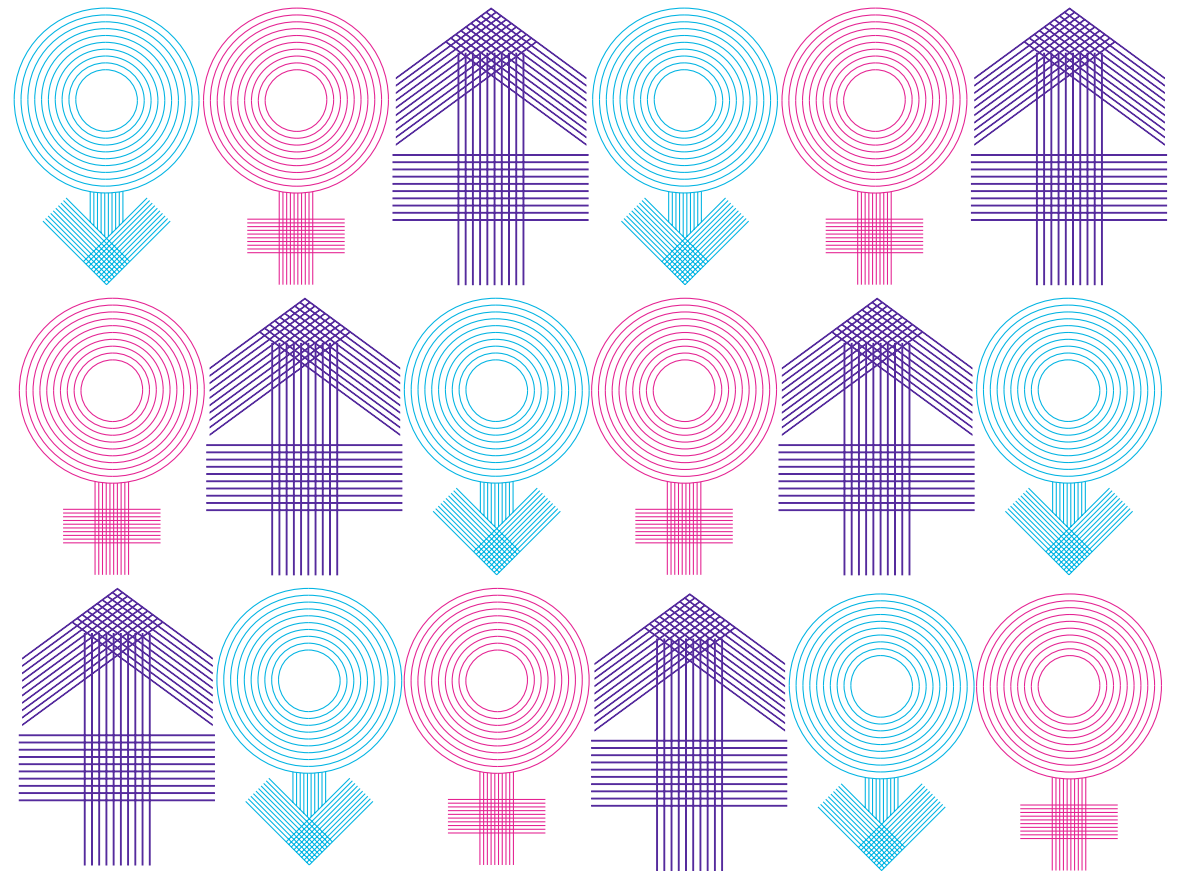


Reconstruyendo el derecho  
desde una perspectiva de género:  
*materiales para la igualdad*



# **Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad**

---

**Dirección:**

*Almudena Bergareche Gros*

**Coordinadores:**

*Carmen Montesinos Padilla*

*Ángel Aday Jiménez Alemán*

Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: Materiales para la igualdad

Este trabajo fue galardonado con el Premio de creación de materiales y recursos docentes con perspectiva de género de la Universidade de Vigo "Antonia Ferrín Moreiras" en su tercera edición.

Universidade de Vigo  
Unidade de Igualdade

Edita: Universidade de Vigo  
Imprime: Tórculo Comunicación Gráfica S.A.

1ª edición, 150 ejemplares  
Junio de 2017  
ISBN: 978-84-8158-707-4  
Dep. Legal: VG 351-2017

## **AGRADECIMIENTOS**

Estos materiales docentes han podido realizarse gracias a la participación desinteresada de los docentes e investigadores que han formado el equipo. Gracias a todos por vuestra participación y, en especial, a Ángel Aday Jiménez Alemán, impulsor y estructura fundamental de la organización de este proyecto.

Agradecemos profundamente la concesión del premio Antonia Ferrín Moreiras en su tercera edición, tanto a la Unidade de Igualdade de la Universidade de Vigo como al jurado que consideró que este trabajo era digno de tal reconocimiento. La publicación de estos materiales se ha llevado a cabo gracias a este premio, al igual que su difusión. En ese sentido, queremos mostrar nuestro agradecimiento con quienes, de nuevo desinteresadamente, participaron en la jornada celebrada en la Facultade de Ciencias Xurídicas e do Traballo de la Universidade de Vigo: Belén Martín Lucas, Sonia Abeijón Melón y Rosa Fontaiña Pazos.

No podemos dejar sin destacar la labor que viene realizando la Unidade de Igualdade de la Universidade de Vigo como promotora de una real incorporación transversal del principio de igualdad efectiva entre los hombres y las mujeres por la comunidad universitaria, y que está contribuyendo a una mejor comprensión y toma de conciencia de los problemas relacionados con la igualdad y la perspectiva de género a través de múltiples iniciativas y la promoción de actividades. Y finalmente, no sería justo obviar una mención muy especial a Anabel González Penín, directora de esta Unidad, a quienes agradecemos su apoyo, siempre cordial, colaboradora, paciente y resolutiva.

Almudena Bergareche Gros



## ÍNDICE

Presentación .....	7
Prólogo.....	9
Introducción.....	13
1. La constitucionalización del género: el reconocimiento de la mujer como titular de derechos políticos .....	23
Almudena Bergareche Gros	
2. La mujer en las normas.....	47
Itziar Gómez Fernández	
3. Género y Tribunal Constitucional .....	93
Carmen Montesinos Padilla	
4. Género y Derecho en la Comunidad Autónoma de Galicia.....	133
Pablo Riquelme Vázquez	
5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la discriminación de género .....	157
María Antonia Arias Martínez y Ángel Aday Jiménez Alemán	
Anexo: Glosario de terminología básica para repensar el derecho en perspectiva de género .....	201
Bibliografía y fuentes.....	205



## PRESENTACIÓN

Una de las prioridades de la Universidad de Vigo es incrementar la calidad de la docencia universitaria y para esto, la perspectiva de género debe ser integrada en la práctica docente con un objetivo fundamental: hacer de las aulas espacios igualitarios e inclusivos donde se genere un conocimiento transformador que, una vez transferido a cualquier ámbito profesional, impulse los cambios necesarios para formar sociedades más equilibradas y democráticas.

Como dice la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Universidades, la acción de la universidad no debe limitarse a la transmisión del saber; debe generar opinión, demostrar su compromiso con el progreso social y ser un ejemplo para su entorno.

Desde el año 2013, la Universidad de Vigo viene convocando los premios Antonia Ferrín Moreiras con el objetivo de incentivar la elaboración de materiales y recursos docentes con perspectiva de género para que el profesorado universitario disponga de este tipo de herramientas que puedan mejorar su práctica docente y conseguir una enseñanza donde la transmisión de valores igualitarios para formar al alumnado y capacitarlo profesionalmente se aplique de manera transversal.

El material premiado en la tercera edición de los Premios Antonia Ferrín Morales que aquí se presenta, *Reconstruyendo el derecho desde una perspectiva de género: materiales para la igualdad* reúne todos los objetivos descritos y tiene la virtud de que deconstruye para construir, repiensa para corregir los desequilibrios que las mujeres venimos sufriendo históricamente e invita a reflexionar críticamente sobre lo socialmente consensuado para transformarlo en una realidad más justa.

Felicito al equipo que realizó el material por conseguir este Premio y agradezco especialmente a Olga Sánchez Martínez, Isabel Diz Otero, Nélida Lamelas Castellanos y Antía Pérez Caramés su disponibilidad para formar parte del jurado y contribuir a que el feminismo siga estando presente en las aulas universitarias.

Anabel González Penín  
Directora de la Unidad de Igualdad  
Secretaria del jurado





## PRÓLOGO

Para “escándalo de la filosofía”, decía Kant, se pretexto con no poca frecuencia que lo que tal vez sea correcto en la teoría no es válido para la práctica. No es caso de este libro en el que se transita de la teoría a la práctica, desde lo pensado a lo experimentado, en el que la práctica adquiere valor en su conformidad con la teoría o, por el contrario, su disconformidad nos puede poner de manifiesto la ausencia de una teoría adecuada a la realidad tratada. La elaboración de algunos conceptos como discriminación directa o indirecta, discriminación por asociación, discriminación múltiple, medidas compensatorias frente a medidas paternalistas, entre otras, ponen en evidencia la importancia de la teoría para la práctica de la igualdad.

Uno de los motivos de aquella disconformidad es que los conceptos y teorías, construidas sobre razones que justifican los tratamientos jurídicos en pro de la igualdad de mujeres y hombres, no siempre constituyen razones capaces de fundar la convicción de que la igualdad debe ser una realidad no sólo pensada, sino también sentida y, por tanto, realmente vivida. Lo pensado frente a lo sentido, quienes razonan frente a quienes se emocionan, cuánta dicotomía con trasfondo de género ha terminado minusvalorando el papel de los sentimientos en un mundo jurídico racional. Frente a tales dicotomías este libro alude en muchas ocasiones a la necesidad de tomar conciencia de la igualdad, una toma de conciencia que tiene mucho que ver con una realidad pensada y sentida para ser vivida, capaz de generar un sentimiento colectivo de igualdad que, integrado en el conocimiento sobre la misma, permita hacerlo motor de acción y, por tanto, condición de posibilidad y eficacia para que la igualdad sea una realidad y no sólo un anhelo.

La igualdad representada en una abstracta racionalidad jurídica se ha mostrado muy frágil a lo largo de la historia. Decía Ihering, que el nacimiento del derecho, y de los derechos, es como el del ser humano: un doloroso y difícil alumbramiento. La historia de los derechos humanos, como uno de los grandes relatos sobre el progreso de la humanidad, nos dice mucho sobre el dolor y la dificultad. Un relato de inclusión del otro, del diferente, construido sobre grandes exclusiones, sobre opresiones y discriminaciones, razonadas, padecidas, sentidas. En relación a la mujer, ha permitido al varón construir su libertad sobre la subordinación, su igualdad sobre la discriminación y la fraternidad sobre la indiferencia. Ha sido esta una constante histórica que nos puede y debe hacer conscientes de que junto a la formal igualdad ante la ley hemos de afrontar la igualdad material antes y después de la ley, espacios donde la sola racionalidad jurídica encuentra sus limitaciones.

La historia de los derechos de la mujeres es una historia sobre la peculiar lucha contra el destino de la diferente que se resiste a ser abandonada por la inercia de quienes pretenden pensar y decidir por ellas. Es la historia de la gran rebelión de quienes muestran la enérgica voluntad de superar los límites que les han sido fijados por otros. Es la historia de todas aquellas mujeres que se vieron obligadas a

ejercer, en palabras de Nélida Piñón, “el oficio de mironas”, continuamente relegadas por la “memoria elocuente y arbitraria” de los hombres que a lo largo de los siglos interpretaron la realidad “prescindiendo de la memoria y de los sueños de mujer”. La incorporación al discurso público de la memoria y los sueños de mujer precisa de su elocuencia, de las voces de mujeres. Aquellas voces que, desde la “sociedad de las extrañas”, decía Virginia Woolf, no debían consistir en repetir las palabras ni en seguir los métodos de los varones, sino en hallar nuevas palabras y nuevos métodos. El análisis crítico del derecho desde una perspectiva de género, la llamada a la necesidad de construir un nuevo discurso, que el libro plantea, tiene mucho que ver con esas nuevas palabras y esos nuevos métodos.

Este es un libro que tiene en la Universidad su origen y destino. En marzo de 2010 se celebró el centenario del Decreto que permitió a las mujeres matricularse en esta Institución. En poco más de un siglo hemos hecho de ella un espacio compartido con normalidad por hombres y mujeres. Pero sabiendo que en la Universidad somos especialistas en observar, y observarnos, con espíritu crítico, hemos de ser conscientes que no somos una excepción en relación al resto de la sociedad y que, por tanto, en la Universidad tampoco la normalidad significa igualdad. Este, nuestro ámbito académico, no es ajeno a situaciones tan conocidas como la segregación horizontal y vertical, los suelos y techos de cristal, los problemas de conciliación o, si me apuran, la desigualdad salarial. La existencia de las Unidades de Igualdad no es un capricho legal, ni su puesta en marcha una mera necesidad burocrática, prueba de ello es la intensidad de su actividad, entre la que se encuentra la Convocatoria del Premio Antonia Ferrín Moreiras, origen de este libro.

El Premio está destinado a la creación de materiales y recursos docentes con perspectiva de género en la docencia universitaria. Quiero resaltar que pese a la orientación pedagógica de la convocatoria, este trabajo es un magnífico ejemplo de la combinación de las tres facetas del profesorado universitario: investigación, docencia y transferencia de conocimiento. Volviendo al tópico “tal vez esto sea correcto en teoría pero no sirve para la práctica”, Kant pone de manifiesto que cuando la teoría sirve de poco para la práctica, esto no se debe achacar al exceso de la teoría sino, precisamente, a su escasez. Hay aquí una intensa labor de investigación que ha permitido elaborar conceptos y teorías que proporcionan apoyo y firmeza a toda la dimensión práctica del trabajo, configurando así las herramientas necesarias para procurarnos un aprendizaje reflexivo y crítico que nos permita tomar conciencia de una realidad y, en su caso, de la voluntad de transformarla.

El libro es el resultado de un trabajo en equipo, coherente con su propuesta de modificar postulados y metodologías que con ciertas inercias vienen funcionando desde el pasado. Frente a las inercias se reflejan las sinergias de una forma de trabajar que requiere coordinación, apoyo, negociación, acuerdo, compromiso y responsabilidad con un objetivo común; lo que se traduce en un resultado cuantitativamente mayor y cualitativamente mejor que el resultado de sumar las

distintas aportaciones individuales. El carácter interdisciplinar, transversal y versátil constituye un valor añadido a este libro. Ya se alude en la introducción que está dirigido tanto al alumnado como al profesorado, a grados en ciencias jurídicas y otros de ciencias sociales y a todas las disciplinas jurídicas. Se me ocurre también que puede ser el contenido de una asignatura optativa, una asignatura transversal o parte de un posgrado en igualdad.

Estamos en presencia de una herramienta de trabajo viva y abierta al futuro, en complicidad con quienes a él se aproximen. En la línea de una nueva cultura de la docencia, acentúa el papel del alumnado a quien se estimula a tomar una posición activa en el proceso de aprendizaje, a fin de que pueda convertirse en promotor de cambio; a quien tras descubrir y describir se le invita a transmitir lo aprendido en su futura actividad académica y profesional. La enseñanza adquiere así todo su sentido en una proyección de futuro. Este libro es toda una invitación a actuar en pro de la igualdad.

Creo que hasta ahora no había ninguna publicación de estas características, por tanto, como profesora universitaria de una disciplina jurídica sólo me queda felicitar y agradecer a las autoras y autores la elaboración de este libro y a la Unidad de Igualdad de la Universidad de Vigo, muy especialmente a su directora, su publicación.

M<sup>a</sup> Olga Sánchez Martínez.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho.

Universidad de Cantabria.

Santander, 26 de febrero 2016.



## INTRODUCCIÓN

El derecho, como instrumento de control social, ha mostrado tanto su capacidad para perpetuar situaciones de discriminación como para su superación. Las relaciones de género no han quedado fuera de su alcance, sino que han sido un ámbito que refleja, quizás como ningún otro, las relaciones de influencia recíproca entre los sistemas social y jurídico, y lo que es más relevante para el objeto de este trabajo, la potencialidad del derecho como herramienta de transformación social.

Los “nuevos tiempos de igualdad” han ido conduciendo hacia una crítica al derecho y a la justicia androcéntrica. Aún así la teoría del derecho sigue siendo una teoría masculina, sin que se haya desarrollado una teoría feminista del derecho. El feminismo desarrolló una teoría extensa sobre el poder, pero no conformó una teoría del derecho alternativa a la dominante, alternativa a la que enseñamos, sin excesivo espíritu crítico y de forma mayoritaria en las facultades de derecho.

No obstante, y a pesar de lo dicho, algo está cambiando. Lo podemos llamar toma de conciencia o voluntad activa por adoptar otra visión del mundo, también del mundo de las normas y de su interpretación. Cada vez somos más los juristas que creemos que de nada sirve transmitir lo aprendido sin someterlo a crítica, y sin inocular a nuestro alumnado ese molesto espíritu crítico. En ese contexto, y desde postulados, por lo tanto, muy próximos a los que defiende la teoría crítica del derecho, formulamos la necesidad de revisar la visión que tiene y que da de la mujer nuestro ordenamiento jurídico. Porque sabemos que el Derecho es una estructura de control del poder, pero una estructura creada por hombres para controlar el poder de los hombres, una estructura en la que la mujer, sujeto que conforma la mitad de la población mundial, fue tradicionalmente un elemento oculto, o un elemento subyugado, un sujeto del poder de los otros.

Esta posición de la mujer como sujeto pasivo del derecho se ha ido corrigiendo de manera lenta, pero constante, a lo largo del siglo XX, y notablemente en el siglo XXI en las sociedades basadas en la cultura occidental, por la fuerza que ha ejercido el movimiento de mujeres. El ordenamiento jurídico español viene siendo ejemplo y muestra de esta evolución correctora, y da cuenta también de los retos que quedan por afrontar.

Pero cuando hablamos de la necesidad de trasladar esa certeza a la docencia, no nos referimos sólo a la necesidad de construir y transmitir “estudios de la mujer o estudios feministas”, si por tales entendemos el campo interdisciplinario que se aproxima a los temas relativos a las mujeres, el feminismo, o el género. Existe una posición cada vez más compartida en el seno de la comunidad científica jurídica acerca de la necesidad de adoptar el enfoque metodológico de género en la enseñanza del Derecho, de forma que refleje las redefiniciones de las instituciones jurídicas a partir de la reconceptualización del principio de igualdad y del concepto de discriminación, lo que supuso una auténtica revolución doctrinal.

Es decir, no basta con hablar de las mujeres, de su posición en la historia, de lo que la ley o los tribunales hicieron por la mujer. Se trata de ir más allá y “dar voz a las mujeres”, para revisar, desde una perspectiva de género, la realidad jurídica que configuró la posición de las mujeres en el mundo público, y a la realidad jurídica que busca cambiar esa posición, para igualarla, progresivamente, a la de los hombres.

Dice Carmen Barranco que “la reflexión feminista parte de la constatación de las condiciones de dominación a las que se ven sometidas las mujeres y exige cambios en esa situación. Se trata, por lo tanto, de una teoría orientada a la acción, de modo que puede ser definida como una teoría crítica. A partir de lo anterior, es posible trazar la diferencia entre el feminismo y los estudios de las mujeres. Frente al carácter exclusivamente académico de los segundos, el feminismo, en primer lugar, y además de describir, valora negativamente la posición social de subordinación en la que la mujer quedó situada. En segundo lugar, la reflexión feminista tiene por objetivo modificar esa posición”.

Exactamente en esta línea de pensamiento se inscribe este trabajo que presentamos. Queremos contribuir a esa tarea mediante estos materiales docentes, trasladando esta evolución a la formación de los jóvenes juristas, elaborando recursos con los que se pueda analizar el progresivo proceso de igualación de la mujer en y por el derecho. Pero no sólo es eso. Queremos mover a nuestros alumnos y alumnas, pero particularmente a estas últimas, instaladas mayoritariamente en la creencia de que el feminismo es una ideología trasnochada e innecesaria, hacia la reflexión crítica, al descubrimiento de las situaciones de desigualdad existente, presente y lamentablemente reales que existen a día de hoy. Situaciones que el derecho no puede superar sólo, si no existe una real toma de conciencia de la situación de desigualdad en la que aún vivimos.

Creemos que la toma de conciencia de la situación de desigualdad es imprescindible como paso previo al cambio. Y creemos en el cambio a través de la reflexión en sede universitaria. Por eso no nos basta con “contar”, sino que ansiamos que la historia que contamos se haga “historia personal” de las personas que comparten con nosotros las aulas.

Como dijo Carol Hanisch, “lo personal es político”. En este caso, lo académico también es político. Por eso, este trabajo, producto de un colectivo de personal investigador y docente que desde hace tiempo tienen incorporado en su docencia el principio de igualdad, pretende la creación de materiales y recursos docentes que ayuden a consolidar una perspectiva de género dentro de la docencia universitaria y sirvan de refuerzo para la transmisión de principios de igualación y valores igualitarios en la formación del alumnado, con la finalidad de que éste tome conciencia del problema, y de que incorpore esa visión problemática del mundo a su capacitación profesional, de modo que sea capaz de aplicar soluciones, de forma transversal, en el desarrollo de ésta.

Con este objetivo, se han estructurado estos materiales docentes según el siguiente esquema de contenido:

1. Perspectivas teóricas.
2. La mujer en las normas.
3. Género y Derecho: La igualdad entre hombres y mujeres en la Comunidad Autónoma de Galicia.
4. Género y Tribunal Constitucional.
5. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la discriminación de género.

El método en el que centramos el proceso de aprendizaje del alumnado busca la reconstrucción de los conceptos, instituciones y doctrinas jurídicas tras su deconstrucción con perspectiva de género. Las herramientas de la deconstrucción son la presentación de conceptos claros, huyendo del dogmatismo jurídico y del empleo de un lenguaje técnico que disfrazaba la vulnerabilidad del sujeto que nos preocupa (la mujer), el esfuerzo por presentar una visión femenina de los problemas, recurriendo a juristas mujeres, la formulación de preguntas incómodas, que sitúen al alumno, y a la alumna, frente a una realidad ante la que, en muchas ocasiones, están ciegos, y la formulación de respuestas desde la creación femenina y desde la creación feminista manifestada en la literatura, la ciencia política, el cine, las artes plásticas, etc. Nos guía, en última instancia, una voluntad de refundación del derecho con la que superar las relaciones discriminatorias entre mujeres y hombres:

“La justicia está por venir, es porvenir, dimensión misma de los acontecimientos que tienen irreductiblemente que venir. Tendrá siempre y ha tenido siempre este porvenir. Quizás es por ello por lo que la justicia, en tanto que sólo es un concepto jurídico o político, abre al porvenir la transformación, el cambio o la refundación del derecho y de la política”.

Jaques Derrida: Fuerza de Ley: El fundamento místico de la autoridad.

El afán pedagógico que ha dirigido este trabajo nos ha llevado a concluir que el tipo óptimo de materiales docentes que más se acercaba a nuestra propuesta ideal no podía ser otro que una combinación textos doctrinales, normativos, legislativos y jurisprudenciales, introducidos por estudios explicativos que aporten una visión más amplia de la problemática planteada y que focalicen el análisis desde la perspectiva de género.

Tanto la selección de los textos, como la redacción de los estudios que han de guiar el proceso de aprendizaje del alumnado en su descomposición y reestructuración de los elementos jurídicos, se presenta en una estructura sistematizada, comprensiva pero que no llega a agotar la materia en su integridad.



De esta forma se busca facilitar la comprensión de los elementos, su aprehensión y utilización para alcanzar conclusiones propias y críticas, respetando el ámbito de autonomía del alumnado, que puede dirigir su esfuerzo hacia aquello que más le atraiga.

En la línea de pensamiento descrita, los objetivos de los materiales, son describir, deconstruir y reconstruir para enseñar con perspectiva de género. En la descripción presentaremos al alumnado las políticas, las normas y la jurisprudencia, en particular las que tienen a las mujeres como protagonistas. El objetivo de deconstrucción pretende someter a crítica las realidades expuestas y para eso nos serviremos de una metodología de aprendizaje más activa, dando la voz a las alumnas y alumnos, y recurriendo al uso de la palabra, al análisis de texto, a los materiales audiovisuales. La reconstrucción exige la respuesta activa del alumnado a partir de la presentación de los contenidos y de su revisión, y plantea la necesidad de que se sirva de esos materiales y se conviertan a su vez en actrices y actores del cambio apuntando nuevos temas de interés, investigando sobre ellos, y realizando propuestas de trabajo cara al futuro. De trabajo y de acción.

Desde una formulación más clásica, podría decirse que el objetivo didáctico de los materiales docentes es facilitar recursos con los que se pueda analizar el progresivo proceso de igualación de la mujer en y por el derecho: de un sujeto no existente y tutelado hasta la situación actual, caracterizada por una cierta "falsa conciencia" de igualación, pero aún con importantes retos para la consecución de una igualdad real. A partir de este objetivo principal se plantea la consecución de los siguientes objetivos:

- Realizar un análisis de diversos textos jurídicos que abordan cuestiones relacionadas con la igualdad de género y la superación de situaciones de discriminación.
- Informar sobre las medidas articuladas por el Legislativo tanto a nivel internacional, europeo, nacional y autonómico, con especial incidencia en la Legislación española (Ley Integral, Ley de Igualdad, Ley sobre transversalidad) y por los distintos tribunales.
- Entender las causas y las consecuencias de estas intervenciones, potenciando su análisis desde una perspectiva de género.
- Sensibilizar y concienciar de la situación de desigualdad de la mujer.
- Potenciar el pensamiento crítico del alumnado para una posición activa ante los problemas planteados.

Estos materiales docentes están dirigidos en primera instancia al alumnado y al profesorado de grados tengan relación con disciplinas jurídicas, pero sin que tengan que ser estrictamente grados en ciencias jurídicas. Además, la transversalidad del Derecho constitucional y de la materia a la que se dedican estos materiales,

la igualdad desde una perspectiva de género, nos permite ampliar el ámbito de difusión de esta propuesta hacia las ciencias sociales.

La introducción del Espacio Europeo de Educación Superior ha incidido en el cambio de paradigma que supone situar a los sujetos dicentes en el centro del proceso de aprendizaje, y en la adquisición de competencias más allá de conocimientos. Por ello, más que proponer un manual al uso, con estos materiales docentes hemos tratado de constituir una guía que proporcione un conjunto de referencias, estudios introductorios, textos doctrinales, jurisprudenciales y legales, partiendo de los problemas, las diferentes discriminaciones de género, y aportando una parte de las respuestas dadas por el ordenamiento jurídico, de modo que el estudiantado pueda conformar sus propios conceptos. Por lo tanto, la metodología didáctica de este trabajo consiste en plantear problemas, insistimos, situaciones de discriminación género, aportar los elementos jurídicos a desestructurar y guiar hacia la reestructuración con perspectiva de género.

Los distintos capítulos se sirven de las siguientes herramientas docentes, que son seleccionadas por el autor o autora del capítulo de forma instrumental, para trabajar los objetivos formulados más arriba:

- Recomendaciones bibliográficas de lecturas clave, y en algunos casos extractos que posibiliten la reflexión y la realización de las actividades planteadas.
- Una selección de jurisprudencia, en muchos casos extractada, acompañada de preguntas que contribuyan a guiar la comprensión y, en concreto, su análisis desde la perspectiva de género.
- Supuestos prácticos que permitan la adquisición y el desarrollo de las capacidades analíticas, reflexiva y de resolución de casos.
- Actividades complementarias, como la remisión a recursos audiovisuales, o la propuesta de temas de investigación a desarrollar por el alumnado.
- Finalmente se indican fuentes de información complementarias.

Insistimos, lo que hemos tratado de plasmar son las herramientas para la desconstrucción, acompañadas de conceptos que se han intentado expresar en la forma más clara posible y por una visión femenina. Por supuesto, tratamos de plantear preguntas que resultaran incómodas, ya que, parafraseando a Einstein, los problemas no pueden resolverse desde el mismo nivel de conocimiento en el que fueron creados. Y tenemos en cuenta las respuestas que se nos vienen aportando desde la creación femenina y desde la creación feminista (literatura, política y cine).

Consideramos que estos materiales pueden ser utilizados desde múltiples experiencias de enseñanza. Teniendo en cuenta la pirámide del aprendizaje de Edgar Gale, que relaciona lo que tendemos a recordar junto con la naturaleza de la actividad desarrollada, de forma que la actividad pura, aquella que implicar hacer lo

que se quiere aprender, el escenario ideal, dado que uno de los elementos esenciales es el de la concienciación, sería el de las actividades mixtas: buscar una mezcla de seminarios, clases prácticas, debates, planteamiento de casos que se aproximen a la realidad y que supongan un reto a resolver por el alumnado.

Por ejemplo, en una primera sesión en clase, y sin haber hecho alguna lectura previa, las y los estudiantes reciben una situación problemática auténtica, que puede ser real o basada en la realidad-presentada en un lenguaje no técnico- y con todo tipo de información. El alumnado tendría que extraer de ella los hechos relevantes, plantear el problema jurídico, determinar lo que se sabe y lo que no sabe. La finalidad de esta etapa es activar el conocimiento previo, que el alumnado trate de identificar sus necesidades de conocimiento para abordar el problema.

A continuación cada estudiante por su cuenta investiga lo que no sabe con miras a resolver la pregunta, lo que supone consultar las lecturas que se proponen en estos materiales. En una segunda sesión en clase, las y los estudiantes presentan y debaten sobre la investigación que han realizado, identificación de la situación de discriminación de género, las posibles respuestas, las consecuencias de esas respuestas, desde el diálogo y argumentación a partir de elementos reconstruidos desde la perspectiva de género.

Este escenario ideal no debe alejarnos del escenario real, el de los recursos limitados. Por ello, creemos que estos materiales docentes siguen siendo útiles hasta para quien se aproxima desde el autoconocimiento por la sensibilidad, curiosidad o necesidad de encontrar preguntas y respuestas, para las nuevas experiencias en nuestra universidad de grupos semipresenciales y para el proceso de aprendizaje común en nuestro entorno basado en la complementariedad de trabajo autónomo del alumnado, clases prácticas y clases teóricas.

Estos materiales docentes se formulan como una iniciativa que parte desde el Derecho público, y especialmente desde el Derecho constitucional, pero con una clara vocación interdisciplinaria. Confiamos en la posibilidad de su uso en materias propias de las disciplinas jurídicas, como Derecho Internacional Público, Teoría y Filosofía del Derecho, Derecho de la Unión Europea, Derecho Administrativo, Derecho del Trabajo, Derecho Penal y Derecho Civil, al igual que de otras materias en el ámbito de las ciencias sociales.

En el primer capítulo, "La constitucionalización del género: el reconocimiento de la mujer como titular de derechos políticos", se parte de una imprescindible previa aclaración del concepto género dentro del constitucionalismo y de la teoría constitucional. Estas son áreas de conocimiento que contienen unas conceptualizaciones que se remontan a varios siglos de existencia. Por ello, el concepto de género utilizado en el ámbito constitucional siempre ha tenido como referente el género humano como elemento diferenciador de aquellos otros seres vivos que no tenían la capacidad de determinar conscientemente su propia organización social y política. En contraposición, la connotación que en la actualidad

ha adquirido este concepto, en su utilización actual nacida a mediados del siglo XX, es un intento de romper la tradicional polarización de la sexualidad biológica (masculina/femenina) contextualizándola en su ámbito cultural, social y político. Una nueva determinación de un concepto antiguo que en un periodo breve de tiempo adquirió una significación relevante. Sin embargo, para el constitucionalismo y el derecho constitucional esta distinción no había estado presente en ninguna de sus conceptualizaciones. Y diríamos más, si por algo se han caracterizado éstos a lo largo de casi toda su existencia ha sido por ignorar radicalmente cualquier tratamiento de género, por no dar ningún tipo de espacio a lo femenino: la mujer no existe para el constitucionalismo como individualidad, como ciudadano, como sujeto político. Las Constituciones liberales, si es cierto, trabajan con el principio de igualdad ante la ley, pero basado en la generalidad y la mujer nunca formó parte de la generalidad pues era lo privado excluido de los integrantes de esa generalidad. Las tensiones y contradicciones entre igualdad en la igualdad e igualdad en la generalidad de la ley fue anulada en las constituciones liberales. El sujeto político ciudadano de la teoría constitucional liberal es el hombre libre como propietario de su razón, de su voluntad y de los objetos de su voluntad. Sobre este sujeto y principio se construye y articula formalmente toda la organización del Estado. Para ilustrar esta realidad hasta llegar al reconocimiento de la capacidad de la mujer para participar en los procedimientos políticos proponemos acudir a las aportaciones teóricas de Immanuel Kant, Jean-Jacques Rousseau, Hans Kelsen y Simone de Beauvoir.

En el segundo capítulo, “La mujer en las normas”, se pretende dar una visión amplia del tratamiento que la mujer tuvo en nuestro ordenamiento jurídico desde la aprobación de la Constitución de 1978, para situarnos en un marco contemporáneo que pueda ser identificado adecuadamente por el alumnado, y que pueda presentarle problemas concretos vividos por personas próximas (madres, abuelas) o por ellas mismas. La aproximación a la normativa parte del silencio del texto constitucional en los temas fundamentales de la agenda feminista, reconociendo, no obstante, la virtualidad de los arts. 14 y 9.2 CE, en la evolución posterior de las políticas de igualdad, y en la reconstrucción del ordenamiento jurídico con cierta perspectiva de género. Esa reconstrucción se formula, y se presenta, aproximándose al derecho privado y fundamentalmente al derecho de familia, y al derecho público, que supone un tránsito sin parangón previo de la mujer a la esfera de lo público. En este ámbito son de interés las medidas tendentes a favorecer la integración laboral de las mujeres, protegiendo al tiempo la maternidad como fenómeno exclusivamente femenino, las medidas tendentes a garantizar una representación equilibrada de la mujer en la esfera pública de la toma de decisiones y las medidas destinadas a corregir la violencia estructural contra la mujer, esto es la violencia de género, que tiene una proyección especialmente agresiva en el ámbito de las relaciones interpersonales y en el ámbito de la trata de seres humanos para la explotación sexual.

En el cuarto capítulo, “Género y Derecho en la Comunidad Autónoma de Galicia”, el objetivo principal será el de presentar las medidas legislativas autonómicas

tendientes a combatir las diferentes manifestaciones de la discriminación por razón de género aprobadas por el Parlamento de Galicia desde el año 1981. Para eso se explora la actuación de la Xunta de Galicia en los ámbitos institucional y laboral, así como en relación con la prevención y tratamiento integral de la violencia de género. Junto con esta tarea descriptiva se proponen diversas actividades cuya finalidad no es otra que la de ahondar de una forma crítica y reflexiva en los problemas relativos a dichas materias. Este ahondamiento, lejos de consistir en una imposición externa respecto del objeto de estudio aludido, resulta plenamente exigido por el principio de transversalidad que vertebra la normativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de género.

El objetivo del capítulo tercero, intitulado “Tribunal Constitucional y género”, no es otro que impulsar un cambio en la perspectiva desde la que habitualmente se analiza la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (TC) en materia de igualdad y no discriminación por razón de sexo (género). A través de una exposición sistemática de algunas de las sentencias más relevantes sobre la materia y de la propuesta de actividades y lecturas directamente vinculadas con los distintos epígrafes temáticos, se trata de generar un análisis crítico de la doctrina de nuestro Alto Tribunal. El objetivo, en otras palabras, es proporcionar las herramientas necesarias para analizar la doctrina del Alto Tribunal español desde una verdadera perspectiva de género. Para introducir al análisis se consideró oportuna una breve reflexión sobre el origen y desarrollo de las distintas olas feministas y su relación con la evolución del constitucionalismo. Eso permite al lector o lectora entender el porqué y el cómo de la consagración de la igualdad y la no discriminación en la Constitución española de 1978. A continuación, se lleva a cabo una síntesis expositiva de algunas de las principales sentencias del TC en materia de discriminaciones directas e indirectas, acciones positivas y medidas falsamente protectoras. Todo eso para concluir mediante una serie de reflexiones finales con las que se pone el acento en aquellos ámbitos de la realidad femenina que el Alto Tribunal español parece obviar, o no quiere afrontar, en su lucha contra la histórica subordinación de las mujeres.

Finalmente, en el capítulo quinto se abordará una parte muy limitada, pero especialmente relevante por las consecuencias que ha tenido para nuestro ordenamiento jurídico, de las aportaciones que se han realizado desde las organizaciones internacionales. La imposibilidad de abordar siquiera los hitos de cada una de las instancias que vienen contribuyendo hacia la superación de las situaciones de discriminación por motivo de género, nos ha llevado a centrarnos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el marco del Consejo de Europa, no hace mucho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos proclamó la igualdad de género como uno de los principios fundamentales en los que reside el Convenio Europeo de Derechos Humanos. A partir de ahí viene enfrentándose a la tarea de determinar si una situación de discriminación resulta contraria al Convenio, y en su caso, condenar la conducta de los Estados que

hayan podido incurrir en discriminaciones carentes de fundamentación razonable y objetivo legítimo. Esta tarea no ha quedado libre de críticas. La conceptualización de la discriminación realizada por el Tribunal Constitucional ha sido entendida como formalista, simplista y basada en una construcción paternalista de la igualdad de género. Pero las objeciones no sólo se han planteado en el ámbito meramente de la función doctrinal del Tribunal, sino que esta institución internacional se ha enfrentado a críticas que afectaban a la propia participación de las mujeres, a la insuficiente presencia de mujeres y a los procesos de nominación de posibles miembros por parte de los Estados parte. Y ello a la vez que se tenía que enfrentar a retos cada vez más graves y acuciantes, que se escapan de una estricta óptica formal de la discriminación de género, pero que son formas de perpetuación de relaciones de subordinación contra las mujeres: la violencia de género y la trata de mujeres.

La presentación detallada de este material no puede concluir sin un recordatorio: Más allá de que hayamos intentado recopilar el contenido esencial de las respuestas hasta ahora dadas desde el derecho, y aún más específicamente, desde el Derecho constitucional, estos materiales no pueden constituir sino una primera aproximación a un objeto científico, un primer paso en un proceso de aprendizaje.

Pretendemos dar a nuestros alumnos y, en particular a nuestras alumnas, una llave que les permita cuando sea preciso liberar su alma, en el sentido que decía Emma Goldman: “el derecho al voto y la igualdad de derechos civiles son reivindicaciones justas, pero la verdadera emancipación no comienza ni en las urnas ni en los tribunales, si no en el alma de la mujer. La historia nos cuenta que toda clase oprimida obtuvo la verdadera libertad de sus señores por sus propios esfuerzos. Es preciso que la mujer aprenda esa lección, que se dé cuenta que la libertad llegará donde llegue su capacidad de alcanzarla.”

Vigo, febrero de 2016.



# La constitucionalización del género: el reconocimiento de la mujer como titular de derechos políticos

*Almudena Bergareche Gros.  
Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de Vigo*

«Mientras no se haga realidad una perfecta igualdad económica en la sociedad, y mientras las costumbres permitan a la mujer disfrutar como esposa y amante de los privilegios que corresponden a algunos hombres, el sueño de un éxito pasivo se mantendrá, frenando su propia realización.»

**(Simone de BEAUVOIR, *El segundo sexo*)**

## 1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo, producto de un colectivo de investigadores y docentes que desde hace tiempo han incorporado en su docencia el principio de igualdad, pretende la creación de materiales y recursos docentes que ayuden a consolidar una perspectiva de género dentro de la docencia universitaria y sirvan de refuerzo para la transmisión de principios de igualdad y valores igualitarios en la formación del alumnado, con la finalidad de su incorporación en su capacitación profesional y su aplicación transversal en el desarrollo de ésta. El ámbito de docencia para el que se propone esta documentación es el de las ciencias sociales y jurídicas, y más específicamente –aunque no de un modo excluyente– para el ámbito jurídico y constitucional.

Por eso queremos remarcar que el punto de partida que viene a estructurar toda la documentación propuesta es el principio de igualdad contenido en los artículos 1 y 14 de la Constitución Española. Un principio que, como valor supremo del ordenamiento español, debería orientar todas las actuaciones ciudadanas y, sobre todo, las de los poderes públicos ya que, la propia Constitución les encomienda la tarea de promover las condiciones necesarias para el logro de la igualdad de



todas/os las/os ciudadanas/os dentro del territorio nacional. Subyacente a esta tarea encomendada a los poderes públicos por nuestra Constitución, se pone de manifiesto que este principio de igualdad solo puede ser concebido desde el principio de igualación como elemento imprescindible para poder promover las condiciones necesarias para el logro de la igualdad: igualación e igualdad aparecerán en esta documentación como dos conceptos necesariamente complementarios.

## ACTIVIDADES

Para alcanzar el objetivo propuesto es indispensable estar mínimamente familiarizado con lo que se acaba de decir. Para eso, y en calidad de aproximación preliminar, se recomienda la lectura de los artículos 1.1, 9.2 e 14 que se reproducen a continuación:

**Artículo 1.1:** España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

**Artículo 9.2:** Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

**Artículo 14:** Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

No obstante, proceder a elaborar, desde el punto de vista constitucional, una documentación relativa a la docencia enfocada a un estudio desde una perspectiva de género no es tarea fácil. Para ello es imprescindible previamente hacer una aclaración del concepto de género dentro del constitucionalismo y de la teoría constitucional, puesto que son áreas de conocimiento que contienen conceptualizaciones cuya existencia se remonta varios siglos atrás.

El concepto de género utilizado en el ámbito constitucional siempre tuvo como referente al género humano como elemento diferenciador de aquellos otros seres vivos que no tenían la capacidad de determinar conscientemente su propia organización social y política. En contraposición, la connotación que en la actualidad ha adquirido este concepto, en su utilización nacida a mediados del siglo XX, es un intento de romper la tradicional polarización de la sexualidad biológica (masculina/femenina) contextualizándola en su ámbito cultural, social y político, para poder dar respuesta a situaciones psíquicas individuales que no tenían cabida ni interpretación posible dentro de una sexualidad biológica. Una nueva determinación de un concepto antiguo que en un período breve de tiempo adquirió una significación relevante. Haremos referencia al tema más adelante.

Para el constitucionalismo y el Derecho Constitucional esta distinción no estuvo presente en ninguna de sus conceptualizaciones. Y diremos más, si por algo se caracterizaron éstas a lo largo de casi toda su existencia fue por ignorar radicalmente cualquier tratamiento de género, por no dar ningún tipo de espacio a lo femenino: la mujer no existía para el constitucionalismo como individualidad, como ciudadana, como sujeto político. Las Constituciones liberales, es cierto, trabajan con el principio de igualdad ante a ley, pero basado en la generalidad y la mujer nunca formó parte de la generalidad, pues era lo privado excluido de los integrantes de esa generalidad. Las tensiones y contradicciones entre igualdad en la igualdad e igualdad en la generalidad de la ley fue anulada en las constituciones liberales.

El sujeto político ciudadano de la teoría constitucional liberal es el hombre libre como propietario de su razón, de su voluntad y de los objetos de su voluntad. Sobre este sujeto y principio se construye y articula formalmente toda la organización del Estado. Se representa a sí mismo y sirve como límite al poder público, los derechos y libertades son del hombre y del ciudadano y esto es el eje de su principio de distribución entre el poder privado y el poder público.

### ACTIVIDADES

Para aclarar el significado de *principio de distribución* como poder social ilimitado en la generalidad formal del Estado liberal y el poder público limitado resulta necesario prestar atención a la siguiente explicación de C. Schmitt:

«Los derechos fundamentales en sentido propio son, esencialmente, derechos del hombre individual libre, y, por cierto, derechos que él tiene frente al Estado. (...) Pero esto supone que el hombre, por virtud de su propio derecho «natural», entra en juego frente al Estado, y, mientras haya de hablarse de derechos fundamentales, no puede desecharse por completo la idea de unos derechos del individuo, anteriores y superiores al Estado. (...) Derechos fundamentales en sentido propio son tan sólo los derechos liberales de la persona humana individual. La significación jurídica de su reconocimiento y «declaración» estriba en que tal reconocimiento significa el reconocimiento del principio fundamental de distribución: una esfera de libertad del individuo, ilimitada en principio, y una posibilidad de injerencia del Estado, limitada en principio, mensurable y controlable. (...) Son derechos individuales, es decir, del hombre individual aislado. Derechos individuales en sentido propio son, pues, sólo los derechos de libertad individual, pero no las exigencias sociales. Tales son: libertad de conciencia, libertad personal (sobre todo, protección contra detenciones arbitrarias), inviolabilidad del domicilio, secreto de la correspondencia y propiedad privada. En estos derechos de libertad se considera al individuo aislado (...).

Pero también los derechos del individuo en relación con otros individuos tienen que ser considerados como auténticos derechos fundamentales, en tanto que el individuo no salga de la situación apolítica de lo social puro y se reconozca tan sólo la libre competencia y la libre discusión de los individuos. (...) Entonces no pueden tampoco corresponder ya al principio de distribución, y pierden, con el carácter humano-individualista, lo absoluto de su protección. En tal caso, la necesidad de una regulación y normación resulta del hecho de que esos derechos no quedan en la esfera del particular, sino que contienen manifestaciones sociales. Tales son: libre manifestación del pensamiento, con libertades de discurso y Prensa; libertad de cultos, libertad de reunión, libertad de asociación y de sindicación (...).

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928 [trad. cast.: AYALA, Francisco, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 170 y 171].

1. ¿Cómo definirías, con tus propias palabras, el *principio de distribución*?
2. ¿Te parece que el género femenino se puede encontrar representado en esta construcción? Razona tu respuesta.

Tendrá que pasar más de un siglo desde las primeras constituciones escritas para que se amplíe este espectro a las mujeres; para eso se deberá haber producido la ampliación de los procesos de socialización por la economía de las transformaciones de las sociedades industriales y los movimientos políticos y sociales de las mujeres sufragistas que reclamaban su derecho a participar en el procedimiento democrático del Estado, ya entrado el siglo XX. No obstante, para cuando este movimiento tiene sus efectos y se produce la integración de la participación de las mujeres en el ámbito electoral, ya se ha desvirtuado totalmente el concepto de ciudadanía y de representación de la susodicha ciudadanía en el Estado y se produce una importante transformación de las bases sobre las que se cimentaba el constitucionalismo: el principio de libertad que establecía el fundamento del sistema constitucional devino en principio de igualdad. Y posteriormente, con el paso de los años, se va formulando que la igualdad requiere principios de igualación; todo ello coincidente con la ruptura de la bipolaridad de la sexualidad biológica (masculino/femenino) y la aparición de una nueva identidad de lo femenino con contenidos socioculturales que permitan el tratamiento jurídico diferenciado de esa identidad a través del concepto de género y pueda aplicarse a esa identidad diferenciada un específico principio de igualación.

El constitucionalismo liberal tiene como fundamento de su teoría organizativa la libertad negativa del hombre ilustrado y, por lo tanto, sólo puede participar de la antedicha libertad aquel que tiene la condición psíquica y jurídica de ser tal. Burgués y propietario son dos condiciones imprescindibles para la construcción del hombre con capacidad de representación en el ámbito político: como burgués, contiene una construcción como persona que lo hace carecer de contradicciones entre su idea

de deber y la norma jurídica externa; y como propietario le confiere la capacidad de actuar jurídicamente en el ámbito civil. No propietarios, mujeres y niños quedan sin espacio político en esta construcción del Estado. Este constitucionalismo tendrá que evolucionar para integrarlos en el espacio constitucional. Para llegar a establecer una relación entre género y constitucionalismo es necesario hacer aquí una referencia específica a tres períodos de diferenciación.

### **ACTIVIDADES**

A lo largo de las páginas precedentes han aparecido términos un tanto alejados del lenguaje cotidiano. Con la ayuda de los textos señalados en la bibliografía que figura al final de estas páginas y un buen diccionario enciclopédico, trata de elaborar un glosario de los siguientes términos:

**Ciudadanía:**

**Igualdad:**

**Burguesía:**

**Libertad:**

**Igualación:**

Con las definiciones que ya has elaborado trata de redactar un breve texto de no más de diez líneas en el que emplees los antedichos conceptos.

## **2. EL PRIMER PERIODO: GÉNERO Y SOCIEDAD CIVIL.**

«¡Amables y virtuosas ciudadanas, el destino de vuestro sexo será siempre el de gobernar el nuestro! ¡Feliz, cuando vuestro casto poder, ejercido solamente por medio de la unión conyugal, no se haga sentir más que por la gloria del Estado y en pro del bienestar público! Es así como las mujeres gobernaban en Esparta y es así como vosotras merecéis gobernar en Ginebra. ¿Qué hombre bárbaro podría resistir a la voz del honor de la razón salida de la boca de una tierna esposa? ¿Y quién no despreciaría un vano lujo viendo vuestra simple y modesta compostura, que por el esplendor que tiene de vosotras semeja ser la más favorable a la belleza?» (Jean Jacques ROUSSEAU, ***Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres***).

En el primer período, al que llamamos Constitucionalismo liberal-burgués y que se desarrolla desde comienzos del constitucionalismo burgués hasta su crisis

manifiesta en la primera guerra mundial, el concepto de género está -como ya introdujimos antes- sólo referido al de humanidad y es un elemento diferenciador de la raza humana en general sin distinciones internas. En esta etapa, el sexo femenino no tiene ninguna presencia en el ámbito constitucional, pues forma parte de lo privado, del *oíkos* y su presencia, salvo en algunos teóricos, se reduce a un contrato privado de sometimiento. La mujer no existe en calidad de ciudadana y en lo privado o civil está coaccionada y obligada a un vivir mutilada y alienadamente dual; ser biológico sin reconocimiento y ser anulado con reconocimiento. Este es un hecho histórico clave y señala y da una lógica de fondo al concepto y al problema del género que, además, aún permanece hoy. Veamos cuál es exactamente el origen de esta situación.

El filósofo *Immanuel Kant* (1724-1804) estableció, en la «Introducción a la Metafísica de las Costumbres» contenida en los «Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho» (la primera parte de *La Metafísica de las Costumbres*) y a través de la específica causalidad de la facultad de desear, la distinción entre el “interés sensible” y el “interés de razón”. Distinción que le permite deducir el concepto de la voluntad como facultad humana que actúa por imperativos categóricos frente a los contingentes imperativos hipotéticos y que hace posible la libertad. Libertad y propiedad son límites al derecho como facultad de coaccionar.

## ACTIVIDADES

Lee detenidamente el siguiente fragmento de la obra antedicha y trata de responder a las preguntas que se formulan a continuación:

«Ahora bien, en lo que respecta al placer práctico, se llamará *apetito* en sentido estricto a la determinación de la facultad de desear, a la que ese placer tiene que preceder necesariamente como causa; pero el apetito habitual se llamará *inclinación*, y, puesto que la conexión entre placer y la facultad de desear se llama *interés*, en la medida en que el entendimiento juzga esta conexión como válida según una regla universal (de todos modos, sólo para el sujeto), el placer práctico es en este caso un interés de la inclinación; por el contrario, cuando el placer sólo puede seguir a una determinación precedente de la facultad de desear, es entonces un placer intelectual, y el interés en el objeto tendrá que llamarse interés de la razón; porque si el interés fuera sensible y no estuviera fundamentado meramente en principios puros de la razón, la sensación tendría que estar unida al placer y, por tanto, tendría que poder determinar la facultad de desear (...).

En la medida en que la razón puede determinar la facultad de desear en general, el *arbitrio* -pero también el simple *deseo*- puede estar contenido bajo la voluntad. El arbitrio que puede ser determinado por la *razón pura* se llama libre arbitrio. El que sólo es determinable por la *inclinación* (impulso sensible, *stimulus*) sería un arbitrio animal (*arbitrium*

*brutum*). El arbitrio humano, por el contrario, es de tal modo que es *afectado* ciertamente por los impulsos, pero no *determinado*; y, por tanto, no es puro por sí (sin un hábito racional adquirido), pero puede ser determinado a las acciones por una voluntad pura. La *libertad* del arbitrio es la independencia de su *determinación* por impulsos sensibles; éste es el concepto negativo de la misma. El positivo es: la facultad de la razón pura de ser por sí misma práctica. Ahora bien, esto no es posible más que sometiendo la máxima de cada acción a las condiciones de aptitud para convertirse en ley universal. En efecto, como razón pura, aplicada al arbitrio sin tener en cuenta el objeto de éste, como facultad de los principios (y aquí de los principios prácticos, por tanto, como facultad legisladora), no puede -ya que la materia de la ley le abandona- sino convertir la forma misma de la aptitud de la ley universal en ley suprema y fundamento de determinación del arbitrio, y prescribir esta ley sólo como imperativo de prohibición o de mandato, dado que las máximas del hombre que proceden de causas objetivas no coinciden por sí mismas con las objetivas.

Estas leyes de la libertad, a diferencia de las leyes de la naturaleza, se llaman *morales*. Si afectan sólo a acciones meramente externas y a su conformidad con la ley, se llaman *jurídicas*; pero si exigen también que ellas mismas (las leyes) deban ser los fundamentos de determinación de las acciones, entonces son *éticas*, y se dice, por tanto: que la coincidencia con las primeras es *legalidad*, la coincidencia con las segundas, la *moralidad* de la acción. La libertad a la que se refieren las primeras sólo puede ser libertad en el sentido externo del arbitrio, pero aquélla a la que se refieren las últimas puede ser libertad tanto en el ejercicio externo como en el interno del arbitrio, en tanto que está determinado por leyes de la razón. En la filosofía teórica se dice: en el espacio están sólo los objetos del sentido externo, pero en el tiempo están todos, tanto los objetos del sentido externo como los del interno: porque las representaciones de ambos son sin duda representaciones y, en esta medida, pertenecen en su totalidad al sentido interno. De igual modo, consideremos la libertad en el uso externo o interno del arbitrio, sus leyes, como leyes puras prácticas de la razón para el arbitrio libre, tienen que ser a la vez fundamentos internos de determinación del mismo, aunque no siempre sea posible considerarla bajo este aspecto».

KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797 [trad. esp.: CORTINA ORTS, Adela e CONILL SANCHO, Jesús, *La Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 15-18].

1. Como definirías los siguientes términos: *interés de razón*, *interés sensible*, *imperativo*, *libertad* y *voluntad*?

2. Consideras que el planteamiento kantiano posterga el género femenino? Justifica tu respuesta elaborando un breve texto de no más de veinte líneas en el que emplees las definiciones que ofreciste a la pregunta 1.

Para el problema del género y su génesis es muy importante reconocer que en la teoría liberal y en el constitucionalismo de la sociedad y del Estado liberal, la propiedad es la del interés de razón y propiedad de los objetos de la voluntad. El interés de razón exige la propiedad biológica de la sensibilidad y sólo desde esta condición la negación por represión del interés sensible. La kantiana causalidad del interés de razón anula la causalidad del interés sensible y el tiempo racional posible de la mujer. Por otra parte, aquí están las claves del supuesto inconsciente y de la conciencia, de la específica represión y estructura psíquica burguesa y el tiempo y espacio subordinado de la mujer. La racionalidad de la percepción exterior kantiana desde el interés de razón exige el derecho de propiedad de los posibles intereses sensibles, propios y ajenos, para así poder formalizar los objetos de la voluntad, propios y ajenos también.

