

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”

Trabajo de Investigación Tutelado II



**TUTELA PUNITIVA CONTRA LA VIOLENCIA
HACIA LAS MUJERES: ¿DERECHO PENAL
DIFERENCIADO?**

Artículo de investigación presentado por:

SUHEY MERCEDES FÚNEZ NARVÁEZ

2017

UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho”

Trabajo de Investigación Tutelado II



**TUTELA PUNITIVA CONTRA LA VIOLENCIA
HACIA LAS MUJERES: ¿DERECHO PENAL
DIFERENCIADO?**

Artículo de investigación presentado por:

SUHEY MERCEDES FÚNEZ NARVÁEZ

Tutor académico:

PROF. DR. ORLANDO HUMBERTO DE LA VEGA MARTINIS

Managua, Nicaragua 23 de agosto de 2017

**CARTA DE AUTORIZACIÓN DEL TUTOR DEL ARTÍCULO DE
INVESTIGACIÓN ELABORADO EN EL CURSO TRABAJO DE
INVESTIGACIÓN TUTELADO II**

El suscrito Prof. Dr. Orlando Humberto De La Vega Martinis, tutor académico del Doctorando Suhey Mercedes Fúnez Narváez hace constar que la investigación titulada “Tutela punitiva contra la violencia hacia las mujeres: ¿Derecho penal diferenciado?” realizada en el curso Trabajo de Investigación Tutelado II del Programa de Doctorado “Cuestiones actuales del Derecho” 2da edición, tiene la aptitud, pertinencia y calidad científica requerida en el programa de Doctorado, asimismo, la investigación cumple con lo estipulado en la Guía APA para citas y referencias de la Universidad Centroamericana y las indicaciones contenidas en la Guía para la presentación del artículo de investigación del Programa.

Por lo anterior, de conformidad con los artículos 23 y 24 de la Normativa de Estudios de Doctorado de esta Casa de Estudios, autorizo a que la referida investigación sea defendida públicamente ante un Tribunal examinador.

En la ciudad de Bogotá D.C., a los 22 días de agosto del año dos mil diecisiete.

De la Vega

Prof. Dr. Orlando Humberto De La Vega Martinis

TUTELA PUNITIVA CONTRA LA VIOLENCIA HACIA LAS MUJERES: ¿DERECHO PENAL DIFERENCIADO?

RESUMEN

Existe consenso en que la violencia contra la mujer en el seno de la pareja íntima, es un grave problema social, de salud pública y de derechos humanos, no obstante la respuesta estatal desde el ámbito penal no ha estado exenta de críticas. En este trabajo nos centraremos en exponer el debate doctrinario y jurisprudencial que ha suscitado la formulación de algunos tipos penales específicos de violencia contra la mujer en los que el sujeto activo tiene que ser necesariamente una persona del sexo masculino y el sujeto pasivo una mujer, lo cual –a criterio de una parte de la doctrina - vulnera principios esenciales básicos del Estado de derecho y del Derecho penal democrático. Para llevar a cabo este análisis, se realiza una breve aproximación al principio de igualdad y al derecho de no discriminación reconocido en el art. 27 Constitución política nicaragüense, a reglón seguido planteamos las claves en los que se fundan los cuestionamientos de inconstitucionalidad presentados contra la Ley N° 779 Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley N° 641 Código Penal a fin de determinar si la tutela penal reforzada y diferenciada en favor este colectivo de víctimas satisfacen el test de constitucionalidad.

PALABRAS CLAVES

Tutela penal/ violencia contra la mujer/ inconstitucionalidad/ principio de igualdad/ no discriminación/ acciones positivas y discriminación inversa.

ABSTRACT

There is a consensus that violence against women within the intimate partner is a serious social, public health and human rights problem, although the state response from the criminal sphere has not been without criticism. In this paper we will focus on exposing the doctrinal and jurisprudential debate that has given rise to the formulation of some specific types of violence against women in which the active subject must necessarily be a male and the taxable person a woman, Which - as a criterion of a part of the doctrine - violates essential basic principles of the rule of law and democratic criminal law. To carry out this analysis, a brief approximation is made to the principle of equality and to the right of non-discrimination recognized in art. 27 Nicaraguan political constitution to then raise the unconstitutionality challenges filed against Law No. 779 Comprehensive Law against Violence against Women and Reforms to Act No. 641 Criminal Code in order to determine whether the criminal protection is objectively justified Reinforced in favor of this group .

KEYWORDS

Criminal tutelage / violence against women / unconstitutionality / principle of equality / non-discrimination / positive actions and reverse discrimination.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción. 1. **Los términos del debate constitucional.** 2. **Igualdad y diferencia en un Estado social y democrático de derecho.** 2.1. Cuestión central: *¿compatibilidad o no con el principio de igualdad de la Ley N° 779?* 2.2. *El fundamento del trato diferenciado por razón del sexo en la Ley N° 779.* 3. **Las acciones positivas y la discriminación inversa: ¿cabén como tutela penal reforzada en favor de la mujer?** Conclusiones. Referencias bibliográficas.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad, es innegable que la violencia contra la mujer por sus parejas íntimas está presente en todos los países del mundo. A pesar de que la mayoría de las legislaciones, (entre ellas la nuestra) han intentado erradicarla a través del ejercicio del *ius puniendi* estatal, las cifras de víctimas no logran disminuir, por lo que sigue siendo uno de los problemas socio jurídico de difícil solución.

En Nicaragua, a partir del doce de junio de 2012, entró en vigencia la Ley N° 779: Ley integral contra la violencia hacia las Mujeres y de Reforma a la Ley 641 Código Penal, ello, implicó por un lado, la separación de la regulación del fenómeno de la violencia contra la mujer del régimen general contenido en el Código Penal y por otro lado, el juzgamiento de estas conductas delictivas a través de una justicia especializada.

Dentro de las novedades más destacables de esta regulación jurídica de corte especial es la tutela penal reforzada contra la violencia que sufren las mujeres por sus parejas masculinas, no obstante dicha intervención punitiva ha sido criticada por la distorsión que –a juicios de algunos - plantea en relación con los principios igualdad y no discriminación por sexo, porque - para un sector de la doctrina - la introducción de algunas figuras delictivas que exigen para su configuración de un agresor-hombre como sujeto activo contra una víctima mujer, introduce un criterio discriminatorio a favor de la mujer en un campo tan sensible como el orden penal. Además la respuesta penal diferenciada a un hecho (que en esencia es igual) podría estar significando un trato desigual.

A partir de ahí derivamos las interrogantes claves de esta investigación al cuestionarnos si la técnica legislativa utilizada en la redacción de ciertos tipos penales de la Ley N° 779 ¿tiene

legitimación constitucional? ¿Es válido justificar estas diferenciaciones de trato en el orden penal bajo los criterios de acciones afirmativas o discriminación positiva?

Actuando en consecuencia, el objetivo primordial de nuestra investigación es discutir acerca de la constitucionalidad de la tutela punitiva de la violencia contra la mujer a partir de la Ley N° 779, con la finalidad de aclarar su entronque con la ley fundamental del país. Y determinar si las acciones positivas o la discriminación inversa encuentran acomodo en el campo del Derecho penal.

