

IGUALDAD DE LA MUJER: NO-BELIGERANCIA Y BELIGERANCIA. NUEVOS DESARROLLOS Y RETOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL EN MATERIA DE NO DISCRIMINACIÓN*

Por ALBERTO OEHLING DE LOS REYES**

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.—2. SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD DE LA MUJER.—3. LA BÚSQUEDA DE NUEVOS CAUCES DE GARANTÍA DE LA REGLA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER: DE LA NO-BELIGERANCIA A LA BELIGERANCIA: A) Breve esbozo de la concepción inicial del principio de igualdad de sexos del Tribunal Constitucional. B) Motivos que justifican un cambio de tendencia: a) *El principal motivo para el cambio hermenéutico: la violencia doméstica*; b) *La necesidad de especial protección de la mujer islamita*.—4. LA NUEVA VISIÓN DE LA REGLA DE IGUALDAD DE LA MUJER: LA CONCEPCIÓN BELIGERANTE.—5. LA CONCEPCIÓN BELIGERANTE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALGUNOS FALLOS MODELO.—6. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

La forma de revertir la forma desigual de tratamiento de la mujer en sociedad, por parte del Tribunal Constitucional, parece revestir dos fases: por un lado, la visión inicial, ha contemplado el principio de igualdad de trato desde una perspectiva lineal, que aspiraba a la realización de la igualdad más de modo progresivo y paulatino; por otro, la visión que se ha ido consolidando desde mediados de los noventa —sobre la base de la difícil resolución de los problemas de tipo social que afectan a la mujer—, parece partir más de una postura que aboga por una posición más radical y beligerante y por la instauración rápida y rigurosa de mayores fórmulas de acción positiva a favor de la mujer.

* La realización de este trabajo se ha llevado a cabo en el marco del proyecto de investigación «Mujer y doble discriminación» del Instituto Universitario de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (Referencia DER2009-09947).

** Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor ayudante de la Universidad de las Islas Baleares (España).

Palabras clave: Principio de igualdad, no discriminación de la mujer, Tribunal Constitucional, protección de derechos fundamentales, dignidad de la persona.

ABSTRACT

The way of reversion of the different form of woman's treatment in society, made by The Constitutional Court, seems to possess two stages: on the one hand, the initial vision, has considered the equality's principle of treatment from a linear perspective, that aspire to the equality's realization in a progressive and slow way; in the other hand, the view that has been consolidated in the middle of the nineties —over the basis of the difficult resolution of the social problems, which affect the woman— seems to start more from a position that pleads for a more radical and belligerent position and for the fast and strict establishment of bigger formulas of Affirmative Actions in favour of the woman.

Key words: Equality principle, no woman's discrimination, Constitutional Court, Protection of fundamental rights, Person's Dignity.

1. INTRODUCCIÓN

La materialización del derecho a la igualdad de la mujer es actualmente uno de los temas más complejos y a la vez más contradictorios del Estado constitucional democrático moderno. Por una parte, la adopción de medidas de discriminación positiva se hace prácticamente ineludible, dado que, aún cuando ello pueda parecer una *contradictio in terminis* con el principio de igualdad general¹, sin una política activa de los poderes públicos en pro de medidas que implementen realmente la plena igualdad de ambos sexos se hace muy difícil dar solución a ciertos «problemas sociales»² y eliminar diferencias —como dijera muy tempranamente el Tribunal Constitucional— históricamente muy arraigadas que sitúan a la mujer en posiciones no sólo desventajosas, sino incluso directamente contrarias al principio de dignidad de la persona³. Por otra parte, además de dificultades sociales típicas enquistadas de difícil solución, como la discriminación en el ámbito laboral, la violencia de género, la denominada «trata de

¹ Véase, en este sentido, por ejemplo, Sven MIRKO DAMM, *Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, p. 545, para quien «ya el propio término de discriminación positiva —también el concepto de «Affirmative Action»— remite al dilema obvio de que tales medidas se sustentan sobre la base de intereses que pueden ser discordes: porque la realización de políticas de fomento de equiparación y participación de las mujeres a la vez, tiene cierto potencial «discriminatorio», en tanto puede suponer perjuicios para algunos hombres en casos concretos».

² Véase así el Informe de la Comisión Constitucional Conjunta (Gemeinsamen Verfassungskommission) para la modificación del artículo 3.2 de la Ley Fundamental alemana, BT-Drucks. 12/6000, p. 50.

³ SSTC 128/1987, de 3 de julio (FJ 5.º), y 19/1989, de 31 de enero (FJ 4.º).

blancas» y la reducción de la mujer como mero icono o «mercancía»⁴ de consumo sexual, han aparecido nuevos obstáculos a la realización efectiva del principio de igualdad de la mujer, debido al fenómeno de la inmigración, como, por ejemplo, el encono con que el islamismo a veces valora al sexo femenino, la ablación o las bodas forzosas. Se requiere, por tanto, una regulación según las nuevas circunstancias y un fortalecimiento de vías que eviten mayores trabas en orden a la realización del derecho a la igualdad de la mujer del artículo 14 de la Constitución española de 1978.

Ha sido en Alemania donde se ha iniciado la tendencia de refuerzo de la interpretación jurídico-constitucional de adopción de medidas extraordinarias de discriminación positiva. Sobre la base de la dificultad de realizar la igualdad de derechos entre hombre y mujer, el legislador alemán tuvo a bien, también de conformidad al principio de «igual dignidad de todos los hombres como premisa de una fundamentación de los fines y objetivos del Estado»⁵, reformar el artículo 3.2 de la *Grundgesetz* para prever la posibilidad directa del legislativo⁶ de realizar políticas en pro de la implementación real de la igualdad entre sexos⁷. Se produjo así una elevación a rango constitucional de las medidas de acción positiva. Y de esta suerte, *incontinenti*, esa línea ha sido seguida por algunos otros países como Austria⁸, Bélgica⁹, Italia¹⁰ y Francia¹¹, entre otros¹², que han asumido igualmente el compromiso —podemos decir parafraseando la nueva versión del artículo 7.2 de la *Bundes-Verfassungsgesetz* austriaca— de promover la igualdad de hecho de hombres y mujeres a través de la eliminación progresiva de las desigualdades fácticas existentes. No hace falta recordar tam-

⁴ BVerfGE 64, 274.

⁵ Karl-Peter SOMMERMANN, *Staatsziele und Staatszielbestimmungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 317.

⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, de 27 de octubre de 1994, *BGBI* I, 3146.

⁷ También téngase en cuenta la reforma del artículo 12.a de la Ley Fundamental, relativo al Servicio Militar, a través de la Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, de 19 de diciembre de 2000, *BGBI* I, 1775, que permitió a las mujeres la posibilidad de realizar voluntariamente el Servicio Militar en las mismas condiciones que los hombres.

⁸ *BGBI* I 1998/68. Sobre ello, Magdalena PÖSCHL, *Gleichheit vor dem Gesetz*, Springer, Berlín, 2008, p. 393.

⁹ Véase la Ley de Modificación de 21 de febrero de 2002 (M.B. de 26 de febrero de 2002, pp. 7343-7344), que introdujo en el artículo 10 de la Constitución belga de 1994 la coetilla «l'égalité des femmes et des hommes est garantie».

¹⁰ Modificación del artículo 51 de la Constitución de la República italiana a través de la Ley Constitucional de 30 de mayo de 2003, n.º 1 (GU, de 12 de junio de 2003, n.º 134).

¹¹ Modificación del artículo 1 de la Constitución por Ley Constitucional n.º 2008-724, de 23 de julio.

¹² Véase, por ejemplo, María Ángeles MARTÍN VIDA, «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea», en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 12-13 (2º Semestre 2003- 1º Semestre 2004), UNED, Madrid, pp. 322-329.

bién el artículo 9.2 de la Constitución española que, precozmente, desde el principio¹³, advertía asimismo de la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo —en particular, de la mujer¹⁴— sea real y efectiva y remover los obstáculos que dificulten su plenitud. Lo que interesa reseñar, en definitiva, es que la pauta jurídico-constitucional de revertir la forma desigual de tratamiento de la mujer en sociedad, reviste dos fases o facciones de actuación: por un lado, la visión del principio de igualdad de trato desde una perspectiva lineal, que observa las medidas de acción positiva en favor de la mujer como un remedio extraordinario que «debe interpretarse restrictivamente»¹⁵; por otro, la comprensión de las medidas de discriminación positiva como principal medio para, dadas las circunstancias, materializar *ex toto*, la igualdad de derechos entre los sexos. La primera sería la que, intentando erradicar toda normativa que genere un trato perjudicial a la mujer y la anulación de situaciones de discriminación indirecta¹⁶, tratando, más que nada, «atenuar o paliar»¹⁷ la situación de inferioridad social de la mujer, confiaba crédulamente que con el simple transcurso del tiempo se implementaría la igualdad de hecho de la mujer (no-beligerancia). La segunda, opta —de acuerdo con la idea de que «el legislador no debe conformarse con aceptar sin más las diferencias de hecho existentes y que, caso de que éstas sean in-

¹³ Compárese, STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 2º), in fine.

¹⁴ Con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase Miguel RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, «Nuevas dimensiones de la igualdad: No discriminación y acción positiva», en *Persona y Derecho*, n.º 44, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona, 2001, p. 227.

¹⁵ STJCE, de 17 de octubre de 1995, asunto Kalanke, C-450/93.