## ACTIVIDADES

En relación con el problema de la represión y estructura psíquicas que se acaban de mencionar puede resultar interesante acercarse hasta las páginas de una obra de Sigmund Freud publicada en el año 1915 bajo el título *Das Unbewußte*. Existe una traducción al castellano a cargo de José L. Etcheverry en el Volúmen XIV (Trabajos sobre metapsicología y otras obras (1914-1916), «Contribución a la historia del movimiento psicoanalítico») das *Obras Completas* de Sigmund Freud publicado por la editorial bonaerense Amorrortu Editores en el año 1976 (pp. 153-214).

De estos derechos humanos de libertad y de propiedad de la razón y de los objetos de la voluntad, de su generalización en lo público, están cultural, social y políticamente excluidos todos los sujetos, todos los seres humanos, que no pueden construir su propio “interés de razón”, por ausencia de los fundamentos lógicos, formales y reales –o fenoménicos, en la terminología kantiana- de la propiedad del interés sensible y de la voluntad. Es decir, que no puedan ser propietarios de la autonomía de su voluntad. Una exclusión garantizada penalmente. El fundamento de la autonomía de la voluntad es así la alienación del otro y de “el” otro. La voluntad autónoma no reconoce, ni conoce, sólo conoce por represión propia y negación de lo ajeno; auto-ajena y en-ajena.

Las mujeres, por sus determinaciones biológicas y psíquicas, están encerradas en su interés sensible como mero cuerpo biológico, sin posibilidad de una voluntad y de un lenguaje propio, sin conexión con ninguna forma posible de propiedad; no existen racional y socialmente. Los niños, todo lo biológicamente abarcado con el término infancia, tampoco tienen razón y voluntad; no se les reconocen las facultades



o fundamentos propios para decidir o para poseer los principios de la formación de su ser racional y social; no existen racional y socialmente. Los siervos y, algo más tarde, los trabajadores, no son propietarios de sus facultades y de la existencia social, de su trabajo; no existen socialmente y su razón como mero interés sensible es improductiva. A estas tres categorías de seres humanos sin subjetividad individual y social posible, se fueron añadiendo, por organización de su exclusión, los concretos otros no reconocidos: los enfermos mentales, los pobres, los no biológicamente reconocidos racialmente como seres humanos y los extranjeros.

Las mujeres, como los siervos y los niños, tienen un reconocimiento formal en la sociedad civil como sujetos de deberes y derechos privados. *Kant* construyó y reconoció las formas civiles de los “derechos personales de naturaleza real”, que se dan dentro del “derecho de la sociedad doméstica”, es decir, el derecho conyugal, el derecho de los padres y el derecho del dueño de la casa. El derecho conyugal se materializa a partir del contrato de matrimonio que establece la autonomía de la voluntad de las mujeres para venderse como personas -condición personal del contrato- y ser tratadas como objetos -condición real del contrato-. La mujer como persona vende, en el contrato de matrimonio, como objeto el uso de sus órganos de reproducción biológica que son comprados por la otra parte contractual, para su uso y con plena autonomía de su voluntad, dentro del derecho conyugal. O, lo que es lo mismo, para un uso sin límites. Los siervos o el espacio de la casa y los niños están implícitamente incluidos en esta figura contractual para su uso como fuerza de trabajo y para su educación. La naturaleza real de estos contratos establece su objeto como un derecho de propiedad y su seguridad se garantiza penalmente. Son derechos personales de naturaleza real con directa garantía penal.

## ACTIVIDADES

«La *comunidad sexual (commercium sexuelle)* es el uso recíproco que un hombre hace de los órganos y capacidades sexuales de otro (*usus membrorum et facultatum sexualim alterius*), y es un uso o bien *natural* (por el que puede engendrarse un semejante) o *contranatural*, y éste, a su vez, o bien el uso de una persona del mismo sexo o bien el de un animal de una especie diferente a la humana; estas transgresiones de las leyes son vicios contra la naturaleza (*crimina carnis contra natura*), que se califica también como innominable (...).

La comunidad sexual natural es, pues, o bien la comunidad según la mera *naturaleza animal (vaga libido, venus vulgivaga, fornicatio)* o bien la comunidad según la *ley*. -Esta última es el *matrimonio (matrimonium)*, es decir, la unión de dos personas de distinto sexo con vistas a poseer mutuamente sus capacidades sexuales durante toda su vida. -El fin de engendrar hijos y educarlos siempre puede ser un fin de la naturaleza, con vistas al cual inculca ésta la inclinación recíproca de los sexos; pero para la legitimidad de la unión no se exige que el hombre que se casa



tenga que proponerse este fin; porque, en caso contrario, cuando la procreación termina, el matrimonio se disolvería simultáneamente por sí mismo (...).

El contrato conyugal sólo queda *consumado por la cohabitación conyugal (coula carnalis)*. Un contrato entre dos personas de ambos sexos, sellado con el acuerdo secreto de abstenerse de la comunidad carnal o con la conciencia de una o ambas partes de ser impotente para ello, es un *contrato simulado* y no funda matrimonio; también puede ser disuelto a voluntad por cualquiera de los dos. Pero si la incapacidad aparece sólo después, aquel derecho no puede sufrir menoscabo por un azar inculpable.

La *adquisición* de una esposa o un esposo no se produce, por tanto, *facto* (por cohabitación) sin contrato previo, tampoco *pacto* (por el simple contrato conyugal sin cohabitación subsiguiente), sino sólo *lege*: es decir, como consecuencia jurídica de la obligación de no entrar en relación sexual sino mediante la *posesión* recíproca de las personas, que sólo puede realizarse a través del uso recíproco igual de sus atributos sexuales».

KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797 [trad. esp.: CORTINA ORTS, Adela e CONILL SANCHO, Jesús, *La Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 97-101].

Reflexiona sobre el texto que acabas de leer:

1. ¿Como definirías, con tus propias palabras, los términos ley, contrato y propiedad?
2. Con las definiciones que acabas de elaborar redacta un breve texto de no más de 20 líneas que describa la situación conyugal de la mujer de la época.

La igualdad nunca se formuló y estableció como derecho humano en la cultura burguesa y en el Estado liberal, lo regulado por la generalidad legal fue la igualación en las formas de la propiedad o igualación mediante las formas subjetivas de la propiedad. La generalidad de la sociedad burguesa garantiza este principio formal propietario de igualación mediante la Ley y con el principio electoral mayoritario. De ahí, la igualdad ante la ley es igualación en las formas de su generalidad, que, a su vez, está protegida por el derecho penal de la propiedad. La generalización social del delito y de la represión carcelaria es un efecto directo del reconocimiento garantizado de los derechos humanos y de la igualación formal propietaria.

La tensión entre la génesis de la desigualdad, los problemas de la igualdad sin posible igualación y la generalidad de la voluntad y el Contrato Social como institucionalización de la igualdad, estaban ya presentes en *J.J. Rousseau*, en sus

dos obras políticamente más importantes: el *Discurso sobre el origen y fundamento de la desigualdad entre los hombres* y *El Contrato Social*. La imposible negación de la desigualdad que se establece en la sociedad por el lenguaje abstracto y el significado general de las palabras, por la dualidad de la pasión sexual entre sexo físico y sexo moral o afectivo y por la división social del trabajo y el surgimiento de la propiedad privada de objetos y de personas, hacen necesario un Contrato Social. Pero la lucidez desesperada de Rousseau tiene que reconocer que no hay generalidad posible para la voluntad del sujeto de ese contrato. La desigualdad entre los hombres impide la generalidad de su unión de voluntades y, así, *El Contrato Social* de Rousseau es una obra inacabada que proclama una nueva "religión civil" para mantener el carácter "indestructible" de una "voluntad general", con generalidad política pero no social.

### ACTIVIDADES

Veamos un ejemplo del modo en que el autor ginebrino expone el origen de la desigualdad entre los hombres:

«El hábito de vivir juntos engendró los más dulces sentimientos que hayan sido jamás conocidos entre los hombres: el amor conyugal y el amor paternal. Cada familia quedó convertida en una pequeña sociedad, tanto mejor establecida, cuanto que el afecto recíproco y la libertad eran los únicos lazos de unión. Fue entonces cuando se fijó o se consolidó por primera vez la diferencia en la manera de vivir de los dos sexos, que hasta aquel momento no había existido. Las mujeres se hicieron más sedentarias y se acostumbraron a guardar la cabaña y los hijos, mientras que el hombre se dedicaba a buscar la subsistencia común (...)».

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (trad. esp.: LÓPEZ Y LÓPEZ, José), Madrid, Aguilar S. A., 1973, pág. 68.

«La sociedad naciente dio lugar al más horrible estado de guerra, y el género humano, envilecido y desolado, no pudiendo volver sobre sus pasos, ni renunciar a las desgraciadas adquisiciones hechas, y trabajando solamente en vergüenza suya, a causa del abuso de las facultades que le honran, se colocó al borde de su propia ruina.

Los ricos sobre todo debieron pronto darse cuenta de cuán desventajosa les era una guerra perpetua cuyos gastos eran ellos solos los que los hacían y en la cual el peligro de la vida era común y el de los bienes, particular. Además, cualquiera que fuese el carácter que dieran a sus usurpaciones, comprendían suficientemente que estaban basadas sobre un derecho precario y abusivo, y que no habiendo sido adquiridas más que por la fuerza, la fuerza misma podía quitárselas sin que tuviesen razón para quejarse.

(...) Con estas miras, después de haber expuesto a sus vecinos el horror

de una situación que les obligaba a armarse y a luchar los unos contra los otros, que convertía sus posesiones en cargas onerosas como sus necesidades, y en la que nadie encontraba seguridad ya estuviese en la pobreza o ya disfrutase de riquezas, inventó razones especiosas para llevarlos a aceptar el fin que se proponía.

(...) De lo expuesto se deduce que, siendo la desigualdad casi nula en el estado natural, su fuerza y su crecimiento provienen del desarrollo de nuestras facultades y del progreso del espíritu humano, convirtiéndose al fin en estable y legítima por medio del establecimiento de la propiedad y de las leyes».

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres* (trad. esp.: LÓPEZ Y LÓPEZ, José), Madrid, Aguilar S. A., 1973, pp. 88 y ss.

«Es pues la familia, si así se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, y el pueblo es la imagen de los hijos; y habiendo nacido todos iguales y libres, solo enajenan su libertad por su utilidad misma. Toda la diferencia consiste en que en una familia el amor del padre hacia sus hijos le paga el cuidado que de ellos ha tenido; y en el estado, el gusto de mandar suple el amor que el jefe no tiene a sus pueblos».

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social* (trad. esp.: BERGES, Consuelo), Madrid, Aguilar S. A., 1969, pág. 11.

«(...) Las cláusulas de este contrato están determinadas por la naturaleza del acto de tal suerte, que la menor modificación las haría vanas y de ningún efecto, de modo que aun cuando quizás nunca han sido expresadas formalmente, en todas partes son las mismas, en todas están tácitamente admitidas y reconocidas, hasta que, por la violación del pacto social, recobre cada cual sus primitivos derechos y su natural libertad, perdiendo la libertad convencional por la cual había renunciado a aquella.

Todas estas cláusulas bien entendidas se reducen á una sola, á saber: la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos hecha a favor del común: porque en primer lugar, dándose cada uno en todas sus partes, la condición es la misma para todos; siendo la condición igual para todos, nadie tiene interés en hacerla onerosa á los demás.

Además, haciendo cada cual la enajenación sin reservarse nada, la unión es tan perfecta como puede serlo, sin que ningún socio pueda reclamar; pues si quedasen algunos derechos a los particulares, como no existiría un superior común que pudiese fallar entre ellos y el público, siendo cada uno su propio juez en algún punto, bien pronto pretendería serlo en todos; subsistiría el estado de la naturaleza, y la asociación llegaría a

ser precisamente tiránica o inútil.

En fin, dándose cada cual a todos, no se da a nadie en particular; y como no hay socio alguno sobre quien no se adquiriera el mismo derecho que uno le cede sobre sí, se gana en este cambio el equivalente de todo lo que uno pierde, y una fuerza mayor para conservar lo que uno tiene.

Si quitamos pues del pacto social lo que no es de su esencia, veremos que se reduce á estos términos: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; recibiendo también á cada miembro como parte indivisible del todo*».

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social* (trad. esp.: BERGES, Consuelo), Madrid, Aguilar S. A., 1969, pp. 21 y ss.

Los fragmentos que se acaban de reproducir ponen claramente de manifiesto la tensión derivada de la desigualdad, los problemas de la igualdad sin posible igualación y el carácter del contrato social en tanto que instrumento para su institucionalización de la igualdad.

1. ¿Quién sale realmente beneficiado de dicho pacto?
2. ¿De qué modo valoras, desde una perspectiva de género, el punto de partida del razonamiento del filósofo ginebrino?
3. ¿Por qué crees que el planteamiento rousseauniano excluye por completo el sentimiento y la afectividad?
4. ¿Cuáles son las consecuencias de ese punto de partida para dicho género?

La mujer que no alcanza las abstracciones del lenguaje, que vive sólo la pasión física del sexo y pierde su existencia social en la división social del trabajo acaba no siendo, para *J.J. Rousseau*, un sujeto de ciudadanía. Y en el *Emilio* es considerada como una reserva de sentimientos de piedad y de sexo para el hombre y sólo de sentimientos para la educación de "Emilio". En la anticipación rousseauniana del problema de los límites de una igualdad política sin negación posible de la desigualdad humana y social, el problema contemporáneo de la igualación, *J.J. Rousseau* anticipa también un nuevo espacio de opresión para la nueva figura de la mujer como tiempo y espacio de los sentimientos, sin existencia social y política posible.

## ACTIVIDADES

Esta es precisamente la base empleada por Rousseau para elaborar su teoría pedagógica:

«(...) la mujer vale más como mujer y menos como hombre; por doquiera hace valer sus derechos, saca ventaja; por doquiera pretende usurpar los nuestros, queda por debajo de nosotros.

(...) toda la educación de las mujeres debe referirse a los hombres. Agradarles, serles útiles, hacerse amar y honrar por ellos, educarlos de jóvenes, cuidarlos de adultos, aconsejarlos, consolarlos, hacerles la vida agradable y dulce: he ahí los deberes de la mujeres en todo tiempo, y lo que debe enseñárseles desde su infancia. Mientras no nos atengamos a este principio nos alejaremos de la meta, y todos los preceptos que se les den de nada servirán ni para su felicidad ni para la nuestra».

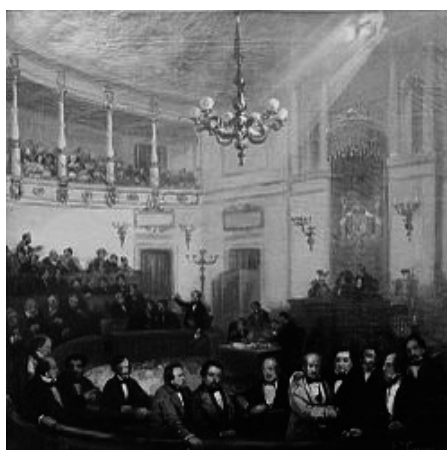
ROUSSEAU, Jean Jacques, *Emilio o de la educación*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 543 y ss.

1. ¿Si solamente pudieses utilizar una palabra para describir el rol de la mujer en esta teoría pedagógica, cuál sería?
2. ¿Consideras que el planteamiento pedagógico de Rousseau es coherente con el planteamiento político comentado algunas líneas más arriba? Justifica tu respuesta.
3. Como conclusión a este epígrafe trata de sintetizar en un texto de diez líneas la posición de la mujer en el entramado constitucional descrito.

### 3. EL SEGUNDO PERÍODO: GÉNERO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA.

Es urgente reapropiarse de una relación real posible entre procesos de igualación e igualdades. Por otra parte, y en relación con los límites para la mujer y de los procesos de igualación, hay que subrayar también que el hecho de que la mujer no tenga espacio en el ámbito constitucional se establece a través de un recurso técnico-jurídico: el sufragio censitario masculino.

#### ACTIVIDADES



A modo de ejemplo se puede analizar la Ley electoral para el nombramiento de Diputados a Cortes, de 18 de marzo de 1846, promulgada durante el

reinado de Isabel II. *Nótese que sólo se emplea el género masculino en el reconocimiento del derecho electoral pasivo (Título II) y activo (Título III):*

## TÍTULO II. DE LAS CUALIDADES NECESARIAS PARA SER DIPUTADO

**Artículo 4.º** Para ser **Diputado** se requiere ser **español** del estado seglar, haber cumplido veinticinco años de edad y poseer, con un año de antelación al día en que se empiecen las elecciones, una renta de 12.000 reales vellón, procedentes de bienes raíces, ó pagar anualmente y con la misma antelación 1.000 reales vellón de contribución directa.

(...).

**Artículo 6.º** Para computar la renta y la contribución **se considerarán bienes propios:**

**1.º** Respecto de los maridos, **los de sus mujeres**, mientras subsista la sociedad conyugal.

**2.º** Respecto de los padres, los de sus hijos, mientras sean legítimos administradores de ellos.

**3.º** Respecto de los hijos, los suyos propios, de que por cualquier concepto sean sus madres usufructuarias.

(...).

**Artículo 8.º** El cargo de **Diputado** es incompatible con el empleo activo de los funcionarios siguientes:

**1.º** Capitanes generales de provincia.

**2.º** Comandantes generales de departamentos de Marina.

**3.º** Fiscales de Audiencias.

**4.º** Jefes políticos.

**5.º** Intendentes de Rentas.

**Los** que hallándose comprendidos en alguna de las clases mencionadas en este artículo fueren elegidos **Diputados**, optarán en el término de un mes entre este cargo y el empleo que desempeñaren, contándose el plazo desde la aprobación de las actas de los respectivos distritos electorales. Si dentro del mes no optaren, se entenderá que renuncian al cargo de **Diputado**.

(...).

**Artículo 11.** Tampoco podrán ser elegidos **Diputados**, aunque tengan las cualidades necesarias:

**1.º** Los que al tiempo de hacerse las elecciones se hallen **procesados** criminalmente, si hubiere recaído contra **ellos** auto de prisión.

**2.º Los** que por sentencia judicial hayan padecido penas corporales, aflictivas ó infamatorias, y no hubieren obtenido rehabilitación.

**3.º Los** que se hallen bajo interdicción judicial por incapacidad física ó moral.

**4.º Los** que estuvieren fallidos ó en suspensión de pagos, ó con sus bienes intervenidos.

**5.º Los** que estuvieren apremiados como deudores á los caudales públicos en concepto de segundos contribuyentes.

**Artículo 12.** Si un mismo individuo fuere elegido **Diputado** por dos ó más distritos á la vez, optará ante el Congreso por uno de ellos dentro de los ocho días siguientes á la aprobación de la última de sus actas electorales, si hubiere sido admitido como **Diputado**.

(...).

**Artículo 13.** El cargo de **Diputado** es gratuito y voluntario, y se puede renunciar antes y después de haber tomado asiento en el Congreso.

### **TÍTULO III. DE LAS CUALIDADES NECESARIAS PARA SER ELECTOR**

**Artículo 14.** Tendrá derecho á ser **incluido** en las listas de electores para Diputado á Cortes en el distrito electoral donde estuviere domiciliado, todo **español** que haya cumplido veinticinco años de edad, y que al tiempo de hacer ó rectificar dichas listas y un año antes esté pagando 400 reales de contribución directa.

Este pagó se acreditará con el recibo ó recibos del último año.

(...).

**Artículo 16.** También tendrán derecho á ser **incluidos** en las listas, con tal que paguen la mitad de la contribución señalada en el Artículo 14, y tengan las demás cualidades que en el mismo se requieren:

**1.º** Los individuos de las Academias Española, de la Historia y de San Fernando.

**2.º** Los Doctores y Licenciados.

**3.º** Los individuos de Cabildos eclesiásticos y los Curas párrocos.

**4.º** Los Magistrados, Jueces de primera instancia y Promotores fiscales.

**5.º** Los empleados activos, cesantes y jubilados cuyo sueldo llegue á 8.000 reales vellón anuales.

**6.º** Los oficiales retirados del Ejército y Armada desde capitán inclusive arriba.

7.º Los abogados con un año de estudio abierto.

8.º Los médicos, cirujanos y farmacéuticos con un año de ejercicio.

9.º Los arquitectos, pintores y escultores con título de Académicos de alguna, de las de nobles artes.

10. Los profesores y maestros de cualquier instituto de enseñanza, costeados de fondos públicos.

**Artículo 17.** Si en algún distrito no llegaren á 150 los electores que tengan las condiciones requeridas en los artículos 14 y 16, se completará aquel número con **los** mayores contribuyentes de contribuciones directas.

En este caso serán también **electores** todos **los** que paguen una cuota de contribución igual á la que pagare el menor contribuyente de los designados para completar dicho número.

**Artículo 18.** No podrán ser **inscritos** en las listas de electores, aunque tengan las cualidades necesarias para ello, los que se hallen comprendidos en alguno de los casos que menciona el artículo 11 de esta ley.

Históricamente la igualdad como dogma siempre ocultó procesos de igualación para la desigualdad; así la igualdad formal ante la ley fue el espacio de la permanente desigualdad del capitalismo. Y a su transformación en los procesos de crisis del capitalismo abre nuevos procesos de desigualación.

## ACTIVIDADES

Para el análisis de la violencia en estos procesos de desigualdad y cambio social, y la situación histórica de la mujer, *vid.* ELÍAS, Norbert. *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. [trad. esp.: GARCÍA COTARELO, Ramón, México, Fondo de Cultura Económica, 1989].

En este segundo período, el de entreguerras, en el que se pretende una salida de la crisis del constitucionalismo liberal-burgués se transforma la antigua concepción de participación política basada en la libertad burguesa y delimitada al individuo propietario a través de la metamorfosis del concepto de libertad en el concepto de igualdad, para propiciar la entrada en la participación política de aquellos sectores de la sociedad que, organizados políticamente, no tienen cabida en el ámbito constitucional y rompen la armonía y la paz social pretendida por el constitucionalismo. Este procedimiento de integración resuelve las lagunas del Estado liberal en referencia a la reducción de la lucha política en el Parlamento e institucionaliza la lucha política a través de un procedimiento de legitimación del poder: la democracia; eso va acompañado de un nuevo recurso técnico-jurídico: el sufragio universal masculino.



## ACTIVIDADES

Para ilustrar la metamorfosis da libertad de la que venimos hablando puedes leer el siguiente fragmento de *Esencia y valor de la democracia*:

«(...) Así, la idea absolutamente negativa y anti heroica de la igualdad presta base a la aspiración, también negativa, hacia la *libertad*.

Del supuesto de nuestra igualdad –ideal- puede inferirse la tesis de que nadie debe dominar a nadie. Pero la experiencia demuestra que para seguir siendo iguales necesitamos soportar un dominio ajeno. (...) La compatibilidad de la idea de libertad con los principios sociales negados por ella e incluso con el Derecho Político, sólo es posible mediante un cambio en la acepción de aquel término, que desde la negación absoluta de los vínculos sociales en general, y, por lo tanto, del Estado en particular, pasa a adquirir una forma especial de tal modo que bajo ella y bajo su antítesis dialéctica –*democracia* y *autocracia*- quedan comprendidas todas las formas del Estado e incluso de la Sociedad en general».

KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920 (2ª ed., 1929) [trad. esp.: LUENGOTAPIA, Rafael y LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Editorial Labor, Ediciones Guadarrama, Punto Omega (2ª ed., 1977), pp. 14 y 15].

1. ¿Por qué crees que Kelsen pone de manifiesto la importancia de que todas las antítesis pasen a adquirir una forma especial y queden comprendidas dentro de (o, mejor dicho, bajo) el Estado?
2. En tu opinión, ¿qué consecuencias tiene este proceso formalizador para el género femenino?

No obstante, esta transformación o metamorfosis de la idea de libertad en igualdad, imprescindible para la aplicación de este procedimiento de institucionalización de toda lucha política en el Parlamento, implica una transcendental modificación del concepto de ciudadanía y de su representación y participación política. El concepto de ciudadanía ya no tiene un contenido subjetivo e individual con capacidad de obrar y representarse políticamente, sino que es un elemento de participación en un procedimiento de legitimación del poder establecido. El sujeto ciudadano no se representa y limita la acción del poder político, si no que legitima la acción del poder político en momentos puntual y temporalmente establecidos por el procedimiento electoral. Su participación política se reduce a la emisión de voto en las elecciones. Y lo que es más importante, necesariamente se debe modificar la concepción de la participación de la ciudadanía en la soberanía del Estado. El Estado se hace total y la soberanía atribuye todas sus funciones al Estado en su totalidad, mientras que el ciudadano deja de serlo y ya no delimita el poder político. La participación de la ciudadanía se reduce a una de ellas: la voluntad normativa del Estado. Eso comporta que no es el ciudadano el que participa de la soberanía, sino

que el Estado le imputa la parte de soberanía correspondiente a su participación en la voluntad normativa del Estado. El ciudadano deja de ser soberano.

## ACTIVIDADES

Para terminar con este epígrafe, veamos nuevamente cómo explica el jurista vienés Hans Kelsen la pérdida de soberanía de la ciudadanía:

«(...) Así, de las voluntades y personalidades individuales se abstrae una voluntad colectiva y una personalidad moral casi mística [la personalidad anónima del Estado]. (...) La apariencia del Estado como persona inmaterial oculta el hecho del dominio del hombre sobre el hombre, intolerable para el sentir democrático. La personificación del Estado, que viene a ser fundamental para la Teoría del Derecho político, tiene también, sin duda, su raíz en esta ideología de la democracia.

Una vez eliminada la idea de un hombre que gobierne sobre los demás, cabe admitir que el individuo obligado a obedecer el orden político carezca de libertad, ya que al mismo tiempo que el sujeto del poder, se transforma también el sujeto de la libertad, subrayándose, además, que el individuo, en cuanto crea, mediante una relación orgánica con otros individuos, el orden político, es libre dentro de esta relación, y sólo dentro de ella. (...) El *súbdito* es el individuo aislado dentro de una teoría individualista de la sociedad, mientras que el *ciudadano* es parte integrante de un todo orgánico superior, miembro perteneciente a una entidad colectiva dentro de una teoría universalista de la sociedad, a una entidad colectiva que partiendo de la estimación puramente individualista de la libertad, alcanza un carácter trascendental y metafísico. El desplazamiento es tan radical que dentro de estos principios no puede sostenerse ya, o cuando menos no es menester exigir que el ciudadano aislado sea libre. La consecuencia lógicamente deducida por algunos autores, es que siendo libre el ciudadano sólo en cuanto pertenece al Estado, no debe ser libre el ciudadano individual en sí mismo, sino la *persona del Estado*. (...) El lugar de la libertad del individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental».

KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920 (2ª ed., 1929) [trad. esp.: LUENGO TAPIA, Rafael y LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Editorial Labor, Ediciones Guadarrama, Punto Omega (2ª ed., 1977), pp. 24-27].

## 4. EL TERCER PERÍODO: GÉNERO Y ESTADO SOCIAL.

En el tercer período se pretende principalmente constitucionalizar la salida de la crisis del constitucionalismo liberal-burgués y consolidar un nuevo

constitucionalismo que, influido por las teorías social-democráticas del período inmediato de posguerra, incorpora un nuevo elemento al concepto de igualdad implantado en el período inmediatamente anterior: el concepto de igualación, es decir, el reconocimiento de desigualdades económicas y sociales y la necesidad de paliar las antedichas desigualdades en aras de una realización del principio de igualdad contenido en las constituciones para, teniendo en cuenta las diferencias sociales y económicas, con un elemento distributivo de la riqueza, corregir las desigualdades. El principio de igualdad se conforma así no sólo como igualdad frente a la ley, sino como un principio relacional y contextualizado.

Esta transformación del constitucionalismo es contemporánea a la aparición de un fenómeno filosófico en Francia con la publicación en 1949 de *El segundo sexo* de Simone de Beauvoir, que, a pesar del escándalo que produjo en un primer momento en los medios literarios y filosóficos parisienses, tuvo una importante recepción internacional. Un texto que, con un punto de partida empírico que pretende medir lo que separa a los hombres de las mujeres, demuestra que estos desacuerdos son enteramente sociales y culturales y consecuencia de la opresión histórica de la mujer por un poder masculino. Un trabajo que pone de manifiesto que la historia de las mujeres es una historia de sometimiento y aspira a su emancipación.

## ACTIVIDADES

Por la importancia que esta obra ha alcanzado en el ámbito del feminismo y de la filosofía se recomienda encarecidamente su lectura. Además de en diversas ediciones en papel, el texto también se puede encontrar en la siguiente dirección web: <http://users.dsic.upv.es/~pperis/El%20segundo%20sexo.pdf>

En las dos décadas siguientes -probablemente por influencia de este análisis-, se formula en el ámbito de la psicología la necesidad de tratamiento del dolor que generaban los trastornos de identidad sexual en aquellas personas en las que los aspectos externos de sus genitales no eran coincidentes con su asignación de sexo. Estos estudios condujeron a la incorporación al análisis del peso y la influencia de las asignaciones socioculturales y de la experiencia personal en la determinación de la susodicha identidad y no el sexo biológico. Para la conceptualización de la incorporación de este nuevo elemento en la diferenciación del femenino y masculino no determinado por el sexo biológico fue utilizado el concepto de género. A partir de este descubrimiento acerca del papel de la socialización como elemento clave en la adquisición de la identidad femenina o masculina, habiendo disfunciones sexuales semejantes en los individuos, Stoller y Money propusieron una distinción conceptual entre "sexo" y "género", en los cuales el sexo se refiere a los trazos fisiológicos y biológicos del ser macho o hembra y el género, a la construcción social de esas diferencias sexuales<sup>1</sup>. Una conceptualización que fue asumida inmediatamente

1 HERNÁNDEZ GARCÍA, Yuliuva, «Acerca del género como categoría analítica», en *Nómadas. Revista crí-*

por las feministas académicas estadounidenses y que pronto se transformó en una concepción de la generalidad de la identidad sexual de lo femenino. Es precisamente la generalidad de la identidad de lo femenino lo que abre la puerta a su incorporación en los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados.

### ACTIVIDADES

En primer lugar, se desea llamar la atención sobre el uso deliberado de la palabra "dolor". Se utiliza el concepto "dolor" y no "patología", porque la segunda palabra hace referencia y tiene unas connotaciones de enfermedad biológica que no admitiría el contextualizarlo socioculturalmente.

Siguiendo el ejemplo de alguna de las actividades precedentes, trata de elaborar un texto breve de no más de quince líneas en el que, explicando su significado, emplees las parejas de términos "sexo-género" y "patología-dolor".

Para otra visión -no por literaria menos interesante- del problema aquí aludido se propone la lectura de *Middlesex*, del autor norteamericano J. Eugenides.

No obstante, no debemos pretender encontrar en los textos constitucionales ninguna referencia específica a normas que consideren la discriminación positiva de colectivos que, como el de género, conteniendo una identidad específica de situación de desigualdad histórica, social y cultural, requiera medidas normativas que tengan en cuenta esa situación concreta del colectivo referido. En el texto constitucional sólo encontraremos referencia al principio que habilita la creación de estas medidas normativas. Para su conocimiento y concreción deberemos atenernos a la creación normativa en relación con las medidas concretas, es decir, tendremos que estar a lo que digan la legislación tanto europea como estatal y autonómica, y la jurisprudencia.

### ACTIVIDADES

La generalidad de la identidad de lo femenino tiene actualmente un nuevo reto en la constitucionalización económica de los procesos de igualdad y de la ciudadanía hegemónicamente reconocida como "capital humano". Los diferentes procesos culturales, sociales y políticos tienden a encriptarse y se cierra de un modo muy particular ante la única posibilidad de igualdad vigente como ciudadanos consumidores y su razón instrumental como cálculo económico. Sobre este punto se puede ahondar acudiendo a los siguientes textos:

---

*tica de ciencias sociales y jurídicas*, 13 (2006,1). Para la clarificación del uso de este concepto también sería interesante consultar: VASALLO BARRUETA, Norma, «El Género: un análisis de la "naturalización" de las desigualdades», en [http://aromademujer.codigosur.net/media/uploads/documentos/la\\_desigualdad\\_del\\_genero\\_art\\_norma\\_vasallo.pdf](http://aromademujer.codigosur.net/media/uploads/documentos/la_desigualdad_del_genero_art_norma_vasallo.pdf).

BECKER, Gary S., *El capital humano* (trad. esp.: CASARES, Marta e VERGARA, José), Madrid, Tecnos, 1983.

*Tratado sobre la Familia* (trad. esp.: PERAITA DE GRADO, Carlos), Madrid, Alianza Universidad, 1987.

«Discurso del Nobel: El modo económico de analizar el comportamiento», en FEBRERO, Ramón y SCHWARTZ, Pedro (eds.), *Barcelona, Ariel, 2001*, pp. 605-626.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

BEAUVOIR, Simone de, *Le Deuxième Sexe*, Paris, 1949 [trad. esp. MARTORELL, Alicia, *El segundo sexo* (prólogo de Teresa López Pardina), Madrid, Cátedra, 1998].

BECKER, Gary S., *El capital humano* (trad. esp.: CASARES, Marta VERGARA, José), Madrid, Tecnos, 1983.

- *Tratado sobre la Familia* (trad. esp.: PERAITA DE GRADO, Carlos), Madrid, Alianza Universidad, 1987.

- «Discurso del Nobel: El modo económico de analizar el comportamiento», en FEBRERO, Ramón e SCHWARTZ, Pedro (eds.), *Barcelona, Ariel, 2001*, pp. 605-626.

CAMPOAMOR, C., *El derecho de la mujer. Recopilación de tres de las conferencias iniciadas en 1922 por Clara Campoamor*, Comunidad de Madrid, BOCM, 2007.

CONDORCET, DE GOUGES, DE LAMBERT y otros, *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, edición de A. H. Puleo, Antrophos, Madrid, 1993.

ELÍAS, Norbert Elías, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas e psicogenéticas*. [Trad. esp.: GARCÍA COTARELO, Ramón, México, Fondo de Cultura Económica, 1989].

FREUD, Sigmund, *Das Unbewußte*, 1915 [trad. esp.: ETCHEVERRY, José L., *Sigmund Freud. Obras completas*, Vol. XIV (Trabajos sobre metapsicología y otras obras (1914-1916), «Contribución a la historia del movimiento psicoanalítico»), Buenos Aires, Amorrortu Editores, 1976.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Yuliuva, «Acerca del género como categoría analítica», en *Nómadas. Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, 13 (2006,1).

KANT, I., *Metaphysik der Sitten*, 1797 [trad. esp.: CORTINA ORTS, Adela e CONILL SANCHO, Jesús, *La Metafísica de las costumbres*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 97-101].

KELSEN, H., *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, 1920 (2ª ed., 1929). [Trad. esp.: LUENGO TAPIA, Rafael y LEGAZ LACAMBRA, Luis, *Esencia y valor de la democracia*, Madrid, Editorial Labor, Ediciones Guadarrama, Punto Omega (2ª ed., 1977)].

ROUSSEAU, Jean Jacques, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1754 [trad. esp.: LÓPEZ Y LÓPEZ, José, *Discurso sobre el origen y fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Madrid, Aguilar S. A., 1973].

- *Du Contrat Social ou Principes du Droit Politique*, 1762 [trad. esp.: BERGES, Consuelo, *El Contrato Social*, Madrid, Aguilar S. A., 1969].

- *Émile ou de l'éducation*, 1762, [trad. esp.: LÓPEZ Y LÓPEZ, José, *Emilio o de la educación*, Madrid, Aguilar S. A., 1973].

SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1928 [trad. cast.: AYALA, Francisco, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 1996].



# La mujer en las normas

**Itziar Gómez Fernández**  
**Profesora Titular de Derecho Constitucional**  
**Universidad Carlos III de Madrid**

*El siglo XX será, no lo dudéis, el de la emancipación femenina; ésta, aunque en marcha, se retardará aún todo el tiempo que transcurra sin consolidarse un tipo espiritual de mujer completamente liberada de los prejuicios y trabas ancestrales, cuyas mayas si relajadas ya, constituyen aún ligazón de nervios sociales a la que no se atreve todavía a hurtarse mucha mujer, siquiera su falta de decisión para hacer revoluciones no le impida soñarlas.*

**Clara Campoamor. La nueva mujer ante el derecho. Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 13 de abril de 1925.**

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de estas páginas es doble. Por un lado se pretende aproximar al alumnado al conocimiento de la normativa que, aprobada en el período constitucional en que nos encontramos, esto es el que inaugura la Constitución de 1978, tiene por finalidad principal o accesoria superar la desigualdad formal y/o la desigualdad material que las mujeres han sufrido, y sufren todavía en el seno de nuestra sociedad, por razón de su género. Es decir, en primer término vamos a describir la acción normativa desarrollada en el ordenamiento jurídico español, en los últimos cuarenta años, encaminada a erradicar la discriminación por razón de género.

Por otro lado, y en segundo término, se considera fundamental someter a análisis crítico esa descripción, para “deconstruir” el discurso más tradicional relativo a las medidas de superación de la desigualdad de género y reconstruir un nuevo discurso. En otros términos no es objetivo único de este trabajo realizar una exposición de la legislación con impacto directo en las mujeres sino revisar, con perspectiva de género, ese conjunto normativo que se presentará.

Por eso, y para responder a ese doble objetivo, el texto se presenta en un doble plano metodológico. En primer término serán descritas las normas que, con distinto rango, asumen el desarrollo de políticas de igualdad en el ámbito normativo.



La descripción se hará con más o menos amplitud, dentro de las posibilidades y limitaciones que ofrece un trabajo de estas características, en función de los temas tratados y en virtud del interés de la aproximación teórica sobre una aproximación más práctica. En segundo lugar, y alternándose con el discurso descriptivo, se proponen actividades de reflexión, tendentes a lograr el objetivo de deconstrucción y reconstrucción. La metodología activa, reflexiva y crítica, de autoaprendizaje y toma de conciencia de los problemas tratados se intercala, por tanto con la metodología expositiva clásica, para alcanzar, de este modo, en paralelo, los dos objetivos fundamentales que se propone este tema.

## 2. LA MUJER EN LA CONSTITUCIÓN

*Con el objetivo de analizar las diferencias que supone la aprobación de la Constitución en el tratamiento de la mujer, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, resulta interesante leer, como punto de partida, el texto de Patricia CUENCA, "Mujer y Constitución: los derechos de la mujer antes y después de la Constitución española de 1978", Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política, nº 8, julio 2008.*

La Constitución de 1978 es la norma fundacional del sistema político jurídico en el que vivimos actualmente. La misma recoge las opciones políticas básicas del constituyente, es decir, del sujeto con capacidad para adoptar las decisiones relativas a la configuración de esas opciones políticas, sujeto integrado por todo el cuerpo electoral, y por tanto, por hombres y mujeres que tuvieran más de 18 años en el momento en que se sometió a referéndum el texto de la Constitución.

Esta norma, que se considera jerárquicamente superior a las demás, y por tanto se superpone a ellas desde una teoría clásica de la validez de las normas, define las instituciones fundamentales de la estructura estatal en su parte orgánica (Estado central, Comunidades Autónomas y entes locales, Gobierno, Parlamento, Administración y Poder Judicial), reconoce y garantiza los derechos de la ciudadanía y da cuenta de los conceptos básicos del constitucionalismo patrio en su parte dogmática, y establece el sistema de fuentes del derecho, así como las reglas que articulan el sistema y resuelven los conflictos entre esas fuentes normativas, encomendando su propia defensa a un órgano específico, el Tribunal Constitucional. La Constitución decanta conceptos de la Teoría del Estado clásica, y los transforma en opciones excluyentes sobre la forma de entender el propio Estado, la forma de Gobierno, la forma de reparto del poder, o de los poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y la forma de controlarlo (a través de los derechos fundamentales, del juego de equilibrios entre poderes, del mecanismo de salvaguarda de la Constitución o de su procedimiento de reforma). Todos estos conceptos, todos y cada uno de ellos, han sido desarrollados de espaldas al pensamiento feminista, que no ha desarrollado, hasta la fecha, su propia Teoría del Derecho o del Estado, aunque si posee una teoría propia sobre el poder.

## ACTIVIDADES

*La Constitución de 1978 se ha presentado tradicionalmente como modelo de norma fundamental consensuada. Se habla, por supuesto, de un consenso entre las fuerzas políticas fundamentales de la transición pero ¿ese consenso refleja un acuerdo entre mujeres y hombres para resolver, desde las perspectivas complementarias que unas y otros podrían presentar, los problemas políticos que el texto constitucional plantea y resuelve?*

*Dice la profesora María Luisa Balaguer, que la Constitución española “ha ignorado en su proceso constituyente una consideración específica del género” (BALAGUER, María Luisa: 2005,18). Esta autora considera que el debate constituyente no refleja una verdadera discusión sobre la cuestión de la desigualdad por razones de género, y da una explicación para ello:*

*“Los movimientos de mujeres, paralelos a la formación de los partidos políticos, reivindicaban un núcleo de problemas, parcialmente coincidente con las aspiraciones de la izquierda, pero con las especificidades de la legalización del divorcio y el aborto, y la incorporación de la mujer al mercado laboral. Al momento de la promulgación de la Constitución, estas reivindicaciones quedan muy mermadas y en algunos casos con clara orientación contraria. Frente al derecho al divorcio, lo que aparece es la protección a la familia, el aborto queda mediatizado por la expresión “todos tienen derecho a la vida” y de la incorporación al mercado de trabajo no se recoge más que un genérico “derecho de todos al trabajo”. (BALAGUER, María Luisa: 2005, p. 19)*

*¿Por qué sucede esto? La respuesta a esta cuestión pasa por analizar algunos documentos de distinto origen, contenido y enfoque. Se proponen los siguientes:*

*1. Visionado del documental “Las Constituyentes”, de OLIVIA ACOSTA (disponible para su descarga en <http://www.lasconstituyentes.com/>). Este documental habla sobre las 27 mujeres, diputadas y senadoras, presentes en las cortes constituyentes de 1977. Tras la visión del documental, debe realizarse un comentario sobre el mismo en el que se trabaje sobre las siguientes cuestiones:*

- a) ¿Cuál era el porcentaje de mujeres en las Cortes Constituyentes?*
- b) ¿Cuáles eran los partidos políticos en los que militaban?*
- c) ¿Qué cuestiones eran relevantes para ellas en la discusión sobre el texto constitucional?*
- d) ¿Cómo se sintieron al participar en aquel proceso, y cómo se sintieron por el alcance (mayor o menor) que consideran que tuvo esa participación?*
- e) ¿Qué diferencias se perciben en las vivencias de aquellas mujeres, y en las que hoy podrían protagonizar un eventual proceso de reforma integral de la Constitución?*

2. *Análisis de los trabajos parlamentarios de la elaboración de la Constitución. Se propone la lectura de las discusiones habidas, en el seno del Congreso y del Senado, en el proceso de elaboración del texto constitucional. Puede optarse por realizar un trabajo extenso, de análisis de la totalidad de la discusión parlamentaria, o centrarse en la discusión sobre algunos asuntos particularmente relevantes (por ejemplo, la discusión sobre el art. 14 CE o sobre el art. 32 CE, relativos uno al derecho a la igualdad y el otro al derecho al matrimonio). Nos interesa reflexionar sobre los siguientes puntos:*

- a) *¿Cuáles son las posiciones sobre los temas estructurantes del feminismo: aborto, divorcio, igualdad con el varón, derecho al trabajo...?. ¿Se identifican posiciones feministas en la discusión o se trata de visiones masculinas sobre “problemas femeninos”?*
- b) *¿Cree que han evolucionado las posiciones políticas en esos grandes temas presentes –o quizá ausentes- en la discusión constituyente?*
- c) *¿Qué valoración le merece la presencia del discurso feminista en el debate constituyente en las cámaras?*

*Se puede utilizar como documento de trabajo, el contenido en los volúmenes editados por el Congreso de los Diputados bajo el título “Constitución española: trabajos parlamentarios” (edición preparada por FERNANDO SÁINZ MORENO Y MERCEDES HERRERO DE PADURA, 4 v. 2ª ed., 1989). Estos cuatro tomos contienen las iniciativas y debates parlamentarios, los textos comparados de las distintas fases de la elaboración y los índices de intervinientes y enmendantes.*

*El trabajo puede proponerse como un trabajo en equipos, atribuyendo a cada equipo un tema concreto, un título de la Constitución, un precepto, o un enfoque global que permita comparar posteriormente las conclusiones alcanzadas por los grupos de trabajo.*

Sin perjuicio de que partimos de un punto de vista crítico del texto constitucional, no puede negarse la virtualidad que el mismo ha tenido como elemento transformador del ordenamiento jurídico y del propio sistema político. En el ámbito que nos interesa, el de la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres, los dos preceptos constitucionales de referencia que se citan como pilares fundamentales de la reconstrucción de la igualdad entre hombres y mujeres en el nuevo sistema constitucional, son los arts. 9.2 CE y 14 CE.

El art. 9.2 CE, establece que “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Por su parte el art. 14 determina que “los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

El art. 9.2 CE, cierra el Título Preliminar de la Constitución, que es aquel en que se recogen las grandes definiciones de nuestro Estado Constitucional, como la relativa a la conformación del España como un estado social, democrático y de derecho (art. 1 CE), la que se refiere a la unidad de España en la diversidad de sus nacionalidades y regiones (art. 2 CE), o la que sitúa en un plano privilegiado del modelo de participación democrática a los partidos políticos y los sindicatos (arts. 6 y 7 CE). Por su parte, el art. 14 se ubica, sistemáticamente, como pórtico del Capítulo II del Título I de la Constitución, de manera tal que ha de interpretarse como derecho, pero también como principio de actuación y de interpretación del resto de los derechos fundamentales, a los que antecede. Dicho en otros términos, la igualdad no se predica sólo en abstracto, sino que ha de velarse por su respeto en el concreto ejercicio de todos y cada uno de los derechos contenidos en el texto constitucional.

Estos dos preceptos nos hablan de las dos nociones de igualdad que se han decantado a lo largo de la historia constitucional y hasta el presente: la igualdad formal y la igualdad material. En realidad, hoy entendemos ambas como ideas inescindibles, pero históricamente surge primero la noción de igualdad formal, que pretendía evitar las diferencias, consagradas en la ley, entre los ciudadanos. El paso hacia la igualdad material se da al percibirse que la igualdad meramente proclamada en la ley no ayuda a superar las situaciones reales de desigualdad y que sólo tratando de forma distinta a los diferentes, y legislando en favor de “los desiguales”, se puede alcanzar la igualdad material o real. Esa concepción de la igualdad admite las leyes singulares o sectoriales, las leyes temporales y las leyes diferenciadoras, instrumentos proscritos desde la concepción formal de la igualdad.

La igualdad se configura hoy, pues, como una noción más compleja que la de la igualdad ante la ley que predicaron las revoluciones liberales: se construye, sobre todo, como un límite de la actuación de los poderes públicos y como un mecanismo de reacción frente a la posible arbitrariedad de los poderes públicos (arts. 14 CE y 9.3 CE), pero también como un valor (art.1.1. CE) que implica la imposición de un componente fundamental del ordenamiento; como una finalidad u objetivo constitucional (art. 9.2 CE) que señala un horizonte para la actuación de los poderes públicos; y como un derecho.

La igualdad está constitucionalmente configurada, por tanto, con un carácter trifronte: “el artículo 14 de la CE, al establecer el principio general de que los españoles son iguales ante la ley, establece un derecho subjetivo a obtener un trato igual, impone una obligación a los poderes públicos de llevar a cabo ese trato igual y, al mismo tiempo, limita al poder legislativo y los poderes de los órganos encargados de la aplicación de las normas jurídicas” (STC 49/1982).

Las nociones fundamentales que nos permiten transitar entre estos tres frentes son dos: igualdad ante la ley e igualdad en la aplicación de la ley.

La igualdad ante la ley, supone que la ley debe ser universal (su validez alcanza a todos los ciudadanos), general y abstracta (elaborada para la generalidad, y no para un grupo o grupos de ciudadanos) y duradera, procurándose, con esta caracterización excluir las “leyes singulares”, con destinatarios concretos en razón de sus circunstancias personales o sociales o de la coyuntura concreta.

La igualdad en la ley o en la aplicación de la ley, se configura como un límite material al legislador ya que, combinando esta idea con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9. 3 de la CE), se exige al legislador que trate a todos los ciudadanos por igual, sin que puedan incluirse en la norma discriminaciones, especialmente las basadas en las categorías sospechosas de ser discriminatorias que recoge el art. 14 CE. Este límite tiene, a su vez, un contralímite, impuesto por la exigencia de promover la igualdad real o igualdad material que consagra el art. 9.2 CE. Este precepto asume la existencia de desigualdades de hecho y atribuye a los poderes públicos una función promocional encaminada a la plasmación real de la igualdad legal. Dicho de otro modo el contralímite descrito actúa como excepción, constitucionalmente legítima, a la imposición de una igualdad formal en la ley, dando paso a la idea de diferenciación en la ley.

La diferenciación, tal y como aquí la utilizamos, es cualquier trato desigual consagrado en la ley que cumple con los siguientes requisitos:

- Desigualdad de los supuestos de hecho. La medida diferenciadora pretende acabar con la desigualdad entre personas basada en la vivencia de situaciones diferenciadas por cualquier razón. Para poder comparar los supuestos de hecho es necesario aportar un *tertium comparationis*. Por ejemplo hablaríamos del cobro de diferente salario (supuesto de hecho – vivencia) por la realización del mismo trabajo cuando éste es realizado por un hombre o por una mujer.
- La finalidad de la medida diferenciadora ha de ser una finalidad constitucionalmente admisible, basada, fundamentalmente, en la superación de situaciones (vivencias) de desigualdad fáctica.
- Ha de valorarse la razonabilidad de la medida diferenciadora, que ha de ser constitucionalmente admisible y, a su vez, congruente (adecuación del medio a los fines conseguidos) y proporcional (relación adecuada entre los factores de finalidad, razonabilidad y congruencia).

Dentro de las medidas de diferenciación podemos identificar lo que la doctrina ha denominado medidas de acción positiva y medidas de discriminación inversa, que identificaremos después en algunas de las leyes que se comentarán. Las medidas de acción positiva (discriminación positiva, acción afirmativa), hablan del desarrollo de actuaciones públicas que, sin perjuicio de terceros, fomentan la igualdad real de determinado grupo social. Por su parte, las medidas de discriminación inversa suponen acciones de discriminación de un grupo en favor de otro grupo tradicionalmente discriminado. En España, la proyección más habitual

de estas medidas es la que actúa sobre las situaciones de discriminación por razón de género.

Se detallan todos estos conceptos y se proyecta su aplicación a la solución de casos concretos, en el capítulo relativo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de género, al que nos remitimos.

## ACTIVIDADES

*La idea de igualdad formal se forja con las revoluciones liberales y se plasma en la aprobación, por la Asamblea Nacional Constituyente francesa, el 26 de agosto de 1789, de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. El art. 1 de la Declaración proclama que “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”; el art. 13 se refiere a la igualdad impositiva y el art. 6 habla de la igualdad ante la ley como igualdad para acceder a los cargos públicos sólo con base en las capacidades individuales.*

*No obstante, resulta evidente que esta concepción liberal y revolucionaria de la igualdad no incluye a las mujeres, a las que, sencillamente, ignora, a pesar de su presencia innegable en el movimiento revolucionario.*

*Por eso resulta de interés leer la Declaración de los derechos de la mujer y de la ciudadana, redactada en 1791 por Olympe de Gouges (pseudónimo de Marie Gouze), escritora francesa, precursora del feminismo y guillotizada por su feroz oposición a Robespierre, y cuya biografía se puede leer en formato de novela gráfica en la edición de Catel y Bocquet, de la editorial Ediciones Sin Sentido (2012). Tras la lectura se propone una reflexión libre sobre el contenido de la Declaración de Derechos de la Mujer y la Ciudadana, tratando de encontrar paralelismos y diferencias con la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.*

**Preámbulo.** *Las madres, hijas, hermanas, representantes de la nación, piden que se las constituya en asamblea nacional. Por considerar que la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos de la mujer son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes, a fin de que los actos del poder de las mujeres y los del poder de los hombres puedan ser, en todo instante, comparados con el objetivo de toda institución política y sean más respetados por ella, a fin de que las reclamaciones de las ciudadanas, fundadas a partir de ahora en principios simples e indiscutibles, se dirijan siempre al mantenimiento de la constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad de todos.*



*En consecuencia, el sexo superior tanto en belleza como en coraje, en los sufrimientos maternos, reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser supremo, los Derechos siguientes de la Mujer y de la Ciudadana.*

**Art. 1º.** *La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común.*

**Art. 2º.** *El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y del Hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y, sobre todo, la resistencia a la opresión.*

**Art. 3º.** *El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación que no es más que la reunión de la Mujer y el Hombre: ningún cuerpo, ningún individuo, puede ejercer autoridad que no emane de ellos.*

**Art. 4º.** *La libertad y la justicia consisten en devolver todo lo que pertenece a los otros; así, el ejercicio de los derechos naturales de la mujer sólo tiene por límites la tiranía perpetua que el hombre le opone; estos límites deben ser corregidos por las leyes de la naturaleza y de la razón.*

**Art. 5º.** *Las leyes de la naturaleza y de la razón prohíben todas las acciones perjudiciales para la Sociedad: todo lo que no esté prohibido por estas leyes, prudentes y divinas, no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ellas no ordenan.*

**Art. 6º.** *La ley debe ser la expresión de la voluntad general; todas las Ciudadanas y Ciudadanos deben participar en su formación personalmente o por medio de sus representantes.*

*Debe ser la misma para todos; todas las ciudadanas y todos los ciudadanos, por ser iguales a sus ojos, deben ser igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según sus capacidades y sin más distinción que la de sus virtudes y sus talentos.*

**Art. 7º.** *Ninguna mujer se halla eximida de ser acusada, detenida y encarcelada en los casos determinados por la Ley. Las mujeres obedecen como los hombres a esta Ley rigurosa.*

**Art. 8º.** *La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada a las mujeres.*

**Art. 9º.** *Sobre toda mujer que haya sido declarada culpable caerá todo el rigor de la Ley.*

**Art. 10º.** *Nadie debe ser molestado por sus opiniones incluso fundamentales; la mujer tiene el derecho de subir al cadalso; debe tener también igualmente el de subir a la Tribuna con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la Ley.*

**Art. 11º.** *La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciosos de la mujer, puesto que esta libertad asegura la legitimidad de los padres con relación a los hijos. Toda ciudadana puede, pues, decir libremente, soy madre de un hijo que os pertenece sin que un prejuicio bárbaro la fuerce a disimular la verdad; con la salvedad de responder por el abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.*

**Art. 12º.** *La garantía de los derechos de la mujer y de la ciudadana implica una utilidad mayor; esta garantía debe ser instituida para ventaja de todos y no para utilidad particular de aquellas a quienes es confiada.*

**Art. 13º.** *Para el mantenimiento de la fuerza pública y para los gastos de administración, las contribuciones de la mujer y del hombre son las mismas; ella participa en todas las prestaciones personales, en todas las tareas penosas, por lo tanto, debe participar en la distribución de los puestos, empleos, cargos, dignidades y otras actividades.*

**Art. 14º.** *Las Ciudadanas y Ciudadanos tienen el derecho de comprobar, por sí mismos o por medio de sus representantes, la necesidad de la contribución pública. Las Ciudadanas únicamente pueden aprobarla si se admite un reparto igual, no sólo en la fortuna sino también en la administración pública, y si determinan la cuota, la base tributaria, la recaudación y la duración del impuesto.*

**Art. 15º.** *La masa de las mujeres, agrupada con la de los hombres para la contribución, tiene el derecho de pedir cuentas de su administración a todo agente público.*

**Art. 16º.** *Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución; la constitución es nula si la mayoría de los individuos que componen la Nación no ha cooperado en su redacción.*

**Art. 17º.** *Las propiedades pertenecen a todos los sexos reunidos o separados; son, para cada uno, un derecho inviolable y sagrado; nadie puede ser privado de ella como verdadero patrimonio de la naturaleza a no ser que la necesidad pública, legalmente constatada, lo exija de manera evidente y bajo la condición de una justa y previa indemnización.*

**EPÍLOGO.** *Mujer, despierta; el rebato de la razón se hace oír en todo el universo; reconoce tus derechos. El potente imperio de la naturaleza ha dejado de estar rodeado de prejuicios, fanatismo, superstición y mentiras. La antorcha de la verdad ha disipado todas las nubes de la necesidad y la usurpación. El hombre esclavo ha redoblado sus fuerzas y ha necesitado apelar a las tuyas para romper sus cadenas. Pero una vez en libertad, ha sido injusto con su compañera. ¡Oh, mujeres! ¡Mujeres! ¿Cuándo dejaréis de estar ciegas?*



*¿Qué ventajas habéis obtenido de la revolución? Un desprecio más marcado, un desdén más visible. [...] Cualesquiera sean los obstáculos que os opongan, podéis superarlos; os basta con desearlo.*

Más allá de la mención de los arts. 9.2 CE y 14 CE, en los que identificamos, implícitamente y por la vía de los razonamientos a que hemos hecho referencia, la lucha por la erradicación de la discriminación por razón de género, la Constitución destaca más por lo que calla que por lo que dice en asuntos de género.