Metodológicamente este artículo investigativo está sustentada sobre una base teórica obtenida mediante las consultas de diversas fuentes bibliográficas en formato electrónico e impreso, contenida en libros, revistas, artículos científicos y tesis doctorales. La información recabada fue procesada recurriendo al método deductivo, partiendo de aquellos aspectos más generales como la aproximación teórica de los principios de igualdad y no discriminación hasta desembocar a aspectos más particulares como el análisis de la inconstitucionalidad de la Ley N° 779.

Finalmente, debemos advertir que ante la escasa producción bibliográfica y jurisprudencial en el ámbito nacional sobre la temática, recurrimos a fuentes doctrinarias y jurisprudenciales extranjeras, sin dejar de revisar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia N° 18 del 22/08/13 donde se resuelve la interposición de los recursos por inconstitucionalidad que se presentaron en contra del texto legal objeto de análisis.

I. Los términos del debate constitucional

La aprobación de la Ley N° 779 (2012) pretende brindar un tratamiento integral y multidisciplinar al fenómeno de la violencia que reciben las mujeres por parte de sus parejas íntimas. Antes de la entrada en vigencia de la referida ley, la legislación nicaragüense regulaba la violencia sufrida por las mujeres solamente desde el ámbito penal¹, lo cual constituía una protección parcial a los

¹ El contexto de reforma penal llevada a cabo en el año 2008, con la aprobación de la Ley No. 641, "Código Penal", el legislador nicaragüense incorporó un nuevo tipo penal con el *nomen iuris* violencia doméstica o intrafamiliar (art. 155 CP), que configuraba un delito a partir del resultado, pues sólo se penalizaban los hechos que causaban alguna lesión hacia los sujetos pasivos en el ámbito físico y emocional - psicológico, pero se dejaban por fuera el resto de expresiones y manifestaciones violentas, tales como: patrimonial, sexual, laboral e institucional. Pero además, esta

bienes jurídicos vulnerados para este grupo de víctimas. A pesar de que el Estado de Nicaragua se había comprometido a adoptar una serie de medidas a lo interno de su legislación para responder integralmente a las víctimas de violencia, tras la ratificación de emblemáticos instrumentos internacionales como: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (de aquí en adelante CEDAW)² y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (a partir de aquí Belém Do Pará)³ la respuesta continuaba siendo limitada.

Como lo expresa la exposición de motivos de la Ley N° 779, con esta regulación se intenta prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer como una manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder que ejercen los hombres en cualquiera de sus formas y ámbitos. No obstante, lejos de la avenencia que cabría encontrar un abordaje especializado de los delitos de violencia hacia la mujer en el ámbito de las relaciones de pareja y del consenso político-social existente en relación a la necesidad de regular este fenómeno, su puesta en marcha no ha estado dispensada de severas críticas.

Estos cuestionamientos fueron patentizados a través de la interposición de tres recursos por inconstitucionalidad⁴. En ellos, el primer cuestionamiento arguyen que la tutela penal entra en abierta colisión con principios constitucionales básicos tales como: igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación por razón de sexo y principios limitadores del *ius puniendi*: entre ellos los de proporcionalidad, culpabilidad o responsabilidad por el hecho. En segundo lugar, los juzgados de violencia constituyen una jurisdicción de excepción. En tercer lugar, la creación

tipificación pretendía ofrecer una misma solución a la violencia padecida por las mujeres en el ámbito intrafamiliar a la recibida por cualquier otro integrante del grupo familiar en idéntico contexto doméstico, lo cual, era una de las claves del fracaso, porque se brindaba un tratamiento genérico igualitario a problemas que son sustancialmente diferentes y que requieren de respuestas penales autónomas.

2 La CEDAW entró en vigor el 3 de septiembre de 1981. Publicada en La Gaceta Diario Oficial No. 191, del 25 de agosto de 1981.

3 La Convención Belém do Pará fue adoptada el 9 de junio de 1994 por la Organización de los Estados Americanos, entró en vigor el 5 de marzo de 1995, fue ratificada por la Asamblea Nacional de Nicaragua mediante Decreto No. 1015, publicado en la Gaceta, Diario Oficial N° 179 del 26 de septiembre de 1995.

4 Los recursos de inconstitucionalidad números 06, 07 y 14, todos del 2012 fueron interpuestos a título personal por dos abogados y un comerciante en contra del Ingeniero René Núñez Téllez, presidente de la Asamblea Nacional, por haber aprobado este poder del Estado, la Ley N° 779, Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641 “Código Penal”. Los recurrentes solicitaron al pleno de la Corte Suprema Justicia, declarar que la Ley N° 779 es inconstitucional por tener roces con la norma fundamental. Por economía procesal y a fin de mantener la continencia de la causa, los tres recursos fueron resueltos mediante sentencia de la Corte Suprema de Justicia no. 18 del 22/08/13.

de estos despachos judiciales atentan contra la apariencia de imparcialidad que debe presidir la actuación de todo órgano jurisdiccional, pues su única finalidad será proteger a la mujer en detrimento del hombre. A efectos de esta investigación nos centraremos en el primero de los cuestionamientos.

Como hemos venido anticipando la tutela punitiva de la violencia hacia las mujeres ha sido objeto de múltiples críticas por su difícil encaje con el ordenamiento constitucional, por vulnerar los principios de igualdad y no discriminación, ambos reconocidos en el art. 27 de la Constitución política nicaragüense (de aquí en adelante Cn), ya que, por una parte, se crean tipos penales que reprochan de forma más severa al hombre que a la mujer que pudiera cometer conductas similares y en otro orden, algunas categorías delictivas tienen definido el sujeto activo por razón del sexo, persiguiendo - de este modo - al género masculino como un colectivo criminalizado al margen del comportamiento objetivamente realizado.

En el bosquejo de esta polémica sirva transcribir extractos de algunas descripciones típicas contenidas en la Ley N° 779 para compararlos con los tipos penales básicos del Código penal nicaragüense con los cuales guardan relación:

Legislación penal especial (Ley N° 779)	Penalidad	Legislación penal ordinaria (Código penal)
“Art. 9 Femicidio. Comete delito de femicidio el hombre que, (...) diere muerte a una mujer (...)” ⁵	Femicidio en el ámbito público: 15 a 20 años Femicidio en el ámbito privado: 20 a 25 años	Art. 138 CP: homicidio Pena: 10 a 15 años
“Art. 10 Violencia física. Si como consecuencia de la violencia ejercida por el hombre , causare a la mujer (...)”	Si provoca lesiones leves: 8 meses a 1 año 4 meses. Si provoca lesiones graves: 2 años 8 meses a 6 años 8 meses. Si provoca lesiones gravísimas: 7 años 6 meses a 13 años 6 meses	Arts. 151, 152 y 153 CP Penas: Lesión leve: 6 meses a 1 año Lesión grave: 2 años a 5 años 1 año a 3 años 3 años a 6 años Lesión gravísima: 3 años a 10 años.
“Art. 12 Violencia patrimonial y económica. Es violencia patrimonial y económica, la acción u omisión ejercida por un hombre en contra de la mujer (...)”	Tiene penas diferenciadas según la modalidad.	No hay un tipo penal equivalente
“Art. 13 Intimidación a amenaza contra la mujer. El hombre que (...) intimide o amenace a una mujer (...)”	6 meses a 1 año	Art. 184 CP Amenazas. Pena: 6 meses a 1 año

⁵ Este art. 9 de la Ley N° 779 fue reformado mediante el art. 34 del Decreto 42-2014: Reglamento de la Ley N° 779, lo cual es cuestionable por considerar violatorio al principio de legalidad, pues los delitos y penas solo pueden establecer mediante ley y no a través de un texto de menor rango como el reglamento.

