamente por los objetivos que tienen que conseguir- concretan más el abanico de las posibles interpretaciones del Juez, ello ha llevado a algunos a replantearse si existe como tal un nuevo modelo de Juez, pero lo que se presenta como una auténtica revolución, no es sino un cambio legal razonado, razonable y entendemos necesario. Necesario para conseguir un objetivo, el de la igualdad real, por encima de la igualdad con respecto al trabajo salarial, el Estado tiene que amparar la igualdad para poder ser persona, la existencia, ello es imposible si no hay una garantía de la integridad y la vida, si a esa garantía general le unimos el peligro añadido de "debilidad" en cuanto a la fuerza.

Ha Surgido un nuevo lenguaje por esta legislación que poco o nada tiene de novedoso, aunque haya quien así lo presente y que sólo afecta en sí a la sanción o persecución judicial de la discriminación. Pero ello como lo puede y está haciendo ante la nueva invasión de

---

<sup>11</sup> La europeización del sistema político español (coord.. Closa Montero, C). Madrid: ediciones Istmo, 2001.

delitos o formas de los mismos por medio de Internet, sms, o de las más variadas tecnologías que ofrece la red informática.

Así la Acción positiva se define como “la medida específica, a favor de las mujeres, para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad. Tales acciones, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso”. (LOIEMH, Art. 11). Existen otros conceptos como *Conciliación*, *Corresponsabilidad*, *Democracia Paritaria*, *Desagregación de datos por sexo...*

Pero de entre todos ellos, el de *discriminación* ha quedado más regulado en su aplicación normal por los Jueces y Tribunales así se puede distinguir en las definiciones ya legislativas o guías de aplicación:

- *Discriminación Directa.*

Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable. (LOIEMH, Art. 6.1).

- *Discriminación Horizontal.*

Significa que a las mujeres se les facilita el acceso a empleos o estudios que se

presuponen típicamente femeninos -servicios o industrias de menor desarrollo-, al tiempo que encuentran obstáculos y dificultades para asumir ocupaciones que, socialmente, se siguen considerando masculinas, ligadas a la producción, la ciencia y los avances de las tecnologías. Pese a que pertenezca al Lenguaje jurídico el diagnóstico no puede ser más irreal: la mayor parte de los investigadores universitarios y personal científico pertenece al sector femenino. El hecho de que existan trabajos- no precisamente científicos- con respecto a los cuales sea más adecuada la contratación de un hombre seguirá existiendo sin que por ello se dé discriminación horizontal alguna.

- *Discriminación Indirecta.*

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica, puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (LOIEMH, Art. 6.2).

- *Discriminación Vertical.*

Es también conocida como "techo de cristal" y es aquella que establece límites a las posibilidades de ascenso laboral de las mujeres. Este fenómeno reconoce que se registra una democratización en el acceso a diversos puestos de trabajo por parte de las mujeres, pero advierte que los puestos relacionados con las posibilidades de decisión siguen siendo patrimonio de los hombres. En mayor medida se está viniendo este fenómeno abajo con la aplicación de las normas al respecto para su corrección. El Estado se encuentra obligado a "remover los obstáculos" que impidan esa igualdad real. Sólo desde esta perspectiva se concibe una Ley que se califica de "integral".

### **Valores en que se apoya el Juez y creencia en los mismos**

El intérprete de la norma por excelencia es el Juez. Para él nacen las normas en esa operación, para los ciudadanos nacen en la aplicación. Nada puede decirse de su predisposición a aplicar una norma: si la norma es constitucional, es legal.

Debe aplicarse, posee el Juez instrumentos por los que pueda expresar su disconformidad ante las leyes (cuestión de inconstitucionalidad, voto particular) pero estos deben ser limitados, en tanto en cuanto estemos en el Sistema que nos ampara. Si no queremos alterar la bases de ese Sistema es lo que se debe mantener consensuado. Las bases no pueden ser movibles, pues cambiamos el Sistema en su conjunto. En este tema la sencillez debe ser la pauta: el Legislador- contando con los medios procedentes- aprueba leyes que el Juez aplica, y leyes que el Gobierno propone. Si sobre ellas existen problemas de encaje dos Tribunales (Supremo y Constitucional) realizan las labores de acomodo y filtro así como última interpretación para que ello se produzca. Complicar más las bases del Sistema o alterarlas de forma sustancial, nos lleva a un cambio de Sistema, entonces, sí que estaríamos hablando de otra interpretación. Ello nos lleva a una globalización del Sistema jurídico, desde luego, con variantes pero muy parecida a nivel europeo en nuestro entorno y más allá de él. El cambio reside en los valores en los que se apoya la ley de acción positiva, se podría resumir en uno simplemente: concreción de la Igualdad real. Con ello bastaría. El juez debe creer en los valores de la Ley siempre, pero en las leyes antidiscriminatorias o de acción positiva, se le exige un "plus" de colaboración con el Gobierno, una predisposición para que esa norma siendo aplicable consiga un fin u objetivo social que ha sido consensuado por la sociedad en el momento en que se apoya a un determinado partido político en su programa electoral<sup>12</sup>. Son las bases modernas de la teoría de la representatividad con los cambios que se tendrán que producir (listas abiertas, voto por correo digital,