La referencia a la “mujer” solo aparece en dos ocasiones en todo el texto constitucional: en el art. 32 CE y en el art. 57 CE.

El art. 32 CE dice que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica” y consagra, de este modo, la igualdad de los cónyuges en el seno del matrimonio, que es definido como un derecho individual. Este precepto sienta la base constitucional para la modificación de todo el derecho de familia que venía consagrando la desigualdad radical entre los cónyuges.

Por su parte el art. 57 CE establece que “la Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación, siendo preferida siempre la línea anterior a las posteriores; en la misma línea, el grado más próximo al más remoto; en el mismo grado, el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos”. En este caso, la preferencia del varón sobre la mujer, en la línea de sucesión al trono conjuga difícilmente con el principio de igualdad y la interdicción de discriminación por razón de sexo que proclama el art. 14 CE, pero su inclusión en el texto constitucional ha sido justificada por las particularidades que presentaba la sucesión al trono del Rey Juan Carlos I. Una vez materializada ésta, si algún sentido histórico tenía el precepto, seguramente ya lo ha perdido.

Ninguna cita más. Ninguna referencia más. Poco recurso a los genéricos neutros (nadie –art. 16.2 CE–, toda persona –arts. 17 CE) y mucha alusión al masculino omnicompreensivo:

- *La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles (art. 2)*
- *Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad (art. 11.2 CE)*
- *Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales (art. 13.2 CE).*
- *Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional (art. 19 CE)*

Estas menciones, que podrían resultar anecdóticas, son solamente síntoma de una enfermedad apenas diagnosticada. Dice María Luisa Balaguer que “el problema

más importante en relación con la mujer y la Constitución ha sido sin duda, la falta de reconocimiento del hecho esencial de la desigualdad histórica en la Constitución. No reconocer el retraso de la mujer respecto del hombre ha tenido como consecuencia dar siempre por sobreentendida una igualdad que no existía” (BALAGUER, María Luisa: 2005, 20). En otros términos, la perspectiva de género está ausente de la Constitución y la misma no da solución, más allá que las que podemos extraer de los arts. 14 y 9.2 CE, tan manidos y estirados que a veces resultan irreconocibles, a muchos de los problemas que luego, con los años, se tratan a nivel de normas con rango de ley.

Existe un pecado de omisión en el texto constitucional que solamente cabe purgar modificando el texto constitucional. Pero, si bien la actualidad política lleva a plantearse la necesidad y oportunidad de la reforma Constitucional, y los partidos políticos y los juristas reflexionan sobre esa eventual reforma, no se habla apenas, por no decir que no se habla *tout court*, de la reforma constitucional en perspectiva de género.

Una eventual reforma constitucional estará condicionada por los tratados internacionales en materia de derechos sobre la mujer, firmados y ratificados por España, tratados que también determinan la interpretación que de los derechos fundamentales contenidos en la Constitución deba hacerse, tal y como lo determina el art. 10.2 CE. Sin olvidar la importancia que, en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos tienen los que podríamos denominar “grandes tratados de derechos humanos” (esto es la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus protocolos facultativos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos y, en el ámbito europeo, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), en lo que hace a los derechos de las mujeres es básica la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979, y en vigor, desde el 3 de septiembre de 1981. A este documento se suma el Protocolo Facultativo de la Convención, aprobado por la resolución 54/4 de la Asamblea General, de 6 de octubre de 1999, y abierto a la firma, ratificación y adhesión el 10 de diciembre de 1999, y en vigor desde el 22 de diciembre del año 2000, permitiéndose desde esa fecha la presentación de denuncias por parte de mujeres víctimas de discriminación basada en el sexo ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

## ACTIVIDADES

*Resulta interesante leer las decisiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la mujer, adoptadas en respuesta al procedimiento de denuncias individuales. La primera decisión del Comité adoptada a*

*resultas de la utilización del procedimiento previsto en el art. 2 del Protocolo Adicional a la CEDAW data de julio del 2004 y desde entonces no se han adoptado demasiadas:*

*A.T. v. Hungary, 2/2003*

*Dung Thi Thuy Nguyen v. The Netherlands, 3/2004*

*A.S. v Hungary, 4/2004*

*Şahide Goekce v. Austria, 5/2005*

*Fatma Yildirim v. Austria, 6/2005*

*Cristina Muñoz-Vargas y Sainz de Vicuña v. Spain 7/2005*

*Rahime Kayhan v. Turkey, 8/2005*

*N.S.F. v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 10/2005*

*Constance Ragan Salgado v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, 11/2006*

*La actividad que se propone parte de la lectura de la CEDAW (se puede localizar el texto en la página de ONU Mujeres en el website: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm> (ultimo acceso el 30 de abril de 2015) y de una lectura posterior de las decisiones del Comité.*

*En este caso nos interesa reflexionar sobre los siguientes puntos:*

- a) ¿Cuáles son los problemas que viven las mujeres en distintos países como circunstancias lesivas de sus propios derechos?*
- b) ¿Cómo se traducen esas vivencias a la lesión de derecho contenidos en la CEDAW?*
- c) ¿Qué respuesta les da el Comité?*
- d) ¿Existen problemas comunes en mujeres diferentes –diferente raza, residencia, religión, edad, condición social?*
- e) ¿Las respuestas dadas por el Comité, tienen en cuenta la noción de “interseccionalidad”, esto es de discriminaciones múltiples concurrentes en un mismo sujeto? Para responder a esta ultima cuestión vale la pena acercarse a la obra de CRENSHAW, KIMBERLÉ W. (1991), Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color, Stanford Law Review, Vol. 43, No. 6., pp. 1241–1299.*

Es importante concluir esta reflexión planteando cuales son las dificultades de realizar una verdadera revisión de la Constitución desde un planteamiento feminista, y que se basan en la ausencia de una auténtica teoría del Estado feminista (MACKINNON, K.A.: 1995). Cualquiera de las reformas que se pueden plantear suelen ser modificaciones superficiales del modelo constitucional, pero no van a la esencia

del modelo, porque nos faltan mimbres para proponer alternativas a los conceptos del constitucionalismo clásico, que son los que se plasman en el texto constitucional y nos hablan de división de los poderes, forma de Estado, forma de gobierno, derechos fundamentales, organización territorial del poder, etc... Para poder realizar propuestas radicalmente innovadoras en el ámbito del derecho constitucional, del constitucionalismo contemporáneo, en suma, el feminismo debería haber elaborado una forma alternativa de construcción de las instituciones del Estado, del derecho y de las relaciones entre estas instituciones, cosa que todavía no ha hecho.

Dice Balaguer, y no podemos sino estar de acuerdo con ella que “hasta ahora lo que el feminismo ha elaborado en relación con el modelo de Estado ha sido un análisis y un diagnóstico. El análisis concluye que el Estado es masculino porque la norma es objetivo y la ley lo que hace es reforzar la distribución del poder existente. Pero la objetividad coincide con la masculinidad. Se considera que las normas de los hombres son también aplicables a las mujeres, su legitimidad viene de la neutralidad. Y este análisis aporta a la ciencia política la consideración de que la sociedad se ha formado con el solo concurso de los hombres” (BALAGUER, María Luisa: 2005, 50).

## ACTIVIDADES

*Se propone una reflexión sobre una reforma constitucional en perspectiva de género. Esta actividad tiene dos partes.*

*En primer lugar es preciso identificar cuáles son los temas que preocupan actualmente, en España, al movimiento feminista o los movimientos feministas. Esa identificación pasa por una investigación previa en internet, en la bibliografía sugerida, a través de contactos personales con activistas, etc...*

*A partir del aislamiento de los problemas de las mujeres que se constituyen hoy como eje de los movimientos feministas en España se hará un traslado de las reivindicaciones políticas, a las formulaciones normativas y se clasificarán las cuestiones identificadas en dos bloques: las que pueden llevarse al ámbito de la reforma legal y las que deben conducirse al ámbito de la reforma constitucional.*

*En este punto comenzaría la segunda parte de la actividad, en la que nos proponemos reflexionar sobre una reforma constitucional con perspectiva de género. Esta reflexión será guiada por las siguientes cuestiones:*

- a) *¿Qué preceptos habría que modificar en la Constitución para incluir reivindicaciones del feminismo no contempladas en el año 1978?*
- b) *¿Qué factores hacen que hoy, cuando se habla de reforma constitucional, no haya un discurso claro y unívoco, ni forma alguna de presión para introducir el discurso de género en la Constitución?*
- c) *¿Qué importancia le damos al “lenguaje constitucional” a la hora de proponer una reforma de la Constitución con perspectiva de género?*

### 3. LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO PRIVADO. LA MUJER EN EL DERECHO CIVIL

*La casi totalidad de las restricciones impuestas a la mujer en el derecho privado lo son, no por razón de sexo, sino por razón de matrimonio.*

*Este criterio doctrinal, que sustentan eminentes tratadistas, y que no vamos ni a estudiar ni a exponer aquí, se refleja con convincente evidencia en nuestro Código civil. Salvo limitaciones, cual la de que la mujer, no obstante sea mayor de edad a los veintitrés años, no podrá abandonar la casa paterna hasta los veinticinco, si no es para tomar estado, y la prohibición de ser testigos en los testamentos, si no es en caso de epidemia; el primero de cuyos preceptos tiene justificación de “protección”, de esa “protección que rezuma a lo largo de toda la ley civil y que no es, en suma sino la contrapartida de la supuesta incapacidad; salvo eso, la casi totalidad de las restricciones impuestas lo son a la mujer casada. Esta no podrá comparecer en juicio, ni obligarse, ni contratar, ni disponer de sus propios bienes –los parafernales-, ni siquiera adquirir para sí ni para el hogar otras cosas materias de primera necesidad, sin permiso del marido; ni administrar los bienes de la sociedad conyugal; ni, en suma, actuar en ningún orden jurídico con personalidad plena.*

***Clara Campoamor. Antes que te cases...la incapacidad de la mujer casada. Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 21 de marzo de 1928***

El Código Civil español de 24 de julio de 1889, en su redacción originaria, ponía de manifiesto la posición de la mujer en el seno de la institución familiar, única, por otro lado, en la que se reconocía una posición a la mujer. Nos recuerda la civilista Inmaculada Vivas Tesón los ejes fundamentales de ese Código, que serían: “obediencia de la mujer al marido y protección por éste de aquella -art. 57-; la mujer debe seguir a su marido donde éste quiera fijar su residencia -art. 58-; representación de la mujer por su marido -art. 60-; licencia marital para actuar la mujer en la esfera de sus propios derechos -art. 61-; potestad doméstica o de las llaves concedida a la mujer -art. 62-; patria potestad del padre sobre los hijos comunes -art. 154-; consentimiento de los padres para poder abandonar la casa paterna las hijas mayores de edad pero menores de 25 años -art. 321- y, por último, sin ánimo de exhaustividad, incapacidad de la mujer casada para prestar consentimiento -art. 1263.3º-” (VIVAS TESÓN, Inmaculada: 1999, 300).

Un régimen tal va matizándose poco a poco (cabe citar las leyes de 20 de diciembre de 1952, 24 de abril de 1958, 22 de julio de 1972 y 2 de mayo de 1975), hasta llegar a la aprobación de la Constitución española, que, por obra y gracia de los arts. 14 y 32, a los que ya hemos hecho referencia, actúa de elemento catalizador para modificar las reglas de funcionamiento del ámbito doméstico, a que estaban sujetas las mujeres.

Esa modificación, progresiva y nunca global, pasa por la aprobación de las siguientes normas con rango de ley:

- Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Sin exposición de motivos alguna que contextualice las razones y finalidad del cambio normativo, esta norma modifica el régimen económico del matrimonio, igualando a la mujer y al hombre en lo que hace a las obligaciones y derechos que se establecen en el seno de la relación matrimonial.
- La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- La ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

Estas cuatro disposiciones legales reforman el derecho de familia en cuestiones de filiación, patria potestad, relaciones conyugales, régimen económico del matrimonio, procedimiento a seguir en causas de nulidad separación y divorcio, tutela adopción, guarda y acogimiento de menores. Pero solo la última de las citadas, reconoce de forma expresa, la existencia de discriminación hacia la mujer, y lo hace reconociendo la voluntad de la norma de “eliminar discriminaciones hirientes contra la mujer”. No será sino hasta la aprobación de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que el poder legislativo reconozca de forma expresa y amplia la existencia de discriminaciones por razón de género en el derecho civil, discriminaciones aún persistentes a principios de la década de los 90, a pesar de las reformas introducidas por las leyes antes apuntadas, y de haber vivido ya 15 años bajo la vigencia de una Constitución que proscribe tales discriminaciones. Dice la exposición de motivos de la Ley 11/1990 que, si bien las leyes 11/1981, 30/1981, y 21/1987 han supuesto la adaptación del derecho de familia a los arts. 14 y 32 de la Constitución, el Código Civil “sigue acogiendo mandatos cuyo contenido es contrario a la plena efectividad del principio de igualdad subsistiendo preceptos en los que, para determinar la eficacia de ciertas relaciones y situaciones jurídicas, se atiende a criterios que encierran o una preferencia o trato inadecuado por razón de sexo”.

## ACTIVIDADES

1. *En este contexto resulta muy interesante reflexionar sobre la noción de doble moral sexual, y sobre la proyección de esa doble moral en las normas jurídicas. Se recomienda la lectura del primer trabajo de la*

socióloga INES ALBERDI: *Historia y Sociología del Divorcio en España. Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid 1979. A partir de la lectura de este trabajo, se propone la realización de un debate en relación con el tema de la doble moral sexual en los años 80 y de la doble moral sexual en la actualidad, no olvidando la cuestión relativa a la proyección de esa doble moral en las normas legales, particularmente en el reflejo legal del adulterio (véase la Ley Orgánica 46/1978 que despenalizó el adulterio y el amancebamiento), y en la legalización del divorcio en España.*

2. Para eliminar las discriminaciones que por razón de sexo aún perduraban en la legislación civil, la Ley 11/1990 modifica un total de 14 preceptos. El análisis de las modificaciones introducidas conforma la propuesta de la presente actividad. El alumnado deberá rellenar la siguiente tabla de contenido:

Precepto reformado	Redacción anterior a la ley 11/1990	Redacción introducida con la ley 11/1990
Art. 9, apartados 2, 3, 5 y 8		
Art. 14		
Art. 16		
Art. 1.066		
Art. 1.267		
Art. 93		
Art. 159		
Art. 648,1.		
Art. 648, 2		
Art. 1.924, 2.º B		
Art. 754, párrafo primero		
Art. 756.1		
Art. 852		
Art. 853		

*Una vez realizada la comparación normativa anterior, hágase una valoración sobre el alcance de las modificaciones, su significado, su importancia y trascendencia. ¿Han sido modificados con posterioridad esos mismos preceptos? En su caso, ¿en qué sentido lo han sido y qué justifica la nueva modificación?*

En síntesis, si bien la ley 11/1990 sacude del Código Civil discriminaciones terminológicas, lo cierto es que se puede decir que, desde 1981 desaparecen las discriminaciones legales en el ámbito del derecho de familia (VALLÉS AMORES, María Luisa: 2005, 128). Esta constatación corre en paralelo a la que pone de manifiesto



que, en el funcionamiento cotidiano de las relaciones familiares, no se ha dado el gran y necesario salto en la igualación de las responsabilidades relativas al cuidado de los ascendientes y descendientes. El legislador tiene muy presente tal realidad y por eso la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, la conocida como “Ley del Divorcio Exprés”, modifica el art. 68, para contemplar lo siguiente:

*Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo.*

Pero cabe plantearse ese equilibrio en las responsabilidades domésticas ¿existe realmente?

### **ACTIVIDADES**

1. *Se propone, en primer lugar, una discusión en grupo sobre el tema de los cuidados y la corresponsabilidad en ese ámbito. Sería muy interesante plantear el debate en dos tiempos. En uno primero se separaría a los hombres de las mujeres en la reflexión, para poder elaborar un pensamiento autónomo y reafirmar claramente las posiciones de cada uno que pudieran ser no coincidentes entre uno y otro género. En un segundo tiempo, se plantearía una exposición conjunta de las conclusiones extraídas, formulando un nuevo debate en que se intercambien posiciones. La discusión exige la lectura previa del trabajo de CAROL GILLIGAN: *In a different voice: psychological theory and women’s development*, Harvard University press, Cambridge, Ma., 1982. A partir de esa lectura, la discusión en grupo partiría del siguiente hilo: Hablar de responsabilidades en la atención y el cuidado de ascendientes y descendientes es sumamente complejo, también desde la perspectiva del feminismo. Esta cuestión de la corresponsabilidad doméstica nos dirige a la noción de cuidados, que son las actividades desempeñadas para el mantenimiento de la vida y la salud de las comunidades familiares y de los grupos comunitarios un poco más amplios, de las que históricamente se han venido ocupando las mujeres y que se relegan al ámbito de lo doméstico.*

- a) *¿Creéis las mujeres que es responsabilidad vuestra afrontar el cuidado de los ascendientes y los descendientes, de los padres (abuelos, tíos, etc.) y de los hijos?*
- b) *¿Creéis los hombres que es responsabilidad vuestra afrontar el cuidado de los ascendientes y los descendientes, de los padres (abuelos, tíos, etc.) y de los hijos?*
- c) *¿Estamos las mujeres “mejor hechas” o “mejor preparadas” para hacer frente a los cuidados de los demás?*



- d) *¿Están las mujeres “mejor hechas” o “mejor preparadas” para hacer frente a los cuidados de los demás?*
- e) *¿Cómo afrontamos en el ámbito personal –cada uno de nosotros y nosotras- nuestras obligaciones en el ámbito del cuidado? Pongamos ejemplos concretos y cuantifiquemos (personas a nuestro cargo, tipo de actividades que realizamos con ellos, horas dedicadas a su cuidado, responsabilidad en la toma de decisiones respecto de esas personas “dependientes”, etc.).*
- f) *En vuestro entorno, ¿cómo se distribuyen mayoritariamente las responsabilidades en torno a los cuidados entre hombres y mujeres? ¿Por qué creéis que es así?*

*Las respuestas a las anteriores preguntas nos ofrecen una fotografía de las percepciones sobre los cuidados. Probablemente esa fotografía muestre que los hombres tienen más dificultades que las mujeres para comprender la importancia del trabajo dedicado al cuidado, y también más dificultades para sentirse responsables y actuar en consecuencia en relación con los cuidados a los demás. La fotografía nos ofrecerá, quizá en primer plano, o quizá como paisaje de fondo, la imagen de que la corresponsabilidad está ausente en el día a día de la vida de muchos hombres y mujeres.*

*La constatación de este desapego admite, como reacción, dos respuestas distintas desde el feminismo que pueden considerarse, o no, como complementarias.*

*Por un lado Carol Gilligan, desarrolla la idea de la ética del cuidado. Esta ética del cuidado, se refiere a las normas morales por las que se rigen, fundamentalmente las mujeres, porque Gilligan parte de la idea de que existen diferencias en el razonamiento moral según el sexo. La ética del cuidado supone que el razonamiento femenino está fuertemente influenciado por las relaciones personales, los detalles que rodean a las situaciones, el análisis contextual, la consideración de las necesidades de los otros. Esta ética se opondría a la ética de la justicia, que es la que guía la construcción de la moral masculina y la dominante en las sociedades occidentales, y que jerarquiza los principios y las normas morales de justicia y derechos para dar solución a los conflictos mediante el consenso. Esta última sería una ética de lo público que se construye sin contar con las mujeres.*

*Si bien es cierto que Gilligan no es determinista en relación con la vinculación mujeres-ética del cuidado. Lo dice así:*

*“La voz diferente que describo está caracterizada no por el género sino por el tema. Su asociación con las mujeres es una observación empírica, y es primariamente a través de la voz de las mujeres que rastreo su desarrollo. Pero esta asociación no es absoluta, y el contraste entre las voces masculina*

*y femenina se presenta para resaltar una distinción entre dos modos de pensamiento y para enfocar un problema de interpretación más que representar una generalización acerca de cada sexo. Al rastrear el desarrollo señalo la interrelación de estas dos voces dentro de cada sexo y sugiero que estas convergencias marcan tiempos de crisis y cambio” (GILLIGAN, Carol: 1982, 3)*

*Por otro lado, existen voces críticas desde el feminismo, que apuntan a que esta consideración de la ética del cuidado tiende a hipertrofiar la dimensión emocional y afectiva de los cuidados. Esas voces alertan del peligro de que las mujeres, por la vía de la vinculación afectiva y emocional, se queden indefectiblemente encadenadas a las obligaciones de cuidados, porque siga asociándose ese ámbito de trabajo a “lo femenino” (apunta en esa dirección OLGA ABASOLO: El debate feminista en torno al concepto de cuidados. <http://www.fuhem.es/media/ecosocial/file/Boletin%20ECOS/Boletin%2010/DIALOGO%20Esteban-Otxoa.pdf>).*

*Desde esta posición crítica, la corresponsabilidad es el elemento determinante en el que hay que trabajar, dejando de lado la moral que se inscribe detrás de las obligaciones. En todo caso vale la pena reflexionar sobre esta cuestión.*

*2. Una vez leído el texto de Carol Gilligan para el trabajo de debate y reflexión en grupo, puede valer la pena desarrollar otra actividad práctica de comentario de texto sobre dicho trabajo, utilizando como guía las siguientes preguntas:*

- a) *¿Qué opinión le merece la doctrina de la ética del cuidado de Carol Gilligan? ¿Está de acuerdo con las consideraciones críticas?*
- b) *¿Fomentar el cuidado en ambos sexos no es ir en contra de la naturaleza de los varones?*
- c) *¿De qué manera cree que se puede promocionar la corresponsabilidad? ¿es posible promover la misma desde el ámbito público o es una cuestión meramente privada, de reparto de cargas en el ámbito familiar?*
- d) *¿Cree que el Estado debe desempeñar algún papel a la hora de colaborar para cubrir las necesidades derivadas de la exigencia de cuidados por parte de las personas dependientes?*

*3. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tiene mucho que ver con las cuestiones que aquí se tratan, y contempla un cierto enfoque de género. En la exposición de motivos de la norma se dice que la atención al colectivo de personas dependientes “se convierte, pues, en un reto ineludible para los poderes públicos, que requiere una respuesta firme, sostenida y adaptada al actual modelo de nuestra*

*sociedad. No hay que olvidar que, hasta ahora, han sido las familias, y en especial las mujeres, las que tradicionalmente han asumido el cuidado de las personas dependientes, constituyendo lo que ha dado en llamarse el «apoyo informal». Los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que los necesitan”.*

- a) *¿Qué opinión le merece esta acción normativa en el contexto que estamos describiendo?*
- b) *¿Considera que la atención a la dependencia, como una formulación de las necesidades de cuidado ha de trasladarse de la esfera de lo público a la esfera de lo privado en los términos descritos por la exposición de motivos de la ley?*
- c) *¿Cree que es posible para “el Estado” asumir esa carga, en términos económicos y en términos morales? ¿Considera que este tipo de medidas coadyuva a mejorar el reparto de cargas en términos de corresponsabilidad o que consolida un status quo en materia de reparto de funciones de cuidado por razón de género?*

#### **4. LA MUJER EN EL ESCENARIO PÚBLICO O LA IGUALDAD EN LA ESFERA PÚBLICA.**

Cuando hablamos de la presencia de la mujer en el espacio público hablamos, fundamentalmente, de la presencia femenina en el ámbito laboral “remunerado”, y de la presencia femenina en la política y la gestión pública. Ambas esferas de reflexión son amplísimas, de modo que aquí nos limitamos a dar pistas sobre las cuestiones más relevantes, las leyes más relevantes aplicables en España y las preguntas más relevantes.

- a. La mujer en las leyes electorales y la mujer en los espacios de toma de decisiones. ¿Igualdad y Paridad?

*La consecución del objetivo de igualdad de participación de la mujer y el hombre en la adopción de decisiones proporcionará un equilibrio que reflejará de una manera más exacta la composición de la sociedad y se necesita para reforzar la democracia y promover su correcto funcionamiento. La igualdad en la adopción de decisiones políticas ejerce un poder de intercesión sin el cual es muy poco probable que resulte viable la integración real de la igualdad en la formulación de políticas gubernamentales. A ese respecto, la participación equitativa de la mujer en la vida política desempeña un papel crucial en el proceso general de adelanto de la mujer.*

#### **Declaración y Plataforma de acción de Beijin**

La lucha por el voto femenino, y la actividad que al respecto desarrollaron las sufragistas, constituye un hito en el movimiento feminista, y configura con toda legitimidad lo que se ha dado en llamar la “segunda ola del feminismo”. La posibilidad de votar, como elemento fundamental conformador de la ciudadanía activa y responsable, es el primer paso para construir los derechos de participación política, sin los que no se puede entender la presencia femenina en el ámbito público.

A pesar de lo dicho, y paradójicamente, en España se reconoce el voto femenino en la Constitución de 1931, pero, sin embargo, las elecciones a Cortes Constituyentes se celebraron por sufragio universal masculino, reconociéndose a las mujeres, en aquellas elecciones, el derecho de sufragio pasivo, por lo que pudieron presentarse como candidatas, pero no votar. Resultaron elegidas tres mujeres, Margarita Nelken en las listas del Partido Socialista Obrero Español, Clara Campoamor en las del Partido Republicano Radical y Victoria Kent en las del Partido Republicano Radical Socialista. Clara Campoamor y Victoria Kent tuvieron un papel destacado en la discusión sobre el reconocimiento del derecho de sufragio activo de las mujeres.

## ACTIVIDADES

*Se propone hacer una lectura reflexiva del Discurso de Clara Campoamor ante las Cortes el 1 de octubre de 1931, donde quedaría aprobado el voto femenino en España, para realizar un comentario de texto no dirigido en relación con el discurso.*

*“Señores diputados: lejos yo de censurar ni de atacar las manifestaciones de mi colega, señorita Kent, comprendo, por el contrario, la tortura de su espíritu al haberse visto hoy en trance de negar la capacidad inicial de la mujer. Creo que por su pensamiento ha debido de pasar, en alguna forma, la amarga frase de Anatole France cuando nos habla de aquellos socialistas que, forzados por la necesidad, iban al Parlamento a legislar contra los suyos.*

*Respecto a la serie de afirmaciones que se han hecho esta tarde contra el voto de la mujer, he de decir, con toda la consideración necesaria, que no están apoyadas en la realidad. Tomemos al azar algunas de ellas. ¿Que cuándo las mujeres se han levantado para protestar de la guerra de Marruecos? Primero: ¿y por qué no los hombres? Segundo: ¿quién protestó y se levantó en Zaragoza cuando la guerra de Cuba más que las mujeres? ¿Quién nutrió la manifestación pro responsabilidades del Ateneo, con motivo del desastre de Annual, más que las mujeres, que iban en mayor número que los hombres?*

*¡Las mujeres! ¿Cómo puede decirse que cuando las mujeres den señales de vida por la República se les concederá como premio el derecho a votar? ¿Es que no han luchado las mujeres por la República? ¿Es que al hablar con elogio de las mujeres obreras y de las mujeres universitarias no está cantando su capacidad? Además, al hablar de las mujeres obreras y*

*universitarias, ¿se va a ignorar a todas las que no pertenecen a una clase ni a la otra? ¿No sufren éstas las consecuencias de la legislación? ¿No pagan los impuestos para sostener al Estado en la misma forma que las otras y que los varones? ¿No refluye sobre ellas toda la consecuencia de la legislación que se elabora aquí para los dos sexos, pero solamente dirigida y matizada por uno? ¿Cómo puede decirse que la mujer no ha luchado y que necesita una época, largos años de República, para demostrar su capacidad? Y ¿por qué no los hombres? ¿Por qué el hombre, al advenimiento de la República, ha de tener sus derechos y han de ponerse en un lazareto los de la mujer?*

*Pero, además, señores diputados, los que votasteis por la República, y a quienes os votaron los republicanos, medita un momento y decid si habéis votado solos, si os votaron sólo los hombres. ¿Ha estado ausente del voto la mujer? Pues entonces, si afirmáis que la mujer no influye para nada en la vida política del hombre, estáis –fijaos bien– afirmando su personalidad, afirmando la resistencia a acatarlos. ¿Y es en nombre de esa personalidad, que con vuestra repulsa reconocéis y declaráis, por lo que cerráis las puertas a la mujer en materia electoral? ¿Es que tenéis derecho a hacer eso? No; tenéis el derecho que os ha dado la ley, la ley que hicisteis vosotros, pero no tenéis el derecho natural fundamental, que se basa en el respeto a todo ser humano, y lo que hacéis es detentar un poder; dejad que la mujer se manifieste y veréis como ese poder no podéis seguir detentándolo.*

*No se trata aquí esta cuestión desde el punto de vista del principio, que harto claro está, y en vuestras conciencias repercute, que es un problema de ética, de pura ética reconocer a la mujer, ser humano, todos sus derechos, porque ya desde Fitch, en 1796, se ha aceptado, en principio también, el postulado de que sólo aquel que no considere a la mujer un ser humano es capaz de afirmar que todos los derechos del hombre y del ciudadano no deben ser los mismos para la mujer que para el hombre. Y en el Parlamento francés, en 1848, Victor Considerant se levantó para decir que una Constitución que concede el voto al mendigo, al doméstico y al analfabeto –que en España existe– no puede negárselo a la mujer. No es desde el punto de vista del principio, es desde el temor que aquí se ha expuesto, fuera del ámbito del principio –cosa dolorosa para un abogado–, como se puede venir a discutir el derecho de la mujer a que sea reconocido en la Constitución el de sufragio. Y desde el punto de vista práctico, utilitario, ¿de qué acusáis a la mujer? ¿Es de ignorancia? Pues yo no puedo, por enojosas que sean las estadísticas, dejar de referirme a un estudio del señor Luzuriaga acerca del analfabetismo en España.*

*Hace él un estudio cíclico desde 1868 hasta el año 1910, nada más, porque las estadísticas van muy lentamente y no hay en España otras. ¿Y sabéis lo que dice esa estadística? Pues dice que, tomando los números globales en el ciclo de 1860 a 1910, se observa que mientras el número total de analfabetos varones, lejos de disminuir, ha aumentado en 73.082, el de la mujer analfabeta ha disminuido en 48.098; y refiriéndose a la proporcionalidad*

*del analfabetismo en la población global, la disminución en los varones es sólo de 12,7 por cien, en tanto que en las hembras es del 20,2 por cien. Esto quiere decir simplemente que la disminución del analfabetismo es más rápida en las mujeres que en los hombres y que de continuar ese proceso de disminución en los dos sexos, no sólo llegarán a alcanzar las mujeres el grado de cultura elemental de los hombres, sino que lo sobrepasarán. Eso en 1910. Y desde 1910 ha seguido la curva ascendente, y la mujer, hoy día, es menos analfabeta que el varón. No es, pues, desde el punto de vista de la ignorancia desde el que se puede negar a la mujer la entrada en la obtención de este derecho.*

*Otra cosa, además, al varón que ha de votar. No olvidéis que no sois hijos de varón tan sólo, sino que se reúne en vosotros el producto de los dos sexos. En ausencia mía y leyendo el diario de sesiones, pude ver en él que un doctor hablaba aquí de que no había ecuación posible y, con espíritu heredado de Moebius y Aristóteles, declaraba la incapacidad de la mujer.*

*A eso, un solo argumento: aunque no queráis y si por acaso admitís la incapacidad femenina, votáis con la mitad de vuestro ser incapaz. Yo y todas las mujeres a quienes represento queremos votar con nuestra mitad masculina, porque no hay degeneración de sexos, porque todos somos hijos de hombre y mujer y recibimos por igual las dos partes de nuestro ser, argumento que han desarrollado los biólogos. Somos producto de dos seres; no hay incapacidad posible de vosotros a mí, ni de mí a vosotros.*

*Desconocer esto es negar la realidad evidente. Negadlo si queréis; sois libres de ello, pero sólo en virtud de un derecho que habéis (perdonadme la palabra, que digo sólo por su claridad y no con espíritu agresivo) detentado, porque os disteis a vosotros mismos las leyes; pero no porque tengáis un derecho natural para poner al margen a la mujer.*

*Yo, señores diputados, me siento ciudadano antes que mujer, y considero que sería un profundo error político dejar a la mujer al margen de ese derecho, a la mujer que espera y confía en vosotros; a la mujer que, como ocurrió con otras fuerzas nuevas en la revolución francesa, será indiscutiblemente una nueva fuerza que se incorpora al derecho y no hay sino que empujarla a que siga su camino.*

*No dejéis a la mujer que, si es regresiva, piense que su esperanza estuvo en la dictadura; no dejéis a la mujer que piense, si es avanzada, que su esperanza de igualdad está en el comunismo. No cometáis, señores diputados, ese error político de gravísimas consecuencias. Salváis a la República, ayudáis a la República atrayéndoos y sumándoos esa fuerza que espera ansiosa el momento de su redención.*

*Cada uno habla en virtud de una experiencia y yo os hablo en nombre de la mía propia. Yo soy diputado por la provincia de Madrid; la he recorrido, no*



*sólo en cumplimiento de mi deber, sino por cariño, y muchas veces, siempre, he visto que a los actos públicos acudía una concurrencia femenina muy superior a la masculina, y he visto en los ojos de esas mujeres la esperanza de redención, he visto el deseo de ayudar a la República, he visto la pasión y la emoción que ponen en sus ideales. La mujer española espera hoy de la República la redención suya y la redención del hijo. No cometáis un error histórico que no tendréis nunca bastante tiempo para llorar; que no tendréis nunca bastante tiempo para llorar al dejar al margen de la República a la mujer, que representa una fuerza nueva, una fuerza joven; que ha sido simpatía y apoyo para los hombres que estaban en las cárceles; que ha sufrido en muchos casos como vosotros mismos, y que está anhelante, aplicándose a sí misma la frase de Humboldt de que la única manera de madurarse para el ejercicio de la libertad y de hacerla accesible a todos es caminar dentro de ella.*

*Señores diputados, he pronunciado mis últimas palabras en este debate. Perdonadme si os molesté, considero que es mi convicción la que habla; que ante un ideal lo defendería hasta la muerte; que pondría, como dije ayer, la cabeza y el corazón en el platillo de la balanza, de igual modo Breno colocó su espada, para que se inclinara en favor del voto de la mujer, y que además sigo pensando, y no por vanidad, sino por íntima convicción, que nadie como yo sirve en estos momentos a la República española”.*

El derecho de sufragio activo y pasivo se reconoce también para las mujeres en la Constitución de 1978, a pesar de que la presencia de las mujeres en las Cortes Constituyentes de 1977, si bien más nutrida que en el año 1933, no dejaba de ser exigua, tal y como hemos visto más arriba. No obstante este reconocimiento, la falta de visibilidad de las mujeres en el área política se manifestaba como un problema social de notable importancia, un problema que la mera voluntad de las mujeres por aumentar su presencia en la esfera política no podía solucionar.

Ello impulsa la acción legislativa que, por mandato del art. 9.2 CE, corresponde a los poderes públicos en aras a remover los obstáculos para que la igualdad efectiva de hombres y mujeres se materialice.

En el ámbito estatal, esa acción se traduce en la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata de una ley general y genérica, basada en la idea del mainstreaming de género, es decir, de la transversalidad del principio de igualdad entre mujeres y hombres en todos los niveles, lo que se refleja expresamente en la redacción del art. 15:

*“El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades”.*

La conocida como “Ley de igualdad”, resulta particularmente relevante, y podemos decir que ha tenido un impacto real directo, en lo que hace a la persecución de los objetivos de la “democracia paritaria”, esto es de un sistema en que la presencia real de las mujeres en la esfera de decisión política sea una cuestión relevante y condicionante. Dice el preámbulo de la ley:

“De la preocupación por el alcance de la igualdad efectiva en nuestra sociedad no podía quedar fuera el ámbito de la participación política, tanto en su nivel estatal como en los niveles autonómico y local, así como en su proyección de política internacional de cooperación para el desarrollo. El llamado en la Ley principio de presencia o composición equilibrada, con el que se trata de asegurar una representación suficientemente significativa de ambos sexos en órganos y cargos de responsabilidad, se lleva así también a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional. Se asumen así los recientes textos internacionales en la materia y se avanza en el camino de garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en el ámbito de la representación política, con el objetivo fundamental de mejorar la calidad de esa representación y con ella de nuestra propia democracia”.

Esta voluntad se traduce en una serie de medidas entre las que destaca la reforma del artículo 44 bis de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. En dicho precepto se establece la exigencia de que las candidaturas que se presenten a una convocatoria electoral, salvo en los municipios de menos de 3000 habitantes, deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan, como mínimo, el cuarenta por ciento, proporción que deberá mantenerse también en cada tramo de cinco puestos. La redacción literal del artículo es la siguiente:

“1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las



candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

La finalidad de esta norma electoral, es lograr el aumento de la presencia femenina en los órganos de representación política. Si las mujeres constituyen (ligeramente) más del 50% de la población, es razonable esperar una presencia del 50% en los órganos de toma de decisión política. Sin embargo no es así, ni la ley pretende tanto, y se contenta con una presencia o composición equilibrada, definiendo la Disposición Adicional Primera de la Ley, esa presencia o composición equilibrada del siguiente modo:

“A los efectos de esta ley se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento”.

Esa misma idea de la composición equilibrada preside las disposiciones relativas a los nombramientos en el seno de las Administraciones Públicas, por ser más precisos en el seno de la Administración General del Estado. Si bien el art. 16 de la Ley establece que *“Los Poderes Públicos procurarán atender al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en los nombramientos y designaciones de los cargos de responsabilidad que les correspondan”*. La norma solo vincula directamente a la Administración General del Estado, por razones que tienen que ver con el reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en lo que hace a la gestión autónoma de sus administraciones respectivas. Por eso el art. 52 establece que el Gobierno, refiriéndose al Gobierno central,

“atenderá al principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres en el nombramiento de las personas titulares de los órganos directivos de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, considerados en su conjunto, cuya designación le corresponda”.

El art. 53 exige la presencia equilibrada en los tribunales y órganos de selección de personal de la Administración General del Estado y el art. 54, prevé que:

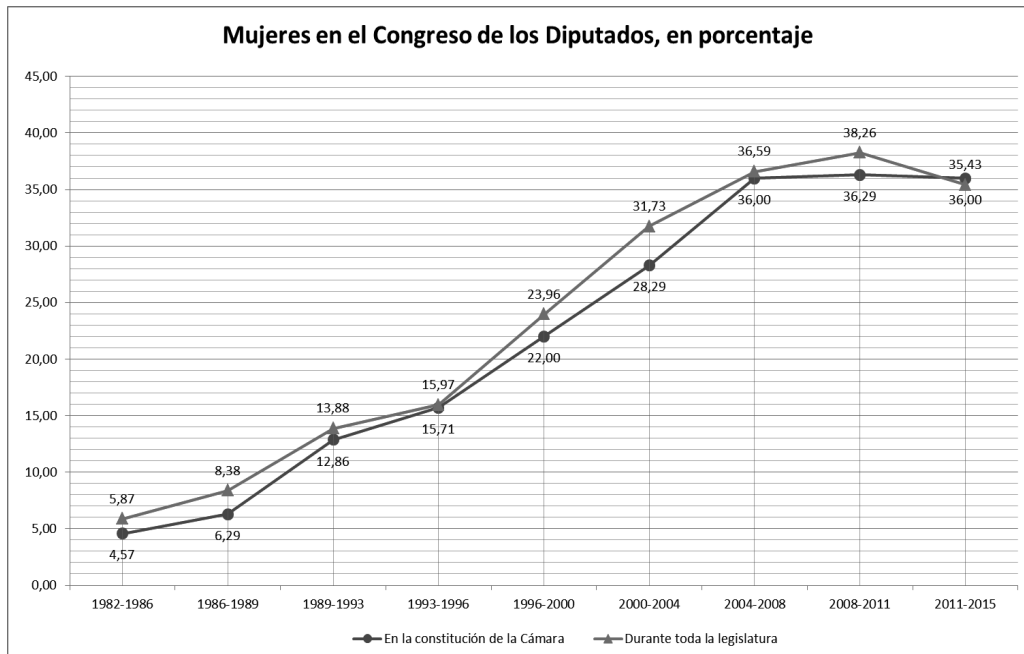
“La Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella designarán a sus representantes en órganos colegiados, comités de personas expertas o comités consultivos, nacionales o internacionales, de acuerdo con el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, salvo por razones fundadas y objetivas, debidamente motivadas. Asimismo, la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella observarán el principio de presencia equilibrada en los nombramientos que le corresponda efectuar en los consejos de administración de las empresas en cuyo capital participe”.

## ACTIVIDADES

1. *A la norma estatal acompaña normativa autonómica sobre la materia cuya lectura resulta sumamente interesante. De hecho las reglas de “alteración” de las listas electorales, para introducir en ellas procedimientos y herramientas de corrección que permitieran la presencia de las mujeres en las listas, de las que luego debería haberse derivado una presencia incrementada en los órganos de representación política, aparecen primero en las normas electorales autonómicas que en la Ley de Régimen Electoral General (reformada por la Ley de Igualdad). Por eso proponemos la lectura de las siguientes normas autonómicas, para proceder, posteriormente, a un análisis de las mismas basado en el guión que se propone más abajo.*
  - *Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña.*
  - *Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad de las Illes Balears.*
  - *Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha.*
  - *Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de fomento de la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres.*
  - *Ley 1/2003, de 3 de marzo, de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres en Castilla y León.*
  - *Ley 9/2003, de 2 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres de la Comunidad Valenciana.*

- *Ley andaluza 18/2003, de 31 de diciembre de 2003, por la que se aprueban medidas fiscales y administrativas.*
  - *Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres.*
  - *Ley 4/2005, de 18 de febrero, del País Vasco, para la Igualdad de Mujeres y Hombres.*
  - *Ley para la promoción de la igualdad de género en Andalucía Aprobada por el Pleno del Parlamento en sesión celebrada los días 14 y 15 de noviembre de 2007.*
  - *Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y hombres.*
  - *Ley 12/2010, de 18 de noviembre, de Igualdad entre Mujeres y Hombres de Castilla-La Mancha.*
  - *Ley extremeña 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre Mujeres y Hombres.*
- 2.** *Basándose en la normativa analizada, elabore un elenco de medidas normativas destinadas a garantizar el equilibrio de género en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo reconocido en el art. 23 CE. Si compara las diferentes medidas, con la representación real final de las mujeres en los órganos representativos de cada Comunidad Autónoma (véanse las estadísticas a las que se hace referencia en la siguiente página)*
- *¿Cuál considera que es más eficaz?*
  - *¿Cuál de las herramientas o medidas analizadas le parece más apropiada para alcanzar un sistema realmente representativo y por qué?*
  - *¿Qué opinión le merece la política de cuotas en materia electoral? ¿Y en materia de acceso a la administración pública?*

Estando clara la norma, que se replica, con adaptaciones y matices en la normativa autonómica, la pregunta que cabe hacerse es la siguiente: ¿llegamos las mujeres, al menos, a ese modesto 40% que prevé el principio de representación equilibrada? Veamos los datos de las diputadas electas:



Fuente. Instituto de la Mujer. Gobierno de España.

Parece, pues, que la repuesta es negativa, pero parece, también, que estamos menos lejos del objetivo que a principios del siglo XXI, hace apenas 15 años.

## ACTIVIDADES

*El gráfico anterior nos da una idea de las dificultades de trasladar la voluntad legislatoris a la realidad social. Proponemos a las alumnas y a los alumnos las siguientes actividades:*

1. *Análisis de las estadísticas que recoge el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de oportunidades en materia de "poder y toma de decisiones". Esas estadísticas están disponibles en <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=8>. Este análisis deberá permitir responder a las siguientes preguntas:*

- *¿Cuál es la presencia de la mujer en las distintas administraciones públicas, en los órganos legislativos, en los gobiernos –locales, autonómicos o locales-, en la judicatura?*
- *¿En alguno de los sectores analizados se logra la representación equilibrada?*
- *¿En qué sector se logra una representación más equilibrada?*
- *¿A qué cree que se debe?*
- *¿Existen zonas de España donde la representación es más equilibrada que en otras zonas? ¿A qué cree que es debido?*

**2. Comentario de estas dos fotografías:**



*Gobierno de Felipe González PSOE 1985-1986*



*Gobierno de Jose Luis Rodríguez Zapatero PSOE 2008-2009*

*Para completar el álbum fotográfico de los gobiernos de España puede acudir a la Web de la Moncloa: Gobiernos desde la Legislatura Constituyente hasta la actualidad, pudiéndose ampliar el comentario a la vista de la totalidad de las fotografías:*

<http://www.lamoncloa.gob.es/gobierno/gobiernosporlegislaturas/Paginas/index.aspx>

## b. La mujer y las leyes laborales

“Estamos, por fortuna, ya alejados de aquel tiempo en que Concepción Arenal pudo afirmar que en España la mujer sólo podía ser reina o estanquera. A poco que se tienda la mirada, se ve a la mujer laborar en casi todas las actividades sociales; desde luego en todas aquellas para las que no se encuentran trabas jurídicas, las sociales ha sabido vencerlas su voluntad firmemente tendida hacia la conquista de una independencia económica, sentimiento que ha ganado hoy el alma de todas las clases sociales, desde las populares a las elevadas”.

**Clara Campoamor. La nueva mujer ante el derecho. Conferencia pronunciada en la Academia de Jurisprudencia y Legislación el 13 de abril de 1925.**

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo se produce masivamente durante la segunda guerra mundial y en los países que estuvieron inmersos en el conflicto. Las mujeres ocuparon, como mano de obra, los lugares que dejaron los hombres que partieron al frente. Pero los hombres volvieron y, aunque muchas mujeres se replegaron hacia el hogar de nuevo, muchas más permanecieron en el ámbito laboral público.

*Esta época de posguerra, por cierto, ve surgir, entre otros, los postulados feministas de BETTY FRIEDAN, en Estados Unidos, y SIMONE DE BEAUVOIR, en Francia, dos referentes del movimiento feminista. La primera escribió “Mística de la feminidad” (The Feminine Mystique) en 1963. La segunda escribió “El segundo sexo” (Le Deuxième Sexe) en 1949. La presencia pública de la mujer, particularmente en el mundo laboral, no es ajena al surgimiento de esa segunda ola feminista, porque el cambio de escenario mueve los pilares de las concepciones preexistentes sobre la presencia femenina fuera del espacio doméstico. Ambos textos, “Mística de la feminidad” y “El segundo sexo”, son obras de referencia y de obligada lectura.*

En España la salida de la mujer al espacio laboral no se da exactamente en el período de nuestra posguerra, sino en la fuerte etapa de desarrollo económico que se vive entre 1969 y 1974, y en una segunda fase, superada la transición, en el período de recuperación económica tras la gran crisis de los setenta, que se da a partir de la segunda mitad de la década de los ochenta del siglo XX. Se describe además una particularidad en la forma de incorporación de las mujeres al mundo laboral en estos dos momentos diferenciados. Mientras que las mujeres de la última fase del franquismo incrementaron su participación laboral después de tener a sus hijos, las mujeres de la naciente democracia (lo mismo que las que hoy se incorporan al mundo laboral) no tienen hijos hasta que se han consolidado laboralmente.

Esta observación no es en absoluto neutral en el contexto que nos ocupa. Uno de los elementos fundamentales de discriminación laboral de las mujeres, en la actualidad, tiene que ver con su potencialidad para ser madres, o con el hecho de

que, efectivamente lo son, lo que supone su preterición a la hora de progresar en su carrera profesional, la preferencia del varón sobre la mujer a la hora de acceder a determinados puestos de responsabilidad o de mando, el desincentivo para las empresas a la hora de contratar mujeres, etc.

En la política de integración laboral española han tenido un ascendente claro las políticas de la Unión Europea. De hecho, el tema de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral es uno de los que configuran, e imprimen carácter, al “rostro social” de una Unión Europea que, partiendo de una liberal y capitalista voluntad de integración económica ha evolucionado, con el paso del tiempo y la superación de las dificultades, a un modelo de integración política que se caracteriza entre otras cosas (o eso pretende) por promover un paradigma de “supraestado” social, basado en el mantenimiento y consolidación de la suma de distintos modelos de estado del bienestar nacionales.

Ahora bien, no se nos escapa que la política social europea surge, muy poco a poco, y a medida que se consolida el mercado único, con la intención de desarrollar su alcance y mejorar las condiciones del mismo, y bajo la presión de dos tipos de fuerzas, por un lado la de las legislaciones y políticas nacionales, en cuyas manos había quedado la gestión de las cuestiones socio-laborales, y por otro la del derecho internacional de la OIT. Pero ese surgimiento progresivo, y quizá obligado por un juego de interacciones normativas entre los órdenes nacionales, el orden internacional clásico, y el orden comunitario europeo, no deja de ser instrumental de los objetivos económicos de la organización supranacional.

Así las Comunidades Europeas al desarrollar políticas de igualdad en materia laboral pretendían conseguir la incorporación de la mujer a la población activa, de modo que las filas de esta población se incrementasen en aras a garantizar el sostenimiento de unos estados del bienestar en crisis desde hace ya años. Para alcanzar ese logro puede recordarse como el art. 119 del Tratado de Roma de 1957 ya recogía el principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres que desempeñaran el mismo puesto de trabajo, como unos largos 35 años después el Tratado de Maastricht, a través del Protocolo 14 sobre política social, amplió el principio de igualdad desde la igualdad en la remuneración a una más amplia concepción de la igualdad de trato en el trabajo y la igualdad de oportunidades en el mundo laboral, y como sólo la llegada del art. 141 del Tratado de Amsterdam definió con amplitud, en el texto de los tratados constitutivos propiamente tales, la noción de igualdad de género en el ámbito laboral.

Del mismo modo, y como apuntábamos un poco más arriba, tampoco puede negarse que a la cuestión de la igualdad de género se ha unido la cuestión de la conciliación como uno de los temas fundamentales de la agenda social europea, y ello porque la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral, los cambios en la estructura familia, y la presión demográfica de la población anciana ha puesto de manifiesto lo que se ha dado en llamar la “crisis del cuidado”, es decir, la falta de recursos para ocuparse de las necesidades de cuidado (de niños, ancianos, enfermos



y dependientes) que se plantean en todas y cada una de las sociedades europeas desde el momento en que la incorporación de la mujer al mundo laboral, y los cambios sociales, psicológicos y estructurales que lleva aparejada esa incorporación y emancipación masiva de las mujeres, pone de manifiesto la necesidad de cubrir de otro modo el tradicional rol de cuidado desempeñado por la mujer.

Ambas dimensiones han sido tratadas por la política, la normativa y la jurisprudencia comunitaria y en ambos casos esas políticas, normas y sentencias han dado el impulso imprescindible a algunos ordenamientos, como el español, para ocuparse también de estas cuestiones.

En el ámbito del derecho comunitario son relevantes tres Directivas, la de igualdad, la de protección de la maternidad y la de conciliación, que se identifican literalmente como sigue:

- La Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, modificada por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002. El 14 de agosto de 2009, esta disposición sería derogada por la Directiva 2006/54/CE de 15 de agosto de 2006.
- La Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, modificada por la Directiva 2007/30/CE, de 28 de junio de 2007.
- La Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996, modificada por la Directiva 97/75/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE (Confederación empresarial europea), el CEEP y la CES (Confederación Europea de Sindicatos). Esta Directiva eleva a rango obligatorio el convenio marco europeo firmado por las organizaciones interprofesionales de carácter general, y será sustituida con efectos a partir del 8 de marzo de 2012, por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo, que aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

En el orden del derecho estrictamente interno, el Estatuto de los Trabajadores actualmente en vigor (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) recoge en el art. 4 y en el art. 17, la interdicción de discriminación por razón de sexo en el ámbito laboral. El art. 21, habla de la igualdad en la promoción, afirmando que

*“los ascensos y la promoción profesional en la empresa se ajustarán a criterios y sistemas que tengan como objetivo garantizar la ausencia de discriminación directa o indirecta entre mujeres y hombres, pudiendo*



*establecerse medidas de acción positiva dirigidas a eliminar o compensar situaciones de discriminación”;*

Y el art. 28 se refiere a la erradicación de la brecha salarial, afirmando que

*“el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla”.*

Estas obligaciones de no discriminación suponen una barrera frente al despido y la no contratación que supongan un trato no igualitario basado en el sexo, e impiden la desigualdad salarial, provocando un efecto jurídico claro, el de inversión de la carga de la prueba, que por lo demás se recoge en la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo. Tal principio procesal supone que cuando la parte demandante aporte ante un tribunal de justicia u otra instancia competente elementos de hecho que permitan suponer la existencia de una discriminación, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha existido vulneración del principio de igualdad. De este modo se evita la probatio diabólica, y se protege al elemento más débil de la relación, esto es al que es susceptible de haber sufrido trato discriminatorio, en este caso la mujer.