Nótese con la simple lectura de las piezas de los artículos 9, 10, 12 y 13 de la Ley N° 779 que explícitamente refieren a la condición necesariamente masculina del autor y, correlativamente, femenina de la víctima. La idea del legislador parece estar clara, al concebir sólo al hombre como sujeto activo de estos delitos para contrarrestar el problema actual del maltrato que reciben las mujeres por sus parejas masculinas, colocando en exclusividad a los sexos en el lado activo o en el pasivo del delito⁶.

De esta manera, los tipos penales *supra* referidos se apartan de la neutralidad de los sexos, pues es notorio que la técnica legislativa utilizada para la configuración de los nuevos delitos de violencia de género abandonan la práctica tradicionalmente usada para referirse a los posibles sujetos activos de un delito, en la que suelen utilizarse expresiones: “quien”, “el que”, “la persona que”, entre otras.

Aunque es válido aclarar que el legislador también formuló en la misma Ley N° 779 tipos penales neutros que pueden ser perpetrados por cualquier persona, sea hombre o mujer, verbigracia de estos delitos serían: violencia psicológica (art. 11), violencia laboral (art. 15), violencia en el ejercicio de la función pública (art. 16), omisión de denunciar (art. 17) y obligación de denunciar acto de acoso sexual (art. 18). A juicio de Vega Gutiérrez (2013) “los problemas de interpretación se generan, cuando en el 'núcleo duro' de los delitos de violencia de género se utilizan fórmulas dispares para designar a los sujetos activos de la infracción.” (p. 8)

Otra de las críticas de la inconstitucionalidad de la tutela punitiva contra la violencia hacia la mujer radica en el endurecimiento del régimen punible de determinadas conductas que, para algunos, siendo hechos objetivamente idénticos, se sancionan más gravemente por razón de ser el sujeto activo varón – esto es por razones relativas al autor- y no por la mayor gravedad del injusto, lo que podría conllevar a estar aplicando criterios penales ya desfasados. Así por ejemplo, se logra apreciar en el cuadro comparativo que si una persona del sexo masculino comete femicidio se reprocharía con mayor pena en relación con una mujer que perpetre un homicidio en perjuicio de un hombre. En esa lógica, en la doctrina no se alcanza comprender cómo el castigo más severo de las conductas descritas favorece la igualdad de oportunidades en favor de la mujer.

⁶ Ante tal descripción de las conductas típicas, estamos frente a tipos penales con sujeto activo cualificado, pues lo que pretende el legislador es sancionar es el sexismo machista que sólo puede ser cometido por el varón y del cual sólo puede ser víctima la mujer.

Además se cuestiona: ¿por qué hay un tratamiento penal menos severo cuando la privación de la vida es cometida por las parejas mujeres en contra de los varones?

Estos son los lineamientos principales en los que se asienta el debate teórico jurídico a nivel nacional entorno a la Ley N° 779, lo cual no ha sido un comportamiento exclusivo de la realidad jurídica nicaragüense. En otros países, como España, por ejemplo, la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género es la norma ante la que más cuestionamientos de constitucionalidad se han interpuesto, provenientes todos ellas del ámbito judicial, por suponer un conflicto con preceptos constitucionales como el derecho a la igualdad, los cuales se han venido resolviendo a través de diferentes sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional. La sentencia más emblemática es la pronunciada por el TCE N° 59/2008, de 14 de mayo, a la cual, le han seguido un sinnúmero de sentencias⁷ para resolver las muchísimas cuestiones de inconstitucionalidad planteada entorno al texto citado.

2. Igualdad y diferencia en un Estado social y democrático de derecho

La máxima de igualdad constituye un principio muy antiguo. En la modernidad, esta proclama se encuentra enunciada en la mayoría de las constituciones del mundo, así en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), las constituciones francesas de 1791, 1793, 1795 y en el art. 1 de la Carta de 1814, en el art. 6 de la Constitución belga de 1830, en la XIV enmienda a la Constitución de los Estados Unidos (1868), en el art. 109, apartado I de la Constitución de Weimar (1919), en el art. 7 de la Constitución austriaca (1920), en el art. 3 de la Constitución italiana (1948).

La consagración de la igualdad como principio constituye el avance del constitucionalismo del siglo XX. Reconocido así, desde 1948, en el art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De ahí le siguieron el art. 11 de la Declaración americana de los derechos y deberes

⁷ TC (Pleno), sentencia núm. 95/2008 de 24 julio. RTC 2008\95. TC (Pleno), sentencia núm. 96/2008 de 24 julio. RTC 2008\96. TC (Pleno), sentencia núm. 97/2008 de 24 julio. RTC 2008\97. TC (Pleno), sentencia núm. 98/2008 de 24 julio. RTC 2008\98. TC (Pleno), sentencia núm. 100/2008 de 24 julio. RTC 2008\100. TC (Pleno), sentencia núm. 99/2008 de 24 julio. RTC 2008\99. (Pleno), sentencia núm. 82/2008 de 17 julio. RTC 2008\82. TC (Pleno), sentencia núm. 81/2008 de 17 julio. RTC 2008\81. TC (Pleno), sentencia núm. 83/2008 de 17 julio. RTC 2008\83. TC (Pleno), sentencia núm. 76/2008 de 3 julio. RTC 2008\76. TC, sentencia núm. 202/2009 de 27 octubre. RTC 2009\202.

del hombre y el art. 24 de la Convención americana sobre los Derechos humanos, todos encaminados a garantizar la igualdad jurídica o formal.

En el ámbito nacional esta cláusula general se preceptúa en el art. 27 Cn de 1987, en su formulación ilustrada: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a igual protección. No habrá discriminación por motivos de nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social”⁸.

En esta disposición constitucional tenemos que distinguir entre el principio de igualdad (*strictu sensu*) y el derecho a no ser discriminado por una serie de supuestos, entre ellos: nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, etc., que evocan diferencias históricas y culturales arraigadas de carácter reprochables. Sobre el artículo constitucional citado, Aráuz Ulloa (1999, p. 34) explica que: “Este precepto enuncia una norma jurídica compleja que contiene por un lado, un principio general, (todos los nicaragüenses son iguales ante la ley) y tras él una prohibición de discriminación en razón de circunstancias concretas (raza, sexo, etc.)”

A partir del reconocimiento internacional y nacional del derecho a la igualdad en los textos constitucionales podríamos afirmar que hombres y mujeres están formalmente equiparados. Sin embargo, nos advierte Balaguer Callejón (1999) “la desigualdad de la mujer en la sociedad sigue siendo un hecho que pone en evidencia la distancia entre la realidad y el derecho” (p. 3). Así, la vida cotidiana nos presenta constantes muestras de la desigualdad que padecen las mujeres. Un ejemplo palpable lo constituye el nivel de violencia padecido hoy por este colectivo, lo cual deriva en desigualdad, ya que la violencia es un poderoso instrumento para mantener a las mujeres en situación de inferioridad.