---

<sup>12</sup> Es interesantísima la reflexión que realiza Estrada Vélez, S. "De la Jerarquización filosófica de los valores a la coordinación jurídica de los principios" en la Revista Telemática de Filosofía del Derecho (RTFD), número 8, 2004-2205.

circunscripción electoral más cercana al elector...) deben ser aceptadas para mantener el Sistema. Reside pues el cambio en que ese consenso general- la ley general roussoniana- se plasme en algo concreto, en actuaciones concretas de los poderes respectivos, y cómo no, del Poder Judicial, garante último del ciudadano en sus pretensiones.

No existe o no reside en cambio en nada que afecte a los elementos estructurales del Sistema sino a un problema de voluntad política para que los valores- el de igualdad real en cuanto a la integridad física y emocional de la mujer- sean reales y aplicables. Los valores en que reside la Ley quieren propiciar la voluntad política en todos los poderes públicos. Los valores constitucionales de Igualdad necesitan la concreción y esa concreción se manifiesta en los sistemas jurídicos democráticos en la aplicación de la Ley: es un acto de volición estatal, un refrendo constitucional del consenso que previamente existe. El consenso o pacto constitucional- desde el punto de vista jurídico- se consigue cuando una Ley es declarada constitucional bien porque no se impugne bien porque se aplique con normalidad. Siguen siendo las bases del Sistema jurídico las que se mantienen y no otras. Por ello, realmente el verdadero cambio no reside en la estructura normativa o jerárquica como tal- que se mantiene formalmente- sino en el contenido o fondo de la interpretación.

### **Cercanía entre la interpretación como método y objetivos de la Ley de acción positiva**

Aquí reside a nuestro juicio ese cambio que sí pudiera alterar un poco la estructura clásica que hasta ahora habíamos visto. El Juez tenía un margen de interpretación que nadie discutía, era su verdadera libertad, el margen que la propia Ley- a la que únicamente debe estar sometido- le permitía. Por tanto, si el sistema o método que en este caso es lo mismo, continuaba siendo el mismo una Ley de acción positiva como tal, sería una más. Pero esta afirmación es matizable, pues la interpretación queda reducida por el bien común de conseguir un fin social. Nada puede decirse en cuanto a que el Sistema jurídico (romano-francés) se haya alterado en esencia, al menos en apariencia. Pero sí se ha alterado, la reducción de margen a la interpretación- concebida como arbitrio en este tipo de leyes- altera la base real del Sistema. Con unos fines loables, que nadie discute, como es paliar sino erradicar la llamada "violencia de género" se puede transformar- no se podría calificar de puesta en peligro- la base clásica de interpretación-margen del Juez- aplicación. Ahora el binomio interpretación-aplicación se acerca porque le acercan los contenidos que son objetivos. Los principios de las leyes quedan tan concretados que son objetivos en sí. Los objetivos no son interpretables como tal, son sólo aplicables.

Ni siquiera por parte del Juez se puede plantear una discusión de principios que no conlleve un desarrollo normativo, pero en este caso las leyes de acción positiva son mucho más extensas en sus objetivos

que en sus principios, en los cuales y en ellos reside el debate jurídico. Debate jurídico que se cierra cuando una ley- al menos para el Juez como parte institucional del Sistema jurídico no como ciudadano- es declarada constitucional. De nuevo el sistema adapta sus normas a los principios más clásicos, en este caso el principio de argumento de autoridad judicial, que, como tal, pocos sistemas discuten. No es posible nada más que calificar este acercamiento como síntoma externo, pero elucubrar teóricamente, con que el sistema de la independencia de los poderes y contra-equilibrio de los mismos, está en peligro quizá no tenga bases sólidas para su mantenimiento. No parece que exista un cambio estructural en cuanto a lo que la interpretación es, parece que existe un acercamiento al momento último de la interpretación, que es la aplicación<sup>13</sup>. Reside en el cambio de parámetros, en que los objetivos como son más claros pueden perjudicar- dicho esto con enorme cautela pues el fin lo puede justificar- alguna garantía procesal del denunciado. Pero en este caso- como nueva vuelta al sistema clásico- es el Juez el moderador de estas garantías, es decir, como la propia Ley integral de violencia de Género prevé unas medidas cautelares extensas y de indudable trascendencia futura, tiene que interpretar-aplicar que el supuesto fáctico presentado obedece a ellas. No se atisba formalmente la diferencia, pero existe: o aplica las medidas y cumple los objetivos de la norma, o inaplicando las medidas pone en peligro los objetivos de la norma (integridad física de la mujer agredida) de tal manera y como se colige que el equilibrio no existe como tal. No se le está entregado todavía un detenido con pruebas contundentes de delito, sino una denuncia que- como tal puede ser la primera- puede ser cierta o no, pero que le obliga prácticamente a tomar medidas cautelares que le dejen investigar los hechos de forma más profunda posteriormente. Este es el acercamiento a la aplicación: su interpretación como operación jurídica conlleva resultados fácticos de forma inmediata, esto que, como regla general es lo que ocurre en cualquier litigio, en el ámbito de las leyes de acción positiva pasa a tener un carácter inmediato, fugaz. En la rapidez y la trascendencia de la decisión reside uno de los cambios de la interpretación que, sin ser radicales, suponen un concepto nuevo de aplicación rápida en nuevo papel del Juez como "delegado" de la Administración.

En ese nuevo papel puede radicar un cambio del Sistema, si se cierra la posibilidad de la interpretación- que, como tal, en las leyes de acción positiva técnicamente cabe en menor medida- la operación que, hasta ahora, y de forma clásica ha caracterizado al Juez, se pierde la esencia del sistema romano-francés como tal: la independencia del Juez y el sometimiento sólo a los dictados de la Ley, creencia que estima el pueblo como básica en la sociedad. Vemos pues, elementos de mantenimiento del Sistema jurídico tradicional con elementos de tensión, tensión porque algún operador jurídico o no acepta su nuevo

---

<sup>13</sup> Como estudia en un lejano hablando de Derecho 1997, Díaz Revorio, J. *Valores Constitucionales e interpretación constitucional*, CEPC, 1997

papel o se extralimita en su función: pero el debate constitucional se lo da hecho<sup>14</sup>.

Existe la creencia de que es un tema meramente técnico, que no conlleva peligro para el Sistema, pero desde dentro de la doctrina, del propio Poder Judicial, se vive con preocupación. Si la independencia como tal desciende, la politización se traduce en una ganancia de funciones para el Legislativo y Ejecutivo, que, si acerca al Juez a su papel de antiguo vocero de la Ley, no ejerce su papel de contrapeso entre Poderes. Si esto es así, el problema no puede residir exclusivamente en sede técnica o procesal, sino en la garantía última de cualquier ciudadano en la defensa de sus derechos. Si acercamos de una manera tan extremada los Objetivos que persigue la ley con la interpretación de la misma, el papel del Juez, como tal no dista mucho del que posee el cuerpo policial, una vez comprobados, datos y fechas. Estaremos creando una excepcionalidad en la interpretación, potenciada por el principio de Igualdad, y antes por el de Legalidad. Podemos tener cubierta, pues, la cuestión formal del nacimiento de cualquier Ley. De ahí que volvamos de nuevo en la reflexión al tema central del trabajo, si realmente la acumulación cada vez mayor de leyes de acción positiva se puede compaginar y equilibrar con las bases del Sistema en cuanto a la separación de Poderes. No se concibe separación de Poderes sin Independencia de los mismos. Separación e Independencia de los Poderes como tal son conceptos y principios- tanto estructurales como de fondo- en un Sistema jurídico. La reflexión no es novedosa, pero en tanto que su transformación puede variar los elementos del Sistema conviene replantearla.

### **El mantenimiento del Principio de Independencia de Poderes con la Legislación de acción positiva**

La reflexión es simple: si se acota o disminuye la posibilidad real de interpretar una norma, disminuye la independencia del Juez, en tanto en cuanto ya se sabe casi con seguridad, la decisión jurídica que se va a adoptar. Porque siendo fieles al principio de legalidad, más allá de la designación de los Órganos de gobierno del Poder judicial, de los sistemas puros, escabinados, mixtos, en su designación, la real independencia- como contrapeso- del Juez se basa en su posibilidad de interpretar la norma jurídica. En esa operación que calibra los hechos que se le someten a juicio y su ajuste a la norma jurídica (la tradicional teoría de la subsunción de la norma) consiste su verdadera independencia. En la interpretación reside la esencia de la figura del Juez. Variando ésta, transformándola en su debilidad, puede que se atente contra la esencia de su papel constitucional. El principio de Legalidad, en este sentido, no puede erigirse en superior a otros principios estructurales constitucionales, desde luego, tampoco puede

---

<sup>14</sup> García Martínez, M.A. "¿Quis custodiet custodes? El TC y la garantía del orden constitucional" en Indret: Revista para el análisis del Derecho, número 4, 2008.

ser superior al principio de Igualdad, en el que se basan- en la desigualdad de la que nacen- todas las leyes de acción positiva.

Mas si es cierto que la legalidad puede amparar actos injustos, y en ello también reside el papel deontológico del Juez, si no ha de aplicar la ley que produce resultado injusto, el principio de Separación o Independencia del Poder Judicial está a su mismo nivel. Sin Independencia el Juez no puede ejercer con libertad su papel constitucional, sin ella, el ciudadano no tiene "seguridad jurídica" en el Sistema, no tiene la sensación de acudir al último Poder, sino a un Poder más del entramado jurídico-administrativo que se expande ante sí, el Estado. No puede el Poder Ejecutivo formalmente atentar contra la Independencia, pero persigue unos objetivos que le hacen tener que contar con él necesariamente. Su acción sin el Poder Judicial, no se institucionaliza, no forma parte de la concienciación ciudadana. Debemos preguntarnos si esa "colaboración" del Poder Judicial para que se impongan unos objetivos sociales, se manifiesta en pérdida de independencia en su función. Por su parte, no puede ni se le conoce- hasta el momento histórico actual- que haya pedido ejercer menos funciones. Luego todo depende del Legislativo que acomoda el principio de Legalidad a cada momento histórico, con flexibilidad o con restricción, pero su movimiento influye en la interpretación de una manera esencial<sup>15</sup>.

### **Equilibrio entre la colaboración y la independencia como principal papel del Poder Judicial**

Si seguimos defendiendo la independencia de los poderes, si seguimos entendiendo que es la base de nuestro Sistema jurídico, es evidente, que la Independencia del mismo es base de su mantenimiento y funcionamiento. A menudo, se intentan establecer contrapesos por parte del poder "político" para que esa independencia no sea desbocada, para que realmente no exista en tanto pueda desbaratar cualquier objetivo social. Se pide colaboración al Poder Judicial, que es quien primero se encuentra este problema social, mucho antes que el Legislador lo intentare resolver. Evidentemente, que no puede ser la manera de entender el Sistema como tal la de ir cortando o atajando esa independencia poco a poco, como la idea contraria: que el Poder Judicial sea tan ajeno al Político que se convierta en un "gobierno de jueces" expresión que tanto en Filosofía del Derecho como en Derecho Constitucional se vierte cada cierto tiempo pasando a ser concepto ya técnico de la desviación del Poder Judicial, al menos, en el contexto romano-francés y europeo en el que nos encontramos. En el fondo lo es, pues todos los países del entorno europeo poseen Tribunales, Cortes Supremas...da igual su nombre que deciden las leyes y su alcance: es otra forma de gobernar, ejerciendo la independencia. Independencia que

---

<sup>15</sup> Ollero Tassara, A. *Discriminación por razón de sexo: valores, principios y normas en la Jurisprudencia constitucional española*. Madrid: CEPC, 1999.

no puede ser contraria a una idea de colaboración, pero tampoco puede ser confundida con ésta.

Desaparece el núcleo de la Separación de Poderes, desaparece en sí, la función judicial cuando esa colaboración, "conduce" la interpretación y aplicación de la norma, pero es que su papel ya no es formal está inscrito- el del Juez- en una visión integral de un problema<sup>16</sup>. Entonces confundimos los Jueces como funcionarios en el clásico problema de distinción entre Gobierno y Administración. Si realmente tienen el poder de interpretación disminuido y equiparable a los otros funcionarios, nada les distingue de ellos. Dejan de ser "poder". No siendo así, por mera esencia de su figura, se impone que exista una colaboración para llegar a buen puerto en la acción positiva. Es decir, el ejercicio de su independencia en la aplicación e interpretación no puede ni debe ser menoscabado, es garantía para los ciudadanos, luego la única solución es que ese poder Judicial se implique también en la consecución de los objetivos que persigue la Ley de acción o antidiscriminatoria. Para ello es evidente que no puede estar en frente de la decisión administrativa de forma constante, que no puede estar cuestionándola todo el momento, y que debe dar por satisfecho o acabado el debate jurídico como tal- siempre respetando el Ordenamiento- cuando una Ley se manifiesta o dictamina constitucional. En ese momento para el jurista no, pero para el Juez profesional termina el debate, por el principio de autoridad y de revisión de los actos legislativos, que tienen su propio cauce de revisión (cuestión de inconstitucionalidad, recurso de inconstitucionalidad, recurso de amparo indirecto...) que no es objeto del presente trabajo.

La única manera de respetar la independencia es intentando que el miembro del Poder Judicial- miembro por miembro- interiorice la Ley y sus objetivos de una manera profesional, como interioriza las normas de su Estatuto el funcionario o empleado público. El funcionario público se puede negar a obedecer las órdenes manifiestamente ilegales, el Juez tiene que aplicar la norma *constitucional o "constitucionalizada"* (sometida al juicio constitucional) de forma que no puede ampararse en su discrepancia ideológica: ya lo pudo hacer en la llamada cuestión de inconstitucionalidad, que una vez resuelta, asimila y homologa esa norma con las demás. Si realmente la distinción entre Gobierno y Administración como tal parece clara a la doctrina, igualmente debe parecer el hecho de que un funcionario que es Poder en sí, no que ejercer potestades administrativas esté dotado de independencia. No puede convertirse en contrapeso social tampoco. Si bien proviene de la sociedad, no es representante directo en sus apreciaciones, es garante de derechos, por encima de cualquier Ley, tiene que administrar justicia al ciudadano, la Ley es un instrumento profesional del que se sirve, al que sirve, desde la colaboración, es afirmación sin ninguna pretensión

---

<sup>16</sup> Como sostiene en toda su tesis doctoral Mayora Alvarado, E. El control jurisdiccional de la Legalidad (lo formal versus lo Integral) dirigida por Antoni Milian, Universitat Autònoma de Barcelona, (2005).

categoría, pero no puede aplicar leyes que no concreten valores constitucionales o desarrollen derechos del hombre. Pero como Poder, tiene que interpretar también los llamados conceptos jurídicos indeterminados, necesarios en la legislación con vocación universal, sin los cuales el Poder Político- sometido al principio de Legalidad como todos- no podría actuar. En ese poder de interpretación reside su "Poder" judicial, y por ello, no puede ser discutido, ni menoscabado de forma alguna<sup>17</sup>.

Con la Ley aprobada podemos cometer muchas injusticias tanto por parte de la Administración como por parte de los ciudadanos, tanto más con leyes como las de acción positiva que nacen desde una desigualdad o por una desigualdad, que pueden ser utilizadas de forma fraudulenta, porque no se libran esas leyes de poder ser utilizadas de forma fraudulenta. No parece razonable pues, que *desde la propia Ley pudiera imponerse o conducir la interpretación: la propia Ley no puede cerrar o cercenar el camino para detectar su propio fraude y ello sólo se podría conseguir "funcionarizando" al Juez*, que cometería un mero acto de trámite administrativo. Los intentos por conseguirlo, no deben triunfar y siendo loables los orígenes de las leyes de acción positiva, no deben penetrar en la esencia de la independencia judicial: la interpretación.

### **La utilización de los principios como base deontológica de la actuación judicial en la Ley de Género**

El tema de los Principios como base, si una norma aprobada, sancionada y, por tanto, aplicable, no soluciona o crea más problemas o nace creando más convulsión social, los principios jurídicos previos a ella puede dotar al Juez de una base deontológica (moral) para una actuación que- en última instancia ya- siempre se podrá reconducir a lo que es o ha sido tradicionalmente Derecho. Mientras que el argumento de la injusticia conecta derecho y moral en el plano de la validez mediante la incorporación de contenidos morales mínimos al concepto de derecho (aquéllos cuya vulneración constituye una injusticia insostenible), el argumento de los principios lo hace en el plano de la interpretación y aplicación del derecho, estableciendo, desde el punto de vista del participante, un vínculo conceptual y cualificante.

El argumento, cuyo presupuesto fundamental es la distinción entre reglas y principios, consta de tres partes.

En primer lugar, Alexy afirma que «todo sistema jurídico mínimamente desarrollado contiene necesariamente principios» (*tesis de la incorporación*). Como tesis empírica, la tesis de la incorporación es verdadera, pero también contingente, y por ello, irrelevante para el

---

<sup>17</sup> Vázquez Sánchez, O. "La argumentación jurídica en el Tribunal Constitucional español: los casos fáciles, difíciles...trágicos" en la revista telemática de Filosofía del Derecho, número 9, 2005.

debate acerca del concepto de derecho, *pero en las Leyes de acción positiva los principios son las propias normas, son aplicables de forma directa y procesal*. La presencia de principios en el sistema jurídico puede ser asumida por un positivista sin renunciar a la tesis de la separación, ya que la incorporación de principios al derecho positivo y el vínculo con la moral que dicha incorporación fundamenta puede resolverse como una cuestión de validez o pertenencia al sistema, sin recurrir necesariamente a un concepto normativo de derecho. La cuestión es si la tesis de la incorporación es necesariamente verdadera. Para ello habría que preguntarse si es posible pensar en algún sistema jurídico que no los incorporara, porque de ser así, la tesis de la incorporación, como tesis conceptual, es falsa. Para Alexy, la tesis de la incorporación se vería confirmada por la necesidad de ponderar que tiene el aplicador jurídico (o participante) en los casos difíciles: «cuando alguien realiza una ponderación, entonces necesariamente se apoya en principios».

La distinción entre reglas y principios presenta cierta complejidad que no sabemos si es o no operativa. Son unos estándares que presentan dos características básicas: su estructura abierta y su discutible juridicidad, ésta última se observa por el miedo a utilizarlos de forma exclusiva como argumento. Así, suele afirmarse que se trata de disposiciones de carácter general y fundamental, pero lo cierto es que de ambas notas sólo se desprende un posible juicio de comparación con otros enunciados jurídicos menos generales o fundamentales, respecto a los cuales ejercen o actúan como principios. La noción de principio jurídico, por lo tanto, puede ser usada en diversos sentidos, entre los que se encuentran los siguientes: a) norma muy general, que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; b) norma redactada en términos particularmente vagos; c) norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico, de un sector del mismo o de una institución, etc.; d) norma programática o directriz, esto es, que estipula la obligación de perseguir determinados fines; e) norma dirigida a los órganos de aplicación del Derecho, que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc. y f) enunciado o máxima (regula iuris) de un considerable grado de generalidad, que permite la sistematización del ordenamiento o de un sector del mismo<sup>18</sup>. *Todas estas nociones válidas quedan debilitadas en la legislación de acción positiva: el principio de igualdad pasa a ser una norma concreta, ya no es basamento más allá de una mera referencia a él en las Exposiciones de Motivos de la Leyes.*

Conviene señalar, a su vez, que algunos de los estudios más recientes sobre principios jurídicos tienden a centrarse e incidir en el tema de la distinción estructural y funcional entre principios y reglas. Al respecto, pueden encontrarse tres tesis básicas sobre esta

---

<sup>18</sup> Rodríguez Calero, J.R. *Principios generales del Derecho y razonamiento jurídico*. Madrid : Dykinson, 2004, p. 78

diferenciación: *una primera que niega tal separación*, debido a la pluralidad jurídica realmente existente; una segunda postura que sólo atribuye a dicha distinción una diferencia de grado, donde la generalidad y fundamentalidad serían los criterios decisivos -sobre los cuales ya han sido hechas algunas consideraciones-; y *en tercer lugar*, otra posición que permite hablar de una diferencia cualitativa y no sólo gradual entre reglas y principios, es decir, que existe un criterio que permite distinguir "con toda precisión" entre reglas y principios. Al respecto, habría que advertir que no todos los principios pueden ser reducidos a una estructura o función unitaria; que no poseen unos caracteres comunes; y que muchos de ellos no pueden reducirse a operadores deónticos.

De ahí la dificultad de su estudio conjunto. Además, como tendremos ocasión de comprobar, mediante la interpretación es posible transformar reglas en principios y principios en reglas, cuando las normas son aplicadas al caso concreto.

A la relevancia actual de esta cuestión ha contribuido en buena medida la propuesta de revisión crítica del positivismo jurídico (especialmente sobre la teoría de H.L.A. Hart) realizada por R. Dworkin, tanto respecto a la separación cualitativa y lógica entre principios y reglas, en el sentido de que las reglas son aplicables por completo o no lo son, mientras que los principios deben ser ponderados según su importancia relativa. *Ante la Legislación de acción positiva, que persigue unos resultados a los que lleva al Juez de forma procesal, habríamos de preguntarnos doctrinalmente si el discurso de Hart y Dworkin- siempre desde el respeto que ha supuesto para la Filosofía del Derecho- sobre el tema no ha quedado obsoleto.*

Hay que indicar, además, otras consideraciones previas. En este sentido, no cabe duda que tanto las reglas como los principios son normas jurídicas, es decir, enunciados prescriptivos que se refieren a lo que "debe ser", y que como sugiere R. Alexy, pueden ser formulados mediante los operadores deónticos del mandato, de la prohibición, o de la permisión. Pero además, este mismo autor entiende los principios jurídicos como "mandatos de optimización", aunque hay autores que han sostenido la distinción entre reglas y principios en función de la distinta forma de resolución de conflictos cuando entran en contradicción dos reglas o dos principios. Así, el propio R. Dworkin ha señalado que los principios poseen una dimensión de peso o de importancia de la que carecen las reglas<sup>19</sup>. Una contradicción entre principios ha de resolverse dando preferencia a uno de ellos, siendo ambos válidos, mientras que una antinomia entre reglas se soluciona

---

<sup>19</sup> Sigue siendo un gran trabajo el de Rodríguez Calero, J.M *Principios del Derecho y razonamiento jurídico*. Madrid: Dikynson, 2004. Alexy y el mandato de optimización (p.31); McCormick y el principio como racionalización de las reglas (p.38)...

A su vez el reciente trabajo de *Los principios generales del Derecho* de Sonia Rodríguez Bonete, en el servicio de publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2008.

aplicando sólo una de ambas, dado que la otra resulta inválida, pero nos preguntamos si la preferencia de un principio como opción deontológica del Juez, no "invalida" al otro que no aplica. *Todo lo indicado es en el plano de la Ley que permite interpretación amplia, pero la problemática es distinta cuando de Leyes de acción positiva se trata, allí el debate deontológico del Juez quizá no existe, sólo es posible la sanción al Juzgador cuando se pregunta por la existencia de la norma o el sentido de su aplicación.* El Legislador, - en su sempiterno intento de monopolizar la totalidad del Sistema Jurídico- , persiste en su proceso de mecanización de la Justicia, en el sentido de que sea un engranaje más en la producción de resultados y ello sobre todo en las Leyes de acción positiva o antidiscriminatoria. El problema es que quien juzga la norma es "persona" con criterios deontológicos y con formación valorativa propia.

### **El valor Igualdad como base de la Legislación de Género**

Decíamos antes que la defensa por más que pueda ser motivada (duplicación de objetivos, legislación ya realizada y de aplicación, aumento del gasto público, objetivos compartidos por todos los Ministerios...) de la posible no existencia como vital del Ministerio de Igualdad puede ser utilizada como ataque al entender por alguien *con el argumento de que no se comparten los objetivos del citado Ministerio. Nada más lejos de la realidad.* La Igualdad es la base del nacimiento de toda legislación positiva, por ello, no es necesario que exista un departamento ministerial que nos recuerde lo que es la esencia de un valor constitucional de envergadura tal que es tanto Estructural en la forma del Estado como Principio General de fondo de toda la Legislación contenido esencial del derecho fundamental<sup>20</sup>.

Precisamente por su carácter de valor consensuado e interiorizado por los ciudadanos, por los dirigentes, por los Jueces, por todos, es patrimonio de todos y nadie puede tener la idea de apoderamiento. Los valores o principios constitucionales forman parte de la *cultura social* (y jurídica) de un pueblo que conforman todos los ciudadanos. La utilización política de un problema real de la discriminación debe realizarse de manera paulatina, reformando las normas, creando la idea social e individual de que estamos ante un principio no discutible. Pero la exteriorización sin límite del citado principio, la reiteración excesiva o el abuso de argumentos que pueden llegar a ser ridiculizados no es precisamente el favor político que se le puede hacer al Principio de Igualdad. El punto más criticable tal vez es del la idea de apoderamiento de un Principio de todos, asumido por todos, indiscutible, que ha basado las reformas legislativas laborales, administrativas civiles...en las últimas dos décadas sin que nadie haya

---

<sup>20</sup> *El principio de Igualdad material en la Constitución Europea* (coord. Carrillo, M, López Bofill, H) actas del III Congreso Nacional de constitucionalistas en España, 2006. Así también Carmona Cuenca, E. "El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", número 84, 1994, pp.265-286.

visto como necesaria la existencia de tal Ministerio, pero quizá resida ello más en un problema técnico de reparto de competencias más que en una puesta en tela de juicio de los objetivos perseguidos, pero no es el caso.

No es por insistir en el aumento de gasto público en una época de crisis (que se sitúa entre 2008-2010 según los expertos) pero evidentemente es otro argumento poderoso.

La idea de Igualdad estaba asumida por todos los Juristas (en realidad, como tal la mayoría es de mujeres en todos los colectivos jurídicos), nuestro Tribunal Constitucional la matizaba en cada una de sus resoluciones a medida de que iba naciendo cada vez con más solidez la normativa de "acción positiva" o antidiscriminatoria que es la que se tiene que fomentar, se tenía que concretar, la Legislación o idea de "género" ha sido eso una concreción interpretativa, que si bien puede limitar las labores del Juez, nunca podrá conducirlos en su independencia.

Pero precisamente porque estamos ante un problema- el de la discriminación- sabido y aceptado como tal, las normas deben ser aprobadas y aplicadas sin más sin conceder a esa aplicación el mínimo papel anecdótico o especial, deben ser interpretadas porque se confía siempre en el ideal de la "Racionalidad del legislador": es impensable que se pueda derogar una Ley que amplía derechos o que intenta frenar discriminaciones, existentes, que todos los ciudadanos, instituciones y partidos, reconocen<sup>21</sup>.

No era estrictamente necesario - no se debe y lo decimos desde el respeto a quien así lo ha hecho con legitimidad democrática indiscutible- la creación de un Ministerio para convocar ayudas a colectivos o fundaciones ya que ello lo venía haciendo la Dirección General respectiva. No se trata pues de volver a tomar los fundamentos de la Igualdad formal o material, de los diferentes tipos de Igualdad, de la perspectiva de la Igualdad de género...se trata de que un Principio estructural de nuestro Estado de Derecho y sustantivo en cuanto a nuestra Legislación de fondo es de todos y su acción pertenece a todos los poderes del Estado, más que su acción su expansión empapa a toda la actividad legislativa del Estado. Sí era necesario, por el contrario, una legislación-además con discusión constitucional que ha quedado cerrada- que tratara el tema de la violencia psíquica y física que se ejercía por el hombre o marido o pareja frente a la mujer. Lo era porque socialmente ése era el problema, dada su gravedad, una Ley especial que focalizara más el problema era deseable. Sin embargo, no tenía que darse una labor legislativa específica cuyo objetivo fuera favorecer la Igualdad, que es Principio General del Derecho, tanto estructural como

---

<sup>21</sup> Segura Ortega, M. *La racionalidad del Legislador*. Madrid: Tecnos, 1998. Se debe confiar en la progresiva racionalización del Derecho y quien lo crea, tanto desde una perspectiva material como formal, al estudiar a Weber, pp.54 y ss.

de fondo y esencia de cualquier derecho humano natural, de los llamados derechos naturales, estaba consolidado como esencia de la norma<sup>22</sup>.

Se trata pues de que el Principio de Igualdad es mayor y más amplio que el de no discriminación de género, porque es el que le da base para su propia existencia:

A.- Es valor o principio constitucional que debe desarrollarse por todos los poderes del Estado sin necesidad de que exista uno de ellos como institución para recordar lo que de suyo el Ordenamiento debe acometer día a día. No puede ser, por tanto, instrumento de cosmética política o de exteriorización si realmente no es necesario máxime cuando el contexto europeo no encuentra necesario, numéricamente es así, la existencia de un Ministerio estrictamente para ello y sí en la fusión con los de Trabajo o Bienestar Social.

B.- Estamos ante un Principio tanto *estructural* en el Estado de Derecho en cuanto a la composición de los miembros de las Instituciones- para lo cual se ha dotado el mismo Estado de leyes que así le obligan- y es principio de *contenido* que tiene que estar presente en toda la legislación nacional como base jurídico filosófica. En otro frente, se podría decir desde el lenguaje político que estamos ante un "tema de Estado" que no puede o debe ser utilizado por el Poder político de turno, sea del color que fuere.

C.- Además de Principio es valor y como tal es de todos y no puede estar sometido a la utilización política partidaria, pertenece al bien común de los países desarrollados el que se respete, se fomente y se desarrolle con plena efectividad dotando a los respectivos Estados europeos de los medios adecuados para que esa efectividad sea real y no meramente formal en cualquier ámbito, administrativo, judicial, pero en el ámbito doméstico sólo podrá el Estado dar a conocer esos medios para que la Igualdad sea real, ya que choca con las propias libertades y derechos subjetivos el que lo pueda imponer.

D.- Al ser principio o valor constitucional no precisa de ser recordado al Estado en su desarrollo ni es precisa la existencia de un Ministerio coordinador de las competencias de los demás, en ese valor han de estar implicados todos los Ministerios en su competencia y si ello es así carece de sentido el que exista uno ad hoc para este menester.

E).- Posee la grandeza de tener tres manifestaciones: es Principio estructural del Estado y de sus nacionalidades y territorios, es Principio de base o ideológico de fondo en toda legislación constitucional, y

---

<sup>22</sup> Ugartemendia Ezeizabarrena, J.A. "La tutela de la igualdad de trato como cauce de expansión de la incidencia del Derecho comunitario en el ordenamiento interno" en La Revista española de Derecho Constitucional, número 84, 2008, pp. 105-109.

además es valor o esencia del contenido indiscutible de un derecho fundamental del hombre, de uno y todos los derechos queremos indicar.

F).- Se puede aprovechar la ocasión eso sí es cierto, para que no se caiga de nuevo en la arbitrariedad política o administrativa, de que ya existente un Ministerio de la Igualdad, éste tenga estabilidad y pueda actuar coordinando al Legislador, al Ejecutivo y aconsejando- más no puede hacer si quiere ser respetuoso con el Principio de separación de poderes y la Independencia Judicial- las líneas legislativas europeas en este tema, con el fin de que llegue un día en que una Legislación positiva como ésta no tenga que existir como tal, ello sucederá cuando las estructuras educativas y sociales evolucionen al mismo ritmo que lo hacen colectivos con problemas concretos que sean susceptibles de generalizarse. Los problemas sociales tan generalizados no debieran dar lugar a una nueva interpretación de los jueces, parece como si estuviéramos ante tribunales especiales, que como tal, en el espíritu de nuestro texto constitucional, no existen. El mayor logro que se puede hacer es seguir aplicando el principio de Igualdad concretado ley por ley, no haciendo distinciones donde la sociedad ya no las hace. El cambio de roles y costumbres sociales entre hombres y mujeres excede de un análisis jurídico, sino que tiene que tener en cuenta el factor educativo, social, económico...para que se interiorice la idea de que todos los seres humanos somos iguales en derechos y libertades.