Junto a las previsiones anteriores, la conciliación de la vida familiar y laboral, pasa por la aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de la personas trabajadoras, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La ley de Igualdad, contiene un apartado extensión relativo al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades mediante la incorporación de medidas que garanticen la igualdad entre sexos en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las condiciones de trabajo, buscándose, además, potenciar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la corresponsabilidad en los cuidados. No obstante, el legislador no puede intervenir, de forma directa, en la libertad de contratación de los particulares, de los empleadores, de modo que se limita a prever tres tipos de medidas de alcance indudablemente limitado:

1. La elaboración de planes de igualdad y traslado de la responsabilidad a la negociación colectiva. El art. 45 de la ley estipula que *“las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral”.* Junto a ello se prevé que en el caso de *“las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el*

*alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral".*

2. Evitación del acoso sexual. El art. 46 se refiere a que *"Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados"*.
3. Creación del Distintivo empresarial en materia de igualdad. El art. 50 prevé que *"El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios"*.

Pero junto a las previsiones genéricas anteriores, la Ley, en la Disposición adicional décimo primera, modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para introducir o mejorar los siguientes instrumentos de conciliación, que exponemos de manera sucinta, remitiendo a la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores (en la redacción que le da, obviamente, la Ley de Igualdad.

- **Permiso de maternidad.** En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá la opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto.
- **Permiso de paternidad.** En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta ley, el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato durante trece días ininterrumpidos, ampliables en el supuesto de parto, adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo.
- **Permiso de lactancia.** Las trabajadoras, por lactancia de un hijo menor de nueve meses, tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo, que podrán dividir en dos fracciones. La duración del permiso se incrementará proporcionalmente en los casos de parto múltiple. La mujer, por su voluntad, podrá sustituir este derecho por una reducción de su jornada en media hora con la misma finalidad o acumularlo en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, si es el caso, el establecido en aquella. Este permiso podrá ser disfrutado indistintamente por la madre o por el padre en caso de que ambos trabajen.

- **Reducción de jornada.** Quien, por razones de guardia legal, tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años o una persona con discapacidad física, psíquica o sensorial, que no desempeñe una actividad retribuida, tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la merma proporcional del salario entre, por lo menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquella.
- **Excedencia por cuidados a menores y familiares.** Los trabajadores tendrán derecho a un período de excedencia de duración no superior a tres años para atender el cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, aunque estos sean provisionales, contados desde la data de nacimiento o, si es el caso, de la resolución judicial o administrativa. También tendrán derecho a un período de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender el cuidado de un familiar hasta lo según grado de consanguinidad o afinidad que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no se pueda valer por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.
- **Vacaciones.** Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa a que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, con el parto o con la lactancia natural se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del permiso que por aplicación del dicho precepto le correspondiera al finalizar el período de suspensión, aunque finalizara el año natural a que correspondan.
- **Flexibilidad de jornada.** El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, si es el caso, el previsto en aquella.

## ACTIVIDADES

*Vista la legislación expuesta, parece razonable pensar que la promoción de la igualdad de género en el ámbito laboral y la promoción de la conciliación son dos caras de una misma moneda, y no se puede entender una sin la otra. Del mismo modo que la configuración de ambas ha de ser necesariamente sincrónica, para evitar que los objetivos perseguidos por una, no entren en contradicción con los que se pretenden en la otra, o dicho de otro modo, para evitar que las políticas de conciliación perpetúen el rol femenino de cuidado, reincidiendo en la desigualdad de género que las políticas de igualdad tratan de mitigar.*

*Las estadísticas sobre conciliación nos indican que son las mujeres las que intentan conciliar de manera mayoritaria.*

*Se propone el análisis de los datos que facilita el Instituto de la Mujer, en relación con el uso de alguna de las herramientas de conciliación y protección de la maternidad expuestas más arriba. Los datos se encuentran en: <http://www.inmujer.gob.es/estadisticas/consulta.do?area=6>.*

*También se propone la lectura del artículo de DANIEL FERNÁNDEZ KRANZ Y NÚRIA RODRÍGUEZ PLANAS: Efectos perversos de la Ley para la Conciliación de la Vida Laboral y Familiar en España, publicado en el Blog de economía "Nada es Gratis" (disponible en <http://nadaesgratis.es/cabrales/efectos-perversos-de-la-ley-para-la-conciliacion-de-la-vida-laboral-y-familiar-en-espana-2>).*

*Al hilo del análisis de los datos y las opiniones reflejadas en el artículo, abrir un turno de debate sobre los siguientes puntos:*

- a) *¿Considera que las medidas analizadas facilitan o dificultan, en términos generales, la incorporación de la mujer al mundo laboral?*
- b) *¿Qué opina de las medidas propuestas por el movimiento "Conciliación Real Ya" y que se resumen en lo siguiente:*
  - *Ampliación de los periodos de baja maternal y paternal, para facilitar la lactancia, el apego, y la corresponsabilidad en la crianza de los que serán ciudadanos del futuro.*
  - *Fomentar la flexibilidad de horarios, el trabajo a distancia, el trabajo por objetivos, el teletrabajo y las jornadas intensivas como motores de mejora productiva y a la vez conciliación.*
  - *Dar apoyo a empresas que faciliten la conciliación mediante la creación de guarderías en las empresas, salas de lactancia...*
  - *Baja laboral por enfermedad grave y/o ingreso de hijo/a prolongado para uno de los progenitores.*
  - *Ampliación de la edad del menor para la concesión de la reducción de jornada y de la excedencia con reserva de puesto, y aumento del periodo de excedencia con reserva de puesto.*
  - *Incentivar a empresas que promocionen a los trabajadores/as que se reincorporen después de medidas conciliadoras como baja por nacimiento, excedencia?*
- c) *¿Qué opina de la propuesta de imponer permisos iguales e intransferibles defendida por la Plataforma Iguales e Intransferibles PIINA (<http://igualeseintransferibles.org/>)?*
- d) *¿Es capaz de visualizar el conflicto entre la maternidad entendida como crianza con apego (lactancia natural, cuidado de los hijos por la madre*

*en la primera infancia) y el feminismo de la igualdad, a través de la discusión sobre los derechos de conciliación y la integración laboral de las mujeres? Resulta interesante a este respecto el trabajo de la filósofa francesa ÉLISABETH BADINTER: La mujer y la madre: un libro polémico sobre la maternidad como nueva forma de esclavitud, la esfera de los libros, 2011.*

## **5. EL TRÁNSITO DE LO PRIVADO A LO PÚBLICO POR LA VÍA DEL DERECHO PENAL**

La violencia que sufre la mujer por el hecho de serlo y la potencialidad de la mujer como madre son dos elementos que se mueven de una forma singularmente compleja del ámbito de la intimidad personal y familiar, esto es del ámbito de la autodeterminación personal, al ámbito de lo público, por el interés que ambas cuestiones pueden llegar a revestir para la sociedad, para el mantenimiento del orden público, y para la propia ruptura de los esquemas clásicos de sometimiento de la mujer al varón. Por eso mencionamos en este punto la violencia de género, como forma de expresión extrema de la desigualdad, que subyuga a la mujer a la voluntad del hombre por medios violentos, bien haciéndola víctima de malos tratos en el ámbito de las relaciones de pareja, bien haciéndola víctima de explotación sexual e incluso de trata de personas con fines de explotación sexual, bien convirtiéndola en víctima de delitos contra la indemnidad o la autodeterminación sexual. Todas estas cuestiones transitan de lo privado a lo público desde el punto de vista histórico, y desde el punto de vista de la aproximación al problema, que muchas veces las propias mujeres integran como “problemas personales” y no como problemas de orden público, dificultando su erradicación. Por eso hablamos también de las conductas delictivas en torno a la vida prenatal y a la libertad de reproducción, cuestiones que, pudiendo tratarse desde el ámbito de la decisión personal de las mujeres y los hombres, adquieren una dimensión pública por mor de su criminalización. Ninguno de estos temas se trata en profundidad en este trabajo, porque siendo conscientes de su complejidad y del limitado alcance de estos materiales, hemos preferido limitarnos a dar algunas pautas que orienten la reflexión, abriendo cuestiones que puedan ser trabajadas en el aula.

### **a. De la noción de violencia intrafamiliar al concepto de violencia de género**

*Cuando era niña, en Chile, escuché muchas veces un dicho que era común en esa época: ‘quien te quiere te aporrea’, que significa algo así como ‘quien te quiere te trata mal’. Esta frase –aceptada entonces sin muchos cuestionamientos- hoy a todas luces se ha convertido en lo que verdaderamente es: un silencio cómplice frente a la violación a los derechos humanos de las mujeres. En sociedades que avanzan decididamente hacia mayor igualdad, justicia y equidad, la violencia de género es una amenaza contra la democracia, la paz y la estabilidad de nuestros países”*

***Michele Bachelet. Discurso de 25 de noviembre de 2011, en el ejercicio de su cargo como Directora Ejecutiva de ONU Mujeres.***

El art. 1 de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, también conocida como la Convención de Belem do Pará, uno de los documentos internacionales fundamentales en el ámbito de la violencia de género, y que, aunque no es derecho vigente en España es norma integrante del acervo internacional sobre este tema, dice que “debe entenderse por violencia contra la mujer a cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Esta definición tan amplia nos permite identificar claramente los elementos básicos del concepto de violencia de género, al poner de manifiesto que la misma se traduce en cualquier tipo de agresión a una mujer perpetrada por el hecho, precisamente, de ser mujer.

Esos elementos, que dan fuerza al concepto, son los que nos hacen optar por esta noción, descartando otras también muy utilizadas en el ámbito que nos ocupa, como la violencia familiar, intrafamiliar o doméstica, porque la violencia de género tiene una fortísima connotación de discriminación hacia la mujer, connotación que no se haya en las otras nociones apuntadas. Violencia familiar es también la que se dirige contra los niños, por ejemplo, pero sus raíces son distintas de las que se encuentran en la violencia de género y la forma de luchar contra ella también es diversa. A su vez, violencia de género puede darse fuera del ámbito de la familia en sentido estricto, respecto de antiguas parejas o de parejas ocasionales que aún no han integrado el núcleo familiar. En el mismo sentido es preciso reconocer que los delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales pueden o no darse en el ámbito de la familia, pudiendo identificarse muchos supuestos en que estos delitos son perpetrados por desconocidos. También juega a favor de la utilización de la noción genérica de violencia de género, la posibilidad de incluir en el mismo el fenómeno de la prostitución forzada, o de la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual.

Lo realmente importante es que la violencia de género esconde, o quizá sería más adecuado decir que pone de relieve, una consideración de la mujer como un ser inferior, que “pertenece” a aquel que sobre ella ejerce violencia, y que ha de someterse al señorío de otro. Esto es, pone de manifiesto lo arraigado de las relaciones estructurales de desigualdad entre hombres y mujeres de cualquier raza, cultura y condición social. La utilización de esta expresión nos recuerda esas realidades y enfoca, de forma mucho más conveniente, las medidas a las que acudir para luchar contra este particular tipo de violencia.

La violencia de género adopta las siguientes formas: matrimonio infantil forzado, mutilación genital femenina, violencia sexual, trata de seres humanos y explotación sexual forzada, y violencia por un compañero sentimental. Buena parte de esas violencias encuentran reflejo y mecanismos penales de reacción en nuestro ordenamiento jurídico. No pudiendo referirnos a todas, pondremos de relieve las

que consideramos cuantitativamente más importantes por poder afectar a mayor número de mujeres.

En lo que hace a la construcción de un moderno derecho penal sexual, se destaca la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, disposición revisora del Código Penal que asume, por primera vez, un cambio de visión de tipo global al consagrar, como bien jurídico protegido, la libertad sexual de los hombres y de las mujeres (Herrera Moreno, 1999, p. 98). En la línea con la reforma de 1989, el Código Penal de 1995, avanza en la misma línea de protección y responde a criterios de amparo social ante situaciones discriminatorias (exposición de motivos de la LO 10/1995, se 23 de noviembre). Con este espíritu, se tipifican las agresiones y abusos sexuales, distinguiéndose las primeras porque se exige empleo de violencia o intimidación y las segundas porque existe una mera ausencia de consentimiento por parte de la víctima (arts. 178 CP –agresión sexual-, 179 CP –violación- y 181, 182 y 183 CP –abusos sexuales). También se tipifica el acoso sexual (art. 184 CP), existiendo un tipo especial cuando el acoso se da en el ámbito de la administración pública (arts. 443-445 CP).

Por lo que hace a la cuestión de la violencia de género en el ámbito de las relaciones afectivas, en España, el punto de inflexión lo marca la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. A pesar de su nombre, la ley no afronta la totalidad de fenómenos que son expresión de la violencia de género, sino que se limita a tratar situaciones de violencia que se produce en las relaciones de afectividad, vigentes o concluidas. Esto hace que, en España, en ocasiones se tome la parte por el todo, y se hable de violencia de género para referirse a los supuestos que contempla la ley. Pero hemos de ser conscientes de las limitaciones de esta visión del concepto. Por otro lado, el elemento positivo que se asocia a esta denominación tiene que ver con la separación de la noción, más clásica, de violencia intrafamiliar, y por poner el foco en el hecho de que la violencia se da contra la mujer por el hecho de serlo, y es cualitativamente distinta de la que se puede llegar a ejercer sobre otros miembros de la familia. Además se destaca de la ley española que procura dar un tratamiento integral al tema de la violencia de género, un tratamiento que vaya más allá de la respuesta penal y que identifique de forma autónoma la violencia contra las mujeres.

La finalidad de la ley integral es cubrir todos los ámbitos jurídicos que pueden tener relación con la violencia de género, desde la regulación de las medidas educativas destinadas a prevenir la violencia, hasta las previsiones asistenciales imprescindibles para ayudar a la mujer a salir del círculo de la violencia rompiendo su dependencia económica del varón. El peligro de este tipo de normas —en general amplias— es que su contenido político sea mucho mayor que su contenido normativo, restando eficacia a las previsiones de la ley.

## **ACTIVIDADES**

*Se propone realizar un análisis de la Ley Orgánica 1/2004. Para ello se sugiere servirse del dossier publicado por AGENDA PÚBLICA, coordinado por*



la profesora ARGELIA QUERALT: <https://es.scribd.com/doc/248071526/Dossier-Violencia-de-genero>

*Una vez analizada la norma, y los comentarios contenidos en el dossier, responda a las siguientes cuestiones:*

- a) *¿Cómo se articulan en la ley las medidas cautelares o de protección? A la vista de su aplicación real ¿cree que son útiles las órdenes de alejamiento como medida cautelar?*
- b) *¿Qué opinión le merece el régimen de tutela y de visitas establecido en casos de denuncias y procedimientos penales abiertos por violencia de género (en el sentido de la Ley Integral)?*
- c) *¿Cómo se trata la figura del desistimiento en la ley española? ¿le parece una aproximación adecuada?*

Por su parte, el tema de la trata de seres humanos para la explotación sexual, que se identifica también por ONU Mujer, como hemos visto, como manifestación de la violencia de género, es mucho más complejo, porque en España, la discusión sobre el mismo se ve “contaminada” por el nunca abierto debate sobre la prostitución, y con el completísimo debate sobre el control de fronteras.

La cuestión de la trata se regula en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo), en el Convenio europeo sobre la lucha contra la trata de seres humanos y en la Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas.

A nivel nacional el art. 177 bis CP, incorporado en el año 2010, determina el tipo objetivo del delito de trata de seres humanos, estableciendo que será considerado reo de trata de seres humanos el que “sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiere, recibiere o la alojare” con la finalidad de proceder a explotación laboral, sexual o de extraer sus órganos corporales, no exigiendo los medios enunciados cuando la víctima tenga menos de 18 años. Además se establece un tipo agravado cuando la víctima sea menor de edad (art. 177.4 b) CP) y, en esos casos, el delito de trata puede perseguirse en concurso con los delitos “relativos a la prostitución y la corrupción de menores” (Capítulo V del CP), que condena la prostitución forzada (art.188.2 y 3 CP), la explotación sexual de menores (art.187 y 189 CP) y la pornografía de menores de edad (art.189 CP) , al tipo relativo a las adopciones ilegales (el art. 221 CP) o al que castiga el tráfico de menores para la práctica de la mendicidad o de la mendicidad forzada (art.232.2 CP).



Junto a lo anterior, el art. 59 de la Ley Orgánica de Derechos y Deberes de los Extranjeros en España, establece que las víctimas de trata pueden quedar exentas de su responsabilidad administrativa, no pudiendo por tanto ser expulsadas, si denuncian a los autores del delito o colaboran en la persecución penal, tras lo cual se les podrá facilitar el retorno asistido a su país de origen o la autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales.

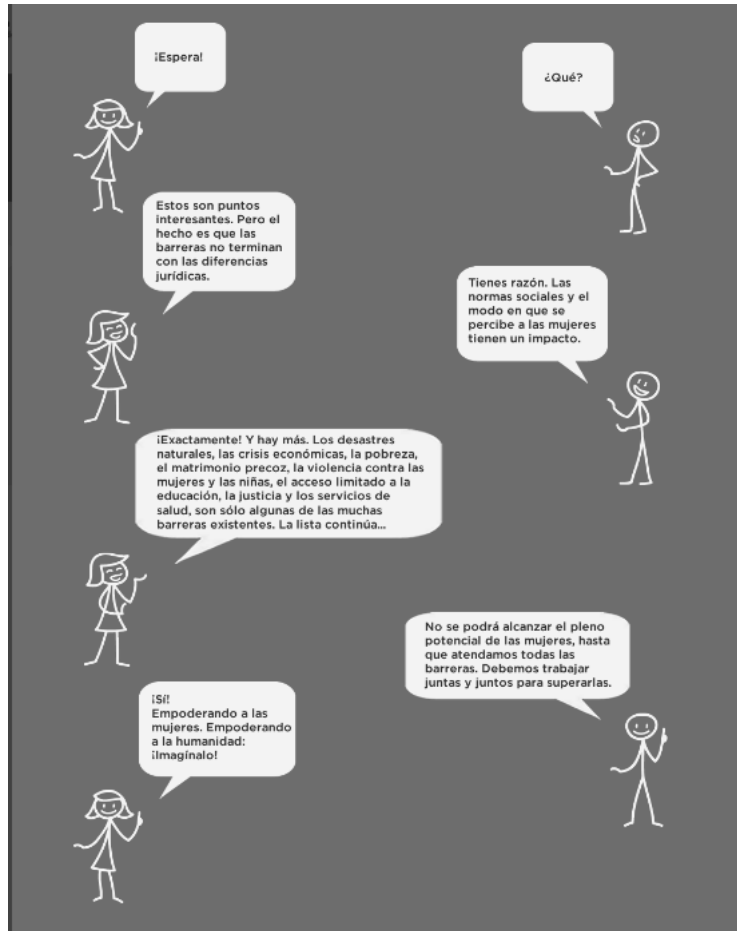
## ACTIVIDADES

*La trata de seres humanos, es un grave problema de derechos humanos. En este ámbito, la lucha penal, no es suficiente. La sensibilización es fundamental y prioritaria, por eso proponemos al alumnado ver alguno de los siguientes documentos. Obviamente, el visionado se completaría con la posterior realización de un videoforum. Se sugiere la visión combinada de los cortos (documentos 1 a 8) o la visión de alguno de los largometrajes de forma separada.*

1. UNICEF: protección víctimas en NIGERIA: [https://www.youtube.com/watch?v=qTIL\\_Kc4kRM](https://www.youtube.com/watch?v=qTIL_Kc4kRM)
2. Documento trata infantil: <https://flipboard.com/section/child-labor-b1NZYk>
3. Campaña Unicef USA: [https://www.youtube.com/watch?v=wVz\\_PbZyLa8](https://www.youtube.com/watch?v=wVz_PbZyLa8)
4. Vídeo MTV y Calle 13, cápsula Laura: <https://www.youtube.com/watch?v=ise3uVnF338&width=640&height=480>
5. Anuncio Policía campaña "No seas cómplice" <http://www.youtube.com/watch?v=M2C7cNNklio>
6. Spot Unión Europea: [http://www.youtube.com/watch?v=IAUzg0g-fo\\_k#t=16](http://www.youtube.com/watch?v=IAUzg0g-fo_k#t=16)
7. Spot Unicef Honduras: <http://www.youtube.com/watch?v=6l1ipVdDyQ>
8. Spot ECPAT y The Body Shop: <http://www.youtube.com/watch?v=Xo8qbxUhGfl>
9. Película "La mosca en la ceniza": <http://www.youtube.com/watch?v=7j9JR2OTKfo>
10. Película "Traffick": <http://www.imdb.com/title/tt0461872/>
11. Película "Trade": <http://www.youtube.com/watch?v=XbwRapQMFSU>
12. Película "Volviendo": <http://vimeo.com/42385724>
13. Película "Selling of Innocents": <https://www.youtube.com/watch?v=O41xK3nUjDg>
14. ALMA: <https://www.youtube.com/watch?v=ExKrOTNzd8Y>

b. Los derechos vinculados a la salud sexual y reproductiva

El análisis de esta cuestión se remite íntegramente al capítulo intitulado “Género y Tribunal Constitucional”.



Fuente ONU Mujeres

<http://www.unwomen.org/es>

## 6. BIBLIOGRAFÍA

BALAGUER, M.L.: *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del Género. Feminismos.* Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer. 2005.

BENGOECHEA GIL, M.A., “Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres” en AA.VV, “Mujer, libertad e igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano”, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2007, pp. 63-95.

- CAMPOAMOR, C., El derecho de la mujer. Recopilación de tres de las conferencias iniciadas en 1922 por Clara Campoamor. Comunidad de Madrid, BOCM, 2007.
- CONDORCET, DE GOUGES, DE LAMBERT y otros, La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII, edición de A. H. Puleo, Antrophos, Madrid, 1993.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO (COCETA): Estudio sobre la realidad social y laboral de las mujeres en el Cooperativismo de trabajo asociado en España, Madrid, 2004.
- CUENCA, P.: "Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978", en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 8, julio 2008.
- ESQUEMBREVALDÉS, M.M., "Género, Ciudadanía, mujeres y Constitución", *Feminismos*, núm. 8, 2006, pp. 35-51.
- IZQUIERDO BENITO, M.J., "Los derechos de la mujer en la Constitución de 1978", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979 (ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978), pp. 205-222.
- MACKINNON, K.A.: *Hacia una teoría feminista del Estado*. Universitat de València, 1995.
- MARTÍNEZ MIRANDA, R., "La condición de la mujer en el Derecho del trabajo español", *Anuario de estudios jurídicos y sociales*, núm. 4, 1975, pp. 259-298.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mcgraw-Hill, Madrid, 1995.
- RUBIO MARÍN, R.: *Mujer e Igualdad: la norma y su aplicación (aspectos constitucionales, penales y civiles)*. [Tomo I (RUBIO MARÍN, R.): el ordenamiento constitucional; logros y posibilidades. Tomo II (HERRERA MORENO, M): aspectos penales, procesales y penitenciarios. Tomo III (VIVAS TESÓN, I): La situación de la mujer en el derecho civil]. Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de la Presidencia, Sevilla, 1999.
- SÁNCHEZ URRUTIA, A. Y PUMAR BELTRÁN, N. (COORDS.) *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*. Universidad de Barcelona, 2013.
- VALLÉS AMORES, M.L.: *La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de Familia, Feminismo/s*, nº 8, Alicante, 2008.
- Varela, N. *Feminismo para principiantes*. Ediciones B, 2005. 2ªed. 2008.
- VENTURA FRANCH, A., *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, Instituto de la Mujer, 1999.
- "Las mujeres, la Constitución y el derecho de familia" en *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 467- 494.

WOLLSTONECRAFT, M., Vindicación de los derechos de la mujer, trad. y ed. de Marta Lois, Istmo, Madrid, 2005

**Páginas web de referencia:**

Dones juristes. Mujeres juristas.

<http://donesjuristes.cat/>

Mujeres juristas Themis

<http://www.mujeresjuristasthemis.org/>

Instituto de la Mujer

<http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/mainstreaming/home.htm>



# Género y Tribunal Constitucional

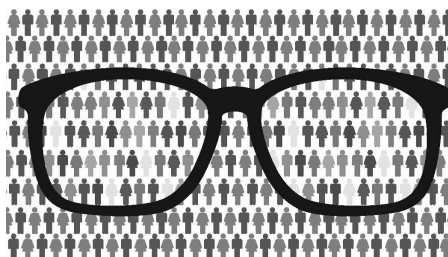
*Carmen Montesinos Padilla.  
Profesora visitante de Derecho constitucional.  
Universidad de Vigo*

“(E)l feminismo discurre históricamente por la senda del constitucionalismo. Reconstruir la ciudadanía y los derechos fundamentales desde la perspectiva de género requiere, por tanto, analizar históricamente ambas categorías sin desvincularlas del programa jurídico político erigido sobre éstas: las Constituciones” (ESQUEMBRE VALDÉS, M<sup>a</sup> del Mar: 2010, 137)

## 1. INTRODUCCIÓN

Con el presente capítulo se pretende imbuir a las lectoras y lectores en un análisis con perspectiva de género de la doctrina jurisprudencial del TC español en materia de lo que, en la terminología del Alto Tribunal, siguen siendo consideradas discriminaciones por razón del sexo.

Si bien es cierto que las constituciones liberales y sociales han plasmado ciertas reivindicaciones feministas, el análisis desde una perspectiva de género de la jurisprudencia constitucional debe partir de la premisa de la parcialidad o subjetividad masculina del Derecho. La teoría feminista ha desvelado la construcción androcentrista del constitucionalismo, y el objetivo final de las páginas que siguen no es otro que mostrar las reminiscencias de esta cosmovisión en la interpretación de nuestra Norma Fundamental. Para ello se adoptará una doble metodología, la analítico-descriptiva y la crítico-propositiva. Así, se pretende realizar una exposición sistemática de la principal jurisprudencia del TC en materia de igualdad por razón del sexo (género), pero adoptando para ello una perspectiva de género mediante la propuesta de una serie de actividades para la reflexión crítica.



## ACTIVIDADES

Para alcanzar el objetivo propuesto es indispensable concretar las implicaciones de la adopción de una perspectiva de género. Para ello, se recomienda la lectura de los siguientes documentos:

- CONWAY, Jill K., BOURQUE, Susan C., SCOTT, Joan W , « El concepto de género», LAMAS, Marta, *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, Miguel ángel Porrúa, México, 2000 (disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/Eventos/2013/0308/doc/20130315.pdf>).
- GAMBA, Susana Beatriz, "Qué es la perspectiva de género y los estudios de género?", *Mujeres en Red. El periódico feminista* (disponible en [http://www.mujeresenred.net/IMG/article\\_PDF/article\\_a1395.pdf](http://www.mujeresenred.net/IMG/article_PDF/article_a1395.pdf)).
- LACALLE, María, MARTÍNEZ, Patricia (Coords.), *La ideología de género. Reflexiones críticas*, Ciudadela, Madrid, 2009.
- LLANES, M<sup>a</sup> Isabel, *Del sexo al género. La nueva revolución social*, Eunsa, Pamplona 2010.

*El análisis de la adopción de una perspectiva de género en la impartición de docencia en materias jurídicas ha ocupado buena parte del último número 21 (noviembre de 2015) de la Revista General de Derecho Constitucional:*

- SANCHÍS VIDAL, Amelia, "Interpretación jurídica, igualdad y género en los estudios de derecho. Aportaciones epistémicas y feministas".
- TORRES DÍAZ, Concepción, "Transferencia de conocimientos y feminismo jurídico: entre la teoría y la práctica constitucional".
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, Itziar, QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, "La palabra y los silencios de los docentes: el Derecho constitucional y la perspectiva (de género)".

Con el análisis de la doctrina del TC en aplicación de la igualdad y la no discriminación por razón del sexo (género), se pretende tanto poner de manifiesto la plasmación de ciertas vindicaciones feministas como, y sobre todo, de impulsar un

cambio en la perspectiva desde la que habitualmente se ha analizado la jurisprudencia constitucional sobre la materia, revelando así los ámbitos de la realidad femenina que el Alto Tribunal español parece obviar, o no querer afrontar, en su lucha contra la histórica subordinación de las mujeres. Para ello resulta ineludible una breve referencia histórica a los distintos movimientos feministas.

## 2. FEMINISMO Y CONSTITUCIONALISMO

“(E)l feminismo es un rico instrumento para llenar de contenidos más democráticos los valores que podríamos querer preservar. Es decir, conociendo el pensamiento feminista, podríamos mantener –dándoles otro contenido– los principios e instituciones que el mismo Derecho nos ha enseñado a valorar para así poder lograr más justicia y armonía en nuestras sociedades” (FACIO, FRIES: 1999, 25)

Para poder identificar tanto las principales reivindicaciones feministas plasmadas en la Constitución española de 1978 y en la jurisprudencia que la interpreta, como los desafíos que la reconstrucción de la subjetividad de la mujer sigue planteando, resulta ineludible un breve repaso al origen y los reclamos de las tres olas feministas. Sólo así podremos entender el carácter progresivo de las vindicaciones de los distintos movimientos y el consecuente paso de la igualdad formal de las constituciones liberales a la igualdad material de los textos constitucionales de mediados del siglo XX.



### ACTIVIDADES

*La palabra “feminismo” es relativamente moderna y aparece después de que las mujeres efectivamente comenzaran a vindicar la igualdad entre sexos. Si bien es cierto que no existe unanimidad entre la doctrina sobre la clasificación de los movimientos feministas, aquí seguiremos la clasificación de las autoras que vinculan el nacimiento del feminismo a la Ilustración, a la conformación de un nuevo orden social y político regido por unos principios universalistas de los que quedan excluidos las mujeres y frente a los que el así llamado “feminismo ilustrado”, pretendió evidenciar sus incoherencias y contradicciones. Así lo entendemos pues de otro modo podría parecer*



que, como señala Jane Freedman, no ha existido actividad feminista con carácter previo al sufragismo (FREEDMAN, Jane: 2004, 18-19).

Por tanto, ya desde un primer momento el feminismo se conecta con la teoría de los derechos humanos. Así lo ponen de manifiesto la "Vindicación de los Derechos de los Hombres" de Mary Wollstonecraft y "La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana", de Olympe De Gouges.

La segunda ola feminista, que abarca el siglo XIX y la primera mitad del siglo XX, se identifica, aunque de forma algo simplificada, con el feminismo sufragista, que se desenvuelve con notables diferencias en Estados Unidos y Europa. En el caso europeo destaca la obra de John Stuart Mill ("El sometimiento de la mujer"). No obstante, no podemos olvidar la "Declaración de Seneca Falls", de 1848, en la que se reclamaba la independencia de la mujer de las decisiones de padres y maridos, así como el derecho al trabajo, al que daban prioridad por encima del derecho al voto.

Gracias a las luchas del feminismo ilustrado y decimonónico, tras la Primera Guerra Mundial la mayoría de los países occidentales reconocieron el derecho al voto de las mujeres.

En último lugar, la tercera ola comienza con las revoluciones de los años 60 hasta la actualidad. Las obras de referencia son "El segundo sexo", de Simone de Beauvoir y "La mística de la femineidad", de Betty Friedan. Durante los primeros años, los problemas de las mujeres en el ámbito privado y el análisis de las causas de la opresión, con el punto de mira puesto en el concepto del patriarcado, van a impulsar un feminismo que se escinde en dos visiones fundamentales: la de la igualdad y la de la diferencia (SUAREZ LLANOS, María Eleonor: 2002, 63 y ss). El feminismo de la igualdad incluye el feminismo liberal, el socialista y el marxista. El feminismo liberal se caracterizó por definir la situación de las mujeres como una situación de desigualdad y por postular la reforma del sistema hasta lograr la igualdad entre los sexos. Desde el feminismo socialista y marxista se sostiene que la opresión de las mujeres se debe a la confluencia de los sistemas patriarcal y capitalista.

El feminismo liberal ha sido criticado por intentar asimilar las mujeres a los hombres y por su conservadurismo. Sin embargo, como recuerda Samara de las Heras, entre las contribuciones del feminismo liberal deben destacarse "la acción afirmativa y los desarrollos constitucionales, legislativos y jurisprudenciales en torno a la igualdad" (DE LAS HERAS AGUILERA, Samara: 2009, 61). Siguiendo precisamente a esta última autora, podríamos decir que el feminismo de la diferencia defiende, por un lado, que la causa de la desigualdad real entre mujeres y hombres es la caracterización patriarcal de la mujer y los esfuerzos feministas por igualar a mujeres y hombres y, por otro, que las mujeres ni quieren ni pueden insertarse como iguales en un mundo proyectado por los hombres.

1. Esta panorámica puede completarse con la lectura de, entre muchas otras, las siguientes obras:

- BELTRÁN, Elena, MAQUIEIRA, Virginia (Eds.), *Feminismos. Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial, Madrid, 2005.
- CELIA Y DE MIGUEL, Ana (Eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la Globalización*, Minerva Ediciones, Madrid, 2005.
- FISS, Owen M., “¿Qué es el feminismo?”, *Doxa*, Nº 14, 1993.

2. Sobre las especificidades de cada una de las tres olas feministas:

a) ¿Qué es la National Organization for Women? ¿Quién la fundó? ¿A qué ola feminista nació vinculada? ¿Cuáles son sus principales reivindicaciones en la actualidad?

b) El concepto de patriarcado resulta esencial para la articulación del feminismo, especialmente del socialista-marxista de la segunda ola. Por ello, resulta imprescindible manejar con cierta soltura los postulados básicos en los que se sustenta este concepto. Para ello se recomienda la lectura, entre muchas otras, de las siguientes obras:

- AMORÓS PUENTE, Celia, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Anthropos, Barcelona, 1991.
- LERNER, Gerda, *La creación del patriarcado*, Crítica, Barcelona, 1990.
- MARUGÁN PINTÓS, Begoña, VEGA SOLÍS, Cristina, “Gobernar la violencia: apuntes para un análisis de la rearticulación del patriarcado”, *Política y sociedad*, Vol. 39, núm. 2, 2002, pp. 415-436.
- SENDÓN DE LEÓN, Victoria, *Mujeres en la era global: contra un patriarcado neoliberal*, Icaria, Barcelona, 2003.

3. El eslogan “lo personal es político” es atribuido al feminismo radical norteamericano que se desarrolló entre 1967 y 1975 y que incorpora como obras fundamentales la “Política sexual”, de Kate Millet y “La dialéctica de la sexualidad”, de Sulamit Firestone. El libro de Millet fue la primera tesis doctoral sobre género, que la autora leyó en la Universidad de Oxford en 1969. Se sugiere pedir al alumnado que realice un comentario del siguiente extracto de la referida obra:

*“Un examen objetivo de nuestras costumbres sexuales pone de manifiesto que constituyen, y han constituido en el transcurso de la historia, un claro ejemplo de relación de dominio y subordinación (...) Aun cuando hoy día resulte casi imperceptible, el dominio sexual es tal vez la ideología más profundamente arraigada en nuestra cultura, por cristalizar en ella el concepto más elemental de poder. Ello se debe al carácter patriarcal de nuestra sociedad y de todas las civilizaciones históricas. Recordemos que el ejército, la industria, la tecnología, las universidades, la ciencia, la política*

*y las finanzas –en una palabra, todas las vías del poder, incluida la fuerza coercitiva de la policía–, se encuentran por completo en manos masculinas. Y como la esencia de la política radica en el poder, el impacto de ese privilegio es infalible. Por otra parte, la autoridad que todavía se atribuye a Dios y a sus ministros, así como los valores, la ética, la filosofía y el arte de nuestra cultura –su auténtica civilización, como observó T. S. Eliot–, son también de fabricación masculina. (...) La supremacía masculina, al igual que los demás credos políticos, no radica en la fuerza física, sino en la aceptación de un sistema de valores cuya índole no es biológica”.*

Feminismo y constitucionalismo se encuentran estrechamente vinculados. Parafraseando a M<sup>a</sup> del Mar Esquembre, podemos afirmar que el constitucionalismo moderno, como discurso jurídico-político asentado sobre las bases de la igualdad y la libertad, se conforma como una herramienta idónea para la aplicación del paradigma feminista en tanto que las abstracciones universales y aparentemente neutras en las que el mismo se basa, son las que propician las primeras vindicaciones sobre las que se articulará el discurso feminista (ESQUEMBRE VALDÉS, M<sup>a</sup> del Mar: 2010, 141).

La positivación del sujeto en el Derecho Público tiene lugar con las declaraciones de derechos y las primeras constituciones. La Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 supuso la identificación del sujeto (a través de sus derechos) como elemento definidor del concepto de constitución (art. 16) y como fin del Estado (art. 2). Pero, ¿de qué sujetos? El propio título de la Declaración de 1789 nos ofrece una clara respuesta a este vital interrogante. La Declaración francesa supuso la separación de dos esferas, la pública y la privada. Las mujeres quedamos entonces excluidas de la esfera pública, mientras que en la privada permanecemos en una situación de dependencia. Fue Olympe de Gouges quien, en su *Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana* (1791), a la que ya se hizo referencia en capítulos precedentes, situó esta exclusión en el propio pacto constituyente. Además, el principio de representación parlamentaria consagró el sufragio censitario, en el que fue determinante el criterio de propiedad. Esta separación se trasladó a las constituciones liberales, en las que el ámbito familiar permaneció impermeable a las transformaciones de la esfera pública (LACEY, Nicola: 1978, 77).

Las mujeres tendremos que esperar hasta el nuevo pacto constitucionalista para ser reconocidas como ciudadanas y como sujetos de Derecho y de derechos. Mientras tanto, “la cultura generada por las revoluciones burguesas y por la modernidad” acabó por consolidar el rol de las mujeres como núcleo de la teoría de la domesticidad (ASTOLA MADARIAGA, Jasone: 2008, 240-241).

La sujeción de la mujer al varón bajo el amparo de la teoría de la complementariedad de los sexos encontrará su traducción en el S. XIX, y buena parte del XX, en el ideal de domesticidad para las mujeres. La división entre lo público y lo privado se hace más tajante durante el proceso de industrialización. Entonces no sólo tuvo lugar un importante rechazo por los varones de la incorporación de la mujer al trabajo asalariado fuera del hogar (por su potencial competidor y la amenaza que

ello suponía para la tan ansiada mejora de las condiciones laborales), sino también una importante división sexual del trabajo (la educación de la mujer se incardinó al mejor desempeño de sus funciones como madre educadora). Así, no será hasta el constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial cuando por primera vez se reflejen ciertas desigualdades a través de la consagración, no sólo del derecho formal a la no discriminación, sino de los derechos sociales y del principio de igualdad material. Sin embargo, varias apreciaciones deben hacerse si realmente queremos imprimir una perspectiva de género a este análisis doctrinal.

Con el nuevo pacto constituyente de postguerra, las mujeres pasamos de una situación de sujeción jurídica a una situación de igualdad formal. Pero este avance tuvo lugar mediante la extensión de abstracciones universalistas que no supusieron sino nuestra identificación con un modelo normativo de lo humano que idealizaba los estereotipos masculinos (BELTRÁN, Elena: 2008, 222-223). El ámbito doméstico permaneció así ignorado por el Derecho constitucional y la asimilación a los hombres comenzó a generar importantes barreras para el ejercicio de sus derechos por las mujeres. En este contexto arranca, con las revoluciones de finales de la década de los 60, la tercera ola feminista, que si bien dio lugar a la escisión entre su rama igualitaria y el feminismo de la diferencia, mantuvo dos objetivos comunes “la necesaria reconstrucción de la subjetividad de las mujeres para evitar su asimilación-identificación con un idealizado modelo masculino y la redefinición de lo público, de lo político” (ESQUEMBRE VALDÉS, M<sup>a</sup> del Mar: 2010, 264).

## ACTIVIDADES

*La relegación de la mujer al ámbito doméstico, tradicionalmente impermeable a las transformaciones de la esfera pública, ha sido uno de los principales motivos de la subordinación al hombre, de nuestra opresión y de las dificultades a las que nos hemos enfrentado tradicionalmente para el ejercicio de nuestros derechos. Por eso, resulta de especial importancia conocer las teorías clásicas de la complementariedad de los sexos y la domesticidad.*

*Entre las obras más relevantes de la producción literaria de Jean Jacques Rousseau (1712-1778) se encuentran “El Contrato Social” y “Emilio o de la educación” (1762). En la obra de Rousseau cada uno de los sexos estará predestinado a una de las dos esferas. Así, Emilio (el hombre) tendrá como hábitat natural la esfera pública y su educación irá encaminada a que pueda ejercer funciones políticas, mientras que Sofía (la mujer) quedará condenada al ámbito de la domesticidad y la familia. Pero el papel asignado para la mujer no sólo es necesario para ella misma, sino que resulta determinante para la propia formación del hombre. Para profundizar en este tema se propone la lectura:*

- COBO BEDÍA, Rosa, *Fundamentos del patriarcado moderno: Jean Jacques Rousseau*, Cátedra, Madrid, 1995.

- PATEMAN, Carole, *The Disorder of Women: Democracy, Feminism, and Political Theory*, Polity Press, Cambridge, 1989

### 3. LA IGUALDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

España no incorporó el ideal de la igualdad, propio del movimiento constitucionalista que marcó el fin del Antiguo Régimen, hasta la Constitución republicana de 1931, que en su art. 2 proclamaba la igualdad ante la ley de todos los españoles, mientras que en su art. 25 recogía la prohibición de discriminación por determinadas circunstancias (naturaleza, filiación, sexo, clase social, riqueza, ideas políticas y creencias religiosas).

#### ACTIVIDADES

Se propone la lectura del documento "Historia del feminismo en España" (<http://www.nawey.net/wp-content/uploads/downloads/2012/11/Historia-del-feminismo-en-España.pdf>). A partir de este texto, las alumnas y los alumnos habrán de responder a las siguientes preguntas:

- a) ¿Cuáles son las principales razones que explican el retraso del surgimiento de grupos feministas organizados en España?
- b) ¿Cuál fue el principal argumento de Victoria Kent para rechazar el sufragio femenino en las Cortes Constituyentes de la Segunda República?
- c) ¿Cuáles fueron las principales reivindicaciones de los colectivos feministas durante la transición democrática?

Finalmente, en su art.1, la vigente Constitución española propugna la igualdad como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico. A ello se añade la cláusula del art. 14, que establece la igualdad general de todos los españoles ante la ley y prohíbe las discriminaciones por razones o condiciones sociales o personales. Pero la igualdad se encuentra garantizada en el ordenamiento jurídico español no sólo como principio o valor fundamental, sino también como un verdadero derecho subjetivo (STC 49/1982, de 14 de julio (FJ 2).

Puesto que a la ausencia de una perspectiva de género en la Constitución de 1978 ya se hizo referencia en el capítulo intitulado "La mujer en las normas", aquí nos limitaremos a destacar algunas de las principales Sentencias a partir de las cuales el Alto Tribunal español ha ido configurando el principio de igualdad y el derecho de no discriminación en nuestro ordenamiento jurídico.

El art. 14 CE consagra la igualdad formal, que reviste una doble vertiente: la igualdad en el contenido de la ley y la igualdad en su aplicación:

**STC 144/1988, de 12 de julio (FJ 1):** "El principio de igualdad que garantiza la Constitución (art. 14) y que está protegido en último término por el recurso constitucional de amparo (art. 53.2 C.E.) opera (...) en dos planos distintos. De una parte, frente al legislador, o frente al poder reglamentario,

*impidiendo que uno u otro puedan configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación (...) En otro plano, en el de la aplicación, la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean precisamente las presentes en la norma”.*

Por su parte, la así llamada igualdad material aparece reconocida en el art. 9.2 de nuestra Carta Magna, el cual justifica la adopción de ciertas medidas de acción positiva con el fin de promover una real y efectiva equiparación de la mujer con el hombre. El mencionado precepto constitucional instaura un mandato para los poderes públicos que constituye una finalidad propia de los Estados sociales y democráticos de Derecho y puede imponer la adopción de normas especiales que tienden a corregir las desigualdades. Si bien en un principio el derecho a la igualdad prohíbe la discriminación, no cualquier trato desigual es discriminatorio: sólo lo es el trato desigual no basado en causas objetivas y razonables.

**STC 98/1985, de 29 de julio (FJ 9):** *“art. 9.2 (...) contiene un mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivos, y para que remueva los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución, permitiendo regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material”.*

El TC español se ha referido al concepto de “acción positiva” a partir de su Sentencia 128/1987, de 16 de julio. Esta Sentencia, que además establece la importante distinción entre medidas de acción positiva y medidas paternalistas, resolvió un recurso de amparo dirigido frente a una resolución judicial que había desestimado la pretensión del recurrente de que le fuera reconocido el derecho a percibir una cantidad mensual, en concepto de guardería, del Instituto Nacional de la Salud (INSALUD). Dicha entidad aplicaba por aquel entonces un régimen de prestaciones que establecía una diferenciación en el tratamiento dispensado a los trabajadores en razón del sexo: mientras que todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años, percibían una prestación por guardería, tal prestación sólo era percibida por los hombres viudos con hijos de esa edad. El TC desestimó el correspondiente recurso de amparo al considerar tal tratamiento desigual, no como una discriminación prohibida por el art. 14 CE, sino como una medida incardinada a paliar, en consonancia con el art. 9.2 CE, la discriminación sufrida por un concreto conjunto social. Para el Alto Tribunal español una posición que parte de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas, resulta contraria a la discriminación por razón de sexo tanto con carácter general (art. 14 CE), como en áreas específicas



como el matrimonio (art. 32.1 CE), el trabajo (art. 35.1 CE) y el cuidado de los hijos comunes (art. 39.3 CE).

**STC 128/1987, de 16 de julio (FFJJ 3 y 5-8):** *“El art. 14 de la Constitución viene a establecer, en su primer inciso, una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero, a continuación, procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos, entre los que se encuentran los derivados del sexo de las personas. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación; pero sí representa una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona (...) no debe ciertamente olvidarse que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 C.E., y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina. (...) Partiendo de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares, diversas disposiciones han venido a establecer diferencias de trato entre hombres y mujeres (...) que, aunque aparentemente resulten de índole protectora, perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina (...) La protección de la mujer por sí sola (...) no es razón suficiente para justificar la diferenciación, ni es suficiente tampoco que el sujeto beneficiario de la protección sea la mujer, en cuanto tal mujer, pues ello, en tales términos, es evidentemente contrario al art. 14 de la C.E. No obstante, no puede deducirse sin más de estas apreciaciones que toda desigualdad de trato que beneficie a un grupo o categoría que venga definido (entre otros factores concurrentes) por el sexo resultará vulneradora del artículo constitucional citado (...) el tratamiento diverso de situaciones distintas «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (...) tal diferencia de trato o actividad protectora (...) sólo vendrá justificada si efectivamente se dan circunstancias sociales discriminatorias, y sólo en cuanto se den, lo que supone una necesidad de revisión periódica al respecto: pero, si el supuesto de hecho, esto es, la práctica social discriminatoria, es patente, la consecuencia correctora (esto es, la diferencia de trato) vendrá constitucionalmente justificada”.*

Por tanto, en nuestro ordenamiento jurídico no sólo están prohibidos los tratos discriminatorios, sino que se promueve la adopción de aquellas medidas que permitan avanzar hacia la efectiva igualdad material entre mujeres y hombres, quedando claramente proscritas las que, bajo una falsa apariencia protectora, tiendan a perpetuar la posición social de inferioridad de las mujeres.

## ACTIVIDADES

1. *A partir de la lectura del artículo de Fernando REY MARTÍNEZ “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, en MORA RUIZ, Manuela (Dir.), GILES CARNERO, Rosa M<sup>a</sup>, SALDAÑA DÍAZ, María Nieves (Eds), Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público, Atelier, 2010, pp. 96-98 (pp. 77-110), se pide al alumnado que dé respuesta al siguiente interrogante: ¿Por qué el autor considera que la STC 128/1987 supone la superación por el Alto Tribunal español de su originaria “aproximación indiferente respecto del sexo (sex-blind)”?*
2. *Se propone entablar un debate a partir del cual intentar dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cómo diría que se han plasmado las reivindicaciones de las distintas oleadas feministas en la Constitución española de 1978?*
3. *Se sugiere un comentario al siguiente extracto de la obra de María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género, Cátedra, 2005, p. 21:*

*“Ante la exigua regulación de la situación de la mujer en la Constitución, el Tribunal Constitucional, como en parecidas situaciones, ha tenido que construir un cuerpo de doctrina sobre la igualdad de género. Y también aquí presenta las incoherencias y contradicciones de una institución que se renueva periódicamente, y, en el caso del género, tampoco tiene una visión específica, ni mucho menos comparte una valoración acerca de las teorías feministas que apoyan y sostienen la necesidad de llegar a la igualdad total entre mujeres y hombres. Muy al contrario, el Tribunal Constitucional no diferencia el género de cualquier otro orden de desigualdad, y comparte por ello la dogmática jurídica adecuada y pertinente a cualquier otro tipo de discriminación social, ideológica o económica. Las consecuencias de aplicar a la desigualdad de género los instrumentos jurídicos, la metodología de la desigualdad, en definitiva, de la racionalidad como justificación de la discriminación, ha producido una jurisprudencia errática y a veces contradictoria con la posibilidad de que la mujer llegue a conseguir la igualdad. De manera que a veces ha supuesto importantes avances (STC 128/1987), pero otras veces ha supuesto una clara regresión (STC 126/1997)”.*



- a) *¿Cuáles cree que son las lacras que, en opinión de la autora, han lastrado el tratamiento de la igualdad y la no discriminación por razón del sexo (género) por la doctrina del Tribunal Constitucional?*
- b) *¿Por qué considera la autora que la STC 126/1997 supone una regresión en la materia? Una vez dada respuesta a esta pregunta, el alumnado deberá remitirse a la STC 159/2014, de 6 de octubre y consultar el contenido de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de los títulos nobiliarios.*

#### 4. DISCRIMINACIONES DIRECTAS E INDIRECTAS

La prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende tanto las discriminaciones directas, como las indirectas:

**STC 13/2001, de 29 de enero (FJ 8):** “En el estudio de las discriminaciones fundadas en razones expresamente prohibidas en el art. 14 CE (...) hemos de partir de que la prohibición de discriminación consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación patente, es decir, el tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta, esto es, aquel tratamiento formal o aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto la medida que produce el efecto adverso carece de justificación (no se funda en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo) o no resulta idónea para el logro de tal objetivo”.

El máximo intérprete de nuestra Constitución ha sido rotundo en la proscripción de las discriminaciones directas, esto es, de los actos discriminatorios basados explícitamente en características de las personas. Un claro ejemplo de discriminación directa por razón del sexo podemos encontrarlo en la STC 216/1991, de 14 de noviembre. Esta Sentencia tiene su origen en un acto administrativo del Ministerio de Defensa por el que se inadmitió la solicitud de la recurrente de participación en las pruebas para el ingreso en la XLIII promoción de la Academia General del Aire. Si bien el acto administrativo de autos se fundamentaba en la falta de promulgación de una ley que, en virtud de lo dispuesto en el art. 36 de la LO 6/1980, de 1 de julio, de Criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, estableciera “la forma de participación de la mujer en la defensa nacional”, el TC recuerda que:

**STC 216/1991, de 14 de noviembre (FFJJ 5 y 6):** “el precepto constitucional que prohíbe toda discriminación por razón de sexo (art. 14) es de aplicación directa e inmediata desde la entrada en vigor de la Constitución. Su adecuada interpretación exige, sin embargo, la integración sistemática del mismo con otros preceptos de la Ley fundamental, pues así lo precisa la unidad de ésta (...) En el presente

caso, los poderes públicos (...) heredan de la etapa preconstitucional una situación de desigualdad consistente en que las mujeres encontraban vedado su acceso a las Academias Militares, exclusión a todas luces inconstitucional, pues (...) «el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente por el art. 14 de la Constitución» (...) Es verdad que no todo trato diferenciador resulta, desde la perspectiva del art. 14 de la C.E., discriminatorio, pues cabe que el legislador lo haya establecido con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos. No es éste el supuesto, sin embargo. Aquí, en efecto, el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora”.

Además, el TC ha extendido la proscripción a aquellos tratamientos que se basen en la concurrencia de razones o circunstancias que, como el embarazo, tengan una conexión directa e inequívoca con el sexo de la persona. Esta ampliación del concepto de tratos discriminatorios por razón del sexo fue aplicada ya por el Alto Tribunal español en su histórica Sentencia 166/1988, de 26 de septiembre. Esta resolución fue pionera al otorgar el amparo a una mujer trabajadora embarazada. La recurrente reivindicaba una vulneración del art. 14 CE por aplicación arbitraria del art. 14.2 del Estatuto de los trabajadores, en virtud del cual el/la empleador/a podía resolver unilateralmente el contrato de trabajo pendiente de prueba.

**STC 166/1988, de 26 de septiembre (FFJJ 2-3).** “Cierto es que la igualdad que reconoce el art. 14 C.E. no omite la toma en consideración de razones objetivas que razonablemente justifiquen la desigualdad de tratamiento legal, e incluso el art. 9.2 de la C.E. impone a los Poderes Públicos la obligación de promover las condiciones para que la libertad e igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, superando el más limitado ámbito de una igualdad meramente formal y propugnando un significado del principio de igualdad acorde con la misma definición del art. 1 C.E. De ello cabe claramente deducir la legitimidad constitucional, desde las exigencias del principio de igualdad, de una normativa o de decisiones y actos de dichos Poderes Públicos que, contemplando condicionamientos diferenciales, como puede ser en ciertos supuestos el sexo o el embarazo, regule o reconozca requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo. Lo decisivo en el caso (...) será determinar la existencia o no de la discriminación denunciada. Por la actora se dice que su embarazo, y sólo el embarazo, fue lo determinante de la decisión empresarial y que (...) ningún obstáculo había para destinarla a otra sección compatible con su estado (...) Ninguna explicación se le dio para no acceder a su petición de traslado: sólo la resolución del contrato. Ni siquiera consta

en los hechos probados de la Sentencia, ni en las actuaciones, que se justificara que otras secciones, que no fueran la de diálisis, estuvieran temporalmente cerradas por razones veraniegas, y que eso impidiera su traslado a cualquiera de ellas sin perjuicio de su estado prenatal. Es evidente que eso pudiera constituir una causa razonable para la decisión empresarial (...) Tampoco se está aquí en el supuesto de otras situaciones en las que pudiera plantearse el derecho de la mujer trabajadora embarazada a exigir un puesto de trabajo distinto cuando el que sirve fuera incompatible con ese estado (...) En el caso, como se ha visto, el INSALUD, como pudo haber hecho, no dio más explicación al despido que la de su voluntad resolutoria. Ante la presencia de un derecho a no ser discriminada, que la actora alegó informando de su embarazo, la empresa debió explicitar que los motivos que la movieron eran ajenos a tal hecho o situación, significativa de un plus o añadido al concreto derecho laboral -condición de mujer digna de protección más fuerte por desigualdad justificada- que la obligaba a su vez -a la empresa- a justificar la razonabilidad de su conducta resolutoria. Este deber ha sido señalado, por lo demás, por este Tribunal Constitucional al propugnar con su doctrina el uso de la inversión del onus probandi”.