Diversos estudios dogmáticos, entre muchos otros los realizados por Maqueda Abreu (2006, p. 2), Quintero Olivares (2007, p. 427), Bonet Esteva (2010, p. 30), Lorenzo Copello (2012, p. 152), dan cuenta de esa desigualdad fáctica e histórica del sexo femenino frente al masculino. Esta consideración de disparidad es un criterio inmutable que no depende de la trayectoria individual de cada mujer, es una selección genética no escogida. Fernández (2006) explica que

⁸ En el mismo sentido, la Constitución Política, en su art. 48, establece la igualdad incondicional de todos los nicaragüenses en el goce de sus derechos políticos; en el ejercicio de los mismos y en el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades, existe igualdad absoluta entre el hombre y la mujer, así como la obligación del Estado de dictar medidas y tomar acciones para eliminar los obstáculos que impidan de hecho la igualdad entre nicaragüenses y su participación efectiva en la vida política, económica y social del país.

“esta diferencia entre los sexos en sentido jerárquico se debe al sexismo como ideología propia del orden social patriarcal.” (p. 182), este sexismo está asociado a estereotipos de hondo arraigo que persisten en el imaginario colectivo de la sociedad. A esta desigualdad de la mujer por razón de su sexo hay que añadirle otros criterios de discriminación: como la raza o condición social, entre otros.

Del mismo modo encontramos el reconocimiento de esta desigualdad histórica entre hombres y mujeres en instrumentos supranacionales. Se enuncian como ejemplos: la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de la violencia contra la mujer de 20 de diciembre de 1993 cuando destaca que la violencia:

Constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre.

La Resolución del Parlamento Europeo sobre tolerancia cero ante la violencia contra las mujeres de 16 de septiembre de 1997 que la vincula “al desequilibrio en las relaciones de poder entre los sexos en los ámbitos social, económico, religioso o político...”.

En idénticos términos, la IV Conferencia Internacional de Naciones Unidas sobre la mujer celebrada en Beijing (1995) reconoce que la violencia contra las mujeres es “una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que ha conducido a la dominación masculina, a la discriminación y a impedir el pleno desarrollo de la mujer”.

De igual manera, en el Convenio del Consejo de Europa sobre Prevención y Lucha contra la Violencia contra la Mujer y Violencia Doméstica, firmado en Estambul el 11 de mayo de 2011, reconoce en su Preámbulo que la violencia contra la mujer es una manifestación de desequilibrio histórico entre la mujer y el hombre que ha llevado a la dominación y a la discriminación de la mujer por el hombre, privando así a ésta de su plena emancipación.

El reconocimiento de la asimetría de poder en las relaciones íntimas la encontramos declarada en disímiles instrumentos internacionales, lo cual nos lleva afirmar que la prohibición de toda diferenciación jurídico-formal entre hombres y mujeres, no parece suficiente a la hora de hacer realidad la dimensión social de igualdad de la mujer propia del vigente constitucionalismo.

Razón por la cual, no es correlativo a la máxima de justicia brindar un tratamiento igualitario a colectivos desiguales, así lo reafirma Bobbio (2000) cuando considera que “por 'regla de justicia' se entiende (...) tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual” (p. 64). En palabras de Díez-Picazo (2008) es lo que conocemos como la paradoja de la igualdad que supone: “quien desee igualdades de hecho tiene que aceptar desigualdades de *iure*” (p. 12).

Precisamente por estas situaciones concretas de desigualdad material entre mujeres y varones, la formulación liberal del principio de igualdad recogido en el art. 27 Cn debe ser interpretado en concordancia con el art. 6 Cn (reformado en el año 2014), que identifica a Nicaragua como un Estado democrático y *social* de derecho. A través de esta disposición se incorpora a la Carta Magna la cláusula del Estado *social*, propia del nuevo constitucionalismo. Respecto a la caracterización del Estado como *social*, Cámara Villar (2002) nos explica que:

El calificativo *social*⁹ expresa un principio teleológico, político y de acción, que, entre otros fines y objetivos, persigue eliminar o allanar los obstáculos que impidan la efectividad de la igualdad y el de velar por las personas o grupos que de manera transitoria o permanente estén en situación de inferioridad vital (p. 15).

Así, la misma Constitución política contiene una vocación transformadora que promueve la igualdad real y efectiva de las mujeres respecto de los hombres. Situación, que incluso viene a justificar la implementación por parte de los poderes públicos de acciones o discriminaciones positivas en favor de colectivos desfavorecidos. En esa línea argumentativa se pronuncia Lorenzo Copello (2005) cuando expresa que: “una aplicación 'neutra' e indiferenciada del principio de igualdad formal sólo consigue perpetuar y ahondar la desigualdad sustancial que oprime a determinados colectivos.” (p. 8)

⁹ La cursiva es nuestra.

Sin embargo, algunos autores como González Rus (2006) nos alertan sobre la aplicación de las discriminaciones positivas en el ámbito penal, pues opina que:

En derecho penal se dilucidan cuestiones de derechos fundamentales respecto de los cuales no son aceptables tuteladas diferenciadas en razón del sexo. La salud y la integridad, la libertad de la voluntad y la libertad de obrar son de idéntica importancia en el hombre y en la mujer, sin que se vea porqué el sexo del titular debe determinar una mayor gravedad de la lesión que se produce a tales bienes jurídicos. (p. 14)

Esta discusión la volveremos a retomar en líneas posteriores, pues, en esta investigación es necesario aclarar si las medidas acción afirmativa o la discriminación inversa a favor de las mujeres son aplicables en el ámbito penal, es decir si podemos justificar la introducción de criterios diferenciadores en el ámbito penal.

2.1. Cuestión central: *¿compatibilidad o no con el principio de igualdad Ley N° 779?*

El principio general de igualdad es un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable.

En líneas precedentes habíamos adelantado que las discusiones surgidas tras la aprobación de la Ley N° 779 estaban centradas en determinar si la creación de los tipos penales específicos dirigidos a la protección de la mujer es compatible con ese principio fundamental de igualdad de trato. En otros términos, ocupa nuestro interés aclarar si está justificada la diferencia de penal que se otorga a ciertos comportamientos constitutivos de violencia contra la mujer cuando son cometidos por el sexo masculino.

Si tomamos como parámetro el espíritu de la norma jurídica (Ley N° 779) parece claro que el fundamento de la mayor punición de esta ley autónoma de carácter especial estriba en el hecho de que la violencia extrema (femicidio o lesiones) que ejerce el hombre contra la mujer es una

expresión de la discriminación por su condición de ser mujer y de la situación de desigualdad en que históricamente se ha encontrado este colectivo de víctimas.

Ab initio hemos tratado de hilvanar que la violencia hacia la mujer en nada puede ser asimilada a la violencia interpersonal que una mujer pudiera ejercer en perjuicio de un hombre, aun en aquellas situaciones aparentemente idénticas, ejemplo propinar una bofetada, pues cuando este hecho es cometido por un hombre sobre una mujer, aquel lo hace con la motivación de mantener su posición de dominio, de atemorizar e intimidar a la mujer, generándose toda una violencia estructural que trae consecuencias nocivas a la estabilidad psicológica de la víctima. Es por ello, que a diferencia de lo que ocurre con la violencia puntual que pudiera sufrir un varón, en la violencia hacia la mujer hay que añadir al hecho concreto, la intimidación, el temor y el grado de desvalor del daño psicológico que padecen las mujeres producto de la violencia. En coincidencia con esta línea argumentativa Aláez Corral (2008) añade:

No hay, pues, semejanza en los supuestos de hecho de las agresiones causadas por un hombre a una mujer en las relaciones de pareja, y las causadas por una mujer a otra mujer o a un hombre, o por un hombre a otro hombre, en ese mismo tipo de relaciones, porque el marco sociocultural –y con ello el significado social– de unas y otras agresiones es distinto. (p. 28)

En consecuencia, la tutela penal diferenciada a favor de las mujeres responde no solo al grado de protección de los bienes jurídicos afectados de la mujer, entre ellos: libertad, seguridad personal, integridad física y emocional, etc. sino también a la finalidad constitucionalmente legítima que quiere perseguir el legislador penal con la sanción, la cual es luchar contra los condicionamientos socio culturales que impiden la igualdad material y libertad real de las mujeres. En palabras del autor De la Fuente Honrubia (2011) “La violencia de género presenta un mayor desvalor porque afecta a la igualdad, seguridad y dignidad de las mujeres” (p. 2), derechos, todos, de naturaleza fundamental.

