

GÉNERO Y REPRESENTACIÓN POLÍTICA: LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN

Marc Carrillo

*Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO

- 1. La terminología de las fuentes constitucionales*
- 2. Estado civil e identidad de género*
- 3. Autonomía personal, sexualidad e integridad del cuerpo humano*
- 4. La igualdad en la esfera familiar*
- 5. La igualdad profesional y social*
- 6. La igualdad en la esfera pública*
- 7. La igualdad en el espacio público¹*

Bibliografía

¹ Este artículo es, con algunas variaciones, la versión en castellano del informe sobre España que el autor presentó a la *XXXIV Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle Comparée*, organizada por el Institut Louis Favoreu de la Université d'Aix-Marseille, en Aix-en-Provence, los días 7 y 8 de septiembre de 2018 y publicado bajo la referencia bibliográfica siguiente: M. CARRILLO, Rapport. Espagne: Égalité, Genre et Constitution". *Table Ronde Internationale. Annuaire de Justice Constitutionnelle XXXIV*. Institut Louis Favoreu. Université d'Aix-Marseille. Aix-En-Provence. Economica. Paris 2019, pp. 223-239. Su contenido responde a la lógica de un informe en el marco de un coloquio de Derecho Comparado cuyo objeto fue la exposición de la regulación normativa en cada país.

El texto que aquí se incluye fue la base de la exposición oral del autor sobre: «*Género y representación política: la interpretación evolutiva de la Constitución*», en el marco de las *XXII Jornadas sobre el Sistema Autonómico de Castilla-La Mancha, Partidos políticos y sistema de partidos*, celebradas en la Facultad de Ciencias Sociales y Periodismo de Cuenca, el 6 de marzo de 2019.

Abordar el examen del tratamiento que la Constitución de 1978 (CE) dispensa la igualdad por razón de género obliga a partir de los fundamentos constitucionales en los que basa. Dichos fundamentos constitucionales son tres: el principio de igualdad y el derecho a no padecer discriminación (art. 14 CE); el principio de igualdad material (art. 9.2 CE) y el valor de la dignidad ligado al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE).

De acuerdo con el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, el artículo 14 CE establece 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.»

Por su parte, el principio de igualdad material, claramente inspirado en el artículo 3.2 que el diputado socialista Lelio Basso introdujo en la Constitución italiana de 1948², es formulado por el artículo 9.2 CE de la siguiente forma:

«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.»

Con respecto a la relación entre el valor constitucional de la dignidad y la persona, el artículo 10.1 CE establece que:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

Acorde con estos preceptos constitucionales y a lo largo de los cuarenta años de vigencia de la Constitución se ha construido el desarrollo legislativo de las políticas públicas de género. Todo un conjunto de políticas públicas basadas en una estrategia global y de carácter transversal, aplicadas tanto en la esfera pública como en el ámbito de las relaciones privadas de la persona. Los ejem-

2 «È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

plos más recientes y significativos de producción legislativa al respecto pueden identificarse en dos leyes orgánicas: por un lado, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género* y, por otro, la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*.

En las páginas que siguen, se exponen y se analizan de forma sumaria las diversas respuestas que, a partir del texto constitucional de 1978, el legislador ordinario ha dado a temas que conciernen al tratamiento jurídico de la igualdad de género como son: el uso de la terminología en la Constitución; la relación entre estado civil y género; la regulación de la autonomía personal, la sexualidad y la protección de la integridad del cuerpo humano; la proyección de la igualdad en la esfera familiar; así como también en ámbito profesional y social; en la esfera pública y, finalmente, en el espacio público.

1. La terminología de las fuentes constitucionales

Como criterio general la Constitución está redactada de forma neutra e indiferente al sexo, si bien se pueden identificar algunas excepciones. La regla general del lenguaje empleada respeta las reglas centenarias de la lengua castellana. La Constitución es un texto jurídico elaborado hace cuarenta años de acuerdo con la tradición gramatical histórica en la que el uso del género masculino en plural ha sido una fórmula entendida como una expresión que incluye tanto a hombres como mujeres.