Por su parte, la STC 224/1999, de 13 de diciembre, configuró por primera vez el acoso sexual como una forma de discriminación por razón del sexo. La referida Sentencia resolvió un recurso de amparo interpuesto contra una resolución judicial que, según alegó la recurrente, vulneró su derecho a no ser discriminada por razón del sexo en cuanto no reparó las agresiones “de naturaleza libidinosa” que padeció en el trabajo, con menoscabo de su dignidad personal. El Alto Tribunal otorgó el amparo al reconocer vulnerado el derecho fundamental de la demandante a su intimidad (arts. 10 y 18.1 CE). Sin embargo, sólo se reconoció de modo residual la posibilidad de apreciar una discriminación por razón del sexo:

**STC 224/1999, de 13 de diciembre (FFJJ 3 y 5):** “para que exista un acoso sexual ambientalmente constitucionalmente recusable ha de exteriorizarse, en primer lugar, una conducta de tal talante por medio de un comportamiento físico o verbal manifestado, en actos, gestos o palabras, comportamiento que además se perciba como indeseado e indeseable por su víctima o destinataria, y que, finalmente, sea grave, capaz de crear un clima radicalmente odioso e ingrato, gravedad que se erige en elemento importante del concepto (...) Es claro, por tanto, que en el presente supuesto se dan los elementos definidores del acoso sexual (...) Las anteriores consideraciones conducen directamente a la concesión del amparo pedido por haberse vulnerado tal derecho fundamental de quien lo demanda, sin desconocer por ello, como se advirtió al principio, que el acoso sexual en el ámbito profesional puede también tener un engarce constitucional con la interdicción de la discriminación en el trabajo por razón de sexo (art. 14 C.E.), presente

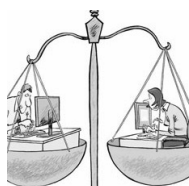
siempre en el trasfondo, por afectar notoriamente con mayor frecuencia y más intensidad a la mujer que al hombre, como consecuencia de condiciones históricas de inferioridad o debilidad de ellas en el mercado de trabajo y en el lugar de su prestación. No puede permitirse hoy, ni siquiera residualmente, la perpetuación de actitudes con las cuales implícitamente se pretende dosificarla, tratándola como un objeto, con desprecio de su condición femenina y en desdoro de su dignidad personal”.

Más recientemente, la STC 66/2014, de 5 de mayo, aplicando la doctrina sentada por la STC 182/2005, de 4 de julio (FJ 4) y reiterada por las SSTC 74/2008, de 23 de junio (FJ 2) y 92/2008, de 21 de julio (FJ 4), apreció una discriminación directa por razón de sexo con origen en un perjuicio en los derechos laborales de la recurrente derivado de la maternidad. Pese a que había superado el proceso selectivo para el ingreso en el Cuerpo de Gestión Procesal y Administrativa, la demandante no pudo realizar, al tiempo que lo hicieron los demás compañeros de su promoción, el curso de prácticas previo a la toma de posesión de su cargo como funcionaria judicial, pues se encontraba embarazada. Una vez superado dicho curso, se le denegó el reconocimiento retroactivo de los derechos económicos y de antigüedad a la fecha en que sus compañeros de promoción tomaron posesión:

**STC 66/2014, de 5 de mayo (FFJJ 2-):** “Por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, este Tribunal ha afirmado que “la conducta discriminatoria se cualifica por el resultado peyorativo para la mujer que la sufre, que ve limitados sus derechos o sus legítimas expectativas por la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE). En consecuencia, la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio” (...) Conviene también recordar que tal tipo de discriminación “no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada. También engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (...). Tal sucede con el embarazo, elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres (...). Hemos afirmado así que ‘la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación

de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo' (...) Por ello, este Tribunal ha afirmado que "para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de la mujer en el mercado de trabajo, es preciso atender a circunstancias tales como 'la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquélla tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre".

Puede afirmarse así que el TC ha mantenido inalterada su perspectiva expansiva en cuanto a las discriminaciones directas sobre la base de la existencia de una conexión directa de ciertas circunstancias o condiciones con el sexo de la persona. A continuación, se proponen una serie de actividades con las que se pretende profundizar en esta materia:



## ACTIVIDADES

1. *Paloma Durán, en su artículo "Discriminación positiva o acciones positivas", en Persona y Derecho, núm. 54, 2006, p. 162 (pp. 151-164), ha advertido que la STC 166/1988, de 26 de septiembre asume las propuestas de la doctrina neofeminista. ¿Por qué?*
2. *Con objeto de identificar los principales avances de la jurisprudencia constitucional en materia de discriminaciones por razón del embarazo, se recomienda la lectura de las siguientes sentencias:*
  - *STC, 173/1994, de 4 de junio (no renovación de contrato temporal);*
  - *SSTC 136/1996, de 23 de julio; 20/2001, de 29 de enero; 41/2002, de 25 de febrero; 17/2003, de 30 de enero y 98/2003, de 2 de junio (despido);*
  - *STC 175/2005, de 3 de julio (obstaculización de la promoción profesional);*
  - *STC 324/2006, de 20 de noviembre (pérdida de vacaciones tras permiso de maternidad);*
  - *STC 17/2007, de 12 de febrero (despido en periodo de prueba);*

- STC 74/2008, de 23 de junio (no renovación de contrato);
- STC 92/2008, de 21 de julio (no obligación de comunicar embarazo).

3. *¿Cree que el tratamiento constitucional del acoso sexual en la STC 224/1999, de 13 de diciembre, supone la adopción de una verdadera perspectiva de género? ¿Por qué? Para dar respuesta a estos interrogantes se recomienda la lectura del capítulo de Ruth Rubio-Marin, "Engendering the Constitution. The Spanish Experience", en RUBIO MARIN, Ruth; BAINES, Beverley (eds.), The Gender of Constitutional Jurisprudence, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 263-264:*

*"the Court resisted conceptualizing sexual harassment as sex-based discrimination in spite of its embrace of effects-based discrimination. Instead, it saw sexual harassment as a violation of privacy (...) In the case at stake, it is clearly not the notion of bodily privacy that is pivotal, at least as defined in its prior doctrine. Rather the Court seems to call on the broader notion of privacy on premises that have long been questioned by feminist thinking, namely that because of its the sexual connotations, the conduct is sex, and as sex is something private, the imposition of sex violates privacy. And yet it seems that "imposed sex" is not sex, at least for the person upon whom it is imposed, and does not allow for the the establishment of intimacy of the kind that would deserve constitutional protection".*

Por su parte, la doctrina de las discriminaciones indirectas ha sido en España de clara acuñación jurisprudencial desde que el TC las definiera en su Sentencia 145/1991, de 1 de julio, que estimó un recurso de amparo interpuesto por "limpiadoras" de un hospital público que pedían el mismo salario que los "peones", pues venían desempeñando igual trabajo y, sin embargo, percibían, por convenio colectivo, inferior sueldo:

**STC 145/1991, de 1 de julio (FJ 2):** *"La prohibición constitucional de discriminación por características personales y en particular por el sexo, como signo de pertenencia de la mujer a un grupo social determinado objeto históricamente de infravaloración social, económica y jurídica, se conecta también con la noción sustancial de igualdad. Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo".*



En materia de discriminaciones sexuales indirectas, debe destacarse la STC 253/2004, de 22 de diciembre, pues la misma supuso la apertura de una verdadera línea conceptual expansiva. Esta Sentencia resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el párrafo segundo del art. 12.4 de la Ley del estatuto de los trabajadores (LET), en la redacción original del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. El auto de planteamiento cuestionaba la conformidad de la norma con el art. 14 CE por establecer aquéllas un trato diferente para las personas trabajadoras a tiempo parcial en relación con las personas trabajadoras a tiempo completo a efectos de período de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de Seguridad Social. El TC sostuvo entonces que no es contrario al art. 14 CE que el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador/a a tiempo completo por implicar aquélla un esfuerzo contributivo menor. No obstante, se advierte que la aplicación del criterio de proporcionalidad en sentido estricto a los contratos a tiempo parcial a efectos del cómputo de los periodos de carencia necesarios para causar derecho a las prestaciones, conduce a un resultado desproporcionado. Y, lo que es más importante a los efectos de estas páginas, el Alto Tribunal español concluyó la necesidad de examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre los periodos de carencia sobre la base de la consideración del contrato a tiempo parcial como una institución que afecta predominantemente a las mujeres:

**STC 253/2004, de 22 de diciembre (FJ 8):** “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, lo que obliga (...) a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres (disparate effect), para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE, habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio. A tal efecto, tanto el Fiscal General del Estado como el Abogado del Estado afirman en sus alegaciones que la regulación del contrato a tiempo parcial aparece justificada en circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo, pues se trata de una medida de activación del empleo que ha de contemplarse, en cuanto a la protección social, desde la premisa del principio de contributividad que preside el sistema de Seguridad Social, lo que justifica, a fin de garantizar el equilibrio financiero del sistema, un tratamiento diferente en función del tiempo trabajado y por ende cotizado, de donde resulta la regla de proporcionalidad entre la cotización y las prestaciones que se cuestiona. Esta objeción se responde (...) poniendo de manifiesto que el principio de contributividad que informa a nuestro sistema de Seguridad Social justifica sin duda que el legislador establezca (como lo hace en la

norma cuestionada) que las bases reguladoras de las prestaciones de Seguridad Social se calculen en función de lo efectivamente cotizado, de donde resultará, lógicamente, una prestación de cuantía inferior para los trabajadores contratados a tiempo parcial, por comparación con los trabajadores que desempeñen ese mismo trabajo a jornada completa. Pero lo que no aparece justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial en cuanto al cumplimiento del requisito de carencia para el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social, diferenciación, por tanto, arbitraria y que además conduce a un resultado desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, situación ésta que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos, por lo que también desde esta perspectiva ha de concluirse que el párrafo segundo del art. 12.4 LET, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, lesiona el art. 14 CE, al provocar una discriminación indirecta por razón de sexo”.

La doctrina sentada por esta Sentencia dio lugar a la posterior estimación de la cuestión de constitucionalidad resuelta por la más reciente STC 61/2013, de 14 de marzo, y planteada en relación con el inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la Disposición adicional séptima del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio. El TC declaró entonces que las reglas que acompañaban a la previsión cuestionada en relación con el cómputo de los períodos de cotización en los contratos a tiempo parcial para causar derecho a una prestación de jubilación vulneraban, también en este caso, el art. 14 CE, tanto por lesionar el derecho a la igualdad como, también a la vista de su predominante incidencia sobre el empleo femenino, por provocar una discriminación indirecta por razón de sexo (FJ 6). La doctrina sentada en esta resolución fue posteriormente aplicada en las SSTC 71-72/2013, de 8 de abril y 116/2013, de 20 de mayo.



### ACTIVIDADES

1. Una empresa decide valorar especialmente en el proceso selectivo convocado para cubrir una vacante, a las personas que hayan



presentado una solicitud en la que se haga constar que disponen de una titulación de FP II en la rama técnica. A la fase final del proceso de selección no llega ninguna mujer, siendo hombres todos los contratados. Teniendo en cuenta que la empresa no prohíbe el acceso de mujeres a la categoría profesional de «operador de planta química», que mediante un certificado proporcionado por la Consejería de educación y juventud correspondiente se demuestra que las mujeres tienen un menor acceso a la FP II en rama técnica, y que en el convenio colectivo de aplicación no se exige FP II para optar a ese puesto: ¿Frente a qué tipo de discriminación nos encontramos? ¿Por qué?

2. Se recomienda la lectura del artículo “La discriminación indirecta también daña”, publicada en la edición electrónica del diario *El País*, el 3 de diciembre de 2012 ([http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/30/actualidad/1354299187\\_604384.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/11/30/actualidad/1354299187_604384.html)), con motivo de la STJUE en el asunto C-385/11, de 22 de noviembre de ese mismo año, relativa al cálculo de las pensiones en España. La lectura de la referida STJUE (<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-385/11>) permite entender porqué el cálculo de las pensiones constituye una discriminación indirecta por razón del sexo.

## 5. ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIONES INVERSAS

Como hemos apuntado en apartados precedentes, el art. 9.2 CE permite regulaciones cuya desigualdad formal se justifica en la promoción de la igualdad material. A este respecto debemos retomar la ya mencionada STC 166/1988 que, reiterando la constitucionalidad de las acciones positivas, reconoce el embarazo como condicionamiento diferencial que puede justificar una normativa o decisiones y actos públicos que “regule(n) o reconozca(n) requisitos, efectos o consecuencias jurídicas diversas o específicas favorecedoras, en su caso, de una equiparación material en el puesto de trabajo”. En este sentido, el TC advierte sobre la posibilidad de que la mujer embarazada exija un puesto de trabajo distinto al que ocupa cuando el mismo fuera incompatible con su estado. Posibilidad esta última que consagra en la STC 161/2004, de 4 de octubre. Se trata éste de un ejemplo paradigmático de acción positiva en tanto que la recolocación de la mujer embarazada, cuando existan vacantes, en un puesto de trabajo compatible con su embarazo, no supone un perjuicio para sus compañeros varones.

Tal y como consta en la fundamentación jurídica de esta última resolución, la recurrente en amparo fue suspendida de su contrato de trabajo como segundo piloto tras su calificación como “no apta circunstancial” por razón de embarazo al efectuársele un reconocimiento en el Centro de Instrucción de Medicina Aeroespacial. El TC consideró que la empresa la discriminó, puesto que tendría que haber ofrecido a la trabajadora un puesto de trabajo en tierra viable en su estado de embarazo.

**STC 161/2004, de 4 de octubre (FJ 6):** “puesto que la falta de aptitud para el vuelo de la demandante era consecuencia del embarazo, y consciente la empresa de su obligación de efectuar una evaluación de riesgos que podría conducir al desarrollo de tareas en tierra, dado que el título de la trabajadora lo permitía, ha de concluirse que la decisión de aquélla de suspender el contrato de trabajo carecía de una justificación razonable. A este respecto, ante todo, la empresa demandante se ha referido a la “nula predisposición” de la trabajadora a ocupar un puesto de trabajo en tierra, que no pidió, señalando la Sentencia de la Sala de lo Social aquí impugnada que “no se acredita en ningún momento que la actora solicitara un puesto de trabajo en tierra”. Pero en este sentido ha de indicarse no sólo que la evaluación de riesgos, que hubiera podido conducir al desempeño de otras tareas, es obligación de la empresa, sino también que no resultaba fácil para la demandante la solicitud de otro trabajo, cuando expresamente se le había dicho que no existía vacante. Y en cuanto a la inexistencia de tal vacante, la empresa, en las alegaciones que formula ante este Tribunal señala que se podrá cuestionar “si la afirmación contenida en la comunicación entregada a la trabajadora, según la cual no existían vacantes en otros puestos que pudieran ser desempeñados por la recurrente, resultaba ser cierta”, pero ello afectaría exclusivamente a la legalidad, sin implicar una vulneración del derecho constitucional invocado por la recurrente. No es así: estando en juego la parificación que reclama el art. 14 CE, la protección de la mujer, en este caso embarazada, se extiende a todo el desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condicionando las facultades de organización y disciplinarias del empresario, de suerte que la veracidad de los fundamentos de la decisión de la entidad empleadora es una exigencia constitucional. Y como ya hemos visto, los hechos probados, que hemos de respetar -art. 44.1 b) LOTC- conducen a la conclusión de que hubiera podido existir la posibilidad de un puesto de trabajo en tierra, adecuado a la situación de la demandante y viable en su estado de embarazo, pese a la negación que de ello se hacía en la carta por la que se suspendía el contrato. La decisión empresarial de suspender el contrato de trabajo, carente, así, de justificación razonable, resultó ser discriminatoria por razón del sexo para la recurrente, con vulneración del art. 14 CE, y al no haberse corregido por la Sentencia de la Sala de lo Social aquí impugnada, procedente ha de ser el pronunciamiento previsto en el art. 53 a) LOTC.



## ACTIVIDADES

*Se propone un ejercicio de reflexión a partir de la lectura sistemática de las SSTC 109/1993, de 25 de marzo (FFJJ 3-5) y 26/2011, de 14 de marzo (FFJ 4-5). En el primer caso, el TC resolvió una duda de constitucionalidad relativa al art. 37.4 del Estatuto de los trabajadores, que en ese momento preveía el derecho de la mujer a un permiso por lactancia de una hora de ausencia del trabajo (con posterioridad, el referido permiso fue ampliado, reconociéndose la posibilidad de su disfrute tanto por el padre como por la madre). En este caso, el Alto Tribunal negó al recurrente (varón) la existencia de discriminación directa por razón del sexo. Por su parte, en su STC 26/2011 el Alto Tribunal otorgó el amparo solicitado en un supuesto en el que, en aplicación de los arts. 36.3 y 34.8 de la Ley del estatuto de los trabajadores y del art. 70 del correspondiente convenio colectivo, a un trabajador le fue denegada su pretensión de realizar en horario nocturno todas las jornadas durante el curso 2007-2008 en el centro en que prestaba servicios, con el fin de atender al cuidado de sus dos hijos de corta edad. En este caso, el TC otorgó el amparo reconduciendo la vulneración del derecho del solicitante a otro supuesto constitucional, la no discriminación por razón de circunstancias familiares.*

*A partir de la lectura de ambas resoluciones, se pide dar respuesta a las siguientes cuestiones:*

- a) *¿Qué razones alega el TC para justificar que la denegación del permiso de lactancia no supone una discriminación directa por razón del sexo contra el demandante?*
- b) *¿Por qué ciertas acciones positivas podrían suponer una prolongación de estereotipos femeninos?*
- c) *¿Qué opinión le merece el reconociendo de la posibilidad del disfrute del permiso de lactancia tanto por el padre como por la madre? ¿Y el otorgamiento del amparo objeto de la STC 26/2011 por discriminación por razón de circunstancias familiares?*

Como hemos apuntado con anterioridad, las acciones positivas no suponen “discriminación o privilegio, sino una medida antidiscriminatoria para corregir la nula o escasa presencia de la mujer en determinados ámbitos”. Es a partir de esta definición que se establece una distinción entre las acciones positivas y las así

llamadas discriminaciones positivas o inversas, pues estas últimas constituyen “cuotas reservadas a determinados grupos minusvalorados en los procesos selectivos para acceder a bienes escasos” (GÓMEZ ORFANEL: 2008, 383-384). Si bien es cierto que, en la práctica, la distinción entre unas y otras medidas no siempre resulta fácil, es habitual identificar las discriminaciones inversas con el sistema de cuotas.



## ACTIVIDADES

*Para profundizar en la importante, aunque no siempre fácil, distinción entre acciones positivas y discriminaciones inversas se propone, por un lado, una serie de lecturas que permitirán al alumnado indagar en ambos conceptos y, por otro, el análisis crítico de dos sentencias fundamentales del TC español.*

1. *Defina los conceptos de acción positiva y discriminación inversa a partir de las siguientes lecturas.*
  - *CARMONA CUENCA, Encarnación: “El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Revista de Estudios Políticos, núm. 84, 1994, pp. 265-286.*
  - *FABREGAT MONFORT, Gemma, Las medidas de acción positiva: la posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria, Tiran lo Blanch, Valencia, 2009.*
  - *GIMENEZ GLUCK, David, Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas y medidas de discriminación inversa, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.*
  - *MARTÍN VIDA, M. Ángeles, Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva, Civitas, Madrid, 2003 y “Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea”, Teoría y Realidad Constitucional, núms. 12-13, 2003, pp. 321-350.*
2. *La principal finalidad de la Ley orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, no es sino la introducción transversal de la igualdad en las distintas políticas públicas (art. 15), objetivo para el que ha otorgado cobertura legal tanto a medidas de acción positiva como a discriminaciones inversas. Y es precisamente por ello por lo que esta Ley orgánica suscitó ciertas inquietudes. La STC 12/2008, de 29 de*

enero, resolvió una cuestión y un recurso de inconstitucionalidad en relación con el artículo 44 bis de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen electoral general, en su redacción dada por la Disposición adicional segunda de la LO 3/2007, de 22 de marzo. El juzgado y los diputados del grupo parlamentario popular recurrentes alegaban una supuesta vulneración de los derechos a la igualdad en la ley, a la participación en los asuntos públicos y de asociación en partidos políticos, a la libertad ideológica y de expresión y al principio de unidad del cuerpo electoral, con motivo de la prescripción de candidaturas electorales equilibradas por sexos. A partir de la lectura de los FFJJ 2 a 5 de esta Sentencia, se pide dar respuesta a los siguientes interrogantes:

- a) *¿En qué consiste la reforma legislativa cuya constitucionalidad se cuestiona?*
  - b) *¿Supone la reforma de la LOREG cuestionada una discriminación positiva? ¿Y una acción positiva? ¿Por qué?*
3. *La STC 59/2008, de 14 de mayo, enjuició la constitucionalidad del art. 153.1 CP (en la redacción dada al mismo por el art. 37 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género), que castiga las lesiones o el maltrato de obra cuando el autor sea un hombre y la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia. La duda que suscitaba el órgano promotor de la cuestión se centraba en la posible inconstitucionalidad del art. 153.1 CP a la vista de que, en su interpretación del precepto y en comparación con el del art. 153.2 CP, se establece un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito que podría ser constitutivo de una discriminación. El TC finalmente desestima la cuestión declarando la constitucionalidad de una norma que declara objetiva, legítima, adecuada y proporcionada (FFJJ 7-10). A partir de la lectura de la STC 59/2008 y de los correspondientes Votos Particulares, se plantean los siguientes interrogantes:*
- a) *¿Podría calificarse la reforma del art. 153.1 CP como una medida de acción positiva? Para dar respuesta a esta pregunta se recomienda la lectura de los siguientes textos:*
    - *Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley orgánica Integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer, (pp. 19-27).*
    - *DE MIRANDA ARENA, Claudia, MARTOS MARTÍNEZ, Gonzalo, "La violencia de género y el principio de igualdad ante la ley (Comentario a la STC 59/2008, de 14 de mayo)", La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, núm. 77. pp. 92-103.*

- ALÁEZ CORRAL, Benito, *“El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008”*, Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 12, 2008, pp. 13-32.

b) *Comente el siguiente extracto de la referida Sentencia:*

*“La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa (...) que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada (...) Descartada en este caso la falta de objetividad de la norma, pues indudable resulta su carácter general y abstracto, proceden ahora los análisis de razonabilidad de la diferenciación y de falta de desproporción de sus consecuencias (...) La Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género tiene como finalidad principal prevenir las agresiones que en el ámbito de la pareja se producen como manifestación del dominio del hombre sobre la mujer en tal contexto; su pretensión así es la de proteger a la mujer en un ámbito en el que el legislador aprecia que sus bienes básicos (vida, integridad física y salud) y su libertad y dignidad mismas están insuficientemente protegidos. Su objetivo es también combatir el origen de un abominable tipo de violencia que se genera en un contexto de desigualdad y de hacerlo con distintas clases de medidas, entre ellas las penales”.*

c) *¿Considera que la Sentencia adopta una perspectiva de género? ¿Y los votos particulares que discrepan de la misma?*

## **6. MEDIDAS FALSAMENTE PROTECTORAS**

La protección de la mujer a través de la adopción de medidas protectoras debe ser cautelosa por las consecuencias negativas que la misma puede repercutir sobre la consecución de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres. El peligro estriba en incurrir en medidas paternalistas que, basadas en un prejuicio sexista, acaben por obstruir la efectiva consecución de la igualdad. Así lo advirtió ya el TC en su Sentencia 229/1992, de 14 de diciembre, que estimó la pretensión de la recurrente de ocupar en igualdad con los trabajadores varones una plaza de “ayudante minero”, que le había sido denegada a pesar de haber superado la correspondiente prueba de admisión. Las resoluciones impugnadas declararon la conformidad con el art. 14 CE del art. 1 del Decreto sobre trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores, de 26 de julio de 1957, por considerarla una medida protectora de la mujer. Pero el Alto Tribunal español apunta como prejuicio sexista subyacente el de la menor fortaleza física de la mujer.



**STC 229/1992, de 14 de diciembre (FFJJ 2-4):** “La consecución del objetivo igualatorio entre hombres y mujeres permite el establecimiento de un “derecho desigual igualatorio”, es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres (...). Se justifican así constitucionalmente medidas en favor de la mujer que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer. No cabe duda de que la prohibición de trabajar en el interior de las minas a la mujer, aunque responda históricamente a una finalidad protectora, no puede ser calificada como una medida de acción positiva o de apoyo o ventaja para conseguir una igualdad real de oportunidades, ya que no favorece a ésta sino que más bien la restringe al impedir a la mujer acceder a determinados empleos. La existencia de trabajos prohibidos para la mujer es una respuesta histórica a la sobreexplotación de la mano de obra femenina. Ello explica que, desde sus inicios, la legislación laboral estableciera medidas de protección de la mujer, entre las que se incluían la prohibición de determinados trabajos (...) No obstante, ha de tenerse en cuenta que la evolución social que desde el momento en que aquellas normas se gestaron ha tenido la política antidiscriminatoria, ha llevado a examinar con particular reserva un tipo de medidas protectoras que parten de prejuicios infundados, que responde a una división sexista del trabajo o que por la evolución social y productiva (...) han dejado de tener razón de ser. Aunque son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer (...) El mandato de no discriminación por sexo del art. 14 C.E., consecuente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige desde luego eliminar aquellas normas jurídicas que (...) aunque históricamente respondieran a una finalidad de protección de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil, suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo. En muchos casos esta legislación originariamente protectora responde a prejuicios, a opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones. En este caso ese prejuicio es la menor

*fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas”.*

Con carácter previo, ya en su STC 317/1994, de 28 de noviembre, el TC intentó sistematizar criterios que permitieran distinguir las medidas paternalistas o falsamente protectoras de las legítimas medidas de acción positiva para el fomento de la igualdad de las mujeres. En este caso, el Alto Tribunal español declaró falsamente protectora una norma preconstitucional que otorgaba a ciertas trabajadoras el derecho a una indemnización por ruptura del contrato de trabajo a consecuencia de su matrimonio. En términos generales, para excluir el carácter falsamente protector de una medida, ésta no podrá tener por efecto la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato y no podrá tender a perpetuar estereotipos o patrones culturales:

**STC 317/1994, de 28 de noviembre (FJ 2):** *“Como este Tribunal ha afirmado “la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta (...) en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina; situación que en el aspecto que aquí interesa, se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo” (...) Este arraigo social histórico de la conducta prohibida es el que impone que, cuando se invoca el art. 14 C.E., no baste con apreciar si, objetivamente y en abstracto, se implanta un determinado trato de “favor” en beneficio de los sujetos potencialmente destinatarios del mismo, cuando el beneficio en cuestión se atribuye atendiendo a alguno de los factores prohibidos de discriminación. Es preciso, también, analizar la función del pretendido privilegio, para evitar el riesgo de que su apariencia favorable oculte un resultado contrario a la igualdad sustancial (...) Esta premisa requiere, pues, para valorar la legitimidad de la medida una doble constatación: a) Que la medida en cuestión no sea “contraria al principio de igualdad de trato”, es decir (...) “que (no) tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación” (...) b) Que no haya perdido su razón de ser. Es decir, que no tienda a perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados, y que no sean admisibles en cuanto, a través de este instrumento, consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona”.*





## ACTIVIDADES

Como se ha tenido oportunidad de ver, el Alto Tribunal español admite que "son constitucionalmente legítimas las diferencias en las condiciones de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo basadas en el orden biológico natural para las que el sexo no pueda ser irrelevante, para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer".

La justificación de una disparidad sobre la base de diferencias biológicas resulta claramente controvertida. La primera duda que suscita esta posibilidad no es otra que la relativa a qué diferencias sexuales pueden ser relevantes para la realización de un trabajo concreto.

A partir de estas consideraciones se propone la realización de un ejercicio de reflexión sobre las diferenciaciones de carácter paternalista. Para ello se plantean las siguientes actividades concretas:

1. En primer lugar, para poder reflexionar acerca de las medidas falsamente protectoras resulta necesario tener claro el concepto de paternalismo:
  - ALEMANY GARCÍA, Macario, "Concepto y fundamento del paternalismo jurídico", Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 28, 2005, pp. 265-303.
  - ALEMANY GARCÍA, Macario, ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, El paternalismo jurídico, Iustel monografías, 2006.
  - GAMBA, Susana Beatriz, Diccionario de estudios de género y feminismo, Biblos, 2008.

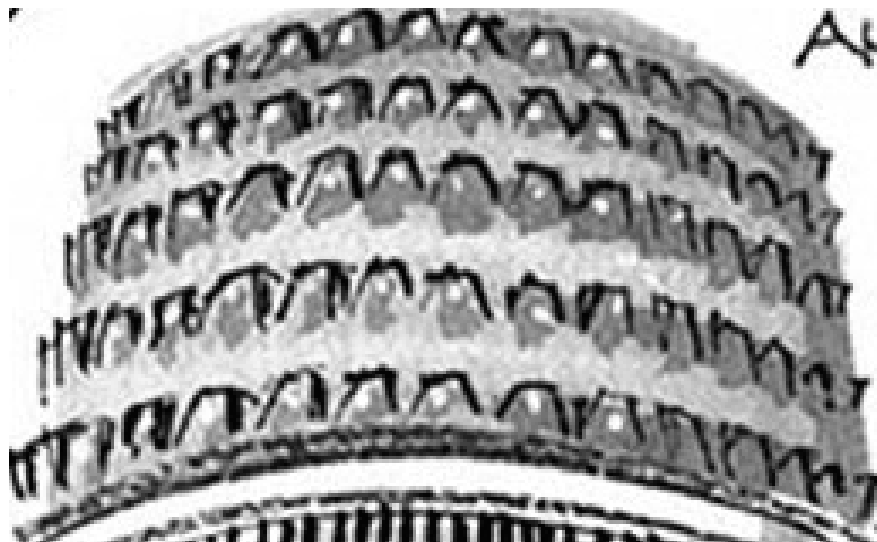
- SAU SÁNCHEZ, Victoria: *Diccionario ideológico feminista*, Icaria, Barcelona, 2001.
- 2. *Una vez asimilado el concepto de paternalismo, se sugiere la lectura de una serie de resoluciones del Alto Tribunal español especialmente clarificadoras sobre la materia:*
  - STC 38/1986, de 21 de marzo (descanso laboral nocturno).
  - STC 207/1987, de 22 de diciembre (derecho de retiro anticipado).
  - STC 142/1990, de 20 de septiembre (pensión de viudedad).
  - SSTC 3/1993, de 14 de enero y 315/1994, de 28 de noviembre (prestaciones sociales a favor de hijos).
- 3. *¿Cuál es la principal diferencia entre una acción positiva y una medida falsamente protectora o paternalista según la doctrina del TC? ¿En qué casos cree que las diferencias biológicas podrían sustentar un trato diferenciado en el ámbito laboral?*

## **7. CONSTRUCCIÓN, DECONSTRUCCIÓN Y RECONSTRUCCIÓN DE LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DEL GÉNERO**

Como hemos tenido oportunidad de analizar, en un primer momento la doctrina del TC español en materia de discriminaciones por razón de sexo (género) tendió a la consecución de la aspiración liberal de la igualdad formal o, lo que es lo mismo, a la construcción de un ordenamiento jurídico neutro en cuanto al sexo. Sin embargo, el Alto Tribunal no tardó en dar un paso más al reconocer que la expresa exclusión de la discriminación por razón del sexo (género) halla su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad de la población femenina. Esta finalidad emancipadora permitió que, de forma simultánea, el TC declarase la constitucionalidad de las medidas de acción positiva. Además, en el ordenamiento jurídico español se ha adoptado una concepción amplia del concepto “sexo” a la hora de delimitar las discriminaciones proscritas por nuestra Constitución. Así, este tipo de discriminaciones no se refieren de forma exclusiva a las basadas en el sexo en un sentido biológico, sino también a las relativas a condiciones y circunstancias con el mismo relacionadas, como es el caso del embarazo. Y esta interpretación teleológica del “sexo” es la que ha permitido el desarrollo de una importante doctrina jurisprudencial en materia de discriminaciones indirectas.

Sin obviar los avances, con las actividades propuestas hasta el momento se ha pretendido impulsar un replanteamiento de la lectura de la doctrina constitucional en la materia. Se ha querido incentivar el análisis crítico partiendo de la necesidad de adoptar un enfoque de género a la hora de delimitar los logros y desafíos alcanzados y que se le plantean a nuestro Alto Tribunal. Y es por ello que, para finalizar estas páginas, consideramos de especial interés unas últimas reflexiones de carácter transversal con las que, quizás con algo menos de delicadeza o de una forma más

directa, se quiere ilustrar sobre las lacras que siguen lastrando la actividad del TC español.



1. *En primer lugar, no puede olvidarse que desde que se fundó el Tribunal Constitucional ha habido un total de 58 magistrados y magistradas, de los que sólo 5 han sido mujeres: Excma. Sra. Dña. Gloria Begué Cantón; Excma. Sra. Dña. María Emilia Casas Baamonde; Excma. Sra. Dña. Elisa Pérez Vera, Excma. Sra. Dña. Adela Asua Batarrita; Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.*
2. *Por otro lado, parece que la originaria ubicación del acoso sexual en el ámbito de protección de la integridad moral y física y la intimidad personal que llevara a cabo el Alto Tribunal en su analizada Sentencia 224/1999, de 13 de diciembre, ha surtido sus efectos, tal y como lo evidencia el propio TC en su Sentencia 106/2011, de 20 de junio, relativa a la denuncia de un soldado contra sus mandos al haber sido acosada por medio de diversas medidas disciplinarias como el arresto, traslado del destino y un análisis clínico (FJ 4):*

*“la recurrente viene a imputar al capitán, aunque con otra denominación, un supuesto acoso sexual desarrollado en su ámbito profesional, cualificado por la relación jerárquica que ostentaba este oficial, configurado como una vulneración del derecho a la intimidad personal de art. 18.1 CE, pues ha sido en este precepto donde la jurisprudencia de este Tribunal ha venido enmarcando dicha reclamación, “al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana”, sin olvidarse*

la conexión que la misma pueda tener “con el derecho de la mujer a no ser discriminada por razón de su sexo cuando tales comportamientos agresivos, contrarios a los valores constitucionales, puedan afectar todavía en el día de hoy, más a las mujeres que a los hombres” (STC 224/1999, de 13 de diciembre, FJ 2); sin que sea relevante el hecho de que no hayan sido citados expresamente por la recurrente los arts. 18 y 14 CE, pues no es menos cierto que “los hechos determinantes y el agravio que constituyen son suficientemente significativos por sí mismos y permiten, sin esfuerzo, identificar el derecho fundamental agredido con el soporte de la dignidad humana que se adujo siempre como raíz de la reacción judicial de la víctima” (STC 224/1999, antes citada, mismo fundamento jurídico)”.

**3.** *En cuestiones relativas al Derecho de familia, suele primar el interés superior del menor. Evidentemente, no se trata aquí de poner en cuestión dicha primacía, sino de impulsar la reflexión acerca de la conveniencia de que el supremo intérprete de nuestra Constitución valore todos los intereses en juego. A este respecto se recomienda la lectura y posterior comentario de las siguientes resoluciones:*

- *STC 7/1994, de 15 de enero (deber de sometimiento al test de paternidad incluso contra la voluntad del afectado).*
- *SSTC 67/1998, de 18 de marzo y 84/1998, de 20 de abril (deber del pago de la manutención de los hijos con independencia de que el nacimiento haya tenido lugar fuera o dentro del matrimonio).*
- *STC 167/2013, de 7 de octubre (orden de apellidos de los hijos).*
- *STC 185/2012, de 17 de octubre (informe favorable del Ministerio Fiscal para que el juez pueda acordar la guarda y custodia compartida de menores en supuestos de separación y divorcio cuando lo pide uno solo de los progenitores).*

*Respecto de la guarda y custodia compartida de los hijos debe recordarse que su generalización tuvo lugar con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, tal y como lo ha confirmado el propio TS (STS de 7 de julio de 2011, Rec. 1221/2010). Esta modificación ha suscitado la oposición de diversos colectivos de mujeres, entre cuyos argumentos podrían destacarse los esgrimidos por M<sup>a</sup> Ángeles Moraga (MORAGA GARCÍA, M<sup>a</sup> Ángeles: 2014, 485-489):*

*“en países denominados familiaristas, como España, en los se encomienda a las mujeres la labor de cuidado y atención a la infancia y a las personas dependientes, que mantienen una legislación patriarcal en la que se perpetúan los estereotipos de género, con la llegada de la ruptura de la pareja, se pretende establecer judicialmente un régimen de guarda*

y custodia compartida con carácter preferente, alegando que éste es el sistema que mejor protege la igualdad de los progenitores y la corresponsabilidad en el cuidado de los menores, cuando dicha igualdad y corresponsabilidad no se exige ni se protege durante la convivencia (...) algunas Comunidades Autónomas han aprobado leyes en sus respectivos territorios con la finalidad de otorgar carácter preferente a la custodia compartida frente a la individual en los casos de ruptura de la convivencia (...) Resulta curioso que la exposición de motivos de dichas normas autonómicas justifiquen la adopción preferente del régimen de custodia compartida en base a dos principios: la protección del interés superior del menor y el principio de igualdad de los progenitores (...) ¿por qué los legisladores autonómicos se preocupan tanto en garantizar la igualdad y la corresponsabilidad de los progenitores en el momento del cese de la convivencia, cuando nada de ello les preocupa antes de la ruptura, como lo demuestra el hecho de que se recorten las políticas de igualdad, hayan menos instituciones encargadas de su defensa y exista un estancamiento en la aplicación de las leyes de igualdad? (...) actualmente en nuestro país todavía no existe una corresponsabilidad parental durante la convivencia. Por lo que para realizar una valoración adecuada sobre la conveniencia o no de dar preferencia al régimen custodia compartida, debería partirse de dicha premisa. No cabe duda que el régimen de convivencia compartida supone un avance en la corresponsabilidad. Pero la realidad demuestra que, en general, los hombres continúan sin implicarse en igual medida que las mujeres, en la atención y cuidado de las personas dependientes, incluidos las/os menores. Esta cuestión requiere de medidas que rompan este desigual reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres, pero desde el inicio de la convivencia, y no solo en el momento del cese”.

4. Finalmente, en lo que a la libertad reproductiva de las mujeres se refiere, resulta pertinente recordar algunas de las afirmaciones del Alto Tribunal español en su Sentencia 53/1985, de 11 de abril:

- Si bien la vida es un concepto indeterminado, de ello no puede deducirse que al «nasciturus» corresponda también la titularidad del derecho a la vida. Ello no obstante, la vida del «nasciturus» es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra Norma fundamental.
- La protección que la Constitución dispensa al «nasciturus» implica para el Estado dos obligaciones: La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida,

*incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones.*

- *El legislador puede tomar en consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a un ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos en los cuales la vida del «nasciturus» como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer. Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan sólo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del «nasciturus». Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del «nasciturus».*

*España ha tenido dos leyes sobre el aborto, aprobadas ambas por gobiernos socialistas. Hasta 1985 la interrupción voluntaria del embarazo fue siempre delito. Sólo se permitió por un breve espacio de tiempo en Cataluña durante la II República entre 1936 y 1938, en plena guerra civil. A partir de 1985 se despenalizó en tres supuestos: violación, riesgo para la salud física y psíquica de la madre y malformación el feto. En 2010 se aprobó la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, ley de plazos que permite el aborto libre en las 14 primeras semanas de gestación, momento a partir del cual se establece un sistema de supuestos permitidos de aborto, y que fue recurrida ante el TC por el Partido Popular y el Gobierno de Navarra. En diciembre de 2013, el Gobierno del Partido Popular presentó una reforma de la Ley del aborto que eliminaba la posibilidad de abortar libremente en las primeras semanas y establecía un sistema de indicaciones más restrictivo que el de 1985 al eliminar las malformaciones como supuesto específico para abortar y exigir dos informes (en vez de uno) para demostrar el daño en la salud psíquica y mental de la madre. Ante la falta de consenso, el Presidente del Gobierno anunció la retirada del anteproyecto de ley en septiembre de 2014, lo que provocó la dimisión del entonces Ministro de Justicia. En febrero de 2015, el Partido Popular registró en el Congreso una nueva reforma, pero esta vez puntual, para exigir el consentimiento paterno a las menores de 16 y 17 años que quieren interrumpir su embarazo. El pasado 23 de septiembre entró en vigor la LO 11/2015, de 21 de septiembre, para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo, cuyo artículo primero suprimió el apartado cuarto del art. 13 LO 2/2010, de 3 de marzo,*

relativo a la interrupción voluntaria del embarazo por parte de mujeres menores de 16 y 17 años.

Sobre esta materia se propone una reflexión crítica a partir de:

- a) La lectura del Informe “Impacto de una reforma legal restrictiva del aborto en España sobre la salud pública y los derechos básicos”, disponible en: [http://nosotrasdecidimos.org/wp-content/uploads/Impacto-de-una-reforma-legal-restrictiva-del-aborto-en-España\\_2.pdf](http://nosotrasdecidimos.org/wp-content/uploads/Impacto-de-una-reforma-legal-restrictiva-del-aborto-en-España_2.pdf).
- b) La lectura del Manifiesto 2014: Científicos por el Derecho a Vivir: <http://derechoavivir.org/manifiesto2014/>.
- c) La lectura de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- d) El visionado del documental: “Yo decido. El Tren de la Libertad”, del Colectivo de mujeres cineastas contra la reforma de la ley del aborto.

El debate posterior a la realización de dichas actividades habrá de referirse a los siguientes extremos:

- ¿Es el aborto un derecho dentro de los derechos a la salud sexual y reproductiva de la mujer?.
- ¿Cómo se puede compatibilizar el derecho al aborto –si lo definimos así– y el derecho a la vida del nasciturus?.
- ¿Quién ha de tomar decisiones sobre el cuerpo de la mujer? ¿Es posible que el legislador entre en esta cuestión?.
- ¿Qué diferencia hay entre considerar el aborto como un delito y considerarlo como un derecho con ciertos límites?.
- ¿Qué opina de la objeción de conciencia de los profesionales médicos a practicar abortos?.
- ¿Cree que las posturas a este respecto son realmente irreconciliables?.

Finalmente, respecto de esta última materia no podemos dejar de destacar la reciente STC 145/2015, de 25 de junio, con origen en la sanción impuesta por la Junta de Andalucía al titular de una oficina de farmacia en Sevilla por no disponer ni dispensar preservativos, ni la vulgarmente conocida como “píldora del día después”. El TC otorgó el amparo al recurrente por vulneración del derecho a la objeción de conciencia vinculado al derecho a la libertad ideológica. Sin embargo, la Sentencia cuenta con tres votos particulares discrepantes, de entre los cuales y en el contexto genérico de este trabajo, resulta de interés el esgrimido por la magistrada Dña. Adela ASÚA BATARRITA. Tras cuestionar, con fundamento tanto en la jurisprudencia del propio TC como en la doctrina del Tribunal de



*Estrasburgo, la existencia de un genérico derecho fundamental de objeción de conciencia como parte integrante del art. 16.1 CE, y criticar el presunto carácter abortivo de la denominada “píldora del día después”; la magistrada discrepante pone en tela de juicio el ejercicio ponderativo llevado a cabo por el Alto Tribunal español:*

*“5. (...) La Sentencia señala correctamente en su fundamento jurídico 5 que la sanción administrativa no se impuso a un farmacéutico determinado por su negativa a dispensar el medicamento a un tercero, sino a los dos cotitulares de la oficina de farmacia por el incumplimiento del deber de contar con el mínimo de existencias establecido normativamente. Pero no extrae la consecuencia obligada: la ausencia de la pretendida “base conflictual” entre la obligación legal de disponer las existencias mínimas de medicamentos, por un lado, y el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico que ha recurrido en amparo, por otro lado. En efecto, no se concibe —y no explica la Sentencia— cómo la obligación de la oficina de farmacia de disponer existencias mínimas de un medicamento puede entrar en “colisión con la concepción que profesa el demandante sobre el derecho a la vida”. Ello debía haber conducido inmediatamente a la desestimación del recurso de amparo. Sin embargo, la Sentencia de la que discrepo analiza el conflicto desde la hipótesis de un eventual acceso a la dispensación (supuesto que no se ha planteado en ningún momento en el caso concreto) y, desde esa perspectiva, reduce todo su ejercicio de ponderación a señalar que “en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación ‘de la píldora del día después’ se viera obstaculizada, pues amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato éste del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos y contraceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro”. Argumentos que resultan irrelevantes para lograr que prevalezca el pretendido derecho a la objeción de conciencia del recurrente sobre el deber legal del profesional farmacéutico de disponer las existencias mínimas de medicamentos establecidas por las Administraciones competentes.*

*En primer lugar, el hecho de no contar con existencias del medicamento por razones de conciencia supone ya en sí mismo una negativa incondicional y absoluta a dispensarlo a cualquier persona que pudiera solicitarlo, en cualquier circunstancia; además, supone la creación de un impedimento para que el otro cotitular de la oficina de farmacia y sus empleados puedan dispensar tales medicamentos. Con tal actitud se impide de raíz cualquier forma de conciliación con los intereses constitucionalmente protegidos de terceros. Y, en segundo lugar, el argumento de la pretendida disponibilidad de otras farmacias en la misma zona no puede suspender la vigencia*



*territorial de los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y psíquica y a la salud de la mujer que solicite el medicamento (arts. 15 y 43 CE). La Sentencia realiza tales afirmaciones sin ofrecer dato objetivo alguno acerca de cuáles y cuántas farmacias se encuentran en la proximidad del establecimiento del actor, y a qué distancia, conformándose con la presunción de que, al encontrarse la farmacia en pleno centro urbano de Sevilla, es lógico que existan muchas otras en las proximidades.*

- *Al realizar la ponderación, la Sentencia de la que disiento minimiza la debida consideración acerca de los derechos a la vida y a la integridad física y moral y a la salud de las personas que puedan requerir la utilización del medicamento en cuestión, acerca de la naturaleza jurídica de las oficinas de farmacia en nuestro ordenamiento y acerca de la regulación legal sobre la dispensación de medicamentos establecida como exigencia para la debida atención a las necesidades de la comunidad; cuestiones todas ellas que han sido profusamente glosadas y analizadas por este Tribunal. De esta forma se ignoran los intereses generales y privados afectados por la negativa a disponer del medicamento (...)*
- *En el ámbito de la prestación farmacéutica (...) la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (...) establece expresamente la obligación de los farmacéuticos, entre otros profesionales, de dispensar los medicamentos y productos sanitarios que se les soliciten en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas, con respeto del principio de continuidad en la prestación del servicio a la comunidad (...) En cuanto a este deber básico, anteriormente (...) afirmó este Tribunal en la STC 137/2013, de 6 de junio, FJ 5, que la normativa de desarrollo del mismo “deviene así imprescindible para colmar la garantía de la asistencia farmacéutica que deriva del derecho de todos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio nacional y, en última instancia, del derecho a la protección de la salud que, como principio rector, reconoce el art. 43.1 CE, que obliga a los poderes públicos ‘no sólo al despliegue de la correspondiente acción administrativa prestacional, sino además a desarrollar la acción normativa que resulte necesaria para asegurar el cumplimiento de esos mandatos constitucionales’ (...) Incumbe por tanto a los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las medidas necesarias para que no se produzca un déficit normativo que deje reducido el deber de dispensación del art. 88.1 d) de la Ley 25/1990 a una proclamación legal vacía de contenido efectivo” (...) En suma, la conclusión que se puede alcanzar es que el legislador, a la luz de las exigencias del art. 43.2 CE, no ha previsto que la obligación de dispensar medicamentos que recae sobre los titulares de las oficinas de*

*farmacia pueda verse exceptuada en ningún supuesto, ni siquiera por cuestiones ideológicas, en la medida en que ello supondría una quiebra en la continuidad del servicio que afecta negativamente al conjunto de la comunidad, con independencia de la situación y del número de farmacias que haya en la localidad de que se trate (...)*

6. *El argumento de mayor intensidad que la Sentencia aduce para justificar la objeción de conciencia del actor reside en su inscripción como objetor de conciencia en su colegio profesional y en las previsiones que al respecto se contienen en los estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (...) Resulta penoso, por elemental, tener que recordar que unos estatutos colegiales no pueden crear ex novo derechos fundamentales ni regular su ejercicio al margen de la Ley. Las previsiones de los estatutos colegiales se deben desarrollar en los términos que establezcan la Constitución, las leyes que se dicten en la materia y el resto del ordenamiento jurídico, y lo cierto es que ni la Constitución reconoce ese derecho —como ya se ha dejado razonado— ni existe Ley estatal o Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía que reconozca el pretendido derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos o que regule de algún modo su ejercicio ante la colisión con el cumplimiento de deberes jurídicamente exigibles (...) En efecto, el art. 55.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía le otorga a esa Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de ordenación farmacéutica, en el marco del art. 149.1.16 CE. En ejercicio de esa competencia se dictó la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de farmacia de Andalucía, dentro de cuya regulación destaca, en primer lugar, el art. 14.5, que reitera la norma básica estatal, en el sentido de que “las oficinas de farmacia están obligadas a la dispensación de los medicamentos siempre que les sean solicitados en las condiciones legales y reglamentariamente establecidas”. Y en cuanto a los derechos y deberes de los farmacéuticos, dispone la Ley que sólo pueden negarse a dispensar medicamentos cuando no sean solicitados de acuerdo con las normas vigentes o cuando sea evidente una finalidad extraterapéutica de los mismos [art. 22.1 b)], mientras que tienen la obligación de “[t]ener los medicamentos y productos sanitarios de existencia mínima obligatoria, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente” [art. 22.2 d)]”.*

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- ASTOLA MADARIAGA, Jasone, “Las mujeres y el Estado constitucional: Un repaso al contenido de los grandes conceptos del Derecho constitucional”, ASTOLA MADARIAGA, Jasone (Coord.), *Mujeres y Derecho: Pasado y presente, I Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizcaia de la Facultad de Derecho*, 2008, pp. 227-290.

- BELTRÁN, Elena, "La construcción de la igualdad constitucional: nuevos desafíos", *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, "una aproximación a las teorías feministas", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, no 9, 2009, pp. 45-82.
- ESQUEMBRE VALDÉS, M<sup>a</sup> del Mar, "Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales", MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirs., Coords.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, 2010, pp. 135-174.
- FACIO, Alda y FRIES, Lorena, "Feminismo, género y patriarcado", en FRIES, Lorena y FACIO, Alda (Eds.), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999: <http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20género%20y%20patriarcado.%20Alda%20Facio.pdf>.
- FREEDMAN, Jane, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?*, LÓPEZ BALLESTER, José (Trad.), Narcea, Colección Mujeres, 2004, Madrid.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, "Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 9, 2008, pp. 379-402.
- LACEY, Nicola, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1978.
- MORAGA GARCÍA, M<sup>a</sup> ÁNGELES, "Igualdad y custodia compartida", *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts, Valencianes, 2014, pp. 479-491): [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42725/1/2014\\_Moraga\\_Igualdad-y-custodia-compartida.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42725/1/2014_Moraga_Igualdad-y-custodia-compartida.pdf) :SUÁREZ LLANOS, María Leonor: *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, 2002.

## 9. LECTURAS RECOMENDADAS

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.); CANCIO ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> Dolores (Coord.), *Estudios interdisciplinarios sobre igualdad*, Segunda Edición, Iustel, Madrid, 2011.
- APARISI MIRALLES, Ángela (Coord.), *Persona y género*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen (Coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- CARMONA CUENCA, Encarna, *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- QUESADA, Rosa; BORTONE, Roberta; PERÁN, Salvador (eds), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

ROCOY CASAS, Rosa María, ¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español, Consello Social Universidade de Vigo-Dykinson, Madrid, 2010.



# Género y Derecho en la Comunidad Autónoma de Galicia

*Pablo Riquelme Vázquez  
Doctorando en Derecho  
Universidade de Vigo*

## **1. INTRODUCCIÓN: LA IGUALDAD REAL ENTRE HOMBRES Y MUJERES COMO ASPIRACIÓN GALLEGA.**

Las denuncias de la desventajosa situación social de las mujeres y las reivindicaciones de un acceso en igualdad de condiciones respecto de los hombres a los derechos básicos inherentes a su persona (como, por ejemplo, los relativos a la educación) no resultan totalmente ajenas al ámbito cultural gallego, pudiendo encontrarse en los escritos de tan ilustres representantes del género femenino como Rosalía de Castro, Concepción Arenal o Emilia Pardo Bazán. Pese a una tasa de analfabetismo femenino de más del 90%, entre los años 1860 y 1870 ya se produjo un importante debate feminista tanto en la prensa regional como en la nacional. Con sus escritos, intelectuales de la talla de Concepción Arenal y Emilia Pardo Bazán reclamaron reformas legales que ampliasen los derechos sociales y políticos, y que mejorasen y favoreciesen a las mujeres y su acceso general a la educación. Rosalía de Castro, por su parte, publicó en el año 1865 en el *Almanaque de Galicia* un artículo titulado «Las literatas», en el que ahondaba en el debate sobre el papel y el valor social de las mujeres.



### ACTIVIDADES

«... y los hombres no cesan de decirte siempre que pueden que una mujer de talento es una verdadera calamidad, que vale más casarse con la burra de Balaam, y que sólo una tonta puede hacer la felicidad mortal de un varón. Sobre todo los que escriben y se tienen por graciosos, no dejan pasar nunca la ocasión de decirte que las mujeres deben dejar la pluma y repasar los calcetines de sus maridos, si los tienen, y si no, aunque sean los de los criados...» (CASTRO, Rosalía de, *Obra Completa*, Padrón, Fundación Rosalía de Castro, 1996, pp. 493-495).

A partir de este breve extracto se propone dar respuesta a las siguientes preguntas:

1. *¿Que caracteres mostraba la situación social de las mujeres gallegas ilustradas de finales del siglo XIX?*
2. *¿Cree que esta situación era muy diferente de la del resto de mujeres?*

A pesar de que, en general, no se pueden negar las mejoras sociales atenuantes de aquella desventajosa situación pretérita que se han producido con el paso de los años, lo cierto es que de la conciencia común aún no han desaparecido por completo dicotomías tan aborrecibles como las de «trabajo frente a familia» o «público (hombre) frente a privado (mujer)»; parejas de términos que non se refieren solamente a esferas vitales separadas, sino a relaciones de dependencia y dominación propias de sociedades androcéntricas.

De esta manera, casi un siglo después de la muerte de Rosalía de Castro, aún era corriente en el territorio gallego que la mayor parte del colectivo femenino solamente participase y contribuyese al desarrollo de la comunidad desde el rol social de madres y/o esposas. Las consecuencias de esta situación se manifestaron, en el ámbito privado, por ejemplo, en forma de absentismo masculino en lo tocante a las responsabilidades de cuidado del hogar o, en ocasiones, incluso de la tan repulsiva *violencia de género*. En el ámbito público, por otra parte, la marginación del género femenino se materializaba como ausencia o escasez de mujeres en los



órganos de gobierno de los principales entes, tanto públicos como privados, donde la regla general había sido históricamente la de una aplastante presencia masculina. Discriminaciones directas e indirectas cuya base no era otra que los prejuicios que todavía hoy siguen sin ser completamente erradicados de las relaciones interpersonales.