Esa pretendida finalidad no podría lograrse con un Derecho penal neutral en cuanto a la definición del sexo de los sujetos activos y pasivos del delito, porque ello no reflejaría la dialéctica hombre-mujer en que se sitúa la violencia en la pareja.

Ahora bien, a efectos de determinar si una norma pasa o no el examen de igualdad constitucional, habría que aplicar la siguiente fórmula que propone Fuentes Soriano (2005):

El término de comparación es el que permite dar un trato diferenciado a las situaciones de hecho diferenciadas. Este test en torno a la constitucionalidad de un tratamiento jurídico diferenciado exige, para que dicha diferenciación legal no se torne en discriminación, que las situaciones o los supuestos de hecho regulados sean diferentes entre sí. Se trata de observar las situaciones de hecho que se asumen como punto de partida y reconocer que, si son situaciones de hecho diferentes, admitirán un tratamiento jurídico diferenciado (p. 10).

A la luz de estos razonamientos, pareciera que el legislador ha solventado ese canon de constitucionalidad de la tutela penal reforzada que reciben las mujeres a través de la Ley N° 779, fundamentando de manera objetiva esa distinción de regulación desde lo que hoy se conoce como perspectiva de género, la cual pretende desde el ámbito penal sancionar el símbolo más brutal de la desigualdad entre hombres y mujeres: la violencia. Además, las modificaciones penales se asientan desde la línea política criminal que la violencia hacia las mujeres se comete precisamente por el hecho mismo de ser mujeres, por ser consideradas por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, dignidad, respeto y capacidad de decisión.

Para el máximo Tribunal de justicia de Nicaragua, la Ley N° 779 pasó el examen de constitucional, pues la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia N° 18/2013 del 22 de agosto, estimó que la referida Ley no vulnera el ordenamiento constitucional en relación al principio de igualdad porque intenta erradicar una situación de discriminación que sólo puede ser superada si se le otorga a la mujer una protección reforzada, mediante regulaciones especiales.¹⁰ Pero a criterio de Vega Gutiérrez (2013):

Se trata de una resolución más que previsible si tomamos en consideración que fue la misma Corte Suprema de Justicia quien elaboró y presentó en la Asamblea legislativa uno de los proyectos de ley de violencia contra la mujer, y además defendió desde un primer momento la constitucionalidad de la norma, alegando que no procedía declarar su

inconstitucionalidad precisamente porque nació dentro del poder judicial y en el marco de la Constitución, algo que ha sido cuestionado con razón por entenderse que en este caso el máximo tribunal se ha excedido en sus facultades constitucionales de iniciativa legislativa, pues el art. 140.3 de la Constitución nicaragüense restringe la iniciativa de ley de la Corte Suprema de Justicia a materias propias de su competencia, lo que comprende –a juicio de un sector– todo lo relativo a la organización de los juzgados, tribunales y, en general, a la administración de justicia. (pp. 2-3)

En definitiva, podríamos defender que la tutela penal intensa a favor de las mujeres ante comportamientos violentos no tendría por qué generar duda de constitucionalidad pues está claro que la violencia ejercida hacia las mujeres por sus parejas masculinas no es idéntica que cuando se presenta en sentido opuesto. El problema radica en puntualizar si la creación de figuras delictivas en las que se exige que el sujeto activo sea necesariamente un varón es un criterio de discriminación negativa por razón de su sexo.

2.2. El fundamento del trato diferenciado por razón del sexo en la Ley N° 779

La ley no puede ser fuente de prerrogativas para algunos y persecuciones para otros, sino una herramienta reguladora de la vida en sociedad, que busca brindar un tratamiento equitativo a todas las personas. Este viene hacer el contenido político-ideológico del principio de igualdad recogido en los textos constitucionales modernos.

En otro sentido, el derecho de no discriminación prohíbe utilizar categorías o criterios discriminatorios (nacimiento, nacionalidad, credo político, raza, sexo, idioma, religión, opinión, origen, posición económica o condición social) entre las personas a fin de avanzar en la construcción de sociedades más equitativas y democráticas. Es por eso que Rey Martínez (2005) considera al “principio de igualdad y prohibición de discriminación, conceptos diferentes (en sentido y alcance) que guardan una relación de género a especie” (p. 28).

De esta manera, ante una situación que se esboza como discriminatoria, en principio, debe observarse si la cláusula, práctica, norma, acción u omisión estatal que se analiza establece directa o indirectamente diferenciaciones o distinciones basadas en algunas de las categorías vedadas por

la norma constitucional. Además le corresponde la carga de justificar la diferenciación a quien asume la defensa de mismo.

La prohibición de discriminación exige paridad de trato, de tal forma que incorporar diferencias jurídicas por razón de sexo, debe hacerse con carácter excepcional y razonarlo con mayor rigurosidad.

Uno de los principios rectores de la Ley N° 779 es el derecho de no discriminación (art. 4 inciso “i”), sin embargo es criticada justamente por acuñar un trato punitivo diferenciador para el colectivo masculino. En este caso, el Estado está llamado a explicar de forma más detallada y minuciosa la diferencia jurídica introducida con los tipos penales de la ley especial contra los malos tratos hacia la mujer.

Para Lorenzo Copello (2005) los motivos de la discriminación de la técnica legislativa utilizada para la configuración de la tutela penal contra la violencia, vendrían a agruparse en tres aspectos:

Por excluir al varón de forma sistemática y por el solo hecho de su sexo de la tutela penal reforzada frente a la violencia doméstica que se concede a la mujer; por vedarle el acceso a los nuevos juzgados de violencia creados con el fin de mejorar la tutela judicial de los ciudadanos –pero no de todos, sino sólo de algunos ciudadanos escogidos-; y, sobre todo, por sancionarlo más severamente cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino (p. 10).

El hecho de que el varón por razón de su sexo esté excluido de la tutela penal reforzada que se concede a la mujer está justificada de forma suficiente por datos estadísticos, diversos instrumentos internacionales y estudios empíricos, los cuales brindan bastas razones de que la violencia de los hombres sobre mujeres en la pareja presentan rasgos materiales, sociales y psicológicos diferentes del resto de manifestaciones violentas interpersonales, inclusive de aquellas a las que se pretenden asimilar como: las violencias sobre menores y ancianos. Para Arroyo Zapatero (2007) “la esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer.” (p. 21). Razón por la cual no resulta lógico que otorguemos una tutela intensa al sujeto dominante de la relación, quien se encuentra en una posición de superioridad.

Por otra parte, los nuevos juzgados especializados en violencia creados a partir de la Ley N° 779 utilizan el sexo de la víctima no solo para encuadrar el tipo penal, sino que es fundamental para la determinación de la competencia del juez, pues en el art. 32 de la Ley se enumeran los delitos que serán resueltos por estos tribunales, siempre y cuando dichos tipos penales sean cometidos contra mujeres, niñas, niños, adolescentes y mayores discapacitados, excluyendo a las personas adultas del sexo masculino del acceso a estos órganos jurisdiccionales.