¹⁶ Sirva para ilustrar el sentido de la discriminación indirecta un ejemplo muy citado tomado de la jurisprudencia constitucional. Unas mujeres que prestaban servicio dentro de la categoría profesional de limpiadoras en un hospital recibían un salario inferior que el de los peones, que era una categoría desarrollada exclusivamente por hombres, a pesar de que, en realidad, realizaban las mismas funciones. Las limpiadoras se presentaron ante los tribunales, para solicitar igual sueldo que el de sus compañeros de sexo masculino, con distinta suerte, y finalmente tuvieron que llegar en defensa de su petición hasta el Tribunal Constitucional. El alto tribunal tuvo en aquel momento la ocasión de identificar aquel trato de diferenciación como discriminación indirecta. Hay que «ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación —dice el Tribunal Constitucional—, 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, pero de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia del sexo» (STC 145/1991, de 1 de julio [FJ 2º]).

¹⁷ Joaquín BRAGE CAMAZANO, *Discriminación positiva en favor de la mujer en el derecho comunitario*, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2001, p. 9.

compatibles con el principio de justicia, debe eliminarlas»¹⁸—, no tanto por aliviar poco a poco la situación, sino que, de forma adicional, trata de establecer vías radicales de beneficio sólo por parte de las mujeres (por ejemplo, premios e incentivos estatales a empresas privadas que priorizan la contratación de mujeres, exigencia legal de presencia paritaria entre sexos en órganos de la Administración u institutos de tipo representativo, tratamiento punitivo diferente de la misma conducta en función del sexo, etc.), a fin de conseguir una equidistancia total *ipso facto* entre sexos en distintos ámbitos sociales (beligerancia).

Para posibilitar el paso de lo que hemos denominado no-beligerancia a la beligerancia del Estado constitucional moderno en lo que se refiere a la instauración de procedimientos radicales en pro de la igualdad efectiva de la mujer, se requiere principalmente elevar al nivel de canon de constitucionalidad este tipo de medidas. Pero aún así esto no impide que su reconocimiento sea inseguro, ya que, como aprecia Alexy, en cuanto materia que afecta al ejercicio de los derechos fundamentales «el Tribunal Constitucional puede reducir el campo de acción del legislador»¹⁹. Frente a la dotación de rango constitucional de las vías de acción positiva, como exigencia de las circunstancias y de la realidad social, se ha de examinar la consonancia de las medidas que progresivamente impone el legislador con los derechos fundamentales y la decisión del Tribunal Constitucional, como imperativo del principio de igualdad y de la Constitución misma²⁰. Y es de esta operación de abstracción y conjugación de intereses constitucionales, cuya base en nuestro ordenamiento está en el artículo 14 de la Constitución, y de su interpretación desde el artículo 9.2, de donde surge la importancia y la peculiaridad de los nuevos desarrollos por mor de nuestro Tribunal Constitucional en materia de igualdad de la mujer y no discriminación.

2. SÍNTESIS DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IGUALDAD DE LA MUJER

En la doctrina del Tribunal Constitucional hallamos bastantes matices bajo los cuales se puede observar la progresión jurídica en el tema de la igualdad de la mujer en España. Tenemos, como ya hemos tenido oportunidad de señalar, la interpretación de la discriminación de la mujer como

¹⁸ BVerfGE 3, 58 (158).

¹⁹ Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993, p. 411.

²⁰ En este sentido, Christian STARCK, *Freiheit und Institutionen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, p. 272, para quien en este tema «el problema jurídico-constitucional (...) está en que la regulación que busca asegurar la igualdad de oportunidades de la mujer, no debe tener a la vez por resultado una lesión del derecho del hombre a la igualdad de derechos».

hecho incompatible con la idea de dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución)²¹, que ha tenido mucha importancia en la posterior justificación de medidas penales agravadas para el caso de violencia contra la mujer en el ámbito doméstico²². Tenemos la especial valoración del hecho biológico diferencial del embarazo y de la particular trascendencia de la figura materna para el desarrollo del niño durante la primera infancia, que presupone el reconocimiento de institutos «compensatorios»²³ (de conciliación entre vida familiar y profesional) —con base en las innegables dificultades para la mujer que decide tener hijos de incorporarse y permanecer en el mundo laboral²⁴— como, por ejemplo, la prohibición de despido de la mujer embarazada²⁵, el permiso de lactancia²⁶, el *plus* de guardería²⁷ o la reducción de jornada²⁸. Tenemos algún, desde nuestro punto de vista, craso error del Tribunal Constitucional, por un lado, la consideración —por contra de la interpretación del Tribunal Supremo²⁹— de la prelación masculina en orden a la sucesión hereditaria de las dignidades nobiliarias³⁰, que perduró hasta la aparición de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios; y, por otro lado, la denegación de pensión de viude-

²¹ Véase así, también, STC 214/2006, de 3 de julio (FJ 3.º), cuando afirma que «por lo que se refiere específicamente a la prohibición de discriminación por razón de sexo, que tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer, hemos dicho 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».

²² SSTC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 7.º); 45/2009, de 19 de febrero (FJ 4.º); y 127/2009, de 26 de mayo (FJ 4.º); 41/2010, de 22 de julio (FJ 6.º); 45/2010, de 28 de julio (FJ 4.º).

²³ Christian STARCK, «Artikel 3 Absatz 2», en Hermann v. MANGOLDT / Friedrich KLEIN / Christian STARCK, *Das Bonner Grundgesetz*, Vol. 1, Franz Vahlen, München, 1999, p. 446.

²⁴ SSTC 128/1987, de 3 de julio (FJ 10.º), y 109/1993, de 25 de marzo (FJ 6.º).

²⁵ SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 3.º, 4.º y 5.º); 109/1993, de 25 de marzo (FJ 4.º); 173/1994, de 7 de junio (FJ 2.º y 3.º); 136/1996, de 23 de julio (FJ 4.º); 20/2001, de 29 de enero (FJ 4.º y 5.º); 41/2002, de 25 de febrero (FJ 4.º y 5.º); 17/2003, de 30 de enero (FJ 5.º); 98/2003, de 2 de junio (FJ 4.º).

²⁶ STC 109/1993, de 25 de marzo (FJ 6.º).

²⁷ SSTC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 5.º), 203/2000, de 24 de julio (FJ 6.º), 3/2007, de 15 de enero (FJ 5.º).

²⁸ STC 128/1997, de 16 de julio y del TS de 20 de marzo de 1997. Cit. en Gonzalo MOLINER TAMBORERO, «Estudio de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres en las relaciones laborales», en *Abogacía*, n.º 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 114 y 115.

²⁹ SSTs de 20 de junio y de 27 de julio de 1987, de 7 de diciembre de 1988, de 28 de abril de 1989, de 21 de diciembre de 1989 y de 18 de abril de 1995.

³⁰ STC 126/1997, de 3 de julio (FJ.º 17). Con voto discrepante de los Magistrados Carlos Viver Pi-Sunyer, Tomás S. Vives Antón y Pedro Cruz Villalón.

dad a una mujer casada por el rito gitano³¹, que fue reconocida después por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por violación del artículo 14 del Convenio de Roma de 1950³². No obstante, aún cuando se pueda criticar al Tribunal Constitucional por estos fallos y aunque se pueda considerar éste como un desliz en su interpretación de la regulación constitucional de la igualdad³³, se puede decir que, desde los inicios de su andadura, la tarea del alto tribunal ha sido notable en el camino de materialización de hecho de la igualdad entre hombres y mujeres³⁴. Además, dada la escasa regulación de la situación de la mujer en la Constitución, el Tribunal ha tenido que construir, *ex novo*, un cuerpo de doctrina sobre igualdad de género³⁵.

Ahora bien, la progresión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de igualdad de los sexos en nuestro país y el enfoque que ha ido desarrollando paulatinamente se revela en ningún otro tema con tanta claridad como en la de su interrelación con el artículo 9.2 de la Constitución. No hay duda de que la interpretación y los principales avances en orden a la efectividad del principio de igualdad por el Tribunal Constitucional se ha hecho, desde el principio, sobre la base del artículo 9.2³⁶, tanto en un plano general como en el plano concreto de la igualdad de la mujer. El alto tribunal ha especificado el carácter de esta norma como base de interpretación de los preceptos constitucionales y de las leyes³⁷. Con la claridad que le caracteriza el Tribunal Constitucional dice: «La disposición del artículo 9.2 supone una superación del principio de igualdad formal y propugna un significado de este principio sujeto a la

³¹ STC 69/2007, de abril. Véase, en contrario, el voto particular del Magistrado Don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, para quien, resultaba «claramente desproporcionado que el Estado español, que había tenido en cuenta a doña María Luisa, y a su familia gitana al otorgarle el libro de familia, el reconocimiento de familia numerosa, la asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y había percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días, quisiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad (STJCE Becker, asunto 8/81, § 24)».

³² Caso Muñoz Díaz v. España (§§ 69-71), de 8 de diciembre de 2009.

³³ En este sentido, respecto a la STC 126/1997, J. Javier SANTAMARÍA IBEAS, *Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Dykinson, 1997, p. 324.

³⁴ María ELÓSEGUI, «Igual salario por trabajo de igual valor», en *Persona y Derecho*, n.º 54, Universidad de Navarra, Pamplona, 2006, p. 119.

³⁵ María Luisa BALAGUER CALLEJÓN, *Mujer y Constitución. La construcción jurídica del género*, Cátedra, Madrid, 2005, p. 20.

³⁶ Véase Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 39, CEPC, Madrid, 1993, p. 204; el mismo autor en *Sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1992, pp. 121 y 122.