La caída de la dictadura franquista permitió que las mujeres comenzasen paulatinamente a conquistar puestos de dirección dentro de las instituciones y organismos públicos, otorgándoles de este modo una mayor incidencia pública (por vez primera) desde fuera del movimiento feminista. Desde un punto de vista político, difícilmente se podrá negar que en una democracia se deba perseguir una representación paritaria de mujeres y hombres en papeles de responsabilidad, por lo que la adopción de medidas que favorezcan la participación de las mujeres en todos los organismos al servicio de la comunidad resulta de todo punto ineludible.

## ACTIVIDADES

Lo que se acaba de decir se encuentra ejemplificado, por una parte, en la constitución en el Parlamento de Galicia, desde 1994, de una Comisión no permanente para la Igualdad y para los Derechos de las Mujeres encargada de elaborar y emitir conclusiones y dictámenes en lo relativo a esta materia durante las sucesivas legislaturas. Otro ejemplo está representado por el hecho de que el actual Parlamento de Galicia cuente con la presencia de 27 diputadas entre sus bancadas, una de las cuales, Pilar Rojo Nogueira, es además su Presidenta.

A partir de la información disponible en las páginas web del Parlamento de Galicia (<http://www.parlamentodegalicia.es/sitios/web/default.aspx>) y del Consello da Cultura Galega (<http://consellodacultura.gal/index.php>), se requiere del alumnado que dé respuesta a los siguientes interrogantes:

1. *¿De qué manera ha evolucionado el número de diputadas autonómicas a lo largo de los 34 años de existencia del Parlamento Gallego?*
2. *¿Se produce alguna correspondencia entre el número de diputadas en el órgano legislativo de la Comunidad y los resultados de los diferentes Grupos Parlamentarios?*

Con todo, si a comienzos de los años ochenta el objetivo a alcanzar podía formularse como el de la equiparación de la ciudadanía social y política de las mujeres con respecto a la de los hombres, con el paso de los años (y tras las moderadas conquistas logradas) dichos objetivos se tornaron o, mejor dicho, se ampliaron para acoger una noción de ciudadanía que favoreciese los intereses estratégicos de las mujeres de un modo multilateral y coherente: lo que se denominó estrategia del *Mainstreaming* (IV Conferencia Mundial de las Mujeres, en Beijing, en el año 1995). En términos concretos, esta coherencia se traducía, por

ejemplo, en el hecho de no tener que renunciar a sus aspiraciones familiares o a su personalidad femenina en aras de mejores expectativas profesionales o políticas. De lo que se trataría, en definitiva, es de adoptar una perspectiva de mayor alcance y profundidad desde la que fomentar la igualdad real entre ambos sexos en todos los ámbitos de la sociedad.

Con la finalidad de combatir esta injustificada discriminación y de ahondar en el compromiso por la defensa de la igualdad de hecho entre ambos géneros, la Xunta de Galicia ha venido ampliando, sobre la base del artículo 4.2º del Estatuto de Autonomía para Galicia (Ley Orgánica 1/1981, del 6 de abril), el marco legal de las políticas autonómicas de igualdad entre mujeres y hombres, tanto en lo relativo a los principios de actuación como a las actuaciones concretas. No hay que olvidar que, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, la eliminación de las desigualdades entre mujeres y hombres ha venido siendo un objetivo prioritario de la política de la Unión Europea. En este sentido, habría que destacar la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

Como se analizará con posterioridad, la Constitución española prescribe en su artículo 14 toda discriminación por razón de sexo y, en el artículo 9.2, consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de las agrupaciones en las que se integra sean reales y efectivas. En el ámbito estatal se aprobó en el año 2007 el Proyecto de ley orgánica de garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres que tenía por finalidad hacer efectiva la igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres y la eliminación de la discriminación contra la mujer. Sin embargo, alcanzar la igualdad real exige no sólo el correspondiente desarrollo normativo -realizado en su mayor parte por imperativo de la Constitución Española y del Estatuto de Autonomía-, sino que también es preciso modificar actividades y estructuras sociales de cara a lograr la tan deseada materialización de las aspiraciones de igualdad; este es el motivo por el que la Xunta de Galicia inauguró su actuación en materia de género modificando su estructura institucional.

## **2. EL REFLEJO DE LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN LAS INSTITUCIONES GALLEGAS**

En las páginas que siguen se analizarán las medidas legislativas adoptadas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia que hayan modificado ya su estructura institucional, ya la actuación de aquélla. El primer paso en este sentido fue el representado por la promulgación de la Ley 3/1991, de 14 de enero, de creación del *Servizo Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller*, mediante la cual veía la luz un organismo que pretendía dar repuesta a los objetivos más arriba formulados en tanto persistiese cualquier tipo de las situaciones discriminatorias que dieron lugar a su constitución.

2.1. La Ley 3/1991, de 14 de enero, de creación del Servicio Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller.

En virtud de la Ley 3/1991, de 14 de enero, el Parlamento de Galicia creó el *Servicio (sic) Galego de Promoción da Igualdade do Home e da Muller* (en lo sucesivo, y adoptando la terminología de la propia Xunta de Galicia, el SEGAPIHOM) como organismo autónomo adscrito a la *Consellería de Traballo e Servicios Sociais*, con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el ejercicio de sus funciones. Este *Servicio* -regulado por lo dispuesto en la Ley mediante la que se crea, en sus normas de desarrollo y en la correspondiente legislación general de organismos autónomos- tenía como objetivo principal la promoción y adopción de medidas encaminadas a la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres y de los hombres, removiendo los obstáculos que impidiesen la integración de la mujer en la vida «social, cultural, educativa, económica y política de Galicia» (art. 2 de la Ley de creación del SEGAPIHOM). Para el logro de estos objetivos, el organismo del que venimos halando disponía de dos recursos económicos especificados en el artículo 11 de la susodicha Ley.

El SEGAPIHOM constaba de dos «órganos superiores»: el «Consello» y la «Dirección» (art. 4 de la Ley de creación del SEGAPIHOM). El «Consello» estaba integrado por su Presidente -la *Conselleira* o *Conselleiro de Traballo e Servicios Sociais*-, la Vicepresidenta y directora general del SEGAPIHOM (art. 10 de la Ley de creación del SEGAPIHOM), los Vocais (un representante, con categoría de director general, nombrado por cada una de las consejerías de Gobierno de Galicia y cinco personas de prestigio en el ámbito de las ciencias sociales, económicas y jurídicas designadas por la Xunta de Galicia) y un Secretario, con voz pero sin voto, designado por la directora (art. 5 de la Ley de creación del SEGAPIHOM).

Una ojeada retrospectiva mostrará sin dificultad que el SEGAPIHOM y lo que con posterioridad sería su sucesor, el *Servizo Galego de Igualdade* (en adelante, SGAI, organismo adscrito a la *Consellería de Familia, Muller e Xuventude*), fueron el estandarte de las políticas autonómicas en favor de las mujeres desarrolladas por la Xunta de Galicia durante la década de 1990 y la siguiente. En el ejercicio de las funciones de este *Servicio*, fueron elaborados hasta cuatro planes de igualdad de oportunidades de las mujeres galegas. El *V Plan de igualdade de oportunidades das mulleres galegas (2007-2010)* y el recentísimo *VI Plan Galego para a igualdade entre mulleres e homes (2013-2015)* fueron elaborados ya en el contexto de la *Secretaría Xeral de Igualdade*.

## ACTIVIDADES

Con base en la información disponible en la página web de la *Secretaría Xeral de Igualdade* de la *Xunta de Galicia* (<http://igualdade.xunta.es/gl>) en relación con los antedichos planes de igualdad, se propone que las alumnas y los alumnos den respuesta a las siguientes preguntas:

1. *¿De qué modo se estructuran los planes de igualdad elaborados en el contexto de la Comunidad Autónoma de Galicia?*
2. *¿Cuáles son las principales líneas estratégicas en las que se acostumbró a organizar la actuación del Gobierno gallego de cara a la promoción de la igualdad real entre hombres y mujeres?*
3. *¿Considera que los ámbitos a los que se refieren dichas líneas estratégicas se encuentran requeridos de intervención prioritaria?*

Las funciones inicialmente encomendadas al Servicio eran de diferente naturaleza y exigibilidad (art. 3 de la Ley de creación del SEGAPIHOM). Un primer grupo estaba formado por las que podríamos denominar tareas de promoción y fomento, y entre ellas cabría destacar las de incentivo de la «participación de las mujeres en la vida política, económica, cultural, educativa y social» (art. 3º. 9) y las de estudio y análisis de la «situación de la mujer gallega así como fomentar (sic) la realización de estudios sobre ella tanto de carácter general como específico en los campos legal, educativo, sanitario, social y cultural» (art. 3º.1).

Dentro de las que podríamos considerar como tareas organizativas se encontraban, por ejemplo, la de coordinar todos los trabajos y actividades que desarrollaran los distintos departamentos de la Xunta en temas que pudieran afectar a la situación de la mujer, la de «coordinar y evaluar planes y programas de acción y el desarrollo de las actividades que, para la consecución de los objetivos previstos en la presente ley, realicen diputaciones y ayuntamientos» (art. 3º.6), o la de cooperar con todas las entidades que por sus fines o actividades fueran susceptibles de contribuir de alguna manera a la consecución de los objetivos previstos en esta ley. En este sentido cabe destacar, por un lado, el apoyo económico otorgado a las entidades locales en forma de ayudas y subvenciones para el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y, por otro lado, el papel promotor del SEGAPIHOM en el Proyecto E.L.A.S. (Estrategias Locales de Acción Solidaria). Este proyecto -desarrollado entre el 30 de junio del año 2000 y el 30 de junio del 2001- tuvo como objetivo general la promoción de la igualdad de género en el ámbito local a través de la incorporación del principio del Mainstreaming en las políticas municipales.



## ACTIVIDADES

Se propone que el alumnado busque información sobre el *Proxecto E.L.A.S.* (Estratexias Locais de Acción Solidaria) en la página web de la Secretaría General de Igualdad de la Xunta de Galicia (<http://igualdade.xunta.es/gl>) y conteste a las siguientes preguntas:

1. *¿Qué actividades se realizaron en el marco de este proyecto?*
2. *¿Fue alto o bajo el índice de participación de las entidades municipales? En cualquier caso, ¿por qué crees que fue así?*

Finalmente, el art. 3 de la Ley de creación del SEGAPIHOM también se refería a otras funciones de mayor talante jurídico. Entre ellas cabría destacar las de emitir un «informe previo sobre todas aquellas disposiciones de carácter general que, promovidas por las distintas consellerías, afecten a las materias reguladas en la presente ley» (art. 3º.3); la de velar, dentro de las competencias de la Comunidad Autónoma, por el cumplimiento de todos aquellos convenios y tratados internacionales, en los aspectos que pudieran afectar a las materias reguladas en la presente ley, así como fomentar la participación igualitaria en los foros internacionales; la de denunciar los casos de violación sexual producidos contra mujeres que llegara a conocer y tramitar las demandas cuando su contenido tuviera por objeto supuestos concretos de discriminación de hecho o de derecho por razón de sexo; o la de ofrecer las prestaciones a favor «de aquellas personas que por su situación y dentro del ámbito de la presente ley tengan especial necesidad de ayuda» (3º.12).

Como se verá con posterioridad, la preceptiva emisión por parte del SEGAPIHOM del informe sobre el impacto de género de los proyectos legislativos también será regulada por la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres. De faltar dicho informe (o en los casos en los que lo que se presente sea una proposición de ley) se requerirá, antes de la discusión parlamentaria, su remisión a la Xunta de Galicia, «quien dictaminará en el plazo de un mes»; transcurrido dicho plazo, la proposición podrá continuar su curso.

El gobierno bipartito formado a partir del año 2005 en la Comunidad Autónoma de Galicia mantuvo el organismo del que se ha venido hablando, el cual ya había comenzado a trabajar con una neonata Secretaría Xeral de Igualdade, cuyas funciones principales eran las siguientes: eliminación de la violencia de género; conciliación y corresponsabilidad entre hombres y mujeres; educación en igualdad y prevención de la violencia; formación, empleo y empresa; participación social de las mujeres; cultura, comunicación y deporte; e inclusión social de las mujeres. Finalmente, el SEGAPIHOM fue suprimido en el año 2010 después de 19 años de funcionamiento. La medida se justificó sobre la base de la necesidad de reducir gastos en la Administración y del solapamiento que se producía entre las tareas encomendadas a este organismo autónomo y las correspondientes a la antedicha Secretaría Xeral de Igualdade.

## 2.2. La Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres.

Aun reconociendo los importantes logros conseguidos con la creación del SEGAPIHOM en la lucha contra la situación de desigualdad entre mujeres y hombres, en opinión de la Xunta de Galicia aquélla continuaba siendo tras el advenimiento del nuevo milenio un hecho notorio e indiscutible en nuestra sociedad. Esta circunstancia tuvo como respuesta por parte del Parlamento de Galicia la promulgación de la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres (en el sucesivo, LGIMH), cuyo objetivo principal era un ahondamiento en el «compromiso en la eliminación de la discriminación entre mujeres y hombres y en la promoción de la igualdad» (art. 1º.1 de la LGIMH).

Como se especificaba en su Exposición de Motivos, se trataba de una ley que, en lo que concernía a los principios de actuación, intentaba garantizar la vinculación de la totalidad de los poderes públicos gallegos al principio de transversalidad, en tanto que instrumento imprescindible para el ejercicio de la totalidad de las competencias autonómicas «en una clave de género» y la eliminación de todas las discriminaciones directas e indirectas, así como de los perjuicios causantes de dichas discriminaciones. En lo relativo a las actuaciones concretas, por otro lado, la ley establecía medidas de defensa de la igualdad entre mujeres y hombres. La LGIMH se estructuraba en un Título Preliminar (compuesto, a su vez, por un Capítulo I -«Disposiciones Generales»- y un Capítulo II -«El principio de transversalidad»-), un Título I («La actuación administrativa de la Xunta de Galicia») y un Título II («Las condiciones de empleo en la Administración pública gallega»).

En relación con dicho Título Preliminar cabe destacar, en primer lugar, la definición de discriminación (tanto directa como indirecta) ofrecida en su artículo 2º:

«(...) existirá discriminación directa cuando una persona sea, hubiera sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por razón de sexo, y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra le pueda ocasionar una desventaja particular a una persona respecto de otras por razón de sexo, salvo que se puedan justificar objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y legítimos».

Correlativamente a esta definición, no se considerarían discriminatorias las medidas encaminadas a favorecer la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, siempre, claro está, que dichas medidas en ningún caso supusieran la creación o el mantenimiento de regulaciones separadas [art. 4º.1 LGIMH].

En este mismo orden de cosas, hay que destacar la mención al derecho a la maternidad del art. 3º LGIMH (concebido en términos tales que deje de ser una carga exclusiva de las madres y un motivo de discriminación para las mujeres) y, sobre todo, por su importancia, el desarrollo del principio de transversalidad. En la aplicación de este principio -definido como la «dimensión de la igualdad de oportunidades en la

elaboración, en la ejecución y en el seguimiento de todas las políticas y de todas las acciones desarrolladas en el ejercicio de las competencias asumidas de conformidad con la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, del Estatuto de autonomía para Galicia»- la Xunta de Galicia establecía como criterios generales de su actuación el fomento de la colaboración entre los diversos sujetos implicados en la igualdad de oportunidades, la consecución de la igualdad de oportunidades en la política económica, laboral y social, la conciliación del empleo y de la vida familiar de las mujeres y de los hombres o el fomento de una participación equilibrada de las mujeres y de los hombres en la toma de decisiones (art. 6º LGIMH), entre otros.

## ACTIVIDADES

Entre las Conferencias de las Naciones Unidas sobre la Mujer que más han contribuido a aumentar la conciencia internacional sobre la situación de las mujeres se encuentran las de México (1976), Copenhague (1980) y Nairobi (1985). La demanda del *mainstreaming de género*, también traducido por transversalidad, surge precisamente en Nairobi, en una conferencia en la que, con el objetivo de avanzar hacia una igualdad real, se indica la necesidad de introducir el enfoque de género en ámbitos en los que hasta el momento no se había hecho. Diez años después, la Conferencia Mundial de las Mujeres de Beijing de 1995 incidirá nuevamente en esta herramienta como clave para introducir el principio de igualdad entre mujeres y hombres. El *mainstreaming* o enfoque integrado de género puede definirse como la integración sistemática de la perspectiva de género en los diversos campos de la realidad, tanto en los ámbitos públicos como en los privados. Este enfoque requiere en primer término de la voluntad política de las distintas administraciones para introducir los cambios pertinentes en sus actuaciones públicas. Asimismo, exige recursos, tanto económicos como humanos y materiales, sobre los que desarrollar estas transformaciones y, a su vez, los recursos humanos necesitan una capacitación y formación en materia de igualdad que les permitan conocer y aplicar correctamente las herramientas y técnicas de la transversalidad; precisan disponer también de las informaciones y datos desglosados que den cuenta de manera fidedigna de la realidad social, habida cuenta las diferentes situaciones de hombres y mujeres.

Después de consultar la *Declaración y Plataforma de Acción de Beijing* disponible en la página web <http://www.unwomen.org/es>, responde a las siguientes preguntas:

1. *¿A qué actores trató de involucrar la Declaración?*
2. *¿Cuáles han sido las esferas de especial preocupación señaladas por el documento como más representativas de los principales obstáculos para lograr un avance en la situación de las mujeres?*



En aras de la coherencia con la adopción de semejantes principios de actuación, los artículos 7º y 8º de la LGIMH exigían que tanto los proyectos de ley presentados en el Parlamento gallego como los reglamentos con repercusión en cuestiones de género elaborados por la Xunta de Galicia, fueran acompañados de un informe no vinculante (art. 8º.2 LGIMH) concerniente a su «impacto de género» elaborado por el SEGAPIHOM (cómo se recordará, conforme a lo dispuesto en el art. 3º.3 de la Ley de creación de dicho organismo).

En términos generales se puede decir que el Título I de la LGIMH regula la actuación administrativa de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de igualdad y pretende, al mismo tiempo, dar cobertura legal a las actuaciones ya en vigor ampliando las posibilidades de actuación en aquellos ámbitos en los que se estime necesario actuar. Los ámbitos inicialmente señalados fueron el educativo (Capítulo I: «La educación y la formación para la igualdad entre mujeres y hombres»), el comunicativo (Capítulo II: «Igualdad de oportunidades y medios de comunicación» y Capítulo III: «La erradicación del uso sexista del lenguaje»), el penal (Capítulo IV: «La violencia contra las mujeres»), el familiar (Capítulo V: «El Plan integral de apoyo a la familia») el socio-laboral (Capítulo VI: «La igualdad laboral entre mujeres y hombres», Capítulo VII: «La inserción social de las mujeres en situación de exclusión social» y Capítulo VIII: «La participación de las mujeres en el desarrollo rural») y, finalmente, el institucional (Capítulo IX: «La colaboración autonómica con las corporaciones locales»).

En el Título II, por último, se regulaban los aspectos básicos de una actuación administrativa no discriminatoria en el ámbito del empleo público gallego. Sin duda se trató de una asunción ejemplar por parte de la Xunta de Galicia de su compromiso con el principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en relación con la totalidad del personal a su servicio. Para ello, el instrumento legislativo que se está analizando articuló medidas tendentes a combatir la discriminación tanto en lo relativo al acceso al empleo público (Capítulo I) como a la igualdad retributiva (Capítulo II) en el mismo. Igualmente, se establecían medidas de conciliación de la vida profesional y familiar (Capítulo III), de prevención y sanción del acoso sexual (Capítulo IV), y erradicación del acoso moral por razón de género (capítulo V).

## ACTIVIDADES

Como se recordará, uno de los presupuestos de la aplicación del enfoque del *mainstreaming* de género era a voluntad política de las distintas administraciones de introducir los cambios pertinentes en sus actuaciones públicas. En este sentido, no se pueden sino valorar positivamente los objetivos perseguidos con la elaboración de esta Ley Gallega para la Igualdad de Mujeres y Hombres. Sin embargo, el Consejo Económico y Social de Galicia (en lo sucesivo, CES) manifestó, en el Dictamen 1/03 sobre el Anteproyecto de la dicha ley, que el mismo resultaba «poco más que una declaración de intenciones, toda vez que

muestra en muchas ocasiones una falta notoria de medidas concretas, [conformándose] con la mera exposición de una buena voluntad y [renunciando] explícitamente a implantar políticas de igualdad específicas, con base en un estudio fundamentado de necesidades y la indispensable preparación de un cuadro de financiación y de recursos disponibles necesarios».

Como actividad se propone la evaluación de la asunción de las recomendaciones no estilísticas o de redacción hechas por el CES en dicho Dictamen. Se recomienda la formación de grupos de trabajo a los que se les atribuyan diferentes Capítulos de la Ley para su análisis.

### **3. GÉNERO Y TRABAJO: LA LEY 2/2007, DE 28 DE MARZO, DE TRABAJO EN IGUALDAD DE LAS MULLERES DE GALICIA.**

En cumplimiento de los criterios generales de actuación relacionados con la consecución de la igualdad de oportunidades en la política económica, laboral y social y con la conciliación del empleo y de la vida familiar de las mujeres y de los hombres [art. 6º.2.b) y art. 6º.2.c) de la LGIMH, respectivamente], la Xunta de Galicia se dotó de un nuevo instrumento jurídico con el que combatir la discriminación -en este caso, laboral- de las mujeres: la Ley 2/2007, de 28 de marzo, del trabajo en igualdad de las mujeres de Galicia (en el sucesivo, LTIMG).

El diagnóstico de la situación socio-laboral de las mujeres de la que partía la LTIMG puede resumirse perfectamente con las siguientes palabras de su Exposición de motivos:

«(...) a pesar do nivel de desenvolvemento da sociedade galega, as mulleres non puideron acceder ao mercado de traballo cos mesmos recursos e coa mesma mobilidade que os homes, e ese mesmo feito impediúlles competir en igualdade de condicións, o que contribuíu a sustentar ese teito de cristal que na práctica imposibilita o acceso aos postos de responsabilidade e decisión, e que determina que as mulleres sexan desestimadas nos postos de maior salario e maior status profesional».

Según la opinión de los redactores de la Ley, el mercado laboral mostraría una estructura marcada por una doble segregación: la horizontal, basada en la tradicional división sexual del trabajo y caracterizada por una determinada asignación histórica de roles socio-laborales a las mujeres; y la vertical, consistente en la ocupación por parte de los hombres de los trabajos más cualificados, mejor pagados y con mayor significación jerárquica, mayores recursos o salarios más altos y mayor «poder de ejecución». Como corolario de esta situación nos encontraríamos ante un sistema consolidado e institucionalizado de privilegios masculinos en el que las mujeres no podrían acceder al mercado de trabajo con los mismos recursos y con la misma movilidad que los hombres, hecho que les impediría competir en igualdad de

condiciones. No reconocer esas diferencias y desigualdades supondría mantener el sistema preexistente.

## ACTIVIDADES

En un sugestivo estudio titulado «Diferencias de remuneración entre los sexos según la profesión», Derek ROBINSON establece una interesante relación entre el concepto de «desniveles de remuneración» y lo de «reparto profesional u ocupacional». Veamos como lo hace (ROBINSON, Derek: 1998, 4):

*«(...) Todos los estudios efectuados demuestran que, si bien en algunas situaciones las mujeres ganan más que los hombres ejerciendo determinadas ocupaciones definidas en sentido estricto, globalmente hay un desnivel entre la remuneración media masculina y femenina al considerar grupos amplios de ocupaciones, y que las mujeres ganan por término medio menos que los hombres. El que se haya comprobado la existencia de esa distancia media global no indica, claro está, si se debe o no a una discriminación fundada en el sexo. Es posible que los hombres y mujeres que desempeñan una misma ocupación reciban exactamente el mismo salario, pero, como la remuneración varía según la profesión que se desempeñe, si la distribución de hombres y mujeres en las ocupaciones es desigual, habrá una diferencia en la remuneración media general masculina y femenina. Está sobradamente demostrado que, a resultas de la dispar repartición profesional de los hombres y las mujeres, hay una concentración de éstas en determinadas ocupaciones y una «infrarrepresentación» en otras (...).»*

1. ¿Cree que en los puestos de trabajo «predominantemente femeninos» se abonan por término medio remuneración inferiores a las pagadas en los de «predominio masculino», de manera que cuanto mayor sea el número de mujeres que desempeñen una ocupación, menos remuneración percibirán tanto los hombres como las mujeres que trabajen en ella?
2. En caso afirmativo, ¿por qué cree que ocurre esto?

De este modo, en el marco de las competencias señaladas por la antedicha Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (y sobre la base de los importantes avances en defensa de la igualdad y contra la discriminación conseguidos ya por medio de la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres), la LTIMG representó un avance de cara a lograr una inserción laboral en clave de igualdad, convirtiéndose en uno de los pilares clave para hacer efectivo el principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres,

ya que éste era uno de los ámbitos donde, hasta el momento de la promulgación de esta norma, había sido más visible a desigualdad.

En el Título Preliminar de la LTIMG -«Disposiciones Generales»-, se establecen el objeto (art. 1º) y el ámbito de aplicación (art. 2º) de la misma. En relación con este ámbito de aplicación puede apreciarse una especial correspondencia con el artículo 6º.1 LGIMH, en el que, como se recordará, se recogía el principio de transversalidad, de modo que la dimensión de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres intenta implementarse de una manera integral en ámbitos como los de la elaboración, ejecución y seguimiento de las acciones relacionadas con el acceso al empleo, los del trabajo por cuenta propia, la formación y promoción profesional, las condiciones de trabajo, etc. La aplicación de dicho principio en lo que concierne a las competencias autonómicas sobre empleo y relaciones laborales, le correspondería al departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, con la colaboración del departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad (art. 2º.2 LTIMG).

El Título I («Instrumentos para la consecución de la igualdad en el trabajo») está dividido en dos capítulos. En el Capítulo I -«Principios generales»- se definen en primer lugar los conceptos de discriminación directa e indirecta, acoso y acoso sexual (art. 3º) en términos muy similares a los de los artículos 2º, 47º y 53º de la LGIMH, respectivamente, haciendo mención expresa del artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE. Aun en este mismo Capítulo es posible encontrar artículos en los que, por un lado, se reconocían los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en aras de la corresponsabilidad a través del reparto entre mujeres y hombres de los deberes familiares, y, por otro lado, se fomentan las «actuaciones de sensibilización de la ciudadanía y, en particular, de las personas intervinientes en las relaciones de empleo» (art. 6º). Precisamente con la finalidad de servir de inicio de un camino que enrolara a todos los actores para compartir las responsabilidades en las áreas de actuación consideradas prioritarias en aquel momento, la Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar de la *Secretaría Xeral de Igualdade* publicó en el año 2007 su Plan de fomento de la corresponsabilidad. Estructurado en las Áreas «Cambio de papeles y estereotipos sociales», «Concialción de los tiempos pessoais y sociales», «Extensión de los servicios comunitarios», «Recursos complementarios de conciliación» y «Conciliación como depósito del empleo», dicho Plan perseguía combatir una situación histórica básicamente consistente en que fueran y aun sean las mujeres las que carguen con la necesaria conciliación de las esferas laboral, familiar y personal, con la consecuencia de verse frecuentemente sometidas a una doble o incluso triple jornada de trabajo.



## ACTIVIDADES

El problema de la corresponsabilidad se encuentra íntimamente vinculado a los ya aludidos del *mainstreaming de género* y el de la segregación laboral de género (tanto horizontal como vertical).

1. ¿Cómo se articula exactamente esta relación?
2. A su vez, el concepto de corresponsabilidad también parece estar relacionado con la noción de derecho a la maternidad recogido en el art. 3º LGIMH. ¿Consideras que se trata de conceptos sinónimos?

En el Capítulo II se establecía el régimen jurídico (adscripción y funciones) de la Unidad Administrativa de Igualdad del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo. A este órgano -coordinado y vinculado funcionalmente con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad- se le encomendaban, entre otras, funciones de asesoramiento en materia de género, de impulso de diversas medidas tendentes a combatir las diferentes manifestaciones de la discriminación, de diseño y organización de programas e informes en materia de igualdad, y de revisión y vigilancia sobre el cumplimiento de la ley (art. 7º).

El Título II («Promoción de la igualdad en las empresas») está compuesto por el Capítulo I, «Los planes de igualdad de las empresas», el Capítulo II, «La responsabilidad social de las empresas en materia de igualdad», el Capítulo III «La Marca Gallega de Excelencia en Igualdad», y el Capítulo IV, «La igualdad en las sociedades cooperativas gallegas». Los planes de igualdad de las empresas, se definían como un conjunto de medidas que deberían comprender la fijación de objetivos concretos de igualdad [art. 9º.1.ª)], la elaboración de un código de buenas prácticas en la organización del trabajo [art. 9º.2.ª)] y el «establecimiento de sistemas eficaces de control interno y de evaluación externa sobre cumplimiento de los objetivos», así como la transparencia en su implantación [art. 9º.3.ª)]. El fomento de estas actuaciones debía ser llevado a

cabo por el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo, en coordinación con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad. Dichos planes de igualdad son de obligado cumplimiento para los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales con participación da Comunidad Autónoma de Galicia, y voluntarios para el resto de empresas (art. 10º), si bien la implantación voluntaria de aquellos disfrutará de apoyo económico y técnico por parte de la Administración autonómica competente en materia de trabajo (art. 12º).

## ACTIVIDADES

Se propone como actividad práctica, la formación de grupos de trabajo integrados por alumnas y alumnos a los que se les encomiende el acceso a alguno de los planes de igualdad en las empresas disponibles en la página web de la Secretaría General de Igualdad de la Xunta de Galicia ((<http://igualdade.xunta.es/gl>) y su comparación con las recomendaciones contenidas en la Guía para la elaboración de planes de igualdad en las empresas, disponible en el Portal de Trabajo de la Xunta de Galicia (<http://traballo.xunta.es/>). En dicha Guía se puede encontrar una enumeración exhaustiva de las características de un plan de igualdad empresarial, de los agentes implicados y de los resultados esperados. Asimismo, entre las orientaciones metodológicas que estos planes ofrecen, se hallan las atinentes a la concreción, diagnóstico, puesta en marcha, seguimiento y evaluación del Plan de Igualdad. Este análisis comparado debe incardinarse a dar respuesta a los siguientes interrogantes:

1. ¿Fueron seguidas en la elaboración de los planes de igualdad disponibles todas las pautas/recomendaciones señaladas por dicha *Guía*?
2. ¿Cree que el plan de igualdad en la empresa analizado permitió alcanzar los resultados correspondientes a cada una de las fases mencionadas en la *Guía*?

Por otra parte, las empresas podrían asumir, de acuerdo con la regulación establecida en el Capítulo II, algunas acciones de responsabilidad social a través de diversas medidas; entre ellas cabe destacar, por su importancia, la de promoción de la participación de las mujeres en los consejos de administración (art. 15º). En el Capítulo III se regula, por su parte, el distintivo «Marca Gallega de Excelencia en Igualdad». Para su obtención, las empresas con la vinculación con Galicia descrita en el art. 16º.2 deberían presentar ante el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo un balance sobre los parámetros de igualdad existentes en su organización. La concesión del distintivo generaría los correspondientes derechos a la utilización del logotipo de la «Marca Gallega de Excelencia en Igualdad», las subvenciones autonómicas pertinentes por accidentes

de trabajo y enfermedades profesionales a cargo de la empresa y la preferencia en la adjudicación de contratos de la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 19º).

En lo que respecta a la inserción laboral de las mujeres en el ámbito del cooperativismo, el artículo 21º introduce herramientas normativas que permiten un impulso adicional en esta dirección. Este avance consiste en que, tras la entrada en vigor de la LTIMG, la Xunta de Galicia debía remitirle al Parlamento un proyecto de ley de modificación de la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia que, además de adecuar la normativa actual a las nuevas necesidades surgidas del movimiento cooperativista, integrara el principio de igualdad y no discriminación a causa de sexo, de conformidad con los parámetros que se establecen en la propia LTIMG. En cumplimiento de este encargo, el Parlamento de Galicia aprobaría la Ley 14/2011, de 16 de diciembre, por la que se modificaba la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia. Como se expone en el Preámbulo de la Ley de modificación, la LTIMG se tuvo particularmente en cuenta a la hora de revisar el «lenguaje empleado en la redacción de aquellos artículos que se modifican, en aplicación de lo dispuesto en esta ley, posibilitándose mediante disposición adicional la refundición de textos en el futuro, con el objeto de armonizar la norma en su conjunto a los mismos parámetros».

En el Título III, relativo a la promoción de la igualdad en el ámbito de la negociación colectiva y de las relaciones colectivas de trabajo, se creaba la Comisión Consultiva Autonómica para la Igualdad entre Mujeres y Hombres en la Negociación Colectiva. A este órgano -adscrito al *Consello Galego de Relacións Laborais* y que colabora con el departamento de la Administración autonómica competente en materia de igualdad- le correspondrían funciones de asesoramiento, control y promoción de la igualdad (art. 22º). Su composición y la regulación de su organización y funcionamiento se establece en los artículos 23º y 24º, respectivamente. Igualmente, al *Consello Galego de Relacións Laborais* se le encargaba el impulso en la elaboración de un acuerdo marco interprofesional de ámbito autonómico sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

En el título IV se regula la integración de la igualdad en la política de empleo, estableciéndose concretamente dicha integración en la formación profesional (art. 29º) y en la formación continua (art. 30º). Consecuentemente con eso, las medidas de acción positiva que se lleguen a implantar en cualquier actividad formativa deberían introducir obligatoriamente contenidos relacionados con la igualdad de oportunidades y la corresponsabilidad familiar y doméstica (art. 33º). Estas actividades deberían ser impartidas por profesorado especializado y, en todo caso, promover la conciliación de la vida personal, familiar y laboral del alumnado, procurando acomodar sus horarios y su localización a las necesidades de dicha conciliación. Por su parte, las agencias de colocación deberían velar, conforme a lo dispuesto en el artículo 35ª («Integración de la igualdad en la intermediación laboral»), por la efectiva aplicación del principio de igualdad en el acceso al mercado laboral.

En aras de la «Integración de la igualdad en la política preventiva de riesgos laborales» (Título V), se establece una regulación tendente a promover la realización



tanto de estudios estadísticos que permitieran disponer de datos desglosados por sexo en el ámbito de la salud laboral, como de informes relativos a los accidentes de trabajo y a las principales enfermedades profesionales que manifestara cada uno de los sexos, así como también una formación específica en materia de salud laboral y prevención de riesgos desde la perspectiva de género y la adaptación de los equipos de protección, circunstancias del puesto de trabajo y condiciones de su ejecución a los diversos condicionantes de género (art. 39º). También se articulan medidas para combatir en origen los riesgos derivados de las condiciones de trabajo que pudieran afectar negativamente el embarazo, el parto y la lactancia natural y se comprometía la realización de actuaciones en materia de prevención de riesgos laborales sobre sectores laborales feminizados.

En el título VI «Promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación» se regulan los bancos municipales de tiempo (Capítulo I) y los planes de programación del tiempo de la ciudad (Capítulo II). Los primeros se valdrían de las redes comunitarias de apoyo a la conciliación o, en los casos excepcionales, del personal municipal contratado a tal efecto. En lo que a los planes de programación del tiempo de la ciudad se refiere, cabe destacar que con ellos se persigue coordinar los horarios de la ciudad con las exigencias personales, familiares y laborales de los ciudadanos. En ambos casos se trataba de medidas de gestión municipal que contarían con el apoyo del departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo. Fue finalmente a través de un Decreto, el 182/2008, de 31 de julio, como se estableció la regulación de la promoción autonómica de las medidas municipales de conciliación y se determinaron los requisitos para su validación y funcionamiento, en los términos establecidos en la LTIMG.

El último de los títulos en los que se estructura la LTIMG (el Título VII - «La participación de las mujeres en el departamento de la Administración autonómica competente en materia de trabajo»-) contenía la regulación del Consejo Gallego de Participación de las Mujeres en el Ámbito del Empleo y de las Relaciones Laborales (art. 52º), un «órgano de participación, mediante un canal de libre adhesión de las mujeres», donde se integrarían las Secretarías de la Mujer de los sindicatos y de la Confederación de Empresarios y Empresarias de Galicia. A su vez, este órgano establecería sus normas de funcionamiento (art. 54º), así como la forma de adhesión al mismo (art. 55º).

Cabe resumir el contenido de las Disposiciones Adicionales de la LTIMG diciendo que constituyen una importante reforma del ordenamiento jurídico en vigor para adaptar sus normas a la nueva ley. De una manera u otra se vieron afectadas las normas, ya mencionadas en algún momento de esta exposición, sobre igualdad de Galicia, sobre función pública de Galicia, sobre sociedades cooperativas de Galicia, sobre la regulación de la Xunta y de su presidente y sobre la actuación en materia de personal y contratación en las empresas en las que tiene participación mayoritaria la Xunta de Galicia.

Asimismo, en las citadas disposiciones se asume el compromiso de aprobación de un decreto de aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la



salud en el trabajo de mujeres embarazadas, que hubieran dado a luz recientemente o estén en período de lactancia. También se define el concepto de mujeres con especiales dificultades de inserción laboral y en situaciones marcadas por la desventaja social y se pretenden hacer visibles tanto las actividades históricamente feminizadas (sin remuneración ni reconocimiento profesional, un ejemplo de lo cual lo ofrece el trabajo doméstico realizado por mujeres) como su importancia dentro de la economía de Galicia.

## ACTIVIDADES

Después de analizar de la Ley 2/2007, de 28 de marzo, de trabajo en igualdad de las mulleres de Galicia, se plantea una reflexión crítica sobre su contenido a partir de los siguientes interrogantes:

1. ¿Cree que la norma adolece de falta de previsiones temporales concretas sobre el establecimiento de una adecuada red de servicios públicos que facilite la puesta en funcionamiento de las medidas normativas propuestas?
2. ¿Considera que se deberían de haber incluido medidas de acción positiva específicas para cada sector económico (agricultura, ganadería y pesca; industria y construcción; y servicios)? Puede justificar tu respuesta por medio de los datos estadísticos disponibles en la página web del *Instituto Galego de Estatística* (<https://www.ige.eu/web/index.jsp?paxina=001&idioma=gl>).

Ya para finalizar, hay que destacar que la LTIMG se tuvo, junto con el Pacto gallego por el empleo -firmado en 2007 entre el Gobierno gallego, la patronal y las organizaciones sindicales- y el Plan de atención integral a la salud de la mujer de Galicia -editado por primera vez también en el año 2007-, como marco de referencia en el contexto de elaboración de las actuaciones hacia el empleo de las mujeres recogidas en el V Plan del gobierno gallego para la igualdad entre mujeres y hombres (2007-2010). Este Plan respondió al objetivo de transformar las políticas públicas gallegas y configurar los objetivos y actuaciones de una manera tal que procuren cambios en los intereses estratégicos de las mujeres en aras de la igualdad, y que, conforme al principio de corresponsabilidad, impliquen y comprometan también a los hombres, «tanto en la búsqueda real de oportunidades, como en los beneficios de esta que redundarán de una manera positiva en toda la sociedad».

## 4. EL TRATAMIENTO DE LA PROBLEMÁTICA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO: LA LEY 11/2007, DE 27 DE JULIO, GALLEGA PARA LA PREVENCIÓN Y EL TRATAMIENTO INTEGRAL DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO.

Como se recordará, la LGIMH ya dedicaba sus artículos 19 y 20 a regular algunas situaciones de violencia contra las mujeres por medio de un conjunto de previsiones

generales tendentes a la erradicación de la misma. Sin embargo, el legislador autonómico consideró necesario el establecimiento de un marco normativo completo que hiciera de la prevención el «pilar básico de la acción administrativa en esta materia», y que facilitara un adecuado apoyo a la lucha social contra la violencia de género eliminando viejos estereotipos sexistas y puliendo por una sociedad sin violencia.

### **ACTIVIDADES**

Se propone impulsar una reflexión personal de las alumnas y los alumnos sobre el origen y los posibles instrumentos de lucha contra la violencia de género mediante el planteamiento de, entre muchas otras, las siguientes preguntas:

1. ¿Cuáles son, en su opinión, los principales factores desencadenantes de la violencia de género?
2. ¿Cuáles considera que son los elementos de mayor importancia a la hora de combatir esta lacra social (una educación en igualdad desde la escuela primaria, medidas coercitivas más severas, mayor publicidad del problema, mejores medidas de prevención,...)?

Con la Ley 11/2007, de 27 de julio, gallega para la prevención y el tratamiento integral de la violencia de género (en el sucesivo, LGPTIVX) se pretendía dotar a la sociedad gallega de un instrumento adecuado para prever, tratar y erradicar la violencia de género. El texto legislativo estableció medidas conducentes a la coordinación de los recursos necesarios a través de una red que integrara medidas de información, de recuperación psicológica, de apoyo económico, de inserción laboral y de acceso a la vivienda. La LGPTIVX (cuyo Anteproyecto también fue sometido a dictamen del Consejo Económico y Social de Galicia para su aprobación) se divide en cuatro Títulos y las correspondientes disposiciones adicionales, derogatoria y últimas.

En el Título Preliminar -Disposiciones generales- se define el objeto de la Ley (art. 1) y se describen las diferentes formas de violencia de género (art. 3): la Ley tiene por objeto la adopción en Galicia de medidas integrales para la sensibilización, la prevención y el tratamiento de la violencia de género, así como la protección y el apoyo de las mujeres que la sufren. A los efectos de la LGPTIVX constituirían formas de violencia de género: la violencia física, la psicológica, la económica, los abusos y el acoso sexual, el tráfico de mujeres y niñas con fines de explotación, y cualquier otra recogida en los tratados internacionales. Dentro del ámbito de aplicación de la Ley se hallaban todas las mujeres que viviendo, residiendo o trabajando en Galicia hubiesen sufrido cualquiera de las formas de violencia descritas. Igualmente, dado que las situaciones de violencia sobre las mujeres acostumbran a afectar a los menores insertos en medio familiar, la LGPTIVX también preveía medidas de protección y atención tendentes a garantizar una tutela efectiva de los menores.

## ACTIVIDADES

En la definición de los distintos tipos de violencia de género recogida en el art. 3 de la LGPTIVX se hace referencia al vínculo entre víctima y agresor. Sin embargo, en su origen la noción de género hace más bien hincapié en una determinada construcción social y cultural de la masculinidad y la feminidad.

1. ¿Considera adecuado desvincular violencia física y psicológica de la relación existente entre el agresor y la víctima del mismo modo que se hace cuando se define violencia sexual?
2. ¿Considera que se debería incluir un principio de atención específica de la problemática de las mujeres rurales? Razone su respuesta. ¿Cree que la LGPTIVX recoge alguna medida tendente a la eliminación de la situación de especial vulnerabilidad de las mujereslabriegas?

El Título I se ocupa de las medidas de prevención de la violencia de género. En los tres capítulos de los que se compone se regulan, en primer lugar, medidas de sensibilización contra la violencia de género, así como el destacado rol que los medios de comunicación social deben cumplir en este campo (art. 11). En segundo lugar, las medidas de investigación y de formación en materia de violencia de género. Y finalmente, en tercer lugar, las medidas a adoptar en el campo de la educación reglada, entre las que hay que destacar, como ya había adelantado el artículo 9 de la Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, la exigencia de revisión y adaptación del currículo educativo (Art. 19). Respeto de este último punto cabe destacar que los currículos de las diferentes arenas de educación infantil, primaria, secundaria obligatoria y bachillerato ya incluían en los elementos curriculares los principios que impregnan esta Ley, sobre todo, en la asimilación de valores y actitudes, haciéndose especial hincapié en la eliminación de discriminaciones y estereotipos sexistas en los *Planes de Acción Tutorial*. Igualmente, en los Proyectos de innovación educativa y en los Planes de formación del profesorado se consideran líneas prioritarias la inclusión, la igualdad, la no violencia y la cultura de la paz.

El Título II -«Protección y asistencia frente a violencia de género»- regula las acciones de los poder públicos tendentes a proteger a las mujeres que sufren violencia de género por medio de una asistencia integral a las mismas en los ámbitos sanitario y psicológico (Capítulo I), jurídico (Capítulo II) y socio-laboral (Capítulos IV). Los dispositivos de alarma o teleasistencia (Capítulo III) y los programas de reeducación también se configuran como instrumentos importantes de cara a la consecución de los objetivos de la LGPTIVX. A su vez, todas estas acciones se encuentran reforzadas por unas medidas de carácter económico (Capítulo V) concebidas para que las víctimas no carezcan de los recursos precisos para iniciar una nueva vida lejos de sus agresores. Consecuentemente, y en la línea de las ayudas periódicas de apoyo a las mujeres que sufren violencia de género (el denominado «salario de la libertad») convocadas por Resolución de 26 de marzo de 2010 de la Secretaría General de Igualdad, se articuló un proceso abreviado para la obtención de la RISGA (art. 41),

así como otras ayudas escolares para las hijas y los hijos que padecieran violencia en su entorno. Con la misma finalidad se creó el Fondo Gallego de Garantía de Indemnizaciones (art. 43) y se establecieron acciones en materia de acceso a una vivienda digna (art. 44).

Finalmente, el Título III se dedica a la organización del sistema de protección y asistencia integral y especializada frente a la violencia de género. En este campo se puede destacar la creación del Centro de Recuperación Integral para Mujeres que Sufren Violencia de Género, con funciones de desarrollo de un «modelo de atención integral, basado en un sistema coordinado de servicios, recursos y medidas de carácter social, laboral y económico» (art. 49.2) y de la coordinación de la red gallega de acogimiento de las víctimas de los delitos.

### ACTIVIDADES

Se conoce como «salario de la libertad» la prestación a la que, desde marzo de 2006, pueden acceder todas las mujeres que sufren violencia de género y cuyos ingresos no alcancen el Salario Mínimo Interprofesional. La finalidad del salario de la libertad es proporcionar apoyo económico a las mujeres víctimas de violencia de género para garantizarles unas condiciones suficientes de seguridad económica respecto del agresor que les permitan dar el primer paso para romper con esa situación. La prestación consiste en una ayuda económica de hasta 600 euros mensuales por un período máximo de 12 mensualidades.

La tramitación de la ayuda se puede realizar en la siguiente sede electrónica de la Xunta de Galicia: <https://sede.xunta.es/portada>.

Las mujeres víctimas de violencia de género sufren las consecuencias de los maltratos en muchos ámbitos de la vida. Para apoyar en el proceso de recuperación a aquellas mujeres que lo precisan, se impulsó la puesta en marcha de centros que atendieran y dieran respuesta a las necesidades que tienen las mujeres y sus hijas o hijos en las áreas psicológica, social, laboral o sanitaria. Son centros de la Red Gallega de Acogimiento los regulados en los términos previstos en la Ley 11/2007, de 27 de julio, para la prevención y el tratamiento de la violencia de género, y gestionados de manera integral por el *Consortio Galego de Igualdade e Benestar*, con la colaboración de la *Secretaría Xeral de Igualdade*. Los centros tienen como finalidad proporcionar alojamiento inmediato y de corta estancia a las mujeres y a las personas de ellas dependientes, que se encuentren inmersas en una situación de maltrato y garantizarles un acogimiento de emergencia mientras se valora su situación y/o se efectúa una derivación a otro dispositivo más idóneo.

Después de examinar el trámite de solicitud de las ayudas e indemnizaciones para mujeres víctimas de violencia de género, y el de ingreso en alguno de los susodichos centros de la Red Gallega de

Acogimiento (<http://igualdadebenestar.org/>), se propone plantear al alumnado los siguientes interrogantes:

1. ¿Que trámites es necesario realizar para solicitar las ayudas e indemnizaciones para mujeres víctimas de violencia de género? ¿Y para acceder a alguno de los centros de la *Rede Galega de Acollemento*?
2. ¿Consideras que la LGPTIVX ha servido para simplificar y coordinar los protocolos relacionados con las denuncias de violencia de género? Justifica tu respuesta.

Ya para finalizar, cabe destacar que desde el año 2009 la Xunta de Galicia viene publicando un Informe anual de seguimiento de la LGPTIVX. Estos informes -que se pueden consultar en el Centro de Documentación de la página web de la Secretaría General de Igualdad- analizan la magnitud de la violencia de género en la Comunidad Autónoma de Galicia a lo largo del período de estudio y recogen las medidas y actuaciones llevadas a cabo en el marco de la LGPTIVX.

## 5. BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES DOCUMENTALES

- BOCK, G., BLOM, I. e SANTOS DE MATO, M<sup>a</sup> I., «20 años de Historia de las Mujeres. Perspectivas internacionales», en *Arenal*, 20:1; enero-junio de 2013, pp. 41-64.
- BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Barcelona, Paidós, 2006.
- CASTRO, Rosalía de, *Obra Completa*, Padrón, Fundación Rosalía de Castro, 1996.
- Concello de Lugo, *I Plan de igualdade entre homes e mulleres*, Lugo, 2005.
- Concello de Vigo, *II Plan de acción municipal para combater a violencia contra as mulleres 2004-2007*, Vigo, 2004.
- DEBÉN ALFONSO, M.<sup>a</sup>, O tratamento penal da violencia contra as mulleres. Da intensiva aplicación do principio de intervención mínima á introdución da perspectiva de xénero, Santiago de Compostela, Servizo Galego de Igualdade (Secretaría Xeral de Igualdade. Vicepresidencia de Igualdade e do Benestar. Xunta de Galicia), 2006.
- FRASER, Nancy. "Redistribución y reconocimiento: hacia una visión integrada de justicia del género". En, Radl Philip, Rita M.<sup>a</sup>, *Mujeres e institución universitaria en Occidente*. Universidade de Santiago de Compostela, 1996.
- ROBINSON, Derek, «Diferencias de remuneración entre los sexos según la profesión», en *Revista Internacional del Trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, volumen 117 (1998), núm. 1.
- Xunta de Galicia, Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar, Secretaría Xeral da Igualdade, Servizo Galego de Igualdade, *A realidade da muller galega 2005*, Santiago de Compostela, 2006.

Xunta de Galicia, Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar, Secretaría Xeral da Igualdade, Servizo Galego de Igualdade, *A situación das mulleres autónomas en Galiza*, Santiago de Compostela, 2006.

Xunta de Galicia, Vicepresidencia da Igualdade e do Benestar, Secretaría Xeral da Igualdade, *Macroenquisa sobre a violencia contra as mulleres en Galiza. Informe de resultados*, Santiago de Compostela, 2006.

Xunta de Galicia, *A violencia de xénero en Galicia. Plan de acción 2002-2005*, Santiago de Compostela, 2001.



# El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la discriminación por género

*María Antonia Arias Martínez.  
Profesora titular de Derecho administrativo.  
Universidad de Vigo*  
*Ángel Aday Jiménez Alemán.  
Profesor ayudante de Derecho constitucional.  
Universidad de Vigo*

The advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would be needed for such a difference in treatment to be regarded as compatible with the Convention.

(Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, p. 78.)

Es obvio que los valores de las mujeres difieren con frecuencia de los valores creados por el otro sexo y sin embargo son los valores masculinos los que predominan.

(Virginia Woolf, Una habitación propia.)

## **1. INTRODUCCIÓN: EL CONSEJO DE EUROPA Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVO DE GÉNERO**

En la segunda mitad del siglo XX proliferaron los mecanismos de protección internacional de los derechos fundamentales. En Europa disfrutamos de uno de los sistemas más complejos y avanzados para la protección de los derechos humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es una creación del Consejo de Europa, organización internacional que nació en 1949. Las violaciones masivas de los derechos humanos cometidas durante la II Guerra Mundial hicieron que surgiera una conciencia común en los Estados europeos acerca de la necesidad de establecer mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, del Estado de



Derecho y de la democracia. A día de hoy cuenta con 47 miembros: además de los 28 Estados miembros de la Unión Europea, prácticamente todos los Estados europeos salvo Bielorrusia.

En 1998 se produjo una gran transformación en el ámbito del Convenio. Se creó un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, formado por tantos Jueces como Estados parte del Convenio, que actúa con carácter permanente y tiene jurisdicción obligatoria y exclusiva en todos los asuntos que traten sobre la interpretación y la aplicación del Convenio.

Desde la entrada en vigor del Protocolo nº 11 los particulares pueden interponer un recurso individual en el que denunciar violaciones de derechos fundamentales, que estén protegidos por el convenio y hayan sido cometidas por un Estado miembro ante un órgano jurisdiccional internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Se trata de un elemento propio del sistema de control del Convenio, de modo que los Estados parte aceptan que un órgano jurisdiccional internacional controle su obligación de reconocer a toda persona sometida a su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Convenio. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus Protocolos Adicionales contienen casi exclusivamente derechos civiles y políticos. España se adhirió al Convenio el 4 de octubre de 1979.

Este es un buen momento para que te familiarices con el Consejo Europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el siguiente enlace puedes encontrar del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf)

También es recomendable visualizar los siguientes documentales. En el primero, "La conciencia de Europa", producido por el Consejo de Europa, realizado para conmemorar el 60º aniversario del Convenio y el 50º del Tribunal describen los elementos más importantes sobre su organización y funcionamiento.

<https://www.youtube.com/watch?v=1890h55r14Q&feature=plcp&context=C3ae5c8eUDOEgsToPDskL2RS4ezYj7YEHplyxD8fbx>

El siguiente enlace contiene una edición monográfica del programa de Televisión Española "La aventura del saber" acerca del El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, producido con la colaboración del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

<https://www.youtube.com/watch?v=N3W5GWNu2sw&spfreload=10>

¿Hacen mención a algún asunto relacionado con la discriminación en razón por género?

La igualdad de género se ha convertido en una prioridad en el ámbito del Consejo de Europa, promocionando la participación de los dos sexos en todos los

ámbitos de la sociedad, desde la consciencia de que no cabe duda de que aún queda un gran camino por recorrer hasta la igualdad real, a pesar de los importantes avances acontecidos en las últimas décadas. La marginalización de la mujer en muchos ámbitos y la perpetuación de roles de género son la principal preocupación de un órgano intergubernamental constituido en el seno del Consejo de Europa, el Comité *Steering* para la igualdad entre hombres y mujeres.

Son muchas las medidas que se han alcanzado en el Consejo de Europa en materia de discriminación por razón de género. Entre otras, conviene destacar la Convención del Consejo de Europa de acción en contra de la trata de seres humanos y la Convención del Consejo de Europa para prevenir y combatir la violencia en contra de la mujer y la violencia doméstica. En 2012 puso en marcha un programa transversal por la igualdad de género, con los objetivos de combatir estereotipos de género y el sexismo, garantizar el acceso de las mujeres a la tutela judicial efectiva, prevenir y combatir la violencia de género y conseguir la participación equilibrada de hombres y mujeres en los procesos de decisión pública.

In the Council of Europe, we believe that discrimination constitutes an offence against human dignity. It is like poison, destroying the very fabric of our societies.