La exclusión del varón del fuero de competencia especializada no puede ser entendida como un criterio de discriminación por razón del sexo, pues lo que se pretende con estas disposiciones es mejorar la tutela judicial en favor de un colectivo de víctimas que históricamente han sido consideradas vulnerables¹¹. Congruentes con esta línea argumentativa se pronuncian Cuadrado Salinas y Fernández López (2006) cuando afirman que:

La creación de estos órganos jurisdiccionales es ciertamente oportuna si se tienen en cuenta los beneficios que reporta para la eficacia de la Administración de Justicia contar con órganos jurisdiccionales especializados (...), pues permite luchar contra la victimización secundaria, puesto que se evita que la víctima de actos de violencia de género tenga que declarar en distintas ocasiones ante distintos órganos jurisdiccionales. (p. 146)

Por otra parte, los juzgados especializados en violencia pretenden especializar el conocimiento de los funcionarios judiciales en esta materia, dotar de protección integral a las víctimas y asegurar la celeridad en los procesos, porque la experiencia reflejaba que el sistema penal estaba siendo ineficaz respecto al tratamiento adecuado de las víctimas de violencia en la pareja, por lo cual era necesario conferir una tutela diferenciada y reforzada. Además, se encuentra objetivamente comprobado en datos estadísticos que se cometen un mayor número de actos de violencia por el varón contra la mujer que en supuesto contrario.

¹¹ Según Morillas Fernández por víctimas especialmente vulnerables han de entenderse “aquellos grupos sociales que reúnen unos caracteres propios y comunes, endógenos o exógenos (edad, sexo, personalidad, estado civil...), que los hacen fácilmente victimizables, siendo, por tanto, su índice de victimización mayor”. Desde la perspectiva de dicho autor “pueden señalarse tres grupos de intenso riesgo como elementos más desprotegidos de la unidad familiar y, por tanto, como víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica: mujeres, niños y ancianos” (Morillas Fernández, 2016, pp. 5 y 7). De igual forma, en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad (2008), se afirma en la Regla No. 3 que: “se consideran en condición de vulnerabilidad, aquellas personas que por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”.

Ahora bien, si una mujer realiza conductas violentas sobre un varón, estas conductas son también enjuiciadas en los juzgados penales ordinarios, es decir no quedan fuera del ámbito de la tutela penal y judicial. Para Ballesteros Moreno (2006):

La creación de Juzgados de violencia sobre la mujer no afecta el derecho de acceso a jueces y tribunales por parte de los varones, ni para otras posibles víctimas de violencia domésticas como niños y ancianos, que en ningún caso quedan desprotegidos, ni su derecho a la tutela judicial efectiva está siendo reducida. (p. 140)

En otro sentido, ¿Por qué debería ser sancionado más severamente el varón cuando agrede a una mujer sin otra razón que el dato objetivo de su pertenencia al sexo masculino? En principio tenemos que aclarar que no es exclusivamente el sexo (como condición biológica) la razón del mayor grado de reproche penal, pues según Gutiérrez Gallardo (2017) “la diferencia reside en que, en el caso de la mujer, a ese riesgo se suma el peligro derivado de su propia condición femenina (...) un riesgo que las coloca como colectivo, en una posición subordinada o dependiente del varón.” (p. 731)

Sin embargo, consideramos que hay que tener especial cuidado al momento de motivar la pena concreta en los casos de violencia contra la mujer. El principio de responsabilidad penal personal exige apartarnos de esos criterios del Derecho germánico medieval, según el cual la responsabilidad de quien había cometido un delito se podría extender al grupo al cual pertenecía.

Como nos advierten De Miranda Avena & Martos Martínez (2010) debemos evitar el automatismo en la aplicación de las penas en los delitos de violencia contra la mujer, es decir “será necesario en cada caso probar que el varón actúa movido por la intención de mantener una relación de dominación o de incidir en la desigualdad o en la discriminación de la mujer.”(p. 98).

Concordamos con el criterio de los autores citados en el sentido que en los tipos penales de violencia relacionados con el género, la concurrencia del elemento de *'desigualdad de poder'* no debe presuponerse, sino acreditarse en el juicio oral, por lo que sería inconstitucional si dicha violencia fuera avalada indiscriminadamente y se prescindiera de las particularidades del caso concreto.

En España, respecto a esta cuestión, hay dos posturas jurisprudenciales, un primer sector (AP Murcia, Barcelona) considera que no toda acción de violencia física en el seno de la pareja, de la que resulte lesión leve para la mujer, debe considerarse, automáticamente, como violencia de género. Cabe admitir que aunque estadísticamente pueda entenderse que ésta es la realidad más frecuente, ello no implica excluir toda excepción, como cuando la acción agresiva no tiene connotaciones con la subcultura machista, es decir, cuando la conducta del varón no es expresión de su voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano en sus relaciones sentimentales (STC de 24 noviembre de 2009). Por el contrario la otra corriente jurisprudencial (AP Madrid, Las Palmas) sostiene el criterio que en el art. 153.I CP no se exige un elemento tendencial en la actuación del sujeto activo, una posición de dominio que motive la acción penalmente reprobable, sino solamente el que se den los elementos objetivos y subjetivos del tipo global de injusto para reputar típica la conducta (STC 59/2008).

De vuelta a la legislación nicaragüense (Ley N° 779) tal como están descritas las figuras delictivas de género y dada la naturaleza misma de la ley nos parece que es preciso acreditar que dichas conductas se perpetran '*en el marco de las relaciones desiguales de poder*', es decir, con ese especial elemento subjetivo del injusto en el que se supone descansa el mayor desvalor de la conducta. Sería contrario al espíritu de la propia ley especial que automáticamente se infiera que estamos ante tipos penales de género por el simple hecho de que la víctima sea una mujer.

A nuestro juicio, debe acreditarse concretamente que el hecho fue cometido como manifestación de la discriminación, de la situación de desigualdad y de las relaciones de poder del hombre sobre la mujer pues en sentido inverso vulneraría la garantía de presunción de inocencia del art. 34 inciso "I" Cn. Sin embargo, debemos advertir de la dificultad probatoria que podría significar la demostración del referido elemento tendencial de subordinación y subyugación o dominación masculina.

Para González Rus (2006) la solución a los problemas de discriminación negativa para el varón en que incurrir con la formulación de tipos penales de género es sencilla: "haber hecho de la mujer lo mismo que se ha hecho respecto de las personas especialmente vulnerables, que también son objeto de protección específica, pero no reclaman un cierto sexo del sujeto activo."

(p. 13) pero en nuestro criterio, esto no revelaría el contexto relacional en que se produce la violencia contra la mujer como expresión de una desigualdad en el seno de las relaciones de pareja.

En nuestra opinión, es cierto que están prohibidas las normas que discriminan por razón de sexo, pero en ocasiones es necesario acudir a estos motivos de discriminación de forma excepcional, aunque en tales supuestos se tendrá que justificar de forma objetiva y razonada la legitimidad de esas diferencias.