³⁷ STC 19/1982, de 5 de mayo (FJ 6.º).

definición del artículo 1.1 de la Constitución —que define a España como un Estado democrático y social de Derecho—, por lo que se ajusta a la Constitución la finalidad tuitiva o compensadora en garantía de la promoción de una igualdad real»³⁸. El esfuerzo de implementación práctica de la igualdad hombre-mujer parte sobre todo de esta relación fundamental³⁹. Los casos citados con anterioridad relativos a la instauración de institutos de compensación, la percepción de la constitucionalidad de medidas para asegurar la igualdad efectiva en el mercado laboral⁴⁰, la asunción del derecho a percibir el mismo salario por un trabajo de igual valor⁴¹ y la inducción del derecho a la no discriminación en el Ejército⁴² son, de una forma u otra, una serie notable de pruebas que se podría alargar con facilidad de la relación intrínseca entre los preceptos 14 y 9.2 de la Constitución, en lo que a igualdad hombre-mujer se refiere.

Mas a partir del siglo XXI se inicia una nueva fase, más determinante, en el esfuerzo por la igualdad de género, principalmente por influjo de la preocupación creciente por la violencia contra la mujer, y ello aún cuando en España no habíamos llegado a las tasas de mujeres asesinadas y de violencia machista de otros países de nuestro entorno⁴³. Es este hecho, desde nuestro punto de vista, lo que más ha determinado un cambio de mentalidad respecto a la forma social de comprensión del fenómeno de la desigualdad entre los sexos. La Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección inte-

³⁸ STC 3/1983, de 25 de enero (FJ 3.º).

³⁹ En este sentido, por ejemplo, Encarna CARMONA CUENCA, «El principio de igualdad material en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 84, CEPC, Madrid, pp. 281 y 282, quien, en este contexto, habla del artículo 9.2 en términos de «norma directriz». En similar sentido, Juan Manuel HERREROS LÓPEZ, «Igualdad y mercado de trabajo», en Javier PÉREZ ROYO / Joaquín P. URÍAS MARTÍNEZ / Manuel CARRASCO DURÁN (Edit.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Vol. I, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2006, pp. 845-851.

⁴⁰ STC 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 2.º).

⁴¹ SSTC 145/1991, de 22 de julio (FJ 4.º, 5.º y 6.º); 286/1994, de 27 de octubre (FJ 6.º).

⁴² STC 216/1991, de 14 de noviembre (in toto).

⁴³ España, porcentualmente, en datos para 2003, se situaba, en tasa de casos de mujeres asesinadas, por debajo de países como, por ejemplo, Bélgica, Austria, Luxemburgo, Finlandia, Dinamarca, Alemania y Holanda. En tasa de casos de violencia familiar, se sitúa por debajo de Luxemburgo, Suiza, Dinamarca, Noruega, Austria, Alemania, Italia y Reino Unido, entre otros. En una línea similar se mantiene en el ranking europeo de 2006. Para más datos, véanse, respectivamente, el documento *Violencia contra la mujer en las relaciones de pareja*, (II y III informe Internacional), Instituto Centro Reina Sofía, Madrid, 2010. Estos textos están disponibles en red en la web del Centro Reina Sofía <http://www.centroreinasofia.es>. Sobre el mito que afirma que en el sur de Europa hay más crímenes y más educación sexista que en otros países del norte, véase, José SANMARTÍN ESPLUGUES, «Interrogantes sobre la violencia contra la mujer», en el diario *El Mundo*, edición de 16 de abril de 2010, p. 25.

gral contra la violencia de género son ejemplos claros de esta propensión⁴⁴. El Tribunal Constitucional, en esta línea, ha dejado también entrever esta tendencia cuando inadmitió a trámite la cuestión de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 153 del Código Penal —en la redacción dada por la Ley 11/2003, de 29 de septiembre— por quebrantamiento del principio de proporcionalidad sancionadora al elevar a la categoría de delito ciertas conductas violentas anteriormente castigadas como faltas cuando se cometen en el marco de la relación familiar o de una relación afectiva. «No puede —dice el Tribunal Constitucional— dejar de resaltarse desde nuestro específico control de constitucionalidad, ante el problema social de primera magnitud que en nuestro país representa la violencia doméstica, la relevancia social de los bienes o intereses que el precepto pretende proteger, constituidos no sólo por la libertad y la integridad psíquica y física de la víctima, sino también por la pacífica convivencia doméstica, así como su directa y estrecha conexión con principios y derechos constitucionales, como la dignidad de la persona (artículo 10.1 de la Constitución), el derecho a la integridad física y moral (artículo 15), o, también entre otros, la protección de la familia (artículo 39)»⁴⁵. Y también posteriores resoluciones sobre esta misma problemática han señalado en la misma dirección. Entre ellas resulta muy instructiva la STC 59/2008, de 14 de mayo. A través de ella el Tribunal Constitucional justifica la lógica mayor gravedad e ignominia de los actos de agresión en el marco de las relaciones domésticas y afectivas cuando éstas son realizadas por un hombre. En la STC 60/2010, de 7 de octubre, se consolida esta línea hermenéutica, cuando determina la constitucionalidad de la medida de imposición obligatoria para determinados delitos de la pena accesoria de alejamiento en casos de violencia machista.

También de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, por ejemplo, de su Disposición adicional segunda (en pro del establecimiento de candidaturas electorales equilibradas por sexos), se ha ocupado el Tribunal Constitucional de modo que denota la nueva concepción respecto a la discriminación de la mujer. Para el Tribunal Constitucional, desde la interpretación típica del artículo 14 y del artículo 9.2 de la Constitución, tal y como se da en el Estado democrático, social y de Derecho, no se puede entender que el mandato de

⁴⁴ En este contexto, se puede también tener en cuenta la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado.

⁴⁵ ATC 233/2004, de 7 de junio (FJ 5.º). Véase el documento de trabajo Circular n.º 4/2005 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, p. 17.

igualdad de sexos existente en el seno de la sociedad, se desvirtúe y no tenga reflejo en los órganos de representación política, menos aún la presencia descomposadamente mayoritaria de uno de ellos⁴⁶. El objetivo del Tribunal Constitucional era ofrecer una explicación de cómo precisamente, en virtud del principio de igualdad, se puede compeler la determinación *fifty-fifty* de cuotas de hombres y mujeres —como, por ejemplo, han hecho algunas normativas *ad hoc* de las Comunidades Autónomas— en las listas electorales⁴⁷. Lo consiguió relativamente, apelando, principalmente, a la visión finalista del concepto de igualdad y al artículo 9.2 de la Constitución⁴⁸, volviendo sobre la idea de la tradicional posición desventajosa de la mujer en sociedad (STC 128/1987), ahora aplicada al ámbito de la representación política, adonde —a tenor del Tribunal— las mujeres han estado siempre materialmente preteridas⁴⁹.

3. LA BÚSQUEDA DE NUEVOS CAUCES DE GARANTÍA DE LA REGLA DE IGUALDAD ENTRE HOMBRE Y MUJER: DE LA NO-BELIGERANCIA A LA BELIGERANCIA

A) Breve esbozo de la concepción inicial del principio de igualdad de sexos del Tribunal Constitucional

Lo que el Tribunal Constitucional mostró de forma más convincente, desde sus inicios, sobre todo, era el reconocimiento de la situación histórica de las mujeres como grupo tradicionalmente sometido a tratos discriminatorios⁵⁰. El reconocimiento expreso de este hecho objetivo —que el propio Tribunal declaró lesivo del principio de dignidad de la persona del artículo 10.1 de la Constitución⁵¹— marcó la línea hermenéutica del Tribunal Constitucional sobre discriminación de la mujer, particularmente en el ámbito laboral, dentro de la cual se incluía el deber del Estado de eliminación de todas aquellas normas que respondían a una comprensión de la mujer como sujeto fisiológicamente más débil imponiéndole límites para

⁴⁶ STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 7.º).

⁴⁷ Véase la STC, 13/2009, de 19 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra los artículos 7 (párrafo segundo) y 20.4 b., 5, 6 y 7, y las disposiciones finales segunda (apartado 2), cuarta y quinta de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres.

⁴⁸ Compárese, María Luz MARTÍNEZ ALARCÓN, «Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres», en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 22, UNED, Madrid, 2008, p. 609.

⁴⁹ STC 12/2008, de 29 de enero (FJ 5.º).

⁵⁰ STC 103/1983, de 22 de noviembre (Voto particular del Magistrado Don Francisco Rubio Llorente).

⁵¹ STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 5.º).

su acceso a según qué puestos en el mercado de trabajo⁵². La discriminación por razón de género son, como hemos ido viendo, diferenciaciones de trato en situaciones iguales motivadas por el sexo. El Tribunal Constitucional describió el nexo común de las distintas formas de discriminación de la mujer que pueden clasificarse en pautas de diferenciación directa o indirecta. Bajo esta clasificación él comprende también aquel «tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno u otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado género»⁵³. Una diferenciación de trato vinculada mediata o inmediatamente al sexo de la persona solamente puede aceptarse en casos particulares que deben ser apreciados de forma restrictiva en los que el sexo sea un elemento determinante para el desempeño de ciertas tareas⁵⁴. A esta clase de excepciones corresponde, por ejemplo, la preferencia de la selección de mujeres para realizar funciones de cacheo con desnudo integral o intervenciones corporales como el registro vaginal⁵⁵. Al mismo tiempo, la implementación del principio de igualdad entre los sexos del Tribunal Constitucional supuso la construcción de la noción de «derecho desigual igualatorio». Este término es derivado del concepto de sistemas de acción positiva y se refiere también a la posibilidad de adopción por parte del legislador de «medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer»⁵⁶. Este tipo de normativa se dirige a eliminar desigualdades, sobre todo, cuando estas afectan además a aspectos relacionados con la libertad, la dignidad y la integridad de la mujer⁵⁷. La prohibición de exclusión de la mujer en determinados trabajos especialmente duros (caso de la mina)⁵⁸, la instauración de la regla que reza que «a distinto trabajo, pero de igual valor, igual salario»⁵⁹ o la consideración del acoso o *mobbing* sexual también como discriminación en el trabajo por razón de sexo⁶⁰, entre

⁵² STC 229/1992, de 14 de diciembre (FJ 3.º y 4.º).

⁵³ SSTC 286/1994, de 27 de octubre (FJ 3.º); 147/1995, de 16 de octubre, FJ 1.º, 2.º y 6.º); 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 6.º).

⁵⁴ STC 145/1991, de 1 de julio (FJ 3.º).

⁵⁵ STC 218/2002, de 25 de noviembre (FJ 4.º y 5.º).

⁵⁶ STC 292/1992, de 14 de diciembre (FJ 2.º).

⁵⁷ Matilde GURRERA ROIG, «Algunos aspectos controvertidos de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», en *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 13, 2005, p. 249.

⁵⁸ STC 292/1992, de 14 de diciembre.

⁵⁹ SSTC, 145/1991, de 1 de julio (FJ 6.º); 286/1994, de 27 de octubre (FJ 4.º).

⁶⁰ STC 224/1999, de 13 de diciembre (FJ 5.º).

otros⁶¹, fueron así para el Tribunal Constitucional no sólo casos señeros de aplicación del mandato de parificación entre los sexos derivado del artículo 14 de la Constitución, sino también testigos claros de su ademán como órgano constitucional de «terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, en que se ha colocado tradicionalmente a la población femenina»⁶².

Empero, el análisis inicial del Tribunal Constitucional del derecho a la igualdad de la mujer no se observa con la misma sincronía en todos los ámbitos y parte a veces de una concepción gradual e incluso, a veces, limitada. El carácter paulatino —con algunos trompicones podríamos decir— del interprete de la Constitución de ir acomodando la sociedad, en la parte alícuota que le corresponde, al principio de igualdad entre los sexos de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución se hace de hecho patente en su doctrina. Particularmente significativo es el hecho de la temprana denegación, en la STC 81/1982, de un plus salarial en beneficio de la mujer, establecido como «medida proteccionista» de las trabajadoras de un centro de salud, por entenderlo discriminatorio con respecto al personal masculino de la misma cualificación⁶³. Piénsese también en la resolución referida al trabajo en las minas (STC 229/1992), donde se habla, no de un derecho de acceso de la mujer a este tipo de trabajos, sino de que el acceso de ésta depende de que pueda superar los mismos requisitos de fortaleza física exigibles para el hombre⁶⁴. De ahí que sea muy difícil ver mujeres desempeñando funciones como, por ejemplo, bombero. También cabe recordar que, poco después, el Tribunal Constitucional ratificó esta línea interpretativa cuando entendió que la prefijación de los requisitos de especial fortaleza anatómica para optar a la realización de ciertos puestos de trabajo —aún cuando éstos no estén predeterminados en el contrato ni en el convenio colectivo— no se entiende discriminatorio de la mujer en función del sexo⁶⁵. Piénsese, así mismo, en el efecto regresivo de la STC 41/2002, que

⁶¹ Así, por ejemplo, destacan: STC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 5.º), que determina como discriminación por sexo la decisión unilateral del empresario de poner fin a una relación laboral en fase de pruebas cuando la trabajadora pone en conocimiento de la empresa su estado de embarazo; STC 109/1993, de 25 de marzo (FJ 6.º), que determina la constitucionalidad de la instauración de permisos de lactancia sólo para mujeres; STC 240/1999, de 20 de diciembre (FJ 7.º y 8.º), que determina como discriminatorio la denegación del permiso de excedencia para el cuidado de los hijos; STC 324/2006, de 20 de noviembre (in toto), que determina como lesivo del artículo 14 de la Constitución solapar o computar días del permiso de maternidad en detrimento de los días correspondientes al periodo vacacional.

⁶² SSTC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 2.º); 161/2004, de 4 de octubre (FJ 4.º).

⁶³ Sobre ello, Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado* (Vol. III), Dykinson, Madrid, 2009, p. 1076.

⁶⁴ STC 292/1992, de 14 de diciembre (FJ 4.º).

⁶⁵ STC 198/1996, de 3 de diciembre (FJ 2.º y 4.º).

consideraba no lesivo del derecho a no ser discriminado por razón de sexo el caso de un despido de una trabajadora en cinta por haber alegado el empresario desconocer este extremo⁶⁶. Pero el hecho de que se pueda situar la posición del Tribunal en esta materia, hasta hace relativamente poco, más desde un punto de vista «no radical» resulta claro sobre todo, en mi opinión, cuando nos fijamos en la STC 126/1997, que optó por la constitucionalidad del principio de varonía como criterio rector de la institución nobiliaria⁶⁷. «La legislación histórica —dijo entonces el Tribunal Constitucional— aplicable a la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que se deriva la regla de preferencia del varón a la mujer en igualdad de línea y grado, aplicables en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley de 11 de octubre de 1820 y el artículo 1 de la Ley de 4 de mayo de 1948, no es contraria al artículo 14 de la Constitución»⁶⁸. Se puede decir así, por tanto, que el Tribunal Constitucional no quiso principiar la realización de la regla de igualdad *ipso facto*, sino que lo hizo acompasadamente, sin pausa pero sin prisa, instando innovaciones básicas a favor de la mujer sobre todo en relación a su mayor incorporación al mercado laboral. No se puede decir que se posicionara desde el principio en una postura beligerante al respecto. De este modo, el Tribunal Constitucional trató de buscar la realización del principio de igualdad entre hombre y mujer de forma progresiva y no a través de una forma radical.

B) Motivos que justifican un cambio de tendencia

La realización de la regla de igualdad entre sexos se encuentra en la actualidad, sin embargo, en una situación más difícil. No sólo la complejidad de las relaciones laborales, sino ahora también la intención del legislador de redoblar los esfuerzos hasta el extremo frente al fenómeno de la violencia doméstica ha inducido un cambio de exégesis del Tribunal Constitucional en ciertos puntos. También la necesidad de conjugar en la vida social la distinta visión de la mujer por parte de las personas adscri-

⁶⁶ STC 41/2002, de 25 de febrero (FJ 3.º y 4.º).

⁶⁷ Así, Ana LÓPEZ GUIZÁN, «Títulos nobiliarios y principio de igualdad», en Javier PÉREZ ROYO / Joaquín Pablo URÍAS MARTÍNEZ / Manuel CARRASCO DURÁN (edit.), *Derecho constitucional para el siglo XXI*, Vol. I, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 884. Sobre ello, además, María Ángeles MARTÍN VIDA, «La cuestionable vigencia del principio de masculinidad en la sucesión de títulos nobiliarios (comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 126/197, de 3 de julio)», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 99, CEPC, Madrid, 1998, pp. 303-312; Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 234-240.

⁶⁸ STC 126/1997, de 3 de julio (FJ.º 17).

tas a la fe islámica pronostica algún refuerzo a efectos de evitar una regresión en la situación social la mujer. La comprensión del principio de igualdad de los sexos según los criterios iniciales, de progresión con altibajos en el grado de implementación del derecho de no discriminación de la mujer, resulta, en este nuevo contexto, poco deseable ante las nuevas dificultades y requiere un fortalecimiento de vías que eviten de forma rigurosa e instantánea trabas en orden a la realización del principio de igualdad de la mujer del artículo 14 de la Constitución⁶⁹.

a) *El principal motivo para el cambio hermenéutico: la violencia doméstica*

En primer lugar, citar el cambio de sensibilidad con respecto al fenómeno de violencia contra la mujer en las relaciones de pareja. Si echamos una mirada retrospectiva tiempo atrás veremos que, hasta hace realmente poco, esta lacra social no era considerada un problema social de primer orden⁷⁰. Ya a finales de los ochenta del siglo XX se empieza a observar algún signo de cambio, por ejemplo, cuando se produjo la reforma del Código Penal de 1989, que creaba *ex novo* un nuevo tipo punible: el delito de maltrato físico al cónyuge o persona en análoga situación de afectividad (artículo 425)⁷¹. Pero la conciencia de la sociedad española, como han anotado Alberdi y Matas, sólo cambió en mayor medida a partir de mediados de los años noventa en razón a la mayor información de los medios sobre el problema, la difusión de estadísticas sobre las cifras de mujeres víctimas de la violencia machista y la sucesión de algunos casos de asesinatos de mujeres por sus respectivas parejas realmente impactantes⁷². En el ámbito de la vida social el cambio de concienciación se manifestó en el hecho de que empezaron a proliferar manifestaciones de repulsa y minutos de silencio, principalmente en edificios institucionales, en señal de duelo y solidaridad, cada vez que se producía un asesinato de una mujer por su pareja. A partir de entonces este fenómeno se dejó de contemplar como un hecho intrafamiliar y pasó a ser un problema social grave que requería medidas legislativas de calado. Resultaba evidente que con

⁶⁹ Compárese, Alberto OEHLING DE LOS REYES, *La dignidad de la persona...*, cit., pp. 411 y 412.

⁷⁰ Desde el año 2000, en las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), el fenómeno de la violencia contra la mujer aparece como uno de los problemas más relevantes de la población española. Véase, para datos estadísticos, el *III Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer 2010*, Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, Madrid, 2011, pp. 239-255.

⁷¹ Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal. *BOE* n.º 148, de 22 de junio, p. 19.355.

⁷² Inés ALBERDI y Natalia MATAS, *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2002, pp. 10, 37, 119, 120, 251-255.

la forma de comprensión lineal del principio de igualdad de sexos, es decir, de paliación poco a poco de las formas de discriminación de la mujer, no se podía optar a una erradicación mayor del problema.

La normativa que llevó a cabo el inicio del cambio al respecto fueron dos textos fundamentales: La reforma del Código Penal de 1995⁷³, que introducía «penas más severas y proporcionales a la gravedad de la lesión»⁷⁴ (artículo 153), y la reforma del mismo texto de 1999, que incluía en el mismo precepto, como hecho punible, también el maltrato psíquico sobre la mujer. A la reforma de la legislación penal se unía la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal del mismo año, que preveía la posibilidad de adopción por el juez, durante las diligencias previas, de medidas cautelares respecto al maltratador; por ejemplo, prohibición de residencia en determinado lugar, prohibición de acercamiento a la víctima⁷⁵, etc. Desde este punto de partida y bajo la presión cada vez mayor de rechazo social respecto a la violencia contra la mujer —ya en el siglo XXI—, el legislativo estableció la Ley 15/2003, de 25 de noviembre, que modificaba el Código Penal y la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica⁷⁶: por un lado, el primer texto legal posibilitaba la utilización de medidas de control telemático (pulsera electrónica)⁷⁷, para testar el cumplimiento por el maltratador de la pena accesoria de distanciamiento de la víctima (artículos 48.4 y 57.3 del Código Penal). Por otro lado, el segundo texto legislativo, instituía un procedimiento judicial sencillo y rápido para la víctima, exento de grandes formalismos, a efectos de que ésta pudiera obtener un importante nivel de protección a través de la adopción por el juez de medidas restrictivas de la libertad ambulatoria del agresor y de medidas tipo civil, dirigidas a asegurar la estabilidad personal de la mujer (principalmente, referidas al uso de la vivienda de la pareja, régimen de custodia de los hijos y régimen de prestación de alimentos). La aparición de estas

⁷³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. *BOE* n.º 281, de 24 de noviembre, p. 34.006.

⁷⁴ Inés ALBERDI y Natalia MATAS, *La violencia doméstica...*, cit., p. 164.

⁷⁵ Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁷⁶ Sintomático de lo cual sería la aprobación de esta norma por unanimidad de todos los grupos parlamentarios, tanto del Congreso como del Senado. Sobre ello, véase, por ejemplo, Pablo CEREZO GARCÍA-VERDUGO, «La orden de protección de las víctimas de violencia doméstica», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, n.º 22, 2004, p. 375.

⁷⁷ La denominada «pulsera antimaltratador» consiste en una pulsera que conecta al agresor y a la víctima con un servidor, operativo durante las veinticuatro horas del día, y que controla —a través de GPS— la distancia entre ambos. Si el maltratador se acerca a la víctima, trata de manipular el mecanismo o de romperlo, se dispara una alarma en el servidor o centro de control. Dispone, además, de un botón para pulsar en casos de emergencia.

normas supuso la aparición de un verdadero «estatuto de protección integral e inmediato» de la mujer maltratada⁷⁸.

Entre las normas que darían expresión jurídica a la nueva sensibilidad contra la violencia en las relaciones de pareja estaba también la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. La aparición de este texto legal suponía la creación de los denominados Juzgados de Violencia sobre la Mujer, destinados a conocer de la instrucción y fallo de causas penales en materia de violencia doméstica⁷⁹. Más el verdadero carácter revolucionario y beligerante de la ley devenía del hecho de que la instauración de esta norma suponía también ciertas modificaciones del Código Penal de 1995, estableciendo la creación de subtipos agravados por el hecho de que la víctima de determinados delitos fuera una mujer y el autor el miembro masculino de la pareja (pasado o presente)⁸⁰. De la polémica que suscitó la aparición de este tipo de medidas surgió el Dictamen —con carácter previo— del Consejo de Estado, de 24 de junio de 2004⁸¹, que advertía del hecho de que, al ser tan sólo la mujer el objeto de regulación de la ley, podía suponer una diferencia de trato desproporcionada y arbitraria respecto a otro tipo de víctimas⁸² (en clara alusión a los hombres); lo que transmitió, de alguna forma, a ciertos círculos de la doctrina, visos de inconstitucionalidad de la norma a causa de su carácter contradictorio con el artículo 14 de la Constitución. En este contexto, se criticarían este tipo de medidas como una variante de aplicación del llamado «Derecho penal del enemigo», ideado por Jakobs⁸³, aplicable a aquel no considerado ciudadano —en este caso al maltratador⁸⁴—, sujeto a un *status* especial, caracterizado por la agravación de pe-

⁷⁸ Véase así el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su versión dada por la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica.

⁷⁹ Sobre ello, Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de Derecho procesal penal*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 431 y 432.

⁸⁰ Patricia FARALDO CABANA, «Razones para la introducción de la perspectiva de género en Derecho penal a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *Revista de Derecho penal*, n.º 17, La Ley, Madrid, 2006, p. 72.

⁸¹ Dictamen n.º 1485/2004, del Consejo de Estado, de 24 de junio de 2004.

⁸² Matilde GURRERA ROIG, «Algunos aspectos controvertidos...», cit., pp. 246 y 247.

⁸³ Günther JAKOBS, «Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht», en *HRR-Strafrecht*, Ausgabe 3, März 2004, 5 Jahrgang, pp. 88-95. Disponible también en <http://www.hrr-Strafrecht.de>.

⁸⁴ En este sentido, por ejemplo, Miguel POLAINO NAVARRETE, «La ley integral contra la violencia de género y la inflación del Derecho penal: luces y sombras», en Juan BURGOS LADRÓN DE GUEVARA (coord.), *La violencia de género. Aspectos penales y procesales*, Comares, Granada, 2007, pp. 58-59, 63, para quien «el combate contra la violencia intrafamiliar es un ejemplo paradigmático de Derecho penal del enemigo: se combate al varón de manera especialmente agravada y asegurativa (...). En dicha represión agravada (por ejemplo, mediante las

nas e imposición de medidas adicionales de seguridad. A las dudas de constitucionalidad de la ley, el Tribunal Constitucional, en su STC 59/2008, opuso, precisamente, la idea de reconocimiento del carácter de lacra social especialmente infame de este tipo de violencia sobre la mujer, alineándose *de facto* en la postura de la nueva sensibilidad de la sociedad y del legislador. Este tipo de medidas extraordinarias se justificarían principalmente con base en la «especial incidencia —dice el Tribunal Constitucional haciendo suyas las razones expuestas por el propio legislativo en la Exposición de Motivos de la ley— que tienen las agresiones sobre las mujeres y en la peculiar gravedad de la violencia de género, símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad, dirigida sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión»⁸⁵. Empero, este visto bueno por el Tribunal Constitucional del tratamiento punitivo diferente de la misma conducta dependiendo del sexo supuso al mismo tiempo, de algún modo, un reconocimiento teórico tácito de que desde la vía inicial de implantación del principio de igualdad, es decir en la forma de realización progresiva (sin pausa pero sin prisa) de la regla del artículo 14 de la Constitución, no se podía realmente dar solución a ciertas formas de discriminación de la población femenina especialmente gravosas. Este cambio hermenéutico, esta forma de valoración de métodos poco ortodoxos, esta radicalización, es lo que hace entender que estamos ante una fase distinta del Tribunal Constitucional en orden a la forma de realización de la igualdad de la mujer.

b) *La necesidad de especial protección de la mujer islamita*

En segundo lugar, hay que citar también la necesidad de conjugar en la vida social europea la forma de comprender a la mujer por parte de la religión mahometana con la concepción del principio de igualdad entre los sexos. Necesidad que se plantea como un reto de futuro muy difícil. Por una parte, el radicalismo en la manera de entender al sexo femenino por el islamismo extremo, su irreflexiva e irracional afirmación sobre una supuesta autoridad de la figura masculina y de su superioridad intrínseca, su consideración de la mujer como un mero valor mueble e intercambiable,

medidas llamadas genéricas de alejamiento), se emplean los instrumentos que normalmente caracterizan el Derecho penal del enemigo: adelanto de la punibilidad, agravación de las penas, combate de focos de peligro, e imposición de medidas especialmente asegurativas». Véase, también, el mismo autor en «Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la denominada “violencia de género”», en Julio DÍAZ-MAROTO VILLAREJO (coord.), *Derecho y Justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Colex, Madrid, 2006, pp. 708-712.

⁸⁵ STC 59/2008, de 14 de mayo (FJ 8°).

requiere, como dice Häberle, de un refortalecimiento adicional de los valores básicos del Estado constitucional⁸⁶ y la creación con obstinación de vías jurídico-políticas —también a nivel internacional⁸⁷— para erradicar tradiciones y costumbres en evidente contradicción con los derechos humanos; por ejemplo, prácticas como la ablación⁸⁸, la recomendación de maltrato a la mujer⁸⁹, la lapidación y las bodas forzosas⁹⁰. Por otra parte, deben analizarse de forma profunda ciertas situaciones, como la recomendación a la mujer de vestir de determinada forma o de cubrir en público el cabello y la cabeza, que, dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad y de la libertad religiosa de la mujer (respectivamente, artículos 10.1 y 16.1 de la Constitución), no está tan clara su incompatibilidad constitucional. En este contexto, se hacen necesarios nuevos análisis que diriman hasta qué punto este tipo de formas de exteriorizar la fe religiosa son compatibles con el derecho de no discriminación de la mujer. Requiere, además, la instauración de medidas de seguridad adicionales y una adaptación de la normativa penal que contemple problemas inéditos y evite una regresión en la condición social de la mujer, sobre todo de mujeres inmigrantes, e impida la creación dentro de nuestros países de zonas de las ciudades *contra ius*, donde —sobre la base de la denominada *sharia* o ley islámica⁹¹— se realicen algunas de las prácticas deleznable antes ci-

⁸⁶ Peter HÄBERLE, *Retos actuales del Estado constitucional*, IVAP, Bilbao, 1996, p. 161.

⁸⁷ Sobre las exhortaciones de la UE, véase, por ejemplo, el documento del Consejo de la Unión Europea, de 20 de abril de 2010, *Derechos humanos y democracia en el mundo. Informe sobre la acción de la UE –Julio de 2008 a diciembre de 2009*, pp. 54, 171 y 177 (Disponible en <http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/10/st08/st08363-re01.es10.pdf>). Recuérdese, por citar algunos casos sonados, la presión diplomática de la UE para evitar la lapidación de Amina Lawal, en Nigeria, por adulterio (Sobre ello, véase la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de marzo de 2003 [Disponible en red en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P5-TA-2002-0411+0+DOC+XML+V0//ES>]). Más recientemente, cabe recordar el caso de Sakineh Mohamadi Ashtiani en Irán. Sobre este suceso, véase *El Mundo*, edición de 7 de septiembre de 2010, p. 22.

⁸⁸ La Organización Mundial de la Salud (OMS) estima que hay actualmente entre cien y ciento cuarenta millones de mujeres a las que se les ha sometido a la extirpación del clítoris. Véase la noticia «Ablación: una tortura de por vida», en el diario *El Mundo*, edición de 5 de septiembre de 2010, p. 32.

⁸⁹ Véase así el caso del libro del imán de Fuengirola, Mohamed KAMAL MOSTAFA, *La mujer en el Islam*, Centro Cultural Islámico Sohail, Málaga, 1999. En este libro el autor recomendaba utilizar el castigo contra la mujer en los siguientes términos: «Los golpes se han de administrar en unas partes concretas del cuerpo como los pies y las manos, debiéndose utilizar una vara no demasiado gruesa, es decir que ha de ser fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo» (Sentencia del Juzgado n.º 3 de Barcelona, de 12 de enero de 2004).

⁹⁰ Algunos casos escalofriantes pueden leerse en el artículo «Bodas infantiles de conveniencia en Yemen», en el Magazine de *El Mundo*, de 4 de abril de 2010, pp. 52-54.

⁹¹ Lo que significa la posibilidad de implantación de la denominada ley islámica como una justicia paralela, puede mostrarse muy bien citando algunos casos surgidos en la prensa: en las

tadas, por sí delictivas, como la mutilación genital femenina⁹², el castigo físico y los matrimonios forzados⁹³.

De ahí que, en algún Estado europeo, se haya elaborado alguna norma — como la ley que prohíbe el burka por considerarse contrario a la *dignité des femmes*⁹⁴ en Francia⁹⁵— que intenta restringir situaciones de fricción con la forma de comprensión jurídico-constitucional de la regla de no discriminación de la mujer. Esta delimitación también ha venido determinada en sede constitucional, como, por ejemplo, con motivo de la evaluación —por el Tribunal Constitucional alemán⁹⁶, el Tribunal Constitucional bávaro⁹⁷ o el propio Tri-

agresiones a prostitutas en un barrio de Cartagena por parte de miembros de la comunidad islámica a instancias de un Imán por motivos religiosos (véase *El País*, edición de 2 de junio de 2010, p. 33); en las coacciones o agresiones a mujeres de origen islámico para mediatizar su conducta y forzarlas a usar el velo (véase *El Mundo*, edición de 7 de noviembre de 2009, p. 15 y edición de 14 de noviembre de 2010, p. 24). Y finalmente, en el caso, sucedido en Tarragona, en el que, presuntamente, nueve hombres magrebíes, en aplicación de la sharia, «secuestraron, juzgaron y condenaron a muerte por adulterio» a una mujer compatriota. (*El Mundo*, edición de 7 de noviembre de 2009, p. 23).

⁹² Hoy día en España se han dado casos de este tipo de práctica entre la población inmigrante. Así, por ejemplo, concretamente en Cataluña, la Generalitat ha intervenido en unos 223 casos de posibles riesgos de ablación desde el año 2003 (Véase el diario *El Mundo*, edición de 5 de febrero de 2008, p. 25). Hay asimismo estudios que cifran en más de diez mil las niñas residentes en nuestro país que están en potencial riesgo de sufrir una mutilación genital por motivos culturales o religiosos. Sobre ello, Adriana KAPLAN MARCUSÁN y Antonio LÓPEZ GAY, *Mapa de la mutilación genital femenina en España 2009*, UAB, Barcelona, 2010, pp. 35-113.

⁹³ Sobre esta nueva problemática en España, véase el artículo «Costumbres contra la ley en España», en el Suplemento Crónica n.º 327, del diario *El Mundo*, edición de 10 de marzo de 2002, pp. 4 y 5. Un caso sucedido en Barcelona puede leerse en el artículo «Tu primo será tu marido y... te violará», en el Suplemento Crónica n.º 806, del diario *El Mundo*, edición de 27 de marzo de 2011, pp. 10 y 11.

⁹⁴ Informe del Consejo de Estado francés sobre la oportunidad de prohibir el uso del velo integral (*Rapport adopté par l'assemblée générale plénière du Conseil d'Etat*, de 25 de marzo de 2010, p. 19).

⁹⁵ Véase la Ley n.º 2010-1192, de 11 de octubre de 2010, de prohibición de ocultación del rostro en espacios públicos. La Decisión del Conseil constitutionnel n.º 2010-613 DC, había afirmado la constitucionalidad de la norma en sesión del 7 de octubre de 2010.

⁹⁶ BVerfGE 108, 282 (caso Kopftuch). El Tribunal Constitucional Federal ha reconocido que la «posibilidad del uso del velo queda dentro del ámbito de protección» de la libertad de creencias del artículo 4.1 y 2 de la Ley Fundamental», también como forma de exteriorización de la mujer de su «no disponibilidad sexual». No obstante, el Tribunal Constitucional alemán remite la determinación de los márgenes de su regulación —en orden a la restricción o no de su uso en lugares públicos— a los parlamentos de los respectivos Länder en el marco de sus competencias. Sobre esta «solución a medias», véase, por ejemplo, Michael SACHS, «Das Grundgesetz in seinem sechsten Jahrzehnt», en *Neue Juristische Wochenschrift*, Vol. 62, n.º 21, 2009, pp. 1441-1449.

⁹⁷ BayVfGH de 15 de enero de 2007. Sentencia que resuelve sobre la inconstitucionalidad del artículo 59.2 de la Ley de Educación y Enseñanza Pública de Baviera, de 31 de mayo de 2000, en su redacción dada por la Ley de 26 de julio de 2006, que prohibía el uso del velo

bunal Europeo de Derechos Humanos⁹⁸— de la legalidad del uso por la mujer musulmana del denominado *hiyab* o pañuelo islámico para la cabeza. Ciertamente, nuestro Tribunal Constitucional no ha tenido oportunidad todavía de pronunciarse sobre este tipo de situaciones, pero es posible que, dadas las circunstancias, antes o después, tenga que manifestarse en algún caso sobre este tipo de cuestiones. El poder judicial, de hecho, ya ha tenido que analizar algunos casos complejos relacionados con tradiciones propias del islamismo radical. Recuérdese, por ejemplo, que el Tribunal Supremo, con relación a la ablación, ha reconocido a una mujer nigeriana víctima de esta práctica la condición de refugiada y le ha otorgado el derecho al asilo sobre la base de que la demandante sufría en su país una «persecución en razón de género» que le imponía un matrimonio no deseado y una mutilación del órgano genital⁹⁹. También el Tribunal Supremo ha negado la posibilidad de que las distintas costumbres culturales y el «error de prohibición» atenúen la consideración del delito, en un caso de matrimonio forzado, según la tradición mauritana, con una menor de edad¹⁰⁰. Y, en general, cabe recordar las rocambolescas situaciones que ha suscitado la intención por parte de algunas mujeres musulmanas de querer utilizar el velo en sede judicial¹⁰¹.

4. LA NUEVA VISIÓN DE LA REGLA DE IGUALDAD DE LA MUJER: LA CONCEPCIÓN BELIGERANTE

Luego de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, la reacción radicalizada

islámico por las profesoras musulmanas en la escuela. El Tribunal Constitucional bávaro entendió esta limitación como admisible también sobre la base de que «una situación en que una profesora lleva un velo en la cabeza no parece muy en consonancia con la función de representación y transmisión de forma convincente de los objetivos formativos y educacionales constitucionales, en particular con el principio de igualdad de derechos entre hombre y mujer».

⁹⁸ Caso Leyla Şahin v. Turquía (§ 111), de 10 de noviembre de 2005. Relativo a una chica turca que reclamó, sin resultados, su derecho a ir a la Universidad con el velo puesto, donde estaba prohibido en pro de asegurar un clima laico en las aulas. El Tribunal revalidó esta restricción, entre otras razones, por entender el velo como «un símbolo poderoso externo (...), que tiene ciertos efectos de proselitismo y que se puede interpretar como una imposición a la mujer, con base a preceptos religiosos, de difícil conciliación con el principio de igualdad de género».

⁹⁹ STS de 11 de mayo de 2009.

¹⁰⁰ STS de 8 de enero de 2010.

¹⁰¹ Sobre ello, Rosa María RODRÍGUEZ MAGDA, «El velo islámico: La agenda oculta», en *Cuadernos de pensamiento político*, n.º 17, FAES, Madrid, 2008, pp. 203-228; Claudia DE MIRANDA AVENA, «Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional», en *Anuario de Derechos Humanos*, Vol. 11, UCM, Madrid, 2010, pp. 13-78. Un Caso más reciente, sucedido en Vitoria, es el de una mujer musulmana que, ante la juez que conocía su causa, se negó a quitarse el niqab para descubrir su rostro. La mujer sería imputada por delito de desobediencia a la autoridad. Véase la noticia «No tienen derecho a quitarme mi niqab», en el rotativo *El Mundo*, edición de 15 de julio de 2010, p. 19.

a la visión lineal del principio de igualdad de trato y no discriminación de la mujer, propia de los años ochenta y noventa, se manifestó a través de una profusa normativa destinada a implementar por la vía rápida la regla de igualdad de la mujer. Piénsese, por ejemplo, en la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, que dejó sin efecto la jurisprudencia anterior del Tribunal Constitucional y el principio de varonía que regía esta institución desde siglos, reconociendo sucintamente en su artículo 1: «El hombre y la mujer tienen igual derecho a suceder en las Grandezas de España y títulos nobiliarios, sin que pueda preferirse a las personas por razón de su sexo en el orden regular de llamamientos»¹⁰². Más significativa aún es, en este sentido, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. El radicalismo y la vehemencia en su manera de entender la implementación de la igualdad de la mujer con carácter general, su disposición que determina la presunción de culpabilidad del demandado por discriminación por sexo en litigios civiles y administrativos (artículo 13.1)¹⁰³, su inextricable intención de forzar que los órganos de decisión política-económica (artículos 16, 52 y 53) y las listas electorales se rijan por el principio de presencia equilibrada de sexos; se podría seguir y citar más y más preceptos de la Ley 3/2007 y mostrar hasta qué punto todo el contenido de este texto normativo es un ejemplo notable de esta nueva forma de comprender la regla de igualdad y no discriminación de la mujer. Cabe pensar, asimismo, en el Proyecto de Ley del Registro Civil que —tratando una cuestión en la que hasta ahora no había habido

¹⁰² Sobre ello, críticamente respecto a la ley, Vanesa Eugenia GIL RODRÍGUEZ DE CLARA, «La derogación del principio de varonía en la sucesión del título nobiliario», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 116, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 167-208.

¹⁰³ Esta exigencia, relativa a la inversión de la carga de la prueba en casos de discriminación por sexo se articula a través de dos modificaciones que establece la propia Ley 3/2007. Por un lado, el apartado 3 de la Disposición adicional quinta introduce un nuevo apartado 5 al artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil con la siguiente redacción: «De acuerdo con las leyes procesales, en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, el órgano judicial, a instancia de parte, podrá recabar, si lo estimase útil y pertinente, informe o dictamen de los organismos públicos competentes». Por otro lado, el apartado 2 de la Disposición adicional sexta introduce un nuevo apartado 7 al artículo 60 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa con el mismo tenor. Sobre ello, valorando las contradicciones constitucionales de estos preceptos, Alberto ITUREN I OLIVER, «La modificación del estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (Disposiciones adicionales quinta y sexta de la LOI)», en Tomás SALA FRANCO / María Amparo BALLESTER PASTOR / José Miguel EMBID IRUJO, *Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 243-268.

nunca crítica social alguna— termina con la prevalencia clásica del apellido paterno en orden a la identidad de los hijos, sentando el criterio de elección entre los padres «de común acuerdo»¹⁰⁴. Y, en el mismo sentido, podemos citar el, aún en ciernes, Anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y no discriminación, que parece conminar el fin de los colegios concertados que separan niños y niñas en clases distintas¹⁰⁵. Por eso cabe decir también que la nueva visión de la regla de igualdad de la mujer se hallaba ya vigente, iniciada por el legislativo, cuando el Tribunal Constitucional se adscribió a la posición beligerante que dio lugar a un cambio de exégesis.

5. LA CONCEPCIÓN BELIGERANTE EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: ALGUNOS FALLOS MODELO

El primer testimonio significativo que se puede citar se encuentra en la STC 12/2008, que resolvía una cuestión y un recurso de inconstitucionalidad respecto al artículo 44 bis de la Ley 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, en su redacción dada por la Ley 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres¹⁰⁶. Como se ha dicho anteriormente, versa en rededor de la obligación de los partidos y coaliciones políticas de presentar candidaturas con una composición equilibrada del 40% de hombres y mujeres en los procesos electorales a los que concurran. En términos generales, el fallo del Tribunal Constitucional analiza la posible contradicción del precepto con el propio principio de igualdad formal, el derecho a participar en asuntos públicos a través de representantes libremente elegidos y el derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad (respectivamente, artículos 14, 23.1 y 2 de la Constitución). En puridad toda la fundamentación del Tribunal Constitucional en su decisión parece dominada por dos razonamientos que justifican la opción del legislador de instaurar este tipo de «fórmula de equilibrio de sexos» y la limitación de los derechos fundamentales alegados. En primer lugar, a través de la significación cardinal del artículo 9.2 de la

¹⁰⁴ Véase el Proyecto de Ley del Registro Civil en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso), n.º 90-28, de 3 de mayo de 2011, pp. 9, 29 y 30. Hasta ahora, de acuerdo al Capítulo III de la Ley de 8 de junio de 1957, en su redacción dada por la Ley 40/1999, de 5 de noviembre, se permitía a los padres elegir el orden de los apellidos, si bien, en caso de desacuerdo, primaba el del padre.

¹⁰⁵ En efecto, el artículo 16.2 del Anteproyecto asiente que «en ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública». Véase el Anteproyecto en la página de Internet del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad: <http://www.msps.es/normativa/proyectos/home.htm>.

¹⁰⁶ STC 12/2008, de 27 de enero (en especial FJ 3.º a 10.º).

Constitución, típica de su doctrina, que presupone la superación de la interpretación de la regla de igualdad como mero «deber de abstención de generación (por los poderes públicos) de diferenciaciones arbitrarias» y su comprensión —más bien— como un deber del Estado de «promover las condiciones para que la igualdad del individuo sea real y efectiva (STC 216/1991)». En segundo lugar, por medio del examen objetivo de la realidad histórico-social de la mujer, como sistema de reversión de la tradicional exclusión de ésta en el ámbito de la vida pública¹⁰⁷. En este contexto, la medida se reputa acorde al «canon de proporcionalidad», por ser coherente con el objetivo establecido en el artículo 9.2 y ser «razonable y adecuada al fin perseguido» (a saber, la igualdad de la mujer, también en el ámbito político).

Empero, este fallo y la validación de este tipo de medidas alberga algunos aspectos cuestionables. Hay que ser consciente de que la instauración de medidas de paridad excesiva en pro de uno de los sexos es como una espada de dos filos; porque el principio de libre desarrollo de la personalidad y el derecho a acceder a funciones y cargos públicos (respectivamente, artículos 10.1 y 23.2 de la Constitución) presuponen, precisamente, un deber del Estado de favorecer, como dice Adrados¹⁰⁸, el mérito, el esfuerzo y el conocimiento, y en cambio la formulación de la Ley 3/2007 parece optar por un sistema de «intervencionismo y planificación»¹⁰⁹ a ciegas. En este contexto, el poder público debe de extremar las medidas para que los cargos de relevancia y responsabilidad sean representados por personas preparadas y no sólo en función del sexo. Además, la clasificación de la sociedad en mujeres y hombres en el Estado constitucional es, en sí, altamente paradójica. Porque la concepción constitucional parte de la deificación de la persona (artículo 10.1 de la Constitución), y el sexo, como hecho diferencial, se ve, como ha apreciado Favoreu, subsumido en la figura de ciudadano¹¹⁰. Aunque el sexo pueda servir todavía hoy, por razones históricas y sociales, para normar ciertos beneficios a favor del sector de población femenina (tal y como sucede en el ámbito de la violencia doméstica o el ámbito laboral), no se sabe hasta qué grado y hasta qué momento se debe implementar esta posibilidad también en orden a los

¹⁰⁷ Véanse, también, SSTC 13/2009, de 19 de enero (FJ 11.º); 40/2011, de 31 de marzo (FJ 7.º).

¹⁰⁸ Francisco RODRÍGUEZ ADRADOS, «Tiránica igualdad», en el diario *ABC*, de 3 de febrero de 2011, p. 3.

¹⁰⁹ Así, Francisco GAGO GUERRERO, «Acercas de la sentencia 12/2008 del Tribunal Constitucional sobre la Ley orgánica para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (3/2007)», en *Foro*, n.º 8, Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, 2008, pp. 234 y 241.

¹¹⁰ Louis FAVOREU, «Principio de igualdad y representación política de las mujeres. Cuotas, paridad y Constitución», en *Revista española de Derecho constitucional*, n.º 50, CEPC, Madrid, 1997, p. 22.

cargos representativos, pues, hoy día todo ciudadano, con independencia de su sexo —también sobre la base del derecho a la educación y la gratuidad del proceso educativo (artículo 27 de la Constitución)— puede proporcionarse una formación preliminar similar que habilita al desarrollo de la personalidad y le faculta a la competición en este marco dentro del régimen de igualdad de oportunidades.

La aparición de la sentencia 59/2008 del Tribunal Constitucional, también citada anteriormente, marca otro hito en materia de igualdad de la mujer¹¹¹. Es una resolución de una cuestión de inconstitucionalidad, planteada por el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Murcia, para tasar la posibilidad, por parte del legislador, de instaurar medidas punitivas diferenciadas dependiendo del sexo del sujeto activo que realiza la acción. A partir de este fallo el Tribunal Constitucional ha resuelto más de treinta cuestiones de inconstitucionalidad sobre esta materia. En este compendio jurisprudencial, *grosso modo*, el Tribunal ofrece una construcción teórica de las razones que justifican una medida tan rigurosa. La primera serie de decisiones se ocupa del examen de constitucionalidad del artículo 153.1 del Código Penal¹¹², en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004 de medidas de protección integral contra la violencia de género, que instituyó el dispar rigor punitivo —a saber, en casos de realización de menoscabos psíquicos, maltratos o golpes sin causar lesión— dependiendo de si el sujeto activo es varón o mujer¹¹³. La segunda serie se centra en la evaluación de constitucionalidad del artículo 171.4 del Código Penal¹¹⁴, también en la

¹¹¹ STC 59/2008, de 14 de mayo.

¹¹² El artículo 153.1 del Código Penal afirma: «El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando 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, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

¹¹³ SSTC 76/2008, de 3 de julio; 80/2008, de 17 de julio; 81/2008, de 17 de julio; 82/2008, de 17 de julio; 83/2008, de 17 de julio; 94/2008, de 24 de julio; 96/2008, de 24 de julio; 97/2008, de 24 de julio; 98/2008, de 24 de julio; 99/2008, de 24 de julio; 100/2008, de 24 de julio; 164/2009, de 2 de julio; 167/2009, de 2 de julio; 178/2009, de 21 de julio; 201/2009, de 27 de octubre; 202/2009, de 27 de octubre; 203/2009, de 27 de octubre; 45/2010, de 18 de octubre; 83/2010, de 3 de noviembre.

¹¹⁴ El artículo 171.4 del Código Penal afirma: «El que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como,

redacción dada por la Ley Orgánica 1/2004, que eleva a la categoría de delito las amenazas cuando el sujeto pasivo fuere o hubiere sido esposa o la pareja de sujeto que realiza la acción¹¹⁵.

La fundamentación de la STC 59/2008, que se hace extensiva, de una u otra forma a toda la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional sobre esta materia, parte de un presupuesto común de base, a saber, que no se puede abordar el problema de la violencia contra la mujer en las relaciones domésticas y de pareja sin dirigirse a la realidad actual de la mujer en la sociedad. Desde este punto de partida y bajo la idea de que la agresión del hombre a la que fue su pareja supone *per se* una negación —éticamente especialmente reprochable— de la «igual e inalienable dignidad» de la mujer, el Tribunal Constitucional explicitó la posibilidad de adopción de este tipo de medidas sobre la idea de la «insuficiencia de protección» de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la seguridad de la mujer. La tasa de asesinatos de mujeres y la lesiones físicas o psíquicas que tienen por objeto a la población femenina dentro del marco de las relaciones hombre-mujer, es razón suficiente, a juicio del Tribunal, para validar la disposición del legislativo. Éste dejaba así entrever que, desde la visión lineal y progresiva de realización de la regla de igualdad de la mujer, es decir, desde la postura que abogaba por una posición comedida en el establecimiento de fórmulas de acción positiva, no se podían resolver todos los problemas de tipo social que afectan a la mujer y que era necesario dar un paso cualitativo más allá. Pero el Tribunal Constitucional fue aún más lejos porque comprendió el mayor desvalor que deviene de la conducta del varón, no sólo por el propio hecho de la gravedad de la misma, sino porque, además, supone una lesión particular a la dignidad de la mujer, en tanto la agresión infiere a la víctima una sensación de «sometimiento a la voluntad del agresor» y de abandono social, que impele a ésta a la comprensión del mundo como una «estructura desigualitaria que la considera como inferior».

En el marco del Derecho del trabajo fue el tema de la tutela de la seguridad laboral de la mujer embarazada lo que experimentó una transformación significativa. Está claro que la posibilidad de compatibilidad de la vida laboral con la creación de una familia —sobre todo a efectos del cui-

cuando el Juez o Tribunal lo estime adecuado al interés del menor o incapaz, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años».

¹¹⁵ SSTC 45/2009, de 19 de febrero; 152/2009, de 25 de junio; 153/2009, de 25 de junio; 154/2009, de 25 de junio; 165/2009, de 2 de julio; 166/2009, de 2 de julio; 167/2009, de 2 de julio; 177/2009, de 21 de julio; 178/2009, de 21 de julio; 179/2009, de 21 de julio; 180/2009, de 21 de julio; 201/2009, de 27 de octubre; 202/2009, de 27 de octubre; 203/2009, de 27 de octubre; 79/2010, de 26 de octubre; 80/2010, de 26 de octubre; 83/2010, de 3 de noviembre.

dado de los hijos— no se puede realizar sin una protección efectiva de la mujer. Fue, en cambio, especialmente, la STC 41/2002 la decisión que sentó la doctrina de que no se producía una lesión del derecho a no ser discriminado por razón de sexo en el caso de despido de una trabajadora embarazada cuya empresa desconocía tal extremo. Teniendo en cuenta, decía la sentencia, «que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración (del principio de no discriminación del artículo 14 de la Constitución) en la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia»¹¹⁶. La STC 92/2008 corrige el resultado de esta decisión, reconociendo, en un caso similar de despido de una mujer en cinta, la discriminación por sexo y la nulidad del despido, a pesar del desconocimiento del mismo por la empresa. La fundamentación de este giro interpretativo se basa aquí en que el estado de maternidad se trata con una normalidad tal que no se entiende que sea absolutamente necesaria la comunicación del mismo al empresario, por cuanto una mujer en estado de gestación debe ser igual tratada que si no estuviese embarazada; siendo, por tanto, superfluo advertir este hecho, de la misma manera, podríamos decir, que sería absurdo que tuviera que informar a éste un cambio de religión o ideología o de cualquier otro aspecto de índole personal. Así, para el Tribunal Constitucional, esta posibilidad se incardina con el derecho a la intimidad (artículo 18.1 de la Constitución). Porque la mujer tiene derecho a mantener en la intimidad el dato de su estado de maternidad y no tiene porqué comunicarlo a un tercero —en este caso el empresario—, precisamente por configurar este hecho un acontecimiento que puede querer mantener en círculo de su intimidad o, incluso, para protegerse del posible despido motivado por la propia circunstancia de su embarazo¹¹⁷.

6. CONCLUSIÓN

El Tribunal Constitucional ha ido teniendo una evolución paulatina y progresiva, *in crescendo*, en orden a su función de implementación del «derecho fundamental a la igualdad de la mujer»¹¹⁸, de forma pareja a como lo ha hecho el desarrollo legislativo, sobre todo con base a la situación problemática de inserción de la mujer en el mercado laboral. Empero, la sintonía con el legislador se ha manifestado particularmente a partir del siglo XXI, cuando ha validado medidas de acción positiva del legislador inusitadas por su radicalidad. El contexto actual, de crisis económica

¹¹⁶ STC 41/2002, de 25 de febrero (FJ 4.º).

¹¹⁷ STC 92/2008, de 21 de julio (FJ 9.º).

¹¹⁸ Así, Fernando REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación, Mexico D.F., 2005, pp. 31-73.

con repercusiones en el mercado de trabajo, de mayor concienciación ante el problema de la violencia en las relaciones de pareja y la aparición de situaciones complejas en orden a la integración de la mujer musulmana, hace pensar que el desarrollo de este tipo de medidas se mantenga e incluso se incremente, tanto cualitativa como cuantitativamente. Es posible que el Tribunal Constitucional tenga, además, que hacer frente a nuevas dificultades, particularmente deducidas de los efectos que puedan devenir de la crisis económica. La experiencia reciente demuestra que puede producirse una regresión de la situación social de la mujer en situaciones de crisis económica. Un ejemplo puede ser la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, que —independientemente de los ingresos de los cónyuges divorciados— ha sentado la obligación de que la hipoteca «deberá ser pagada por mitad entre los cónyuges propietarios»¹¹⁹, lo que resulta una penalización para la mujer en el caso de que ésta haya dedicado el periodo de vida conyugal al cuidado de los hijos. Empero, la experiencia y los nuevos desarrollos del Tribunal Constitucional de los últimos años en materia de no discriminación da visos de esperanza de futuro para que el nivel de realización y tutela de la regla de igualdad de la mujer en todos los ámbitos permanezca en un nivel de garantía notable.

¹¹⁹ STS, Sala de lo Civil, de 28 de marzo de 2011 (fallo): «Se formula la doctrina de acuerdo con la cual el pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y, como tal, queda incluida en el artículo 1362.2 del Código Civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código Civil. En consecuencia (...), la distribución de las cuotas relativas al pago de la hipoteca que genera la vivienda familiar, deberán ser pagadas por mitad entre los cónyuges propietarios».