Council of Europe, Non-discrimination A Human Right. Seminary to mark the entry into force of Protocol N° 12: Strasbourg, 11 October 2005, p. 5.

Antes de entrar a analizar lo que supone la prohibición de la discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tal y como la ha ido construyendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a través de su doctrina, es necesario realizar una serie de aclaraciones previas. En el **art. 14** del Convenio Europeo de Derechos Humanos se contiene la disposición normativa fundamental que **prohíbe la discriminación**:

El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

La redacción del artículo es abierta. No desarrolla en qué consiste exactamente una discriminación o cada una de las razones de discriminación. Esta labor ha quedado en manos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y hasta 1998 en la Comisión Europea sobre Derechos Humanos. De ahí que sea bastante complicado prever cual va a ser el resultado cuando se aplican los criterios establecidos por la doctrina del Tribunal a un caso concreto. La aplicación del artículo 14 depende fuertemente en los hechos y circunstancias de cada caso. El Tribunal sigue una línea coherente con sus precedentes, pero puede apartarse de ellos si lo considera oportuno (como vamos a poder observar en los asuntos relacionados con las solicitudes de permisos de paternidad interpuestas por hombres).

El artículo 14 prohíbe cualquier discriminación en razón de sexo, raza, cultura, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación. La lista es una copia exacta de los motivos incluidos en el art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, salvo que en el caso del Convenio el motivo "pertenencia a una minoría nacional" aparece en primer lugar, y se ha añadido el motivo de "pertenencia a una minoría nacional". Por otra parte, esta lista también queda abierta: las frases "sin distinción de raza" y "cualquier otra situación" permiten al Tribunal afirmar que estamos ante una enumeración ilustrativa y no exhaustiva. Lo que permite que cualquier cuestión que pueda dar cabida a un trato discriminatorio puede ser enjuiciada por el Tribunal. Por ejemplo se han añadido la orientación sexual y la edad como motivos de discriminación gracias a la doctrina del Tribunal, y el principio por el que el Convenio es un "instrumento vivo" que ha de interpretarse en las condiciones de nuestra sociedad actual.

Es importante tener en cuenta dos cuestiones acerca del ámbito de aplicación del artículo 14. En primer lugar, sólo se puede aplicar en demandas presentadas por una persona, una organización no gubernamental o grupos de personas que hayan sido víctimas de violaciones realizadas por los Estados parte. Y en segundo lugar, y especialmente relevante, el artículo 14 tiene un carácter accesorio, lo que supone que complementa el resto de derechos protegidos por el Convenio. De este modo, no cabe una denuncia de una discriminación si no está relacionada con uno o más de los derechos protegidos por el Convenio, lo que ha llevado a parte de la doctrina a identificar al artículo 14 como un derecho "parásito".

Article 14 (art.) complements the other substantive provisions of the Convention and the Protocols. It has no independent existence since it has effect solely in relation to "the enjoyment of the rights and freedoms" safeguarded by those provisions. Although the application of Article 14 (art. 14) does not necessarily presuppose a breach of those provisions-and to this extent it has an autonomous meaning- there can be no room for its application unless the facts at issue falls within the ambit of more of the later.

Rasmussen c. Dinamarca, 28 de noviembre de 1984, p. 32 y 33.

Una sentencia que fue fundamental para aclarar la aplicación del artículo 14 fue *Belgian Linguistics*, de 23 de julio de 1968. Las madres y padres que interpusieron la demanda plantearon que la legislación belga en el ámbito de la educación era contraria al derecho a la privacidad (art. 8), a la universalidad de la educación (art. 2.1 del Protocolo 1) y la prohibición de discriminación del art. 14. Se había establecido una división del país según los idiomas que se hablaban en cada región: en la parte flamenca de Bélgica se educaría a los niños en flamenco, en la parte francesa en francés, y en la zona de habla alemana en alemán. Esto supuso que a buena parte del alumnado se le impidiera continuar sus estudios en colegios de habla francesa debido al lugar de residencia de su familia. A pesar del consabido carácter complementario de este derecho, con esta sentencia el art. 14 ganó su carácter de derecho autónomo.

## 2. EL ARTÍCULO 1 DEL PROTOCOLO Nº 12: LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LA DISCRIMINACIÓN

La posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación del artículo 14 a situaciones no recogidas por los derechos protegidos en el Convenio se fue consolidando en la doctrina académica a partir de los años 60 del siglo XX. Esta propuesta se materializó en el año 2000 aprobándose un nuevo protocolo que contiene una cláusula de prohibición general de la discriminación en estos términos:

1. El goce de los derechos reconocidos por la ley ha de ser asegurado sin discriminación alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de otro carácter, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.
2. Nadie podrá ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente por los motivos mencionados en el párrafo 1.

Aunque esta incorporación es indudablemente positiva, y lo cierto es que se ha ampliado el ámbito de aplicación de la prohibición de discriminación, aún no se ha averiguado cuánto se ha ampliado. Por otra parte, y este es uno de los inconvenientes principales, el Protocolo 12 no ha sido ratificado por una parte considerable de los Estados miembros del Convenio. Todo ello ha supuesto que todavía no abunden los asuntos en los que se ha juzgado la aplicabilidad de esta nueva cláusula de prohibición general.

Actividad: Comprueba las adhesiones al Protocolo 12. ¿España lo ha ratificado? ¿Qué otros países hechas de menos? ¿Cuál crees que pueden ser los motivos de esta reticencia generalizada?

Antes de concluir estas aclaraciones previas acerca de la aplicación del art. 14 debemos realizar un somero análisis acerca de los criterios utilizados a la hora de evaluar una posible vulneración del art. 14. A partir del caso que acabamos de comentar, *Belgian Linguistics*, el Tribunal viene sosteniendo que para poder identificar una discriminación tienen que darse dos condiciones. Primero, se ha de comprobar que se haya dado una diferencia de trato entre personas o grupos de personas situadas en una situación semejante. Y una vez comprobada esta condición, hay que analizar si la diferencia de trato se justifica por un motivo objetivo y razonable. La medida ha de estar dirigida a la consecución de un objetivo legítimo y ha de existir una relación de proporcionalidad razonable entre la medida adoptada y el objetivo a conseguir. Por lo tanto, no todas las diferencias de trato están prohibidas, sino aquellas realizadas a personas en situaciones análogas y para las que no exista justificación razonable. La prueba del trato diferenciado recae en el demandante. El Tribunal viene también aceptando como vulneradoras del art. 14 las conocidas como discriminaciones indirectas, una medida aparentemente neutral, tomada sin intenciones discriminatorias, pero que implique efectos perjudiciales desproporcionados.

Tampoco podemos obviar la mención de la doctrina del margen de apreciación, que veremos a menudo al analizar los siguientes casos. De acuerdo a este principio se les concede a los órganos legislativos y judiciales estatales un cierto margen en la apreciación de los derechos humanos cuando desarrollan sus funciones. Este margen varía en cada uno de los casos, ya que es el Tribunal quien lo aprecia y aplica.

Finalmente, el Convenio también propugna en el artículo 5 del Protocolo nº 7 la igualdad entre cónyuges. A día de hoy continúa sin aplicarse a ningún caso.

### **3. LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE GÉNERO EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

El Tribunal Europeo tardó en pronunciarse acerca de discriminaciones en razón de género. El primer caso que le brindó una oportunidad en este sentido fue **Abdulaziz, Cabales y Balkandali**, sentencia de 28 de mayo de 1985.

Abdulaziz, Cabales y Balkandili demandaron al Reino Unido por considerar que las leyes de emigración resultaban discriminatorias por motivo de sexo, raza y nacimiento tras serles denegados a sus respectivos cónyuges los permisos de residencia en el Reino Unido. Tanto Abdulaziz, como Cabales y Balkandili coincidían en ser mujeres que habían nacido fuera del Reino Unido, pero que disfrutaban de la condición de residentes plenamente legales en ese país.

Durante la segunda mitad del siglo XX, el Reino Unido fue progresivamente desestructurando el Imperio Británico a medida que reconocía la independencia a los diferentes dominios y reconstituía la organización imperial en una organización internacional de adscripción voluntaria, la *Commonwealth*. En lo que a la regulación de la nacionalidad se refiere, este hecho supuso un cambio muy drástico. Las personas que residían en el Imperio Británico, quienes habían disfrutado una única y común nacionalidad británica, adquirieron la nacionalidad del nuevo Estado que sucedió al Imperio Británico en cada dominio. Y hasta 1962 pudieron disfrutar de un status especial como ciudadanos de un país independiente de la *Commonwealth*, lo que les permitía emigrar al Reino Unido y residir y trabajar en condiciones plenamente legales y sin ningún tipo de restricciones.

Sin embargo, el Reino Unido abandonó este status especial ante la magnitud del fenómeno migratorio de los años 60 del siglo XX, temiendo no tener capacidad para integrar un volumen de población extranjera tan importante. Así, a través sucesivas reformas de las leyes migratorias, se impusieron nuevas restricciones para los emigrantes provenientes de países de la *Commonwealth*.

Entra otras medidas, el Reino Unido decidió adoptar una disposición normativa que establecía que los maridos o prometidos de las mujeres no británicas, pero que residían legalmente en el Reino Unido, perdían la posibilidad de acceder al reagrupamiento familiar. Sin embargo, las esposas o prometidas de los hombres no británicos con residencia en el Reino Unido sí podían seguir obteniendo permiso para acceder al territorio británico y residir en él legalmente. Es más, el Reino Unido

no duda en alegar razones humanitarias, sociales y éticas a la hora de justificar su decisión de permitir la reunificación de las familias de los emigrantes varones.

El motivo principal en el que fundamenta su decisión discriminatoria el legislador británico es la protección de su mercado laboral. El desempleo había alcanzado porcentajes alarmantes, y entre otras medidas se optó por tratar de reducir la emigración de aquellas personas que se consideraban trabajadores potenciales, sobre todo aquellas personas que buscarían empleo dado que debían sostener a sus familias. Según las estadísticas aportadas por el Gobierno británico el 90% de los hombres en edad de trabajar estaban empleados o buscaban empleo, frente al 63% de las mujeres.

El Tribunal de Estrasburgo encontró esta medida discriminatoria en razón de sexo, no estando suficientemente justificada en los motivos alegados por el Gobierno del Reino Unido:

74. As regards the alleged discrimination on the ground of sex, it was not disputed that under the 1980 Rules it was easier for a man settled in the United Kingdom than for a woman so settled to obtain permission for his or her non-national spouse to enter or remain in the country for settlement (see paragraphs 23-25 above). Argument centred on the question whether this difference had an objective and reasonable justification.

75. According to the Government, the difference of treatment complained of had the aim of limiting "primary immigration" (see paragraph 21 above) and was justified by the need to protect the domestic labour market at a time of high unemployment. They placed strong reliance on the margin of appreciation enjoyed by the Contracting States in this area and laid particular stress on what they described as a statistical fact: men were more likely to seek work than women, with the result that male immigrants would have a greater impact than female immigrants on the said market. Furthermore, the reduction, attributed by the Government to the 1980 Rules, of approximately 5,700 per annum in the number of husbands accepted for settlement in the United Kingdom (see paragraph 38 (e) above) was claimed to be significant. This was said to be so especially when the reduction was viewed in relation to its cumulative effect over the years and to the total number of acceptances for settlement.

This view was contested by the applicants. For them, the Government's plea ignored the modern role of women and the fact that men may be self-employed and also, as was exemplified by the case of Mr. Balkandali (see paragraph 53 above), create rather than seek jobs. Furthermore, the Government's figure of 5,700 was said to be insignificant and, for a number of reasons, in any event unreliable (see paragraph 38 (e) in fine above).

77. In its report, the Commission considered that, when seen in the context of the immigration of other groups, annual emigration and unemployment and economic activity rates, the impact on the domestic labour market of an annual reduction of 2,000 (as then estimated by the Government) in the number of husbands accepted for settlement in the United Kingdom (see paragraph 38 (e) above) was not of a size or importance to justify a difference of treatment on the ground of sex and the detrimental consequences thereof on the family life of the women concerned. Furthermore, the long-standing commitment to the reunification of the families of male immigrants, to which the Government had referred as a reason for accepting wives whilst excluding husbands, no longer corresponded to modern requirements as to the equal treatment of the sexes. Neither was it established that race relations or immigration controls were enhanced by the rules: they might create resentment in part of the immigrant population and it had not been shown that it was more difficult to limit abuses by non-national husbands than by other immigrant groups. The Commission unanimously concluded that there had been discrimination on the ground of sex, contrary to Article 14 (art. 14), in securing the applicants' right to respect for family life, the application of the relevant rules being disproportionate to the purported aims.

At the hearings before the Court, the Commission's Delegate stated that this conclusion was not affected by the Government's revised figure (about 5,700) for the annual reduction in the number of husbands accepted for settlement.

78. The Court accepts that the 1980 Rules had the aim of protecting the domestic labour market. (...).

Whilst the aforesaid aim was without doubt legitimate, this does not in itself establish the legitimacy of the difference made in the 1980 Rules as to the possibility for male and female immigrants settled in the United Kingdom to obtain permission for, on the one hand, their non-national wives or fiancées and, on the other hand, their non-national husbands or fiancés to enter or remain in the country.

Although the Contracting States enjoy a certain "margin of appreciation" in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment, the scope of this margin will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background (see the above-mentioned Rasmussen judgment, Series A no. 87, p. 15, para. 40).

As to the present matter, it can be said that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have



to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention.

79. In the Court's opinion, the Government's arguments summarised in paragraph 75 above are not convincing.

It may be correct that on average there is a greater percentage of men of working age than of women of working age who are "economically active" (for Great Britain 90 per cent of the men and 63 per cent of the women) and that comparable figures hold good for immigrants (according to the statistics, 86 per cent for men and 41 per cent for women for immigrants from the Indian sub-continent and 90 per cent for men and 70 per cent for women for immigrants from the West Indies and Guyana) (see paragraph 38 (d) above).

Nevertheless, this does not show that similar differences in fact exist - or would but for the effect of the 1980 Rules have existed - as regards the respective impact on the United Kingdom labour market of immigrant wives and of immigrant husbands. In this connection, other factors must also be taken into account. Being "economically active" does not always mean that one is seeking to be employed by someone else. Moreover, although a greater number of men than of women may be inclined to seek employment, immigrant husbands were already by far outnumbered, before the introduction of the 1980 Rules, by immigrant wives (see paragraph 38 (e) above), many of whom were also "economically active". Whilst a considerable proportion of those wives, in so far as they were "economically active", were engaged in part-time work, the impact on the domestic labour market of women immigrants as compared with men ought not to be underestimated.

In any event, the Court is not convinced that the difference that may nevertheless exist between the respective impact of men and of women on the domestic labour market is sufficiently important to justify the difference of treatment, complained of by the applicants, as to the possibility for a person settled in the United Kingdom to be joined by, as the case may be, his wife or her husband.

Mediante el trabajo ha sido como la mujer ha podido franquear la distancia que la separa del hombre. El trabajo es lo único que puede garantizarle una libertad completa.

Simone de Beauvoir, *El segundo sexo*

Las prestaciones sociales han sido el ámbito que más doctrina ha generado sobre discriminaciones por motivo de género. En el asunto **Wessels-Bergervoet c. los Países Bajos**, sentencia de 4 de junio de 2002, la demandante impugnó la disminución de su pensión al considerar que constituía una medida discriminatoria.

En 1989, al alcanzar los 65 años de edad, se le reconoció su derecho a recibir una pensión a la tercera edad del 50% del salario mínimo interprofesional, pero reducida en un 38% debido a los años en los que no había cotizado en Holanda. Su marido también había recibido en 1985 una pensión a la tercera edad pero disminuida en un 38% ya que no había cotizado en Holanda durante los años 1957 a 1977 al haber emigrado a Alemania.

El sistema de protección social holandés preveía una pensión para todas aquellas personas que alcanzaran los 65 años de edad. El sistema protegía a todas las personas entre 15 y 65 años que residían en Holanda, y se sustentaba a partir de las contribuciones de todas las personas trabajadoras. El cálculo de las pensiones a la tercera edad se realizaba a partir del número de años durante los que se ha contribuido, sin tener en cuenta la base salarial de la cotización. Así, las personas que alcanzaban los 50 años de cotización tenían derecho a una pensión íntegra. Quienes no alcanzaban este umbral de años cotizados veían su pensión reducida un 2% por año no cotizado.

Este marco normativo para el cálculo de las pensiones se complementaba por una disposición que establecía que los hombres casados recibirían hasta el 100% del salario mínimo interprofesional. Las personas que no se hubieran casado podían recibir hasta el 70%. Pero la normativa no establecía nada sobre las mujeres casadas, de forma que a éstas no se les reconocía un derecho por sí mismas. Esta discriminación fue corregida a partir de 1985.

37. The applicant claimed that the reduction in her pension under the General Old Age Pensions Act constituted discrimination on the ground of sex prohibited by Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1, in that at the relevant time a married woman was only insured under the Act for periods when her husband was insured, whereas there was no equivalent rule for married men.

47. The Court notes that, in principle, all persons between the ages of 15 and 65 who reside in the Netherlands are insured under the General Old Age Pensions Act. It further notes that the applicant has always lived in the Netherlands. The only reason for the applicant's exclusion from insurance under the Act for a total period of nineteen years was the fact that she was married to a man who was not insured under the Act during periods of employment abroad. It is undisputed that a married man in the same situation as the applicant would not have been excluded from the insurance scheme in this manner.

48. The Court concludes that the reduction in the applicant's benefits under the Act was therefore based exclusively on the fact that she is a married woman. It has not been argued that the applicant failed to satisfy any of the other statutory conditions for benefits under the Act.

49. The Court considers that very strong reasons would have to be put forward before it could regard a difference in treatment based

exclusively on the grounds of sex and marital status as compatible with the Convention.

50. The Government argued that the undesirable accumulation of pension rights is an objective and reasonable justification for the difference in treatment made by the legislature. However, the Court notes in this respect that the legislation did not prevent a married man in the same situation as the applicant from accumulating pension rights.

51. Even assuming that the Government's argument that at the material time social attitudes were different in that most of the breadwinners were married men, so that the difference in treatment was justified, were grounded, the Court considers it relevant that the Convention and Protocol No. 1 had already come into force in the Netherlands by 31 August 1954.

52. Furthermore, when examining whether a difference in treatment can be regarded as justified, the Court does not only have regard to its aim at the time the relevant provisions were enacted, but also to its effects in the concrete case concerned. In the present case, the applicant received an old-age pension from 1 March 1989 onwards which was 38% less than that which a married man in the same situation would have received. In other words, the inequality in treatment inherent in the former legal rules materialised in 1989 when, given the prevailing social attitudes at that time, the aim pursued by the legal provisions concerned could no longer be upheld.

53. In this connection, the Court also takes into account that, when the relevant legal rules were changed in 1985 in order to bring them into conformity with more modern standards of equality between men and women, no measures were taken to remove the discriminatory effect of the former legal rules.

54. The Court therefore considers that the difference in treatment between married women and married men as regards entitlement to benefits under the General Old Age Pensions Act, of which the applicant was a victim, was not based on any "objective and reasonable justification".

Por otra parte, en el asunto **Andrle c. la República Checa**, sentencia 17 de febrero de 2011, el demandante había solicitado una pensión por jubilación que resultó denegada al no haber alcanzado la edad requerida, en ese momento, 61 años y 10 meses. Impugnó esta resolución ya que al haber estado al cargo de dos niños (tras el divorcio asumió la patria postestad de dos de sus cuatro hijos) estimaba que debía aplicársele la edad de jubilación de 57 años.

El sistema de seguridad social checoslovaco establecía diferentes edades de jubilación para hombres y mujeres, y para las mujeres dependiendo del número de

hijos de los que habían estado a cargo. Según la exposición de motivos de la ley que contenía esta diferenciación, esta se fundaba en la necesidad de reconocer el doble trabajo desempeñado por las mujeres, en sus empleos profesionales y en sus labores familiares.

51. Indeed the pension systems constitute cornerstones of modern European welfare systems. They are founded on the principle of long-term contributions and the subsequent entitlement to a pension guaranteed, at least to a certain extent, by the State. Unlike other welfare benefits, every member of society is eligible to draw this benefit after reaching the pensionable age. The inherent features of the system – stability and reliability – allow for lifelong family and career planning. For these reasons the Court considers that any adjustments of the pension schemes must be carried out in a gradual, cautious and measured manner. Any other approach could endanger social peace, foreseeability of the pension system and legal certainty.

52. Both parties agreed that the application concerned the lowering of the pensionable age for women who took care of children but not for men in the same situation, and not the different pensionable age between men and women born before 1969 in general. The applicant, arguing that he had cared himself for his children born in 1982 and 1985, from at least 1997 until they had reached the age of majority, applied for a retirement pension in 2003, at the age of fifty-seven. His request was dismissed as he had not attained the pensionable age required for men, which could not be lowered according to the number of children raised (see paragraphs 6 and 7 above).

53. Acknowledging that, in the former Czechoslovakia, the more favourable treatment of women who raised children was originally designed to compensate for the factual inequality and hardship arising out of the combination of the traditional mothering role of women and the social expectation of their involvement in work on a full-time basis, the Court considers that this measure pursued a legitimate aim.

54. It remains to be examined whether or not the underlying difference in treatment between men and women in the State pension scheme is acceptable under Article 14, that is, whether there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

55. The Court cannot overlook the fact that the measure at stake is rooted in specific historical circumstances. The means employed in 1964 reflected the realities of the then socialist Czechoslovakia, where women were responsible for childcare and the related care of the household while being under pressure to work full time (see paragraph 19 and 35

above). The amount of salaries and pensions awarded to women was also generally lower in comparison with those awarded to men.

56. Although this family model inevitably shaped recent families, in today's society the child-bearing and child-rearing roles may no longer overlap to such a great extent. Indeed, the efforts by the respondent State to modify the pension scheme, whether successful or not, are intended to react to these and much wider social and demographic developments. Yet it is difficult to pinpoint any particular moment when the unfairness to men begins to outweigh the need to correct the disadvantaged position of women by means of affirmative action. The reluctance of certain political parties and trade unions to support the equalisation of the pension scheme may be indicative in this regard (see paragraph 23 above). The Court cannot but reiterate that the national authorities are better placed than an international judge to determine such a complex issue relating to economic and social policies, which depends on manifold domestic variables and direct knowledge of the society concerned, and that they have to enjoy a wide margin of appreciation in this sphere.

57. The Court notes that the Czech Government have already made the first concrete move towards equalisation of the retirement age, since in the amendment of Act no. 155/1995, effective from 1 January 2010, they repealed the lowered pensionable age for women born after 1968 who had raised one child (see paragraph 24 in fine above). As a consequence the pensionable age is the same for women born after 1968 who have raised no children or one child as the pensionable age for men born after 1968. Women who have raised two or more children continue to have their pensionable age lowered. Nonetheless, the pension reform seems to be heading towards an overall increase in the pensionable age, taking no account of the number of children raised by either women or men (see paragraphs 40-42 above).

58. The Court acknowledges that owing to the difficult political negotiations, the resulting change in the Czech pension scheme is limited. However, the demographic shifts and changes in perceptions of the roles of the sexes are by their nature gradual and, after forty-five years of the existence of the measure at stake, it is necessary to time the amendment accordingly. Therefore, the State cannot be criticised for progressively modifying its pension system to reflect these gradual changes (see also paragraph 51 above) and for not having pushed for complete equalisation at a faster pace. Indeed, the respondent Government have to choose from among different methods of equalising the retirement age. This task is even more demanding and deserves well-thought-out solutions since the State has to place this reform in the wider context of other demographic shifts, such as the

ageing of the population or migration, which also warrant adjustment of the welfare system, while preserving the foreseeability of this system for the persons concerned who are obliged to contribute to it.

59. The present case must therefore be distinguished from the issue of discrimination in the field of parental leave (see Konstantin Markin, cited above, not final). In the Konstantin Markin case the Court held that the traditional perception of women as primary child-carers could not provide sufficient justification for the exclusion of the father from the entitlement to take parental leave from now on and for the future (ibid., § 49) and found a violation of Article 14 in conjunction with Article 8. However, unlike the pension scheme, parental leave is a short-term measure which does not affect the entire lives of members of society. It is related to today's life of those concerned whereas the pension age reflects and compensates for inequalities of former times. In the Court's opinion, the amendments of the parental leave system referred to in the case of Konstantin Markin do not involve changes to the subtle balance of the pension system, do not have serious financial ramifications and do not alter long-term planning, as might be the case with the pension system, which forms a part of national economic and social strategies.

60. To conclude, the Court finds that the original aim of the differentiated pensionable ages based on the number of children women raised was to compensate for the factual inequality between men and women. In the light of the specific circumstances of the case, this approach continues to be reasonably and objectively justified on this ground until social and economic changes remove the need for special treatment for women. In view of the time-demanding pension reform which is still ongoing in the Czech Republic, the Court is not convinced that the timing and the extent of the measures undertaken by the Czech authorities to rectify the inequality in question have been so manifestly unreasonable as to exceed the wide margin of appreciation allowed in such a field (see *Stec and Others*, judgment cited above, § 66).

61. In these circumstances the Court finds that the Czech Republic cannot be criticised for having failed to ensure, in the present case, a reasonable relationship of proportionality between the impugned difference in treatment and the legitimate aim pursued. There has therefore been no violation of Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1.

La doctrina del Tribunal Europeo ha sido abundante en discriminaciones por razón de género en cuestión de tributos. Por ejemplo, en **Lindsay c. Reino Unido**, resolución de la Comisión Europea de Derechos Humanos, de 11 de noviembre de 1986, un matrimonio demandó al Reino Unido al considerar que el impuesto sobre la renta resultaba discriminatorio para los matrimonios. Según la ley que regulaba este

impuesto en 1970, las dos personas que habían contraído matrimonio se convertían en una unidad a efectos fiscales. Esto suponía, entre otras cuestiones, que aquellos matrimonios en los que la esposa obtenía ingresos a partir de rendimientos de rentas, sólo se aplicaba el porcentaje mínimo de los ingresos exentos correspondía al de una persona y media, mientras que si la esposa obtenía sus ingresos de rendimientos del trabajo, el mínimo exento se multiplicaba por dos. Los demandantes consideraban que esta regulación resultaba discriminatoria ya que el resultado era que los matrimonios recibían un peor trato fiscal que las parejas en régimen de convivencia o parejas en las que la mujer es la que aporta el sustento económico.

1. The applicants first complain that their rights under Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) have not been secured without discrimination and invoke Article 14 (art. 14) read in conjunction with this provision. In particular the applicants allege that the United Kingdom income tax legislation has the effect of taxing comparable couples in a discriminatory fashion on the separate grounds of sex, marital status and religion.

a) The applicants complain first that married couples in which the husband is the sole breadwinner, as in their case, are more heavily taxed than married couples in which the wife is the sole breadwinner. They complain that this is discrimination on the grounds of sex contrary to Article 1 of Protocol No. 1 (P1-1) read in conjunction with Article 14 (art. 14) of the Convention.

It is clearly established on the facts of the present case that there is a difference in taxation provisions depending on whether the husband or the wife in a married couple is the sole breadwinner. When the husband is the sole breadwinner, he is entitled to a taxable allowance known as the married man's allowance, which is equivalent to about one and half times the normal single person's allowance. When the wife is the breadwinner, she is entitled to an allowance equal to a single person's allowance to set off against her earned income. Her husband will also continue to have a married-man's allowance. Since the taxation provisions treat the wife's income as accruing to her husband, the couple will have therefore the benefit of an extra tax allowance against their income.

In examining the applicants' complaints of discrimination, the Commission recalls the principles established by the European Court of Human Rights in the Belgian linguistic case (Eur. Court H.R., Belgian linguistic judgment of 9 February 1967, Series A No. 5 p. 35):

"On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail



in democratic societies. A difference of treatment in the exercise of a right laid down in the Convention must not only pursue a legitimate aim: Article 14 (art. 14) is likewise violated when it is clearly established that there is no reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.”

The Commission must therefore consider whether the difference of treatment in the present case has a legitimate aim within the meaning of the principles outlined above.

The present tax system in the United Kingdom treats a husband and wife as a unit for tax purposes. Their incomes are added together and treated as one, the personal allowances accrue to the unit and are claimed by the husband. The Government contend that the system of treating married couples as taxable units reflects most realistically their taxable capacity. The Royal Commission on Income Tax reviewed this system in 1920 and stated, *inter alia*: “The aggregation for Income Tax purposes of the income of husband and wife is not dependent upon any medieval conception of the subordination of women... The incomes are aggregated because the law of taxable capacity is the supreme law in matters of taxation, and taxable capacity is, in fact, found to depend on the amount of the income that accrues to the married pair, and not upon the way in which that income happens fortuitously to be owned by the members of that union. It is beyond question that in the immense majority of cases where the wife has separate means she contributes to the common purse, either by the actual merger of her income with her husband’s, or by bearing expenses which in less fortunate households would fall upon the husband.”

During the Second World War however, it was considered desirable to give encouragement to married women to go out to work. The wife therefore received an earned income allowance equivalent to a single person’s allowance to set off against her earned income. The Government argue that the present system accordingly has the legitimate aim of encouraging married women to work and thereby advances the equality of the sexes. The Government submit that one of the principal causes of discrimination against women and of the equality of the sexes has been the prejudice in the minds of men as to the capability of women to take up work. Such prejudice, it is argued, is only broken down by more women obtaining work and demonstrating that any belief that they are less capable is wholly prejudiced. The grant of an extra allowance is therefore said to encourage married women to work and thereby help to break down unjustifiable prejudices.

The applicants contend that there is no evidence that the present system in fact still serves this aim and argue that the rule whereby the husband is always liable for the investment income of the wife, which is the cause of the problem in their case, is a blunt tool to use to further this alleged goal.



The Commission is of the opinion however that it is for the national authorities to make the initial assessment, in the field of taxation, of the aims to be pursued and the means by which they are pursued: accordingly, a margin of appreciation is left to them. The Commission is also of the view that the margin of appreciation must be wider in this area than it is in many others. The Commission recalls in this respect that systems of taxation inevitably differentiate between different groups of tax payers and that the implementation of any taxation system creates marginal situations. The applicants have themselves stated that the situation of which they complain affects only 3% of the tax payers. Also, attitudes as to the social and economic goals to be pursued by the State in its revenue policy may vary considerably from place to place and time to time. A government may often have to strike a balance between the need to raise revenue and reflecting other social objectives in its taxation policies. The national authorities are obviously in a better position than the Commission to assess those needs and requirements.

The applicants have also relied in their observations on the United Kingdom Government's own proposals, as set out in their Green Paper, to change the present system to one in which both spouses receive identical allowances, which can be transferred between them. They argue that the Government have thereby acknowledged that the present system has no compelling justification. The Commission is of the opinion however that the existence of proposals for new legislation to change the present system does not necessarily have the consequence that the present system must be regarded as infringing the provisions of the Convention. As stated above, the economic or social goals to be pursued by a state in its revenue policies may legitimately vary from time to time. A margin of appreciation must also apply to the moment when a government thinks fit to amend the tax system.

In light of the above considerations, the Commission concludes that the tax provisions which result in extra tax advantages accruing when a wife is the breadwinner of a family can be said to fall within the margin of appreciation accorded to the national authorities. The Commission therefore finds that the difference in treatment in the present case has an objective and reasonable justification in the aim of providing positive discrimination in favour of married women who work. The Commission also finds that the test of proportionality is satisfied in the present case.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 27 para. 2 (art. 27-2) of the Convention.

### ACTIVIDADES:

1. Según el gobierno del Reino Unido, ¿dónde está el origen de esta trato favorable a las mujeres trabajadoras?
2. Teniendo en cuenta que el Convenio es un “instrumento vivo”, como afirma el Tribunal en innumerables sentencias, ¿consideras que esta resolución podría dictarse en los mismos términos hoy en día?

En el asunto de **Karlheinz Schmidt c. Alemania**, sentencia de 18 de julio de 1994, el municipio donde residía el demandante, Karlheinz Schmidt, le requirió que pagase una tasa por el servicio de bomberos, en base a una ley que dirigía esta contribución a todos los hombres, sin grabar a las mujeres. Karlheinz Schmidt recurrió esta resolución hasta llegar al Tribuna Constitucional que sentenció que la sujeción de los hombres, y no de las mujeres, a prestar servicio en los servicios de bomberos o bien a contribuir financieramente, no resultaba discriminatoria.

El supremo intérprete de la constitución alemana basó su decisión en que esta decisión estaba justificada en el riesgo intrínseco que suponen las labores en contra de incendios, a pesar de que las mujeres comenzaban a incorporarse a esta profesión en Alemania.

Observa el extracto de la setencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que la resolución es discriminatoria porque el resultado es que los hombres, y no las mujeres, tienen que pagar este impuesto.

25. According to the applicant, the Contracting States do not enjoy any margin of appreciation as regards equality of the sexes. He argued that service in the fire brigade was comparable for men and for women and that account could be taken of the biological differences between the two sexes by a sensible division of the various tasks. The concern to protect women could not in itself justify a difference of treatment in this context. As at 31 December 1991, 68,612 women had served in fire brigades in Germany and even in Baden-Württemberg the fire brigades had accepted women since 1978. The financial contribution was of a purely fiscal nature, as in Baden- Württemberg no man had ever been called upon to serve. There was in any case discrimination since women were just as capable as men of paying the levy in question.

26. The Commission in substance accepted the applicant’s argument.

27. In the Government’s view, on the other hand, the difference of treatment is based on objective and reasonable grounds. Fire brigade duty is a traditional civic obligation in Baden-Württemberg, defined by the Federal Constitutional Court as a “genuine and potential obligation to perform a public duty”. The Government maintained that, in making this duty compulsory solely for the male sex, the legislature had taken account of the specific requirements of service in the fire brigade and

the physical and mental characteristics of women. The sole aim which it had pursued in this respect was the protection of women. The financial contribution was purely compensatory in nature.

28. The Court notes that some German Länder do not impose different obligations for the two sexes in this field and that even in Baden-Württemberg women are accepted for voluntary service in the fire brigade.

Irrespective of whether or not there can nowadays exist any justification for treating men and women differently as regards compulsory service in the fire brigade, what is finally decisive in the present case is that the obligation to perform such service is exclusively one of law and theory. In view of the continuing existence of a sufficient number of volunteers, no male person is in practice obliged to serve in a fire brigade. The financial contribution has - not in law but in fact - lost its compensatory character and has become the only effective duty. In the imposition of a financial burden such as this, a difference of treatment on the ground of sex can hardly be justified.

29. There has accordingly been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 4 para. 3 (d) (art. 14+4-3-d) of the Convention.

### ACTIVIDADES:

1. ¿Si se tratase de una contribución personal en los servicios de bomberos, crees que la decisión podía haber sido semejante?
2. ¿Y si el caso se planteara a día de hoy?

En cuanto a discriminaciones de la mujer en ámbito de la participación cívica, uno de los casos más interesantes es **Zarb Adami c. Malta**, sentencia 20 de junio de 2006. El farmacéutico Zarb Adami fue multado por negarse a participar como miembro de un jurado. Tras ser convocado en tres ocasiones distintas, y habiendo cumplido con sus deberes ciudadanos, volvió a ser convocado para otro proceso penal. Tampoco pagó la sanción pecuniaria, lo que supuso que se iniciara un proceso penal en su contra.

Durante el proceso penal Zarb Adami argumentó que la sanción impuesta resultaba inconstitucional al imponérsele obligaciones más graves que a cualquier otro ciudadano. Y de hecho, existía una práctica que eximía a las mujeres de su obligación de participar como miembros de jurados populares, posibilidad a la que no tenían acceso los hombres.

El proceso penal fue transferido a la jurisdicción civil ya que se consideró que la contestación a la querrela por parte de Zarb Adami había sido frívola. Ante el Tribunal Civil el farmacéutico incidió en sus argumentos, aportando datos estadísticos: los jurados populares del sistema penal de Malta habían estado compuestos por un

96,95% de hombres y un 3,05% de mujeres durante los últimos 5 años. Y además, sólo el 3,4% del censo de votantes componía la lista de posibles miembros de los jurados. Sus argumentos fueron rechazados por el Tribunal Civil, quien consideró que Zarb Adami no había demostrado suficientemente haber sido objeto de una discriminación. En concreto, la sentencia afirmó que no había quedado demostrado que existiera una intención de discriminar entre sexos.

El recurso de Zarb Adami ante el Tribunal Constitucional maltés, fundado en semejantes términos, no tuvo mejor suerte. Ahora bien, el Alto Tribunal reconoció que el número de mujeres convocadas para formar parte de un jurado era muy bajo, aunque había una tendencia desde 1997 que iba corrigiendo ese hecho; al igual que observó que éstas solían ser eximidas por motivos culturales, sociales o familiares. El sistema de nominación de los miembros del jurado resulta injusto ya que suponía que ciertas personas contribuían, y además de forma reiterada, y otras resultaban exentas. El Tribunal Constitucional maltés sentenció que el sistema tenía que ser modificado, aunque la sanción impuesta al farmacéutico había sido plenamente constitucional y en ningún caso discriminatoria.

Tras esta sentencia, Zarb Adami volvió a ser convocado como miembro de un jurado en 2004. Esta vez solicitó ser eximido de este deber cívico. Su solicitud fue rechazada.

75. The Court observes that it is accepted by the applicant that the difference in treatment complained of does not depend on the wording of the domestic provisions. As in force at the relevant time, Maltese law did not make any distinction between the sexes, both men and women being equally eligible for jury service (see Article 603(1) of the CC, paragraph 30 above). The discrimination in issue was on the contrary based on what the applicant described as a well-established practice, characterised by a number of factors, such as the manner in which the lists of jurors were compiled and the criteria for exemption from jury service. As a result, only a negligible percentage of women were called to serve as jurors.

76. The Court has held in previous cases that statistics are not in themselves sufficient to disclose a practice which could be classified as discriminatory. At the same time, the Court considers that a discrimination potentially contrary to the Convention may result not only from a legislative measure (see, in the ambit of social duties, Karlheinz Schmidt, cited above, §§ 24-29), but also from a de facto situation.

77. The Court notes that it is apparent from the statistics produced by the parties (see paragraphs 53 and 59 above) that in 1997 – the year in which the applicant was called to serve as a juror and failed to attend the court – the number of men (7,503) enrolled on the lists of jurors was three times that of women (2,494). In the previous year this difference was even more significant, as only 147 women were placed on the lists

of jurors, as opposed to 4,298 men. The Court is also struck by the fact that in 1996, 5 women and 174 men served as jurors.

78. The Court considers that these figures show that the civic obligation of jury service has been placed predominantly on men. Therefore, there has been a difference in treatment between two groups – men and women – which, with respect to this duty, were in a similar situation.

79. It is true that, as the Government pointed out, since 1997 an administrative process had been set in motion in order to bring the number of women registered as jurors into line with that of men. As a result, in 2004 6,344 women and 10,195 men were enrolled on the lists of jurors, thus showing a significant increase in the number of women actually eligible for jury service. However, this does not undermine the finding that at the relevant time – when the applicant was called to serve as a juror and failed to appear – only a negligible percentage of women were enrolled on the lists of jurors and were actually requested to perform jury service.

81. In the instant case, the Government argued that the difference in treatment depended on a number of factors. In the first place, jurors were chosen from the part of the population which was active in the economy and professional life. Moreover, according to Article 604(3) of the CC, an exemption from jury service might be granted to persons who had to take care of their family. More women than men could successfully rely on such a provision. Finally, “for cultural reasons”, defence lawyers might have had a tendency to challenge female jurors (see paragraphs 53, 55 and 56 above).

82. The Court has doubts as to whether the factors indicated by the Government are sufficient to explain the significant discrepancy in the distribution of jury service. It notes furthermore that the second and third factors relate only to the number of women who actually performed jury service and do not explain the very low number of women enrolled on the lists of jurors. In any event, the factors highlighted by the Government only constitute explanations of the mechanisms which led to the difference in treatment complained of. No valid argument has been put before the Court in order to provide a proper justification for it. In particular, it has not been shown that the difference in treatment pursued a legitimate aim and that there was a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.

83. In the light of the foregoing, the Court finds that there has been a violation of Article 14 taken in conjunction with Article 4 § 3 (d) of the Convention.

### ACTIVIDAD:

Debate acerca de las consecuencias que supone la no participación de las mujeres en la misma medida que los hombres en responsabilidades públicas.

La eliminación de la discriminación en la participación política de la mujer frente a la libertad religiosa y de asociación de un partido político, fue el objeto de la sentencia **Staatkundig Gereformeerde Partij c. los Países Bajos**, sentencia de 10 de julio de 2012.

El partido político *Staatkundig Gereformeerde Partij* (SGP) ha estado presente en las instituciones holandesas desde 1922, aunque de forma muy minoritaria (de 1 a 3 escaños en la Cámara baja del Parlamento holandés). Su carácter es plenamente confesional y enraizado en el protestantismo holandés, de modo que en el que basa todo el funcionamiento, organización y actividad. Sostiene, como uno de sus postulados fundamentales, que se ha de gobernar de acuerdo a la palabra de Dios, ya que la autoridad del Gobierno deriva de Dios y no del pueblo. Entre otros principios, niega la plena igualdad de los seres humanos, afirmando que las diferencias derivadas del talento o de la naturaleza personal deben ser reconocidas. Considera que, aunque las mujeres no son inferiores a los hombres, a hombres y mujeres les corresponden funciones distintas en la sociedad, quedando reservado a los hombres el desempeño de cargos públicos. De acuerdo a esta afirmación, hasta 2007 no admitió a mujeres como miembros del partidos, y aún admitidas, no permitió que se presentaran como candidatas a cargos públicos.

Tras un largo proceso judicial iniciado por la asociación *Clara Wichmann Foundation and Others*, el Tribunal Supremo holandés, enfrentando el derecho de las mujeres a no ser discriminadas, tal y como está establecido en el art. 7 de La Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer, entre otras disposiciones normativas, frente a la libertad religiosa y de asociación del partido SGP, sentenció que el Estado debía tomar medidas para que admitiera a mujeres en las listas electorales con las que concurre a órganos representativos estatales, aunque sin establecer ninguna medida concreta ya que como órgano judicial carece de capacidad para hacerlo.

El SGP acudió al Tribunal de Estrasburgo, al considerar que esta sentencia vulneraba sus derechos a la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), de expresión (art. 10) y de asociación (art. 11).

*65. The applicant party complains under Articles 9, 10 and 11 of the Convention that the Supreme Court, in finding as it did, deprived it and its individual members of their right to freedom of religion, their right to freedom of expression and their right to freedom of assembly and association. The applicant party attached value to the Administrative Jurisdiction Division's earlier decision on the matter, which, so the applicant party alleges, was,*

*unlike the Supreme Court's judgment, just and in accordance with this Court's case law.*

70. *As the Court has stated many times in its case-law, not only is democracy a fundamental feature of the European public order but the Convention was designed to promote and maintain the ideals and values of a democratic society. Democracy, the Court has stressed, is the only political model contemplated in the Convention and the only one compatible with it. By virtue of the wording of the second paragraph of Article 11, and likewise of Articles 8, 9 and 10 of the Convention, the only necessity capable of justifying an interference with any of the rights enshrined in those Articles is one that may claim to spring from a "democratic society" (see, among many other authorities, United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey, 30 January 1998, § 45, Reports of Judgments and Decisions 1998-I; Refah Partisi (the Welfare Party) and Others v. Turkey [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 86, ECHR 2003-II; Christian Democratic People's Party v. Moldova, no. 28793/02, § 63, ECHR 2006-II; and Hyde Park and Others v. Moldova (no. 4), no. 18491/07, § 50, 7 April 2009).*

71. The Court has also held that a political party may, under the Convention, pursue its political aims on two conditions: firstly, the means used to those ends must be legal and democratic; secondly, the changes proposed must themselves be compatible with fundamental democratic principles (see Refah Partisi and Others, cited above, § 98). Provided that it satisfies these conditions, a political party animated by the moral values imposed by a religion cannot be regarded as intrinsically inimical to the fundamental principles of democracy, as set forth in the Convention (Refah Partisi and Others, § 100).

72. Turning to the present matter, the Court reiterates that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe. This means that very weighty reasons would have to be advanced before a difference of treatment on the ground of sex could be regarded as compatible with the Convention (...).

73. Moreover, the Court has held that nowadays the advancement of the equality of the sexes in the member States of the Council of Europe prevents the State from lending its support to views of the man's role as primordial and the woman's as secondary (see, mutatis mutandis, Ünal Tekeli, cited above, § 63, and Konstantin Markin, cited above, ibidem).

75. No woman has expressed the wish to stand for election as a candidate for the applicant party. However, the Court does not consider that decisive.

76. The issue in the present case is the applicant party's position, restated in the present proceedings before the Court, that women should not be



allowed to stand for elected office in general representative bodies of the State on its own lists of candidates. It makes little difference whether or not the denial of a fundamental political right based solely on gender is stated explicitly in the applicant party's bye-laws or in any other of the applicant party's internal documents, given that it is publicly espoused and followed in practice.

77. The Supreme Court, in paragraphs 4.5.1 to 4.5.5 of its judgment, concluded from Article 7 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and from Articles 2 and 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights taken together that the SGP's position is unacceptable regardless of the deeply-held religious conviction on which it is based (see paragraph 49 above). For its part, and having regard to the Preamble to the Convention and the case-law cited in paragraphs 70, 71 and 72 above, the Court takes the view that in terms of the Convention the same conclusion flows naturally from Article 3 of Protocol No. 1 taken together with Article 14.

78. That said, the Court must refrain from stating any view as to what, if anything, the respondent Government should do to put a stop to the present situation. The Court cannot dictate action in a decision on admissibility; it is, in any case, an issue well outside the scope of the present application.

79. It follows that the application is manifestly ill-founded and must be rejected in accordance with Article 35 §§ 3 (a) and 4 of the Convention.

### ACTIVIDADES:

1. *Acude a los artículos de los diferentes tratados internacionales mencionados en esta sentencia y comprueba en qué consiste la prohibición de las diferentes formas de discriminación de la mujer.*
2. *Este proceso plantea una disyuntiva muy difícil de resolver. ¿Cómo se puede compatibilizar con el establecimiento de valores superiores al ordenamiento con el reconocimiento de la libertad de pensamiento y expresión?*

En el asunto **Burghartz c. Suiza**, sentencia de 22 de febrero de 1994, el Tribunal valoró el uso de los apellidos familiares. En este caso, los demandantes, con nacionalidad suiza, habían celebrado su matrimonio en Alemania, y de acuerdo al Código Civil alemán, establecieron el apellido de la esposa, "Burghartz", como el apellido familiar. El marido, también de acuerdo al derecho civil alemán, añadió su apellido al apellido familiar, "Schnyder Burghartz". Sin embargo, en Suiza no lograron que el Registro Civil recociera esta decisión del matrimonio, quedando registrados familiarmente como "Schnyder" (apellido del marido).

Tras agotar infructuosamente los recursos internos, el matrimonio *Burghartz* acudió al Tribunal de Estrasburgo, sosteniendo que la decisión del Registro Civil suizo de prohibir el uso combinado de los dos apellidos para el marido resultaba discriminatoria por motivo de género, ya que el ordenamiento jurídico suizo sí que reconocía esta posibilidad a las esposas.

25. Mr and Mrs Burghartz complained that the authorities had withheld from Mr Burghartz the right to put his own surname before their family name although Swiss law afforded that possibility to married women who had chosen their husbands' surname as their family name. They said that this resulted in discrimination on the ground of sex, contrary to Articles 14 and 8 (art. 14+8) taken together.

The Commission shared this view in substance.

26. The Government recognised that what was at issue was a difference of treatment on the ground of sex but argued that it was prompted by objective and reasonable considerations which prevented it from being in any way discriminatory.

By providing that, as a general rule, families should take the husband's surname (Article 160 para. 1 of the Civil Code), the Swiss legislature had deliberately opted for a traditional arrangement whereby family unity was reflected in a joint name. It was only in order to mitigate the rigour of the principle that it had also provided for a married woman's right to put her own surname in front of her husband's (Article 160 para. 2 of the Civil Code). On the other hand, the reverse was not justified to the advantage of a married man who, like Mr Burghartz, deliberately and in full knowledge of the consequences, invoked Article 30 para. 1 of the Civil Code to change his surname to that of his wife. It was all the more unjustified as there was nothing to prevent a husband, even in those circumstances, from using his surname as part of a double-barrelled name or in any other way informally.

28. In support of the system complained of, the Government relied, firstly, on the Swiss legislature's concern that family unity should be reflected in a single joint surname. The Court is not persuaded by this argument, since family unity would be no less reflected if the husband added his own surname to his wife's, adopted as the joint family name, than it is by the converse arrangement allowed by the Civil Code.

In the second place, it cannot be said that a genuine tradition is at issue here. Married women have enjoyed the right from which the applicant seeks to benefit only since 1984. In any event, the Convention must be interpreted in the light of present-day conditions, especially the importance of the principle of non-discrimination.

Nor is there any distinction to be derived from the spouses' choice of one of their surnames as the family name in preference to the other. Contrary to what the Government contended, it cannot be said to represent greater deliberateness on the part of the husband than on the part of the wife. It is therefore unjustified to provide for different consequences in each case.

As to the other types of surname, such as a double-barrelled name or any other informal manner of use, the Federal Court itself distinguished them from the legal family name, which is the only one that may appear in a person's official papers. They therefore cannot be regarded as equivalent to it.

29. In sum, the difference of treatment complained of lacks an objective and reasonable justification and accordingly contravenes Article 14 taken together with Article 8 (art. 14+8).

Esta decisión se tomó por cinco votos contra cuatro. Dos de los jueces de la sala realizaron un voto particular en contra de la sentencia basado en estos motivos:

2. As in the determination of nationality, the legislation on assigning names must remain within the State's domain and does not come within the ambit of the Convention. It is well known that views on the assignment and choice of surnames and first names vary within each national system, both as regards births and as regards marriages and divorces. In different countries it would be possible to find hundreds of variants. Creating a right to choose names freely on the basis of such a minimal case as Mr and Mrs Burghartz's would have undue consequences and might lead to numerous applications lacking any proper justification. The couple had already been authorised to substitute the name "Burghartz" for the name "Schnyder".

3. In the present case, having regard to the fact that the couple had been allowed to change their name, the Swiss authorities' refusal cannot, in our view, be regarded as amounting to a discriminatory infringement of the equality of the sexes.

Basically, we are emphasising that in this instance the Chamber's interpretation is an extreme one, especially as, while the case is admittedly not of major importance in itself, the principle could lead too far in a Europe that is becoming more and more varied and in a field in which legal provisions, like opinions, are still very varied.

### **ACTIVIDADES:**

1. Esta sentencia, tan debatida, fue emanada por una sala exclusivamente compuesta por hombres. ¿Crees que el resultado podía haber sido distinto si hubiesen participado juezas?

2. ¿Compartes la opinión recogida por los jueces en su voto particular, en el sentido de que se trata de un caso carente de mayor importancia?

En cuanto a la doctrina sobre **los permisos de paternidad** se ha producido un auténtico giro en la doctrina del Tribunal desde el asunto **Petrovic c. Austria**, sentencia de 27 de marzo de 1998. En 1989, el demandante solicitó un permiso de paternidad. Era estudiante y trabajaba a tiempo parcial, mientras que su mujer trabajaba como funcionaria de un ministerio austriaco. La solicitud de permiso de Petrovic fue rechazada debido a que la ley sólo prevía esta licencia para las madres.

Petrovic recurrió esta sentencia ante el Tribunal Constitucional austriaco, quien rechazó su solicitud por carecer de fundamento suficiente en 1991. Hay que tener en cuenta que el legislador austriaco cambió la ley permitiendo que a los padres se le concediera el permiso de paternidad, pero solo para los niños nacidos a partir de 31 de diciembre de 1989, lo que excluía a Petrovic, cuyo hijo había nacido en febrero de ese año.

31. In the applicant's submission, the different treatment of mothers and fathers with respect to granting a parental leave allowance was not justified at all. The allowance was not intended to protect mothers as it was not paid until eight weeks after the birth and until the right to receive maternity benefit had been exhausted, but to assist parents – whether mothers or fathers – who wished to take leave to look after their very young children.

32. The Government, on the other hand, submitted that the fact that there was no common European standard in the matter meant that the Austrian legislature's decision to pay a parental leave allowance only to mothers fell within the margin of appreciation left to the Contracting States in respect of welfare policy. Furthermore, the provisions in question reflected the outlook of society at the time, according to which the mothers had the primary role in looking after young children.

33. The Commission considered that the lack of a common standard with regard to particular welfare benefits reflected the substantial diversity of social-security schemes in the member States, but could not absolve those States which had adopted a special scheme of parental leave allowances from granting those benefits without discrimination. No objective and reasonable grounds such as to justify the difference in treatment had been made out. The applicant had accordingly been discriminated against in the exercise of his right to respect for his family life as guaranteed by Article 8 of the Convention.

34. The Court notes that at the material time parental leave allowances were paid only to mothers, not fathers, once a period of eight weeks had elapsed after the birth and the right to a maternity allowance had been

exhausted (section 26(1) of the Unemployment Benefit Act 1977 – see paragraph 14 above).

35. It was not disputed that that amounted to a difference in treatment on grounds of sex.

36. Maternity leave and the associated allowances are primarily intended to enable the mother to recover from the fatigue of childbirth and to breastfeed her baby if she so wishes. Parental leave and the parental leave allowance, on the other hand, relate to the period thereafter and are intended to enable the beneficiary to stay at home to look after the infant personally. While aware of the differences which may exist between mother and father in their relationship with the child, the Court starts from the premise that so far as taking care of the child during this period is concerned, both parents are “similarly placed”.

37. It is true that the advancement of the equality of the sexes is today a major goal in the member States of the Council of Europe and very weighty reasons would be needed for such a difference in treatment to be regarded as compatible with the Convention (see, for example, the *Schuler-Zgraggen v. Switzerland* judgment of 24 June 1993, Series A no. 263, pp. 21–22, § 67, and the *Van Raalte* judgment cited above, p. 186, § 39 in fine).

38. However, the Contracting States enjoy a certain margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, among other authorities, the *Rasmussen v. Denmark* judgment of 28 November 1984, Series A no. 87, p. 15, § 40).

39. It is clear that at the material time, that is at the end of the 1980s, there was no common standard in this field, as the majority of the Contracting States did not provide for parental leave allowances to be paid to fathers.

40. The idea of the State giving financial assistance to the mother or the father, at the couple’s option, so that the parent concerned can stay at home to look after the children is relatively recent. Originally, welfare measures of this sort – such as parental leave – were primarily intended to protect mothers and to enable them to look after very young children. Only gradually, as society has moved towards a more equal sharing between men and women of responsibilities for the bringing up of their children, have the Contracting States introduced measures extending to fathers, like entitlement to parental leave.

41. In this respect Austrian law has evolved in the same way, the Austrian legislature enacting legislation in 1989 to provide for parental leave for fathers. In parallel, eligibility for the parental leave allowance was extended to fathers in 1990 (see paragraph 15 above). It therefore appears difficult to criticise the Austrian legislature for having introduced in a gradual manner, reflecting the evolution of society in that sphere, legislation which is, all things considered, very progressive in Europe.