A nuestro modo de ver, la Ley N° 779 tampoco infringe el derecho de no discriminación porque no hay identidad en la razón jurídica en el tratamiento que la norma penal le dispensa a estos hechos, es decir, no es la misma finalidad constitucional perseguida por las tipologías penales básicas o generales contra la vida e integridad física contenidas en el Código penal y la pretendida por los delitos introducidos con la ley especial contra la violencia hacia la mujer en sus relaciones de pareja.

3. Las acciones positivas y la discriminación inversa ¿caben en la tutela penal reforzada?

Para la vigencia real del principio de igualdad es necesario en ocasiones corregir situaciones de ventaja fáctica a través de instrumentos jurídicos consistentes en la introducción de criterios de discriminación positiva o medidas de acción afirmativa. Rey Martínez (2005) reafirma que “el mandato de las acciones positivas, la igualdad de oportunidades, no es una excepción de la igualdad de trato, sino su necesario complemento.” (p. 49)

Ambos conceptos no son idénticos, como a menudo suelen ser utilizados, incurriendo en una confusión terminológica.

Según Fuentes Soriano (2005) las medidas de acción positivas son “aquellas medidas adoptadas por el Estado con el objetivo de paliar una situación de desigualdad real sufrida por un colectivo (...) y consisten en la introducción de una diferencia de trato en favor del colectivo que ostenta una inferior posición.” (p. 11)

Estas medidas de acción positiva tienen dos características esenciales: la instrumentalidad y la temporalidad. El carácter instrumental se les atribuyen en tanto deben concebirse como meras herramientas para lograr el fin perseguido -paliar una situación de desigualdad real- y la nota de la provisionalidad viene dada porque en tanto en cuanto deben desaparecer una vez desaparecida la situación real de desigualdad que las legitima y justifica.

Por su parte, la discriminación positiva (o inversa) se utiliza al igual que la acción positiva para paliar una situación de desigualdad material entre diferentes grupos, pero la discriminación positiva o discriminación inversa consiste en incorporar, no sólo medidas que favorezcan a un determinado grupo de personas situadas en una inicial posición de inferioridad -pues, hasta aquí, coincidirían con las acciones positivas-, sino que, paralelamente, va en detrimento de la condición del colectivo dominante. Ejemplo de la llamada discriminación por razón de sexo podría ser cuando se impone la obligación de contratar un determinado número de mujeres con evidente perjuicio de los candidatos varones.

Como podemos observar en el ejemplo citado esta técnica de discriminación inversa tiene cabida en la distribución de bienes escasos entre los miembros de una sociedad (puestos de trabajo, cuotas electorales, de acceso a la función pública, a la universidad, etcétera), por tanto operan en aquellas áreas del ordenamiento jurídico como el Derecho administrativo y el Derecho laboral, como por ejemplo, los casos de integración de personas con discapacidades físicas, sensoriales y psíquicas en el ámbito laboral¹² o en el acceso a la enseñanza.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria representada por los criterios de González Arriola (2005, p. 118), Valmaña Ochaíta (2011, p. 52), Alonso Alamo (2009, p. 4), Subijana Zunzunegui (2010, p. 2) opinan que las medidas de acción positiva en sentido estricto y discriminación inversa no

¹² En el art. 36 Ley No. 763 Ley de las personas con discapacidad, se establece como medida a favor de este colectivo que el Ministerio del Trabajo velará porque todas las instituciones, empresas nacionales, municipales, estatales y privadas que tengan cincuenta o más trabajadores, incluyan al menos el dos por ciento de personas con discapacidad en sus respectivas nóminas.

tienen aplicación en el Derecho penal, porque éste último está orientado a la protección de bienes jurídicos, es decir es un sector legal que trata de proteger a los individuos de la lesión o puesta en peligro de sus bienes jurídicos fundamentales.

Para estos autores no es función del Derecho penal remover la desigualdad entre los sexos estableciendo, frente a una misma conducta, penas más grave para el hombre que para la mujer bajo el manto de la discriminación positiva (que encierra una discriminación directa del varón). Sin embargo, podría estar justificado acudir al Derecho penal en aquellos casos en que la acción atentara contra la igualdad, elevada a bien jurídico digno de protección penal independientemente o conjuntamente con otros bienes jurídicos.

Concordamos con el criterio de dichos autores en vista que uno de los elementos esenciales de las acciones positivas es su temporalidad, por tanto no podrían estar incluida en una norma que pretende cierta permanencia como es el Código penal. Además no le corresponde a la legislación penal asegurar a las personas en igualdad de condiciones determinados derechos prestacionales que no se pueden lograr mediante la sola formulación del principio de igualdad formal.

CONCLUSIONES

1. La violencia contra las mujeres constituye uno de los ataques más flagrantes a sus derechos fundamentales como la libertad, la igualdad, la vida, la seguridad y la no discriminación proclamados en la Constitución nicaragüense y un obstáculo para que las mujeres logren la igualdad real y efectiva. Por eso el Derecho penal debe intervenir para hacer frente a la actual situación de violencia que padecen hoy las mujeres, siendo la tutela penal un instrumento más –no el único- para eliminar la violencia.
2. Los índices revelan que la violencia contra la mujer no es un fenómeno sexualmente neutro, siendo mayoritario el número de hombres que privan de la vida o lesionan la integridad física o psíquica de las mujeres, por tanto, la tutela penal tiene que recurrir a una técnica legislativa que pongan en evidencia la dialéctica en la que se presenta la violencia en la pareja.
3. La violencia hacia a la mujer es más que un simple dato estadístico o numérico, es una realidad entroncada en un paradigma sociocultural patriarcal y de dominación en nuestra sociedad. Es por eso, que a través de la tutela penal no solo se reprocha la lesión puntual al bien jurídico protegido (vida e integridad física o psicológica) sino también los derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, dignidad y libertad sustancial de las mujeres.
4. La intervención penal intensa en favor de las mujeres ante comportamientos violentos por sus parejas masculinas no colisiona con el principio constitucional de igualdad ante la ley, pues está claro que este tipo de violencia ejercida en detrimento del colectivo femenino por sus congéneres varones no guarda identidad cuando se presenta en sentido opuesto, en estos supuestos, ese tratamiento jurídico diferenciador está justificado objetivamente al encontrarnos en presencia de supuestos fácticos distintos.
5. A nuestro juicio, la Ley N° 779 tampoco infringe el derecho fundamental de no discriminación porque no hay identidad en la razón jurídica en el tratamiento que la norma penal le dispensa a hechos de violencia, es decir, no es la misma finalidad constitucional perseguida por las tipologías penales básicas o generales de homicidio, lesiones físicas o psíquicas y la pretendida por los delitos introducidos con la ley especial contra la violencia hacia la mujer en sus relaciones de pareja (femicidio, violencia física, violencia psicológica, amenazas e intimidación contra la mujer).

6. El fundamento de la creación de los tipos penales asociados al género debe ser entendida desde la prisma de protección de la víctima y el grado de lesividad de la conducta del agresor, lo cual justifica la imposición de una pena superior en determinadas conductas que se producen en el ámbito de la pareja íntima.

7. En el orden penal no encuentran acomodo la aplicación de las acciones afirmativas o discriminación inversa, pues no es función del Derecho penal remover la desigualdad entre los sexos, sino la protección de bienes jurídicos. En todo caso el trato penal diferenciado intenta proteger los bienes jurídicos fundamentales de las mujeres y reprimir la desigualdad histórica y los patrones socioculturales que ha enfrentado este grupo social.

Referencias bibliográficas

- Alaéz Corral, B. (2008). El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008. En *Repertorio Aranzadi Tribunal Constitucional*. Recuperado de <https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/alaez/pdf/pdf/genero%20como%20fundamento%20de%20la%20diferencia%20de%20trato%20penal.pdf>
- Alonso Álamo, M. (2009). Protección penal de la igualdad y Derecho penal. En *Vlex*. (pp. 65-93). Recuperado de <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/proteccion-penal-igualdad-derecho-70894007>
- Aráuz Ulloa, I. M. (1999). El principio de igualdad ante la ley. *Encuentro*, 30 (49). Recuperado de <http://repositorio.uca.edu.ni/739/1/encuentro49articulo4.pdf>
- Arroyo Zapatero, L. (2007). La intervención penal contra la violencia de género. En *Lusiada. Direito*. 4/5 (pp. 103-118). Recuperado de <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/09/9violenciadgenero.pdf>
- Asamblea Nacional. (2014). Reformas a la Constitución Política de Nicaragua. Publicada en La Gaceta Diario Oficial N°32, diez de febrero de 2014. Nicaragua.
- Balaguer Callejón, M. L. (1999). La igualdad de derechos de la mujer en el ordenamiento jurídico español. En *Boletín de información jurídica, Instituto Andaluz de la mujer*. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/iam/catalogo/doc/articulo14/Articulo14_1.pdf
- Ballesteros Moreno, M. C. (2006). Tutela judicial. En *Estudios sobre la Ley Integral sobre la Violencia de Género*. Madrid: Dykinson. Recuperado de <https://app.vlex.com/#WWW/sources/1379>
- Bobbio, N. (2000). *Igualdad y Libertad*. Barcelona: Ediciones Paidós.
- Bonet Esteva, M. (2010). ¿Debe ser redefinida la neutralidad de la ley penal ante el género? Recuperado de https://ddd.uab.cat/pub/caplli/2010/123768/dergenigu_a2010v2p27iSPA.pdf
- Cámara Villar, G. & Martín Vida, M. A. (2002). *Fundamento y límite constitucionales de las medidas de acción positiva*. Madrid: Civitas.

Cien reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (2008). Recuperado de <http://www.justiciachaco.gov.ar/pjch/contenido/varios/100reglas.pdf>

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 191, del 25 de agosto de 1981. Nicaragua.

Convención Interamericana para Prevenir y Erradicar la violencia contra la mujer “Convención Belem Do Pará”. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 179, del 26 de septiembre de 1995. Nicaragua.

Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (2011). Recuperado <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680462543>

Cuadrado Salinas, C. & Fernández López, M. (2006). Algunos aspectos procesales de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. En *Feminismo/s*. (8) (pp. 143-158). Recuperado de https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/1186/1/Feminismos_8_10.pdf

De Miranda Avena, C. & Martos Martínez, G. (2010). La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo). En *Jurisprudencia aplicada a la práctica*. Recuperado de <http://eprints.ucm.es/12218/>

De la Fuente Honrubia, F. (2011). Ponencia ¿Es exigible un elemento subjetivo específico del injusto en los delitos relativos a la violencia de género? Análisis de la Jurisprudencia contradictoria entre audiencias provinciales. En XIV Seminario interuniversitario internacional de Derecho Penal. Fundación Internacional de Ciencias Penales. Recuperado de http://www.ficp.es/media//DIR_26312/f98520f9e157fc2bffff85b6ffff8709.pdf

Diez-Picazo, L. (2008). El principio de igualdad ante la ley. En *Sistema de Derechos Fundamentales. Estudios y Comentarios Legislativos*. España: Editorial Aranzandi

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. En *Anales de la Cátedra Francisco*

Suárez, 40 (149-170). Recuperado de <http://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/885>

Fuentes Soriano, O. (2005). La constitucionalidad de la Ley Orgánica de medidas de Protección integral contra la violencia de género. *Diario La Ley*. 6362, 1-21. Recuperado de [http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumen.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/f96dd5fe4bef23e3c12573fb0041c351/\\$FILE/fuentes%20soriano.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/NDocumen.nsf/e86600a24e054a61c12576d2002e551c/f96dd5fe4bef23e3c12573fb0041c351/$FILE/fuentes%20soriano.pdf)

González Auriolos, J. A. (2005). Tutela penal. En E. Aranda. *Estudios sobre la ley integral contra la violencia de género*. Madrid: Dykinson, S.L.

Gutiérrez Gallardo, R. (2017). La nueva agravante por razón de género, realmente necesaria. En *Foro FICP*. Boletín y Tribuna de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.

Larrauri Pijoan, E. (2009). Igualdad y violencia de género: comentario a la STC 59/2008. *Indret Revista para el análisis del Derecho*. (1). Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/597.pdf>

Laurenzo Copello, P. (2005). La violencia de género en la Ley integral: valoración político-criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 7-8. Recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-08.pdf>

Laurenzo, P. (2012). El derecho penal frente a la violencia de género. *Revista R. Emerj*. 15 (57). Recuperado de http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista57/revista57_142.pdf

Ley No. 641 Código Penal. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 232, del 03 de Diciembre del 2007. Nicaragua.

Ley No. 779 Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641 Código Penal. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 35, del 22 de febrero de 2012. Nicaragua.

Maqueda Abreu, M. L. (2006). La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/08/recpc08-02.pdf>

Morillas Fernández, D. (2016). *Víctimas especialmente vulnerables en el delito de violencia doméstica*. Recuperado de <http://vlex.com/vid/victimas-especialmente-vulnerables-298575>

Naciones Unidas (1985). Cuarta Conferencia Mundial sobre la mujer. <http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/Beijing%20full%20report%20S.pdf>

Quintero Olivares, G. (2009). La tutela penal: entre la dualidad de bienes jurídicos o la perspectiva de género en la violencia contra la mujer. En *Estudios penales y criminológicos*. 34 (421-445). Recuperado de <https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/4151/09.Quintero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Reglamento a la Ley 779 Ley Integral contra la Violencia hacia las Mujeres y de Reformas a la Ley No. 641 Código Penal. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 143, del 31 de julio de 2014. Nicaragua.

Rey Martínez, F. (2005). El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo. Mexico, D.F.: Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación.

Sentencia No. 59/2008. Tribunal Constitucional Español. Sala de lo Penal, 14 de mayo de 2008. España. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2008/06/04/pdfs/T00014-00035.pdf>

Sentencia No. 1177/2009. Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, 24 de noviembre de 2009. España. Recuperado de http://www.uv.es/genero/_docs/rec_jur/sentencias/TS_1177.2009.pdf

Sentencia No.18/2013. Corte Suprema de Justicia, veintidós de agosto de dos mil trece. Los doce meridianos.

Subijana Zunzunegui, I. J. (2010). La igualdad y la violencia de género en el orden jurisdiccional penal. En *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de

<http://cvperu.typepad.com/files/23-16-el-orden-jurisdiccional-penal.pdf>

Valmaña Ochaíta, S. (2011). Igualdad y no discriminación en el Derecho penal: el tratamiento de la violencia hacia la mujer. En *Anuario Facultad de Derecho*. (pp. 49-62). Recuperado de <https://core.ac.uk/download/pdf/58908884.pdf>

Vega Gutiérrez, J.Z. (2013). Reflexiones en torno a la Ley n ° 779, de violencia contra la mujer en la legislación nicaragüense. *Foro FICP*. Boletín y Tribuna de la Fundación Internacional de Ciencias Penales.