

Argumentación y Género

M. Lourdes Santos Pérez
Universidad de Salamanca
España

[En lo que sigue presento de forma muy sumaria algunos avances de un trabajo que estoy realizando sobre argumentación y género. Éste, en gran medida, se basa en una investigación empírica que estoy llevando a cabo en relación con sentencias dictadas por órganos judiciales españoles en materia de género. Sobre este punto (metodológico), crucial, no hago ninguna mención en este resumen. También se han omitido casi todas las referencias bibliográficas].

Una de las tesis principales expuesta y desarrollada por Atienza y Ruiz Manero en su libro *Las piezas del Derecho* es que las normas y los juicios de valor «tienen un carácter bifronte» (Atienza y Ruiz Manero, 2004: 151). Esto quiere decir, *grosso modo*, que ambos tipos de enunciados presentan dos aspectos o dimensiones: un aspecto directivo y un aspecto justificativo. De modo más concreto, las normas, además de un elemento directivo, tendrían otro de carácter justificativo (en el que se basaría la directiva de conducta). Y todos los valores, por su parte, contendrían, además de un elemento justificativo, una directiva de conducta (que puede estar más o menos latente). Pues bien, si anudamos esta tesis a aquélla otra según la cual dichos enunciados juegan un papel central en el desarrollo de la práctica argumentativa jurídica -pues proveen, directamente, una parte de las premisas que aparecen en los razonamientos jurídicos y contribuyen también, indirectamente, a la fijación del resto de las premisas (Atienza,

2006)-, mi hipótesis es que esta tesis tiene un enorme potencial a la hora de abordar algunos problemas argumentativos, tres en concreto, que voy a englobar bajo el título general de argumentación y género.

El primer problema tiene que ver con la elaboración por el legislador de algunas normas en materia de igualdad de género y de lucha contra la discriminación. Como es sabido, dicha actividad normativa responde a un propósito decididamente reformista, lo que, llegado el caso, puede implicar modificar aspectos relevantes de la vida social. Pensemos, por ejemplo, en la respuesta penal que el legislador ha articulado en relación con la violencia de género. Ese diferente trato que arbitra, según sea el agresor varón o mujer, puede ir (de hecho así lo ha sido ya) contestada desde las creencias de importantes sectores sociales.

Pues bien, esta misma objeción, entiendo, estaría en la base de la que han formulado algunos autores que se han referido, específicamente desde el enfoque del derecho como argumentación, a una pérdida de fuerza del argumento teleológico como método o canon interpretativo. Diciéndolo de forma concisa, señalan estos teóricos que, en una parte importante de la legislación actual, en particular en aquella que tiene un ánimo reformador, a la hora de acreditar el hecho de que una norma en cuestión está orientada por cierto fin y no otro, se invoca un principio o directriz constitucional y no un dato social, con la consecuencia de que el principio o directriz puede generar un conflicto con otro principio o directriz, de forma que cada uno de ellos puede servir como punto de partida para construir un razonamiento teleológico igualmente válido y sin que resulte posible alcanzar un acuerdo. En el ejemplo de los delitos relacionados con la violencia de género, el propósito del legislador penal al introducir la diferencia de trato, que puede interpretarse como el de otorgar mayor protección a las mujeres a las que se considera víctimas más frecuentes y vulnerables de la violencia ejercida por su pareja masculina, podría verse como un supuesto de discriminación contra los hombres incompatible con el principio sancionado por el artículo 14 de la Constitución española.

En relación con este problema, conviene hacer algunas precisiones. Para empezar, hay que tener en cuenta que el constitucionalismo ha traído consigo que el Derecho no pueda verse ya simplemente como un conjunto de pautas específicas de comportamiento; lo que caracteriza a nuestras Constituciones es precisamente la

presencia de enunciados que hacen referencia a principios y valores. Como resultado de ello, nada tiene de extraño que en las exposiciones de motivos de las leyes (también en algunos textos articulados) aparezcan referencias a juicios de valor (o a valores sin más) y que en el lenguaje judicial se observe una tendencia a invocarlos para decidir los casos. Frente a un panorama así, parece claro que el juez debe involucrarse en una labor más compleja que la de mera subsunción del caso en la regla; pero eso no significa abandonarse a la irracionalidad. Más bien lo contrario; el razonamiento del juez encarna ahora una exigencia de justificación *mayor*, pues no basta con apelar a la autoridad del órgano y al procedimiento, sino que es preciso también acudir a los contenidos.

El segundo problema está conectado al anterior, en el sentido de que remite de nuevo al argumento teleológico, aunque en un sentido algo distinto. Concretamente, tiene que ver con el recurso que se observa en la práctica de nuestros tribunales, especialmente del Tribunal Constitucional (aunque no sólo), a este argumento para justificar (amparar en su caso) pretensiones que -se arguye- irían en contra de la discriminación y a favor de la igualdad de género. En este sentido, no obstante su propósito loable, tales decisiones, observarán algunos autores, tendrían el problema de que no cuadran con ninguna de las interpretaciones posibles de la norma (o normas) sobre la que se discute, con el resultado de que pueden juzgarse como decisiones *contra legem*.

Un ejemplo tomado de la reciente práctica del Tribunal Constitucional español puede ayudar a ilustrar este punto. Este órgano, en su Sentencia 26/2011, de 14 de marzo, resolvió un recurso de amparo en el que reconocía al recurrente el derecho a realizar su jornada laboral en horario nocturno con el fin de atender a sus dos hijos de corta edad, a pesar de que en el organigrama laboral de la empresa no estaba previsto un sistema así. Aunque el horario que el trabajador solicitaba no tenía base ni en el convenio colectivo aplicable ni en un acuerdo con el empresario (que es lo que vienen a enunciar los artículos 34.8 y 36.3 del Estatuto de los Trabajadores), el Alto Tribunal resolvió otorgar el amparo al recurrente en cumplimiento del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española en combinación con el artículo 39 del mismo Texto relativo a la protección de la familia.

A mi juicio, la dicotomía entre “el fin y la letra” que se está denunciando está relacionada con una comprensión (errada) de las normas como enunciados

exclusivamente directivos. Como se señalaba más arriba, de acuerdo con la teoría de Atienza y de Ruiz Manero (2004), en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo (o si se prefiere, normativo en sentido estricto); y el valorativo o de criterio de valoración (es decir, de justificación o de crítica). Expresándolo de otro modo, estos autores insisten en que, si se dice que una norma es una razón para la acción, en realidad, se están queriendo expresar dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento, y también, que es un criterio de valoración.

Pues bien, esta dualidad, en la mayor parte de los contextos, no es apreciada, pues ambos elementos están normalmente superpuestos. Sin embargo, hay ocasiones en que parecen escindirse. Un supuesto, en este sentido, de no correspondencia completa vendría dada por un tipo concreto de enunciados permisivos, las denominadas libertades constitucionales. A juicio de estos autores, si bien es cierto que de esta clase de permisos derivan prohibiciones al legislador, el enunciado permisivo «se halla, por así decirlo, en un plano justificativo superior» (Atienza y Ruiz Manero, 2004: 137).

En el tema que nos ocupa, como es sabido, los distintos instrumentos para la conciliación de la vida personal familiar y laboral (permiso de maternidad, permiso de paternidad, lactancia, reducción de jornada, excedencia por cuidados a menores y familiares, vacaciones, flexibilidad de jornada) son elevados, a través de la Ley para la Igualdad, a esta categoría -la de libertades constitucionales- (y su regulación específica, establecida en el Estatuto de los Trabajadores o en el del Empleado Público). Si retomamos concretamente el caso al que aludía más arriba, aunque tiene perfecto sentido decir que la Constitución española considera que la libertad de empresa y la defensa de la productividad son algo valioso, y, en consecuencia, impone a los poderes públicos la prohibición de interferir, el enunciado en cuestión que expresa esos valores no equivale a la suma de prohibiciones de interferencia y mandatos de optimización que se derivan de él -en concreto, de los artículos 34.8 y 36.3 del Estatuto de los Trabajadores-, sino que por así decirlo se sitúa en un plano justificativo superior.

Pero si esto es así, entonces hay que precisar qué tipo de valor o de valores incorpora el enunciado o los enunciados de que se trate. Siguiendo con el caso que he tomado como ilustración, es indudable que se estaría ante valores utilitarios. Éstos, siguiendo a los autores en los que he tomado pie, se caracterizarían porque las acciones o estados de

cosas que se consideran tales admiten un criterio superior de valoración (lo cual no sucede con los valores últimos). Y a eso se debe que, generalmente, se acepte que un valor de este tipo está limitado por otro u otros, bien último(s), bien utilitario(s). La apelación que hace el Alto Tribunal a la igualdad o a la protección de la familia en esta sentencia tiene justamente este sentido: limitar aquellos valores «verticalmente», esto es, en cuanto a su fuerza o intensidad, lo que se lleva a cabo a través de la invocación del valor de la igualdad; y «horizontalmente», es decir, en relación con su campo de aplicación, lo que se intenta realizar a través del recurso a la protección de la familia.

El tercer problema se refiere a un tema muy concreto que salió a la luz pública, con un enorme impacto mediático, hace unos meses, en Francia. Me estoy refiriendo al movimiento popular, en pro del indulto en favor de una mujer (Jacqueline Sauvage) quien, habiendo sido víctima de malos tratos de forma reiterada (durante cuarenta y ocho años) por parte de su marido (sus cuatro hijos también fueron maltratados), decidió darle muerte (el tribunal la sentenció a una condena de diez años de prisión). Dicha movilización, que terminó con la concesión por parte del presidente Hollande de un indulto parcial, dio pie a un debate doctrinal (y político) a propósito de la oportunidad y la justicia de apreciar en casos como éste la legítima defensa como causa de justificación.

Ahora bien, esto exigiría ampliar el citado concepto, creando “un estado de legítima defensa diferida (...) y que se apoya en la noción del síndrome de la mujer maltratada”¹. En el derecho actual francés, es necesario para su apreciación que la respuesta a la agresión se realice en el momento mismo del ataque. De acuerdo, sin embargo, con el relato de los hechos probados, el homicidio tuvo lugar tres horas después de la última agresión sufrida, razón por la que el tribunal juzgador no pudo apreciar que la mujer hubiera actuado en legítima defensa.

Aunque comprendo y comparto la reacción popular que se suscitó ante un caso tan dramático, no estoy segura de que la solución al problema se encuentre en una redefinición de lo que significa actuar en legítima defensa. Invocar algo parecido a un

¹ http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/01/11/creons-un-etat-de-legitime-defense-differee_4845003_3232.html?xtmc=defense_boyer&xtcr=4.

estado de legítima defensa «diferida» me parece tremendamente impreciso y con efectos poco o nada deseables, máxime teniendo en cuenta que nos estamos moviendo dentro de un sector del ordenamiento jurídico (como es el derecho penal) donde inciden con mayor intensidad aquellos valores que la sociedad considera básicos. Mi impresión es que, por razones que explicaré de inmediato, existen ciertas reservas a la opción alternativa de pasar a considerar a la mujer maltratada como inimputable. Cuando lo cierto es que, en la discusión que se propició, la invocación a la “noción del síndrome de la mujer maltratada” (para reformular el concepto de legítima defensa) bien podría interpretarse como un indicio o una base de cara a la articulación de una posible causa de exclusión de la responsabilidad.

De nuevo, la negativa (o la falta de atención) al carácter bifronte de las normas, en este caso las de naturaleza penal, explica (al menos en parte) la solución propuesta al problema. Si las normas penales se caracterizan únicamente como directivas, entonces habría que interpretar que a la mujer maltratada, en la condición de inimputable, o bien le estaría permitido matar a su marido, o bien su acción resultaría indiferente desde el punto de vista jurídico-penal. Por lo tanto, si no se quiere llegar a una conclusión así, habrá que invocar alguna causa de justificación (y no de exclusión de la responsabilidad) como sería la legítima defensa: de este modo, según el ordenamiento penal, la conducta estaría permitida (en realidad, lo que enunciaría la norma completa es que está prohibido matar a no ser que se trate, entre otras circunstancias, de un supuesto de legítima defensa, en cuyo caso dicha prohibición quedaría en suspenso).

Hay, sin embargo, otro modo de plantear las cosas. Si consideramos de nuevo la tesis de que las normas tienen un carácter bifronte y de que, en ocasiones, no existe un total correspondencia entre sus aspectos directivo y justificativo, entonces se podría decir que la mujer afectada por el síndrome de la mujer maltratada, y que como tal carecería de responsabilidad, si decide dar muerte a su agresor merecerá un juicio de reprobación por su acción que, empero, no se traducirá ni en un permiso ni en una prohibición. De este modo, no habría, pues, necesidad de ampliar el concepto de legítima defensa en el sentido propuesto.

Bibliografía citada.-

-M. Atienza y J. Ruiz Manero (2004), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Barcelona: Ariel.

-M. Atienza (2006), *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.

-«Creons un état de légitime défense différee», en http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/01/11/creons-un-etat-de-legitime-defense-differee_4845003_3232.html?xtmc=defense_boyer&xtcr=4.