42. There still remains a very great disparity between the legal systems of the Contracting States in this field. While measures to give fathers an entitlement to parental leave have now been taken by a large number of States, the same is not true of the parental leave allowance, which only a very few States grant to fathers.

43. The Austrian authorities' refusal to grant the applicant a parental leave allowance has not, therefore, exceeded the margin of appreciation allowed to them. Consequently, the difference in treatment complained of was not discriminatory within the meaning of Article 14.

Sin embargo, el resultado fue bien distinto casi 20 años más tarde. En el caso de **Konstantin Markin c. Rusia**, de 22 marzo de 2012, el demandante, soldado del ejército ruso, impugnó la decisión de no otorgarle un permiso de paternidad de tres años de duración, licencia que sí se concede en cambio a las mujeres que prestan sus servicios en las fuerzas armadas rusas.

Tras el nacimiento de su tercer hijo, que fue sucedido de la disolución del matrimonio, Konstantin Markin asumió la responsabilidad del cuidado de sus hijos. Solicitó un permiso de paternidad de tres años al ser la única persona a cargo de los niños y carecer de medios para otra persona.

La legislación rusa que regula las condiciones de servicio del personal militar prevé tanto una baja maternal como un permiso de paternidad para las mujeres. Para los soldados sólo se prevé un permiso de tres meses en caso de fallecimiento de la madre durante el parto, o cuidado de un menor de 14 años sin atención de la madre.

128. Regarding the specific context of the armed forces, the Court notes that during the preparation and subsequent conclusion of the Convention, the vast majority of the Contracting States possessed defence forces and, in consequence, a system of military discipline that by its very nature implied the possibility of placing on some of the rights and freedoms of the members of those forces limitations incapable of being imposed on civilians. The existence of such a system, which those States have retained since then, does not in itself run counter to their obligations under the Convention (see Engel and Others, cited above, § 57). It follows that each State is competent to organise its own system of military discipline and enjoys a margin of appreciation in this respect. The proper functioning of an army is hardly imaginable without legal

rules designed to prevent service personnel from undermining it. However, the national authorities cannot rely on such rules to frustrate the exercise by individual members of the armed forces of their right to respect for their private lives, which right applies to service personnel as it does to others within the jurisdiction of the State (see *Smith and Grady*, cited above, § 89, and *Lustig-Prean and Beckett*, cited above, § 82).

130. It is true that Article 8 does not include a right to parental leave or impose any positive obligation on States to provide parental leave allowances. At the same time, by enabling one of the parents to stay at home to look after the children, parental leave and related allowances promote family life and necessarily affect the way in which it is organised. Parental leave and parental allowances therefore come within the scope of Article 8 of the Convention. It follows that Article 14, taken together with Article 8, is applicable. Accordingly, if a State does decide to create a parental leave scheme, it must do so in a manner which is compatible with Article 14 of the Convention (see *Petrovic*, cited above, §§ 26-29).

132. The Court has already found that, in so far as parental leave and parental leave allowances are concerned, men are in an analogous situation to women. Indeed, in contrast to maternity leave which is intended to enable the woman to recover from the childbirth and to breastfeed her baby if she so wishes, parental leave and parental leave allowances relate to the subsequent period and are intended to enable a parent concerned to stay at home to look after an infant personally (see *Petrovic*, cited above, § 36). The Court is therefore not convinced by the Government's argument concerning the special biological and psychological connection between the mother and the newborn child in the period following the birth, which is said to be confirmed by modern scientific research (see paragraph 116 above). Whilst being aware of the differences which may exist between mother and father in their relationship with the child, the Court concludes that, as far as the role of taking care of the child during the period corresponding to parental leave is concerned, men and women are "similarly placed".

139. Firstly, as regards the argument relating to the special social role of women in the raising of children, the Court observes that already in the *Petrovic v. Austria* case (cited above) it noted the gradual evolution of society towards a more equal sharing between men and women of responsibilities for the upbringing of their children. In that case the Court did not consider it possible to find that a distinction on the basis of sex with respect to parental leave allowances, which had existed in Austria in the 1980s, was in violation of Article 14 taken in conjunction with Article 8. It took into account, in particular, the great disparity at the material time between the legal systems of the Contracting States



in the sphere of parental benefits. At the same time it noted with satisfaction that the Austrian legislation had been changed in 1990 so that eligibility for parental leave allowances had been extended to fathers. The Austrian authorities could not therefore be criticised for having introduced in a gradual manner, reflecting the evolution of society in that sphere, legislation which was at the material time very progressive in Europe (see *Petrovic*, cited above, §§ 39-43). In the more recent case of *Weller v. Hungary* the Court found that the exclusion of natural fathers from the entitlement to receive parental allowances, when mothers, adoptive parents and guardians were entitled to them, amounted to discrimination on grounds of parental status (see *Weller*, cited above, §§ 30-35).

140. The relevant international and comparative-law material (see paragraphs 49 to 75 above) demonstrates that the evolution of society – which began in the 1980s as acknowledged in the *Petrovic* case – has since significantly advanced. It shows that in a majority of European countries, including in Russia itself, the legislation now provides that parental leave may be taken by civilian men and women, while the countries limiting the parental leave entitlement to women are in a small minority (see paragraph 72 above). Even more important for the present case is the fact that in a significant number of the member States both servicemen and servicewomen are also entitled to parental leave (see paragraph 74 above). It follows from the above that contemporary European societies have moved towards a more equal sharing between men and women of responsibility for the upbringing of their children and that men's caring role has gained recognition. The Court cannot overlook the widespread and consistently developing views and associated legal changes to the domestic laws of Contracting States concerning this issue (see, *mutatis mutandis*, *Smith and Grady*, cited above, § 104).

141. Further, the Court considers that the Government's reference to positive discrimination is misconceived. The different treatment of servicemen and servicewomen as regards entitlement to parental leave is clearly not intended to correct the disadvantaged position of women in society or "factual inequalities" between men and women (contrast *Stec and Others*, cited above, §§ 61 and 66). The Court agrees with the applicant and the third party that such difference has the effect of perpetuating gender stereotypes and is disadvantageous both to women's careers and to men's family life.

142. Similarly, the difference in treatment cannot be justified by reference to traditions prevailing in a certain country. The Court has already found that States may not impose traditional gender roles and gender stereotypes (see the case-law cited in paragraph 127 above). Moreover, given that under Russian law civilian men and women are

both entitled to parental leave and it is the family's choice to decide which parent should take parental leave to take care of the new-born child, the Court is not convinced by the assertion that Russian society is not ready to accept similar equality between men and women serving in the armed forces.

143. The Court concludes from the above that the reference to the traditional distribution of gender roles in society cannot justify the exclusion of men, including servicemen, from the entitlement to parental leave. The Court agrees with the Chamber that gender stereotypes, such as the perception of women as primary child-carers and men as primary breadwinners, cannot, by themselves, be considered to amount to sufficient justification for a difference in treatment, any more than similar stereotypes based on race, origin, colour or sexual orientation.

### ACTIVIDAD:

¿Consideras que las sociedades en Europa han evolucionado tanto en 20 años, o quizás el Tribunal no supo reflejar el estado de la cuestión en Petrovic?

### 4. CONCLUSIÓN: ASUNTOS POR RESOLVER

*No one race and no one people can claim to have done all the work to achieve greater dignity for human beings and great freedom to develop human personality. In each generation and in each country there must be a continuation of the struggle and new steps forward must be taken since this is preeminently a field in which to stand still its to retreat.*

(Eleanor Roosevelt, discurso *The Struggle for Human Rights*, dado el 28 de septiembre de 1948, París, Francia.)

El **uso del velo** por parte de mujeres musulmanas en espacios públicos es una de las cuestiones más apasionantes a las que se viene enfrentando el Tribunal Europeo, generando multitud de resoluciones y de estudios doctrinales. De las múltiples resoluciones que podíamos haber escogido para ilustrar este epígrafe nos hemos ido a **Dahlab c. Suiza**, en el que el tribunal valoró si la prohibición del uso del velo en un centro de educación pública suponía una discriminación por motivo de sexo.

La demandante, maestra desde 1989 en un colegio de primaria en Suiza, comenzó a utilizar el velo a finales del curso 1990-1991, tras haberse convertido al Islam. Lo hizo con la finalidad de seguir uno de los preceptos establecidos en el Corán. En 1996 las autoridades académicas requirieron a la demandada que dejara de utilizar el velo mientras desarrollaba sus funciones docentes en el colegio, ya que contravenía la ley de educación pública.

La demandante recurrió en los tribunales suizos la resolución, hasta obtener sentencia del Tribunal Supremo. Este Alto Tribunal reconoció la difícil posición

a la que se había enfrentado la demandante, tener que escoger entre una de las manifestaciones de sus convicciones más íntimas y precepto de su fe y el riesgo de no poder dedicarse a la enseñanza en centros públicos. El Tribunal declaró el carácter indudable del velo como símbolo religioso, considerándolo un símbolo con una gran capacidad para influir en el alumnado, quienes se encuentran en una edad muy influenciada. Por lo que la intervención de las autoridades suizas al regular el uso de símbolos religiosos en centros de enseñanza pública no resultaba inconstitucional.

La maestra trasladó el asunto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al entender que se estaba vulnerando la libertad de manifestación religiosa (art. 9) y la prohibición de discriminación (art. 14). Enfrentando el derecho de manifestación religiosa frente a la protección de las alumnas y alumnos y la preservación de la armonía religiosa necesaria, el Tribunal consideró que esta cuestión quedaba dentro del margen de apreciación de los Estados miembros. Tampoco apreció que se hubiese producido una discriminación por razón de sexo:

The Court notes in the instant case that the measure by which the applicant was prohibited, purely in the context of her professional duties, from wearing an Islamic headscarf was not directed at her as a member of the female sex but pursued the legitimate aim of ensuring the neutrality of the State primary-education system. Such a measure could also be applied to a man who, in similar circumstances, wore clothing that clearly identified him as a member of a different faith.

The Court accordingly concludes that there was no discrimination on the ground of sex in the instant case.

It follows that this part of the application is manifestly ill-founded within the meaning of Article 35 § 3 of the Convention and must be rejected in accordance with Article 35 § 4.



Otra cuestión que ha sido insuficientemente abordada por el tribunal ha sido la **violencia de género**. En el asunto **Bevacqua y S. c. Bulgaria**, sentencia de 12 de junio de 2008, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha podido valorar

las respuestas de uno de los Estados parte frente a la violencia de género. Los demandantes, una mujer de origen búlgaro y su hijo, acudieron a las autoridades búlgaras denunciando las agresiones del exmarido y padre del niño durante en sucesivas ocasiones durante los cerca de dos años que se prolongó el proceso de divorcio y sobre la custodia del hijo. Finalmente acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ante la incapacidad de las autoridades búlgaras para evitar los malos tratos denunciados.

82. Without overlooking the vulnerability of the victims in many cases of domestic violence, in this particular case the Court cannot accept the applicants' argument that her Convention rights could only be secured if Mr N. was prosecuted by the State and that the Convention required State- assisted prosecution, as opposed to prosecution by the victim, in all cases of domestic violence. While the Court cannot exclude that the relevant Bulgarian law, according to which many acts of serious violence between family members cannot be prosecuted without the active involvement of the victim (see paragraphs 44-46 above), may be found, in certain circumstances, to raise an issue of compatibility with the Convention, its task is limited to the examination of the particular facts before it. It is not the Court's role to replace the national authorities and choose in their stead among the wide range of possible measures that could suffice to secure respect for the applicants' private and family life. Within the limits of the Convention, the choice of the means to secure compliance with Article 8 in the sphere of the relations of individuals between themselves is in principle a matter that falls within the domestic authorities' margin of appreciation.

83. On the basis of the concrete facts in this case, the Court considers that certain administrative and policing measures – among them, for example, those mentioned in Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers of the Council of Europe or those introduced in Bulgarian law by the Domestic Violence Act 2005 (see paragraphs 48-53 above) – would have been called for. However, at the relevant time Bulgarian law did not provide for specific administrative and policing measures and the measures taken by the police and prosecuting authorities on the basis of their general powers did not prove effective. The Court also considers that the possibility for the first applicant to bring private prosecution proceedings and seek damages was not sufficient as such proceedings obviously required time and could not serve to prevent recurrence of the incidents complained of. In the Court's view, the authorities' failure to impose sanctions or otherwise enforce Mr N.'s obligation to refrain from unlawful acts was critical in the circumstances of this case, as it amounted to a refusal to provide the immediate assistance the applicants needed. The authorities' view that no such assistance was due as the dispute concerned a "private

matter” was incompatible with their positive obligations to secure the enjoyment of the applicants’ Article 8 rights.”

84. In the Court’s view, the cumulative effects of the District Court’s failure to adopt interim custody measures without delay in a situation which affected adversely the applicants and, above all, the well-being of the second applicant and the lack of sufficient measures by the authorities during the same period in reaction to Mr N’s behaviour amounted to a failure to assist the applicants contrary to the State positive obligations under Article 8 of the Convention to secure respect for their private and family life.

Otra forma de discriminación es la sufrida por **mujeres pertenecientes a minorías**, como en el asunto **B. S. c. España**, sentencia de 24 de julio de 2012. En este caso, que supuso una condena a España, la demandante, mujer de origen nigeriano y residente legal en España, había denunciado a dos miembros del Cuerpo Nacional de Policía, alegando que había sido agredida física y verbalmente por ellos. Los procesos judiciales no prosperaron, incluidos dos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, desestimados por carencia de especial trascendencia constitucional.

La demandante acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que se había vulnerado las prohibiciones de la tortura (art. 3) y del trato discriminatorio, violaciones que sí apreció el Tribunal.

67. El Tribunal considera que, cuando se investiga sobre incidentes violentos, las autoridades del Estado tienen, por añadidura, la obligación de adoptar todas las medidas razonables para descubrir si existe alguna motivación racista, y para establecer si los sentimientos de odio o de prejuicios basados en el origen étnico desempeñan algún papel en los sucesos. Ciertamente es, que a menudo es extremadamente difícil en la práctica, probar una motivación racista. La obligación que tiene el Estado demandado de investigar sobre posibles connotaciones racistas en un acto de violencia, es una obligación de medios y no de resultado absoluto. Las autoridades deben tomar las medidas razonables, vistas las circunstancias, para recoger y conservar los elementos de prueba, estudiar el conjunto de los medios concretos para descubrir la verdad, y dictar decisiones plenamente justificadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos dudosos reveladores de un acto de violencia, justificado por consideraciones de raza (véase, *mutatis mutandis*, *Natchova y otros c. Bulgaria* [GC] no 43577/98 y 43579/98, § 160, TEDH 2005-VII). Finalmente, el Tribunal recuerda que incumbe al Gobierno presentar las pruebas estableciendo los hechos que den lugar a alguna duda sobre el relato de la víctima (*Turan Çakir c. Bélgica* no 44256/06 §54, 10 de marzo 2009 y *Sonkaya c. Turquía* no 11261/03, § 25, 12 de febrero 2008).

68. Además el deber que tienen las Autoridades de ver si existe algún vínculo entre las actitudes racistas y un acto de violencia, constituye un

aspecto de las obligaciones procesales a las que les obliga el artículo 3 del Convenio; pero esta obligación puede igualmente valer por hacer parte, implícitamente, de la responsabilidad que incumbe a las Autoridades, en virtud del artículo 14 del Convenio, de asegurar, sin discriminación, el respeto del valor fundamental consagrado en el artículo 3. Habida cuenta de la interacción de las dos disposiciones, se puede considerar, o bien que las cuestiones como de las que se trata en este caso reclaman un examen, in situ, de solo una de las dos disposiciones, y que ningún problema distinto se plantea respecto de la otra, o bien que exigen un examen desde el enfoque de los dos artículos. Este problema debe dirimirse en cada caso, según los hechos y la naturaleza de las alegaciones formuladas (Natchova y otros, antes citado, § 161).

69. En este caso concreto, el Tribunal ya constató que las Autoridades españolas habían violado el artículo 3 del Convenio por no haber realizado una investigación efectiva sobre el incidente. Considera tener que examinar separadamente la queja según la cual no investigaron, por añadidura, si existía un vínculo de causalidad entre las actitudes racistas alegadas, y la actitud violenta de la que habría hecho gala la Policía, en contra de la demandante (véase, *mutatis mutandis*, Turan Cakir c. Bélgica, antes citado, § 79).

70. El Tribunal señala que, en sus denuncias de los días 21 y 25 de julio de 2005, la demandante mencionaba las palabras racistas que le habrían proferido los policías, en particular, “puta negra vete de aquí”, y haberles reprochado a los agentes no haber interpelado a otras mujeres que ejercían la misma actividad pero tenían un “fenotipo europeo”. Estos argumentos no fueron examinados por los Tribunales que tenían que entender del caso, que se limitaron a retomar por su cuenta el contenido de los informes del Jefe de Policía de las Islas Baleares, sin efectuar una investigación más en profundidad sobre las actitudes supuestamente racistas.

71. A la luz de los elementos de prueba proporcionados en este caso, el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos.

72. Hay por lo tanto violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3 tomado bajo su aspecto procesal.

### ACTIVIDADES:

1. ¿En qué otros casos el Tribunal ha condenado a España por discriminación?
2. ¿Existen otras condenas a España por discriminación de otros organismos internacionales, cómo el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas?

Finalmente, este órgano judicial ha tenido que abordar **la insuficiente presencia de mujeres como juezas** en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

***Las mujeres han vivido todos estos siglos como esposas, con el poder mágico y delicioso de reflejar la figura del hombre, el doble de su tamaño natural.***

**(Virginia Woolf, *Una habitación propia.*)**

Según el artículo 22 del Convenio, en el el proceso para elegir a los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos participan la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y los Estados parte. Estos últimos proponen una lista con tres candidatos, quienes son examinados en base a sus aptitudes y experiencia en Derechos Humanos por un Comité, que a su vez eleva a la Asamblea Parlamentaria su recomendación.

Desde 2004, por recomendación de la Asamblea Parlamentaria (que es quien ha ido complementando la parca regulación del proceso de elección de jueces en el Convenio), se exige a los Estados miembros que incluyan en su lista un juez, como mínimo, del sexo menos representado. A día de hoy, de los 47 componentes (uno por cada Estado miembro) 18 son juezas.

En la resolución 1366 (2004) además de adoptar esta medida, también se decidió que se investigaría tanto a nivel estatal como europeo que obstáculos continúan existiendo en el nombramiento de candidatas, qué se podría hacer para que se propongan más candidatas y alcanzar así una mayor igualdad entre mujeres y hombres en la composición del Tribunal. Además solicitaba que el Convenio fuera reformado, incluyendo esta exigencia en el artículo 22. Sin embargo, el Comité de Ministros del Consejo de Europa rechazó esta posibilidad, debido a que podría haber Estados en que en ciertas circunstancias les fuera imposible cumplir este requisito, dificultando la proposición de candidatos. A continuación la Asamblea Parlamentaria decidió adoptar una nueva resolución, la 1426 (2005), corrigiendo la resolución anterior, de modo que la Asamblea Parlamentaria rechazaría toda lista de candidatos que no cotenga al menos un candidato del sexo menos representado en el Tribunal, salvo que se tratasen de listas compuestas por tres candidatos del sexo menos representado. De esta forma la Asamblea demostraba su firme voluntad de corregir la infrarrepresentación de las mujeres en el Tribunal, 11 juezas en ese momento, cifra que equivalía al 25% de los miembros del Tribunal en 2005.



En el tiempo transcurrido entre estas resoluciones, Malta envió una primera lista para sustituir al juez maltés (los Estados parte no están obligados a proponer jueces que cuente con la nacionalidad del país que confecciona la lista de candidatos), lista que sólo estaba compuesta por hombres. Ante el primer fracaso, Malta envió de nuevo una lista de tres candidatos en septiembre de 2006, nuevamente rechazada al no cumplir con las dos resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2006). El Viceprimer ministro de Malta se dirigió al Presidente de la Asamblea Parlamentaria, afirmando que en el Convenio no se había establecido nada acerca de la obligatoria presencia de al menos un candidato del sexo menos representado en las propuestas que debían remitir los Estados parte. Además, defendía el proceso de selección como el más transparente de todos los Estados, ya que era un proceso abierto en el que podían concurrir libremente quienes quisiesen. En este proceso sólo se postularon dos mujeres, quienes carecían de la experiencia necesaria en Derechos Humanos, frente a los tres candidatos propuestos, quienes contaban con más de 20 años de experiencia en este ámbito. Por ello, solicitaba que se planteara una Opinión consultiva ante el Tribunal, ya que confiaba firmemente en que la actuación de Malta había sido totalmente compatible con el Convenio.

Tras el fracaso de enmienda de las resoluciones teniendo en cuenta los argumentos del Gobierno Maltés, enmienda que fue rechazada por 41 votos a 17<sup>1</sup>, sólo quedaba la opción de solicitar la intervención del Tribunal, quien tuvo oportunidad de emanar su primera Opinión consultiva. En su resolución enjuició si esta práctica era compatible con el Convenio, a partir de dos preguntas en la que se planteaba si solicitar que las listas de candidatos contuvieran al menos una candidatura del sexo menos representado era contrario al Convenio, y si las resoluciones 1366 (2004) y 1426 (2005) contravenían el Convenio por permitir a la Asamblea Parlamentaria rechazar las listas fuera de lo establecido por el art. 22 del Convenio.

Se abrió así un proceso en el que el Tribunal invitó a todos los Estados parte a enviar su posición por escrito. Trece países respondieron, entre ellos España. A continuación se les requirió a todos los Estados que informara sobre los procesos de nombramiento de jueces en sus más altas instancias judiciales. De los 37 que contestaron, solo tres afirmaban contar con legislación que exigía la paridad de sexos en sus Altos Tribunales, aunque muchos países habían implantado medidas para conseguir una mayor presencia de la mujer. A nivel internacional, sólo la Corte Penal Internacional y el Tribunal Africano de los Derechos Humanos y de los Pueblos no contaban con disposiciones con el objetivo de alcanzar composiciones paritarias.

Después de un proceso en que Austria y España llegaron a disputar la capacidad del Tribunal para decidir sobre esta cuestión, o Francia que negó que el Tribunal tuviese capacidad para enjuiciar la validez de las resoluciones de la Asamblea Parlamentaria con respecto al Convenio, el Tribunal resolvió las cuestiones planteadas,

---

<sup>1</sup> En el informe sobre esta enmienda se destaca que de todos los Estados parte del Tribunal sólo Malta había tenido dificultades para encontrar una candidata, y recordaba la posibilidad de destacar destacadas juristas de otros países, no necesariamente europeos.

recordando que hacía 20 años que el Tribunal había afirmado que muy importantes tenían que ser los motivos para que se permitiera una práctica discriminatoria en el marco del Convenio (frase que citamos al comienzo de este capítulo). Por ello, aunque el propósito de conseguir una mejor proporción entre mujeres y hombres en el Tribunal era legítimo, no podía hacerse de forma que permita que los Estados parte nominen candidatos nacionales que reúnan todos los requisitos establecidos por el artículo 21 del Convenio.

49. It should be noted in that regard that the criterion in question derives from a gender-equality policy which reflects the importance of equality between the sexes in contemporary society and the role played by the prohibition of discrimination and by positive discrimination measures in attaining that objective. The measures concerned in the present case certainly fall into the latter category. Moreover, there is far-reaching consensus as to the need to promote gender balance within the State and in the national and international public service, including the judiciary. This is demonstrated in particular not just by the relevant Parliamentary Assembly resolutions and recommendations but also by a range of international instruments such as the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (see paragraph 30 above) and by the staffing policy of a large number of international organisations including the Council of Europe and the European Union (see paragraphs 31 to 33 above). Although only a minority of States have adopted specific rules aimed at ensuring a certain balance between the sexes in the courts, a great many of them seek to promote such a balance through appropriate policies. The same trend can be observed in the international courts (see paragraphs 34 and 35 above) and is also reflected in Rules 14, 15 § 3 and 25 § 2 of the Rules of Court.

50. As regards the application of this criterion to the Court, it should be observed that the Committee of Ministers “fully shares the Assembly’s determination to secure a proper balance of the sexes in the composition of the Court and agrees therefore that lists of candidates should as a general rule contain at least one candidate of each sex” (see CM/AS(2005)Rec1649 final, paragraph 24 above). However, the Committee of Ministers chose not to act upon the Assembly’s proposals to amend Article 22 of the Convention to ensure that the lists contained at least one candidate of each sex. It took the view that “circumstances may exceptionally arise in which, as a result of the correct application of the other five criteria, a Contracting Party may find itself obliged to submit a list containing candidates of only one sex in derogation from that rule, and that it would therefore be undesirable to give such a rule binding force under the Convention. In this context, the Committee draws attention to the danger that such an obligation could under certain

circumstances give rise to difficulties in satisfying the requirements of Article 21 of the Convention". The same concern is expressed in the explanatory report on Protocol No. 14 (see paragraph 25 above).

51. In the Court's view, the Contracting Parties, which alone have the power to amend the Convention, have thus set the boundaries which the Assembly may not overstep in its pursuit of a policy aimed at ensuring that the lists include a candidate of the under-represented sex: such a policy must not have the effect of making it more difficult for Contracting Parties to put forward candidates who also satisfy all the requirements of Article 21 § 1, which are accordingly to be given primary consideration. That is why the Committee of Ministers expressly invited the Assembly "to consider the possibility of modifying its own rules in order to allow exceptional derogation from the rule where the authorities of the Contracting Party concerned present convincing arguments to the Committee of Ministers and the Assembly to the effect that, in order to respect the requirements concerning the individual qualifications of candidates, it could not do otherwise than to submit a single-sex list" (see paragraph 24 above). In other words, the Contracting Parties have, admittedly, accepted the principle of nominating candidates of the sex underrepresented at the Court, but not without provision being made for derogations from the rule. The obligation is therefore one of means, not of outcome.

1. Such a situation may arise in particular for States where the number of persons engaged in the legal profession is small. These States must not be placed in a position where, in order to fulfil the criterion concerning the sex of candidates, they can only nominate candidates who satisfy the criteria of Article 21 § 1 if they choose nonnationals. Although useful in certain cases the latter option, were it to be imposed, would need to be approached with caution from the point of view of respecting States' sovereignty in the matter. It would be unacceptable for a State to be forced to nominate nonnational candidates solely in order to satisfy the criterion relating to a candidate's sex, which is not enshrined in the Convention. Furthermore, this would be liable to produce a situation where the elected candidate did not have the same knowledge of the legal system, language or indeed cultural and other traditions of the country concerned as a candidate from that country. Indeed, the main reason why one of the judges hearing a case must be the "national judge", a rule that dates back to the beginnings of the Convention and is today enshrined in Article 27 § 2, is precisely to ensure that the judges hearing the case are fully acquainted with the relevant domestic law of the respondent State and the context in which it is set. Accordingly, it would be incompatible with the Convention to require a State to nominate a candidate of a different nationality solely in order to achieve a gender balance.

22. Accordingly, although the aim of ensuring a certain mix in the composition of the lists of candidates is legitimate and generally accepted, it may not be pursued without provision being made for some exceptions designed to enable each Contracting Party to choose national candidates who satisfy all the requirements of Article 21 § 1. Of course, the precise nature and scope of such exceptions have yet to be defined.

Como actividades para concluir este capítulo planteamos que intentes contestar a estas preguntas, y reflexiones sobre las mismas:

1. ¿Alguna mujer ha ocupado la presidencia durante lo más de 50 años de funcionamiento del Tribunal?
2. Comprueba los casos que hemos analizado. Entre los demandantes, ¿cuántos han sido hombres? ¿cuántas mujeres?
3. Comprueba la formación de las salas y la gran sala en estas resoluciones. ¿Cuántas mujeres participaron? ¿Realizaban algún voto particular?



*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los años 60 del siglo XX.*



*El Tribunal en Octubre de 1998.*



*Composición del Tribunal en la actualidad*

## **BIBLIOGRAFÍA**

Besson, Samantha, Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet? *Human Rights Law Review* 8:4(2008), 647-682.

Carmona Cuenca, Encarna, La igualdad de género en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: un reconocimiento tardío en relación con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, mayo/agosto 2015.

García Roca, Javier y Santaolaya, Pablo, (coords.), *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Grabenwarter, Christoph, *European Convention on Human Rights: Comentary*, C.H. Berck, 2014, Munchen.

Morte Gómez, Carmen, *Cómo presentar una demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2014.

Mowbray, Alistair: *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

- *The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* 8:3(2008), 549-559

Oddny Mjöll Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2003.

Radacic, Ivana, *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *The European Journal of International Law*, Vol 19 nº 4, 2008.

Timmer, Alexandra, *Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, nº 4 2011.

## **SENTENCIAS Y RESOLUCIONES**

Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido, sentencia de 28 de mayo de 1985.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57416>

Burghartz c. Suiza, sentencia de 22 de febrero de 1994.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57865>

Asunto de Karlheinz Schmidt c. Alemania, sentencia 18 de julio de 1994.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57880>

Petrovic c. Austria, sentencia de 27 de marzo de 1998.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58146>

Dahlab c. Suiza, resolución de 15 de febrero de 2001.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-22643>

Wessels-Bergervoet c. los Países Bajos, sentencia de 4 de junio de 2002.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60493>

Zarb Adami v. Malta, sentencia 20 de junio de 2006.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-75934>

Bevacqua y S. c. Bulgaria, sentencia 12 de junio de 2008.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-86875>

Andrle c. la República Checa, sentencia 17 de febrero de 2011.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-103548>

Konstantin Markin c. Rusia, sentencia de 22 marzo de 2012.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109868>

Staatkundig Gereformeerde Partij c. los Países Bajos, sentencia de 10 de julio de 2012

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112340>

B. S. c. España, sentencia de 24 de julio de 2012.

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-148104>



# Anexo: Glosario de terminología básica para repensar el derecho en perspectiva de género

Se puede acudir al Glosario en Red publicado por *Mujeres en Red*, bajo el título de 100 PALABRAS PARA LA IGUALDAD:

**[http://www.mujiereenred.net/glosario\\_genero.html#A](http://www.mujiereenred.net/glosario_genero.html#A)**

Aquí nos limitamos a extraer algunas de esas palabras, particularmente relevantes al objeto de nuestro trabajo.

**Acciones positivas.** Medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables mientras subsistan dichas situaciones, deberán ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso (Ley Orgánica 3/2007).

**Acoso por razón de sexo.** Cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y crear un ámbito intimidatorio, degradante u ofensivo (Ley Orgánica 3/2007).

**Acoso sexual.** Cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular, cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante o ofensivo (Ley Orgánica 3/2007).

**Discriminación directa por razón de sexo.** Situación en la que se encuentra una persona que sea, fuese o pudiese ser tratada, en atención a su sexo, de forma menos favorable que otra en situación comparable (Ley Orgánica 3/2007).

**Conciliación.** Introducción de sistemas de permiso por razones familiares y de permiso parental, de atención a la infancia y a las personas de edad avanzada, y creación de una estructura y organización del ámbito laboral que facilite a hombres y

mujeres la combinación del trabajo y de las responsabilidades familiares y domésticas (*100 palabras para la igualdad*).

**Cuota (o política de cuotas).** Proporción dada o parte de puestos, escaños o recursos que deben ser atribuidos a un colectivo específico, generalmente siguiendo ciertas normas o criterios, con lo que se pretende corregir un desequilibrio anterior, generalmente en posiciones de toma de decisiones o en cuanto al acceso a oportunidades de formación o a puestos de trabajo (*100 palabras para la igualdad*).

**Democracia paritaria.** Concepto de sociedad integrada por partes iguales por mujeres y por hombres, en la que la representación equilibrada de ambos en las funciones decisorias de la política es condición previa al disfrute pleno y en pie de igualdad de la ciudadanía, y en la que unas tasas de participación similares o equivalentes (entre el 40% y el 60%) de mujeres y hombres en el conjunto del proceso democrático es un principio de democracia (*100 palabras para la igualdad*).

**Discriminación indirecta por razón de sexo.** Situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a las personas de otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica se pueda justificar objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados (Ley Orgánica 3/2007).

**Discriminación por embarazo o maternidad.** Constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad (Ley Orgánica 3/2007).

**Feminismo de Estado (*state feminism*):** Conjunto de instituciones cuya función principal es impulsar políticas para conseguir un mayor grado de igualdad entre las mujeres y los hombres. También se conoce a este conjunto de instituciones como feminismo oficial o feminismo institucional (Valente, pág. 128).

**Feminismo.** Conjunto de acciones y teorías que asumen un compromiso político con la idea de que dentro de las sociedades contemporáneas las mujeres son las perdedoras en el juego social, lo que es lo mismo al compromiso con la idea de que nuestras sociedades son patriarcales, es decir, aquellas en las que existe una supremacía de lo masculino (Jaramillo, 2000, pág. 33).

“El feminismo es un movimiento social y político que se inicia formalmente a finales del siglo XVIII y que supone la toma de conciencia de las mujeres como grupo o colectivo humano, de la opresión, dominación y explotación de la que fueron y son objeto por parte del colectivo de varones en el seno del patriarcado bajo las distintas fases históricas del modelo de producción, el cual las mueve a la acción para la liberación de su sexo con todas las transformaciones de la sociedad que aquella requiera” (Victòria Sau i Sánchez 1981).

**Inversión de la carga de la prueba.** En aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte demandante se fundamenten en actuaciones discriminatorias,

por razón de sexo, le corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad (Ley Orgánica 3/2007).

**Perspectiva de género.** Tomar en consideración y poner atención a las diferencias entre mujeres y hombres en cualquier actividad o ámbito dado de una política (*100 palabras para la igualdad*).

**Políticas de igualdad:** El conjunto de las decisiones, objetivos y medidas adoptadas por las instituciones públicas en relación con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres y con la mejora de la situación socioeconómica, política y cultural de la mujer (Bustelo e Lombardo, 2007, pág. 11).

**Principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.** El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (*Ley Orgánica 3/2007*).

**Principio de indemnidad (indemnidad frente a represalias).** Protección frente a cualquier trato adverso o efecto negativo que se produzca en una persona como consecuencia de la presentación.

**Sexo y Género.** Sexo es la palabra que generalmente se usa para hacer alusiones a las diferencias biológicas relacionadas con la reproducción y otros trazos físicos y fisiológicos entre los seres humanos. El género se refiere a las características que socialmente se atribuyen a las personas de uno y otro sexo (Jaramillo, 2000, pág. 29).



## Bibliografía y fuentes

- AA.VV., *Lenguaje Jurídico y Género: sobre el Sexismo en el Lenguaje Jurídico*. Investigación promovida por la Comisión de Igualdad del Consejo General del Poder Judicial, CGPJ, 2011, Madrid.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura (Dir.); CANCIO ÁLVAREZ, Ma Dolores (Coord.), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad*, Segunda Edición, Iustel, Madrid, 2011.
- AÑÓN, María José y MESTRE I MESTRE, Ruth, (2005), "Violencia contra las Mujeres: discriminación, subordinación y Derecho", en BOIX, Javier y MARTÍNEZ, Elena (Coord.), *La nueva Ley contra la violencia de género*, Iustel, Madrid, pp. 31-63.
- APARISI MIRALLES, Ángela (Coord.), *Persona y género*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2011.
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone, "Las mujeres y el Estado constitucional: Un repaso al contenido de los grandes conceptos del Derecho constitucional".
- ASTOLA MADARIAGA, Jasone (Coord.), *Mujeres y Derecho: Pasado y presente, I Congreso multidisciplinar de la Sección de Bizcaia de la Facultad de Derecho*, 2008, pp. 227-290.
- AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen (Coord.), *Derecho y (des)igualdad por razón de género*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa, *Mujer y Constitución*, Cátedra, Valencia, 2005
- BARLETT, Katherine; KENNEDY, Rosanne, *Feminist Legal Theory*, Westview, Boulder, 1991.
- BARNETT, Hilaire, *Introduction to Feminist Jurisprudence*, Cavendish Publishing, London, 1998.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, "Feminismos del siglo XX", *Ideologías políticas y derechos humanos en el siglo XX. Historia de los derechos humanos*, Tomo IV. Siglo XX. Vol. II, Fundación Gregorio Peces-Barba, Dykinson, 2014.
- BARRÈRE, María Ángeles, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, Civitas, 1997, Madrid.

- "Igualdad y discriminación positiva: un esbozo de análisis teórico- conceptual", *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, No9, 2003. (<http://www.uv.es/CEFD/9/barrere1.pdf>).
- BECKER, Gary. S., *Tratado sobre la Familia*, PERAITA DE GRADO, Carlos (Trad.), Alianza Universidad, Madrid, 1987.
- *El capital humano*, CASARES, Marta, VERGARA, José (Trads.), Alianza Editorial, Madrid, 1983.
- BELTRÁN, Elena, "La construcción de la igualdad constitucional: nuevos desafíos", MESTRE I MESTRE, Ruth M, *Mujeres, derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BENGOECHEA GIL, Ángeles., "Acciones positivas y discriminaciones inversas: dos instrumentos para hacer efectiva la igualdad entre hombres y mujeres", en SÁNCHEZ DE LARA SORZANO, Cruz (Coord), *Mujer, libertad e igualdad. Un homenaje a Enriqueta Chicano*, Aranzadi-Thomson, Madrid, 2007, pp. 63-95.
- BENHABIB, Deyla, *Las reivindicaciones de la cultura. Igualdad y diversidad en la era global*, Katz Editores, Buenos Aires, 2006.
- *Situating the Self. Gender, Community and Postmodernism in Contemporary Ethics*, Polity Press, Cambridge, 1992.
- BESSON, Samantha, "Gender Discrimination under EU and ECHR Law: Never Shall the Twain Meet?" *Human Rights Law Review*, Vol. 8, no 4, 2008, pp. 647-682.
- BOCK, Gisela; BLOM, Ida; SANTOS DE MATO, Ma Izilda, "20 años de Historia de las Mujeres. Perspectivas internacionales", *Arenal. Revista de Historia de las Mujeres*, Vol. 20, núm. 1, 2013, pp. 41-64.
- BODELON, Encarna, "Derecho y Justicia no androcéntricos", *Quaderns de Psicologia*, Vol. 12, no 2, 2010, pp. 183-193.
- BOTTOMLEY, Anne, *Feminist Perspectives on the Foundational Subjects of Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 1996.
- "What is happening to family law? A feminist critique of conciliation", SMART, Carol; BROPHY, Julia (eds.), *Women in Law: Explorations in Law, Family and Sexuality*, Londres: Routledge and Kegan Paul, London, 1985, pp. 162-187.
- BUSTELO, María, Lombardo, Emannuela (Eds.), *Políticas de igualdad en España y en Europa: afinando la mirada*, 1a ed, Cátedra, Madrid, 2007.
- BUTLER, Judith, *Deshacer el género*, Paidós, Barcelona, 2006.
- CALIENTE FERNÁNDEZ, Celia, "El feminismo de Estado y los debates políticos: la formación ocupacional en España (1983-1998)", *Revista Española de Ciencia Política*, vol. 2, num. 1, 1999, PP 127-148.
- CAMPOAMOR, Clara, *El derecho de la mujer. Recopilación de tres de las conferencias iniciadas en 1922 por Clara Campoamor*, Consejería de Empleo y Mujer- Dirección General

- de la Mujer, Madrid, 2007 (disponible en <http://centreantigona.uab.cat/docs/articulos/El%20derecho%20de%20la%20mujer.%20Clara%20Campoamor.%20Recopilación%20de%20tres%20de%20las%20conferencias%20iniciadas%20en%201922%20por%20Clara%20Campoamor.pdf>).
- CAMPOS RUBIO, Arantza, "Aportaciones iusfeministas a la revisión crítica del derecho y a la experiencia jurídica", ASTOLA MADARAGIAGA, Josone (Ed.), *Mujeres y Derecho. Pasado y presente*, I Congreso multidisciplinar de centro –Sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho, Bizkaia, Dirección de Igualdad del Vicerrectorado de la Universidad del País Vasco, 2008, pp. 167-226.
- CARMONA CUENCA, Encarna, *Diversidad de género e igualdad de derechos. Manual para una asignatura interdisciplinar*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- CASTRO, Rosalía de, *Obra Completa*, Padrón, Fundación Rosalía de Castro, 1996.
- CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO (COCETA), *Estudio sobre la realidad social y laboral de las mujeres en el Cooperativismo de trabajo asociado en España*, COCETA, Madrid, 2004 (disponible en <http://www.coceta.coop/publicaciones/estudio-mujer-cooperativismo-espana.pdf>).
- CUENCA, Patricia, "Mujer y constitución: los derechos de la mujer antes y después de la constitución española de 1978", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 8, pp. 73-103.
- DAHL, Tove Stang, *El derecho de la mujer*, Vindicación feminista, Madrid, 1991 DALY, Kathleen, "Criminal Justice Ideologies and Practices in Different Voices: Some Feminist Questions about Justice", *International Journal of the Sociology of Law*, 17, 1989, pp. 1-18.
- DE BEAUVOIR, Simone, *El segundo sexo*, Cátedra, 2005.
- DEBÉN ALFONSO, María, *O tratamento penal da violencia contra as mulleres. Da intensiva aplicación do principio de intervención mínima á introdución da perspectiva de xénero*, Servizo Galego de Igualdade (Secretaría Xeral de Igualdade. Vicepresidencia de Igualdade e do Benestar. Xunta de Galicia), Santiago de Compostela, 2006.
- DE LAS HERAS AGUILERA, Samara, "Una aproximación a las teorías feministas", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 9, 2009, pp. 45-82.
- DUBOIS, Ellen; DUNLAP Mary; GILLIGAN, Carol; MacKINNON, Catharine; MENKEL-MEADOW, Carrie, "Feminist Discourse, Moral Values and the Law-A Conversation", *Buffalo Law Review*, Vol. 34 no 1, 1985, pp. 11-87.
- ELÍAS, Norbert Elías, *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, GARCÍA COTARELO, Ramón (Trad.), FCE. Mexico D.F, 1989.
- ESQUEMBRE VALDÉS, Ma del Mar, "Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la triada de derechos fundamentales", MONEREO ATIENZA, Cristina; MONEREO PÉREZ, José Luis (Dirs., Coords.), *Género y derechos fundamentales*, Comares, 2010, pp. 135-174.



- "Género, Ciudadanía, mujeres y Constitución", *Feminismos*, núm. 8, 2006, pp. 35-51.
- FACIO, Alda, "Viena 1993, cuando las mujeres nos hicimos humanas", en LAGARDE, Marcela; VALCÁRCEL, Amelia (Coords.), *Feminismo, Género e Igualdad*, Agencia Española de la Cooperación Internacional para el Desarrollo, Fundación Carolina, Madrid, 2011, pp. 3-20.
- FACIO, Alda; FRIES, Lorena, "Feminismo, género y patriarcado", FRIES, Lorena; FACIO, Alda (Eds.), *Género y Derecho*, LOM Ediciones, Santiago de Chile, 1999. ([http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20género%20y%20patriarca do.%20Alda%20Facio.pdf](http://centreantigona.uab.es/docs/articulos/Feminismo,%20género%20y%20patriarca%20do.%20Alda%20Facio.pdf))
- FEBRERO, Ramón, SCHWARTZ, Pedro (Eds.), *La Esencia de Becker*, Ariel. Barcelona, 2001.
- FREEDMAN, Jane, *Feminismo. ¿Unidad o conflicto?*, LÓPEZ BALLESTER, José (Trad.), Narcea, Colección Mujeres, Madrid, 2004.
- FREUD, Sigmund, "Lo inconsciente", ETCHEVERRY, José L. (Trad.), *Obras Completas XIV*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 1976, pp. 153-214.
- GALINDO, María, *¡A despatriarcar! Feminismo urgente*, Lavaca, 2014.
- GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo, (Coords.), *La Europa de los Derechos, El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.
- GIL RUIZ, Juana María, (2014), "La Filosofía del Derecho: entre un nuevo Derecho y una Ciencia jurídica desfasada", *Anuario de Filosofía del Derecho*, no 30, 2014, pp. 241-270.
- "Nuevos instrumentos vinculantes para una Ciencia de la Legislación renovada: impacto normativo y género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, no 47, 2013, pp. 15-42.
- *Las nuevas Técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012 GILLIGAN, Carol, *La moral y la teoría psicológica del desarrollo femenino*, Fondo de cultura económica, México, 1982/85.
- GOLDMAN, Emma, *Viviendo mi vida*, Fundación Anselmo Lorenzo, Madrid, 1996.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, "Acciones positivas a favor de la mujer en España: doctrina, jurisprudencia y legislación", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 9, 2008, pp. 379-402.
- GRABENWARTER, Christoph, *European Convention on Human Rights: Comentary*, C.H. Berck, Muchen, 2014.
- HARAWAY, Donna J., *Ciencia, Cyborgs y mujeres. La reinención de la naturaleza*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995.
- HEIM, Daniela, BODELÓN, Encarna, *Derecho, Género e Igualdad: cambios en las*

- estructuras jurídicas androcéntricas*, Vol. 1, Bellaterra, Grupo Natígona, Universitat Autònoma de Barcelona, 2010, pp. 335-372.
- HELD, Virginia, *Justice and Care*, Westview Press, Boulder, 1995.
- *Feminist Morality : Transforming Culture, Society, and Politics*, University of Chicago Press, Chicago, 1993.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Yuliuva, "Acerca del género como categoría analítica", *Nómadas, Revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, Vol. 13, núm. 1, 2006, pp. 111-120 (<http://revistas.ucm.es/index.php/NOMA/issue/view/NOMA060612/showToc>).
- IRIGARAY, Luce, *Ética de la diferencia sexual*, Ellago, 2010 - *Entre Orient et Occident*, Grasset, 1999.
- IZQUIERDO BENITO, María Jesús, "Los derechos de la mujer en la Constitución de 1978", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 2, 1979 (ejemplar dedicado a: Los derechos humanos y la Constitución de 1978), pp. 205-222.
- JARAMILLO, Isabel Cristina, "La crítica feminista al derecho, estudio preliminar a Género y teoría del derecho de Robin West", Ediciones Uniandes, Bogotá, 2000.
- KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, CORTINA, Adela, CONILL, Jous (Trads.), Tecnos, Madrid, 1994.
- KELSEN, Hans, *De la esencia y valor de la democracia*, KRC Ediciones, 2006.
- LARRABEE, Marry Jeanne (ed.), *An Ethic of Care*, Routledge, Nueva York, 1993.
- LACEY, Nicola, *Unspeakable Subjects. Feminist Essays in Legal and Social Theory*, Hart Publishing, Oxford, 1978.
- LAURENZO, Patricia; MAQUEDA ABREU, María Luisa; RUBIO CASTRO, Ana, *Género, Violencia y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- LÓPEZ DE LA VEGA, María Teresa, *Justicia y cuidado*, PULEO, Alicia (Coord.), *El reto de la igualdad de género*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2008, pp. 238-253.
- MACKINNON, Catharine A., *Hacia una teoría feminista del Estado*, Cátedra, Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ MIRANDA, Rafael, "La condición de la mujer en el Derecho del trabajo español", *Anuario de estudios jurídicos y sociales*, núm. 4, 1975, pp. 259-298.
- MENKEL-MEADOW, Carrie, "Portia in a Different Voice: Speculations on a Women's Lawyering Process", *Berkeley Journal of Gender, Law and Justice*: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=bglj>.
- MITCHELL, Juliet, *Psicoanálisis y feminismo, Freud, Reich, Laing y las mujeres*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1976.
- MORAGA GARCÍA, Ma Ángeles, "Igualdad y custodia compartida", *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Corts, Valencianes, 2014, pp. 479-491 (<http://>

- rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/42725/1/2014\_Moraga\_Igualdad-y-custodia- compartida.pdf).
- MORTE GÓMEZ, Carmen, *Cómo Presentar una Demanda Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, 2014.
- MOWBRAY, Alistair, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2011.
- "The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol 8, no 3, 2008, 549- 559.
- ODDNY, Mjöll Arnardóttir, *Equality and Non-Discrimination under the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 2003.
- PATEMAN, Carole, *El contrato sexual*, Antrhopos, Barcelona, 1995.
- PITCH, Tamar, *Un Derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Trotta, Madrid, 2003.
- PULEO, Alicia H. (Ed.), *La ilustración olvidada: la polémica de los sexos en el siglo XVIII*, Antrhopos, Barcelona, 1993.
- QUESADA, Rosa; BORTONE, Roberta; PERÁN, Salvador (eds), *Gender Equality in the European Union. Comparative Study of Spain and Italy*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.
- RADACIC, Ivana, "Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights", *The European Journal of International Law*, Vol 19 no 4, 2008, pp. 841-857 (<http://www.ejil.org/pdfs/19/4/1663.pdf>).
- REY MARTÍNEZ, Fernando, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Mcgraw-Hill, Madrid, 1995.
- ROBINSON, Derek, "Diferencias de remuneración entre los sexos según la profesión", *Revista Internacional del Trabajo*, Vol. 117, núm. 1, pp. 3-36.
- ROCOY CASAS, Rosa María, *¿Qué igualdad? El principio de igualdad formal y no discriminación por razón de sexo en el ordenamiento jurídico español*, Consello Social Universidade de Vigo-Dykinson, Madrid, 2010.
- ROUSSEAU, Jean Jacques, *El Contrato Social*. BERGES, Consuelo (Trad.), Aguilar S.A. Madrid, 1969.
- *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, LÓPEZ Y LÓPEZ, José (Trad.), Aguilar SA, 1973.
- RUBIO CASTRO, Ana (coord.), *Análisis jurídico del violencia contra las mujeres. Guía de Argumentación para Operadores Jurídicos*, Instituto de la Mujer, Sevilla, 2004.
- RUBIO MARÍN, Ruth; HERRERA MORENO, Myriam; VIVAS TESÓN, Inmaculada, *Mujer e Igualdad, la norma y su aplicación (aspectos constitucionales, penales y civiles)*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 1999.

- SÁNCHEZ URRUTIA, Ana, PUMAR BELTRÁN, Nuria (Coords), *Análisis feminista del derecho. Teorías, igualdad, interculturalidad y violencia de género*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2013.
- SAU i SÁNCHEZ, Victòria: *Un diccionario ideológico feminista*, Barcelona, Icaria, 1981.
- SEVENHUILJSEN, Selma, *Citizenship and the Ethics of Care*, Routledge, London, 1998.
- SMICHTT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Alianza Editorial, 2001.
- SUÁREZ LLANOS, María Leonor, *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, 2002.
- TIMMER, Alexandra, "Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights", *Human Rights Law Review*, Vol. 11, no 4, 2011, pp. 707-738.
- VALLÉS AMORES, María Luisa, "La posición jurídica de la mujer a través de las reformas del Derecho de Familia", *Feminismo/s. Revista del Centro de estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante*, núm. 8, 2006, pp. 115-130.
- VASALLO BARRUETA, Norma, "El Género: un análisis de la "naturalización" de las desigualdades", EUGENIDES, Jeffrey, *Middlesex*, Editorial Anagrama, 2005.
- VENTURA FRANCH, Asunción, *Las mujeres y la Constitución española de 1978*, Instituto de la Mujer, 1999.
- "Las mujeres, la Constitución y el derecho de familia", ÁLVAREZ CONDE, Enrique (Coord.), *Mujer y Constitución en España*, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pp. 467- 494.
- WES, Robin, "Jurisprudence and Gender", *The University of Chicago Law Review*, 55, 1998, pp. 1-71.
- WOLLSTONECRAFT, Mary, *Vindicación de los derechos de la mujer*, LOIS, Marta (Trad. y Ed.), Istmo, Madrid, 2005.

### **PÁGINAS WEB DE REFERENCIA:**

- Democracia Paritaria: <http://www.democraciaparitaria.com/>
- Dones juristes Mujeres juristas: <http://donesjuristes.cat/>
- Educación en Valores. Igualdad y Género: <http://www.educacionenvalores.org/spip.php?rubrique133>
- Educando en Igualdad: <http://www.educandoenigualdad.com/>
- Fundación Isonomía UJI: <http://isonomia.uji.es/>
- Mujeres en Red: <http://www.mujeresenred.net/>
- Mujeres juristas Themis: <http://www.mujeresjuristasthemis.org/>
- Pensamiento Jurídico Feminista: <http://www.pensamientojuridicofeminista.com/quienes.html>

Red Feminista de Derecho Constitucional <http://www.feministasconstitucional.org/>

Red Feminista de Organizaciones contra la violencia de género. <http://www.redfeminista.org/>

Sin género de dudas <http://www.mujaresenred.net/>

### **En Galicia**

Mujeres en Galicia <http://igualdade.xunta.es/es>

Centro Interdisciplinario de Investigacións Feministas e de Estudos de Xénero (CIFEX)  
<http://www.usc.es/gl/institutos/cifex/>

### **Institutos de la Mujer**

Instituto de la mujer. Gobierno de España. <http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/mainstreaming/home.htm>

Área de Mujer. Gobierno de La Rioja. <http://www.larioja.org/npRioja/default/defaultpage.jsp?idtab=24850>

Dirección General de la Mujer de la Comunidad Valenciana. <http://www.bsocial.gva.es/portal/portal?id=D&sec=2022008134141>

Dirección Gral. de la Mujer. Cantabria <http://www.mujarescantabria.com/>

Dirección Gral. de la Mujer. Comunidad de Madrid [http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM\\_Agrupador\\_FP&cid=1109266187284&idConsejeria=1109266187284&idList-Consj=1109265444710&idOrganismo=1109266228570 &language=es&pagename=-ComunidadMadrid%2FEstructura](http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Agrupador_FP&cid=1109266187284&idConsejeria=1109266187284&idList-Consj=1109265444710&idOrganismo=1109266228570 &language=es&pagename=-ComunidadMadrid%2FEstructura)

Dirección Gral. de la Mujer. Junta de Castilla- León <http://www.jcyl.es/>

Emakunde. Instituto Vasco de la Mujer <http://www.emakunde.euskadi.net/u72-prehorme/es/>

IMEX. Instituto de la Mujer de Extremadura <http://imex.juntaex.es/>

Institut Balear de la Dona [http://www.caib.es/govern/organigrama/area.do?co-  
duo=232](http://www.caib.es/govern/organigrama/area.do?co-<br/>duo=232)

Institut Català de les Dones <http://www20.gencat.cat/portal/site/icdones>

Instituto Aragonés de la Mujer. <http://www.aragon.es/DepartamentosOrganismosPublicos/Organismos/InstitutoAragonesMujer>

Instituto Canario de la Mujer <http://www.gobiernodecanarias.org/icmujer/>

Instituto de la Mujer de Castilla La Mancha <http://pagina.jccm.es/imclm/>

Instituto Navarro para la Igualdad. [http://www.navarra.es/home\\_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Asuntos+Sociales+Familia+Juventud+y+Deporte/Organigrama/Estructura+Organica /INAI/](http://www.navarra.es/home_es/Gobierno+de+Navarra/Organigrama/Los+departamentos/Asuntos+Sociales+Familia+Juventud+y+Deporte/Organigrama/Estructura+Organica /INAI/)