No obstante, esta regla general conoce algunas excepciones. Así, por ejemplo, cuando el texto constitucional reconoce el derecho al matrimonio (art. 32.1 CE), se refiere expresamente al hombre y a la mujer en los términos siguientes: «*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*». O también, cuando en el marco de la forma de Estado de monarquía parlamentaria la CE regula la institución de la Corona (artículo 57.1 CE), se refiere también al hombre y a la mujer, pero precisamente para establecer una regla de prioridad en favor del género masculino en la sucesión a la Corona: «*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 lo que concierne a la determinación de los titulares de los derechos fundamentales las expresiones que utiliza la Constitución son diversas, pero en general responden a la distinción entre derechos humanos y derechos fundamentales en sentido estricto. En el primer caso utiliza la expresión “las personas” o “todos”, mientras que en el segundo suele utilizar expresiones como: “los españoles” (en masculino plural); “los ciudadanos” (en masculino plural), en el caso de los derechos de participación política que están vinculados a la condición de nacional; “los individuos” (en masculino plural); los “padres” (en masculino plural); los trabajadores (en masculino plural); Los niños (en masculino plural) etc.

Por ejemplo, “**Todos** tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...” (art.15); “Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los **individuos y las comunidades...**” (art. 16.1 CE); “**Toda persona** tiene derecho a la libertad y a la seguridad...” (art. 17.1 CE); «La ley regulará un procedimiento de **habeas corpus** para producir la inmediata puesta a disposición de toda **persona detenida ilegalmente...**” (art. 17.3 CE); “**Los españoles** tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional” (art. 19.1 CE); “**Los ciudadanos** tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal” (art. 23.1 CE); “**Todas las personas** tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales... (art. 24.1 CE: derecho a la tutela judicial); “**Nadie** puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa...” (art. 25.1 CE: principio de legalidad penal y administrativa); “**Todos** tienen derecho a la educación...” (art. 27.1 CE); “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a **los padres** para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27.3 CE); “**Todos** tienen derecho a sindicarse libremente (art. 28.1 CE); “Se reconoce el derecho a la huelga de **los trabajadores...**” (art. 28.2 CE); “**Todos los españoles** tendrán derecho de petición individual y colectiva...” (art. 29.1 CE); “**Todos** contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica...” (art. 31.1 CE); “Los poderes públicos mantendrán un régimen público de seguridad Social para todos **los ciudadanos...**” (art. 41 CE); “**Todos los españoles** tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna...” (art. 47 CE), etc.

En cuanto a las funciones oficiales atribuidas a las instituciones del Estado, la Constitución se refiere a la organización de la forma de Estado en el marco de una monarquía parlamentaria (art. 1.2 CE), como la Corona representada

actualmente por el Rey (art. 57.1 CE). El Primer Ministro o Jefe del Gobierno, recibe la denominación de Presidente del Gobierno, sin referencia específica al género (art. 98.1 CE), pero el órgano que representa al Poder Ejecutivo recibe el nombre Consejo de Ministros, también en masculino plural, sin que ello signifique prejuzgar el sexo de sus miembros (en la actualidad el Gobierno del Presidente en funciones Pedro Sánchez está integrado por una mayoría de mujeres).

Por su parte, los miembros de cámaras legislativas reciben el nombre genérico, en masculino plural, de diputados (art. 68.1 CE) y senadores (art. 69.2 CE) y, a su vez, son presidentes las personas que tienen la responsabilidad de representar a las Cámaras y dirigir los debates (art. 72.2 CE). Finalmente, en lo que concierne al Poder Judicial la regla es la misma: “*La justicia emana del Pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados...*”, es decir, una forma gramatical inclusiva que no establece distinción por razón del género del juez o jueza.

Esta opción gramatical clásica en la lengua castellana ha provocado que en el seno del movimiento feminista se reclame la necesidad de que una futura reforma de la Constitución permita llevar a cabo cambios en el lenguaje para hacer más visible la presencia política y social de la mujer. La actual Vicepresidenta del Gobierno ha expresado esta reclamación afirmando la necesidad de que la Constitución incorpore un lenguaje más “inclusivo” (por ejemplo, a través del uso sistemático de expresiones como: hombres y mujeres, ciudadanos y ciudadanas, padres y madres, etc.). No obstante, no parece que ésta sea una propuesta bien recibida en los ámbitos relacionados con autoridad filológica, cuya respuesta dada a esta propuesta –no institucional, sino, hasta ahora, meramente personal– ha sido de rechazo³.

2. Estado civil e identidad de género

La noción de “identidad de género” no aparece expresamente reconocida en la Constitución. No obstante, la dualidad de sexos deriva de forma indirecta de las normas constitucionales. Concretamente, ya hemos visto que el derecho a contraer matrimonio es reconocido al hombre y a la mujer con plena igualdad jurídica (art. 32.1 CE). Asimismo, el desarrollo constitucional del derecho al

³ Por ejemplo, la formulada por un miembro de la Real Academia Española de la Lengua, Pedro Álvarez de Miranda, «¿Una Constitución “bigénero”?». *El País*, 27/7/2018, p. 13.

matrimonio ha permitido reconocer el derecho al matrimonio de las parejas homosexuales a través de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil. De esta forma, su artículo 44.2 establece que “*el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

La intersexuación tampoco es reconocida expresamente por la Constitución pero ello no significa que su reconocimiento legal sea impedido. Antes al contrario. Dado que no hay un obstáculo expreso, el cambio de sexo y sus efectos sobre el registro civil han sido previstos por la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas*.

En su Preámbulo, la citada Ley 3/2007 afirma que la transexualidad, considerada como un cambio de la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada por la medicina y por la psicología. Se trata de una realidad social que exige una respuesta del legislador para que la asignación inicial del sexo y el nombre de una persona puedan ser modificados, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el el sexo con el que inicialmente fueron inscritas.

La rectificación registral del sexo y del cambio de nombre permiten constatar como un hecho cierto el cambio ya producido de la identidad de género de la persona, de manera que queden garantizadas, tanto la seguridad jurídica como las exigencias derivadas de la salvaguarda del interés general. Con esta finalidad, el cambio de identidad deberá ser acreditado ante el Registro Civil.

Los aspectos más relevantes del procedimiento de la inscripción registral son los siguientes:

- Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo.
- La rectificación del sexo conllevará el cambio de nombre propio de la persona, a fin de que no resulte diferente con su sexo registral.
- Para acreditar la rectificación registral es necesario que: 1) la disforia de género haya sido diagnosticada por un informe médico o psicológico clínico; y 2) que haya sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. No obstante, la obtención de la rectificación registral de la mención al sexo de una persona, no será necesaria cuando el tratamiento médico haya incluido una cirugía de reasignación sexual.

- La resolución administrativa que acuerde la rectificación de la mención registral tendrá efectos constitutivos desde el momento de su inscripción en el Registro Civil.
- En ningún caso, la inscripción en el registro Civil reflejará datos de los que se pueda deducir el carácter de la generación sexual, aspecto éste que está regulado por la *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*⁴.

3. Autonomía personal, sexualidad e integridad del cuerpo humano

Los derechos reproductivos no constituyen una categoría específica dentro de elenco de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Ni tampoco es objeto de reconocimiento especial la situación específica de la mujer con respecto al hecho de la reproducción. Pero es evidente que ello no impide su pleno reconocimiento a través del desarrollo de determinados preceptos de la Constitución que conciernen, por un lado, al principio de libertad de la mujer y su capacidad para decidir sobre su propio cuerpo; y de otro, a las acciones positivas del Estado destinadas a la protección social, económica y jurídica de la familia. Entre los preceptos que permiten garantizar esos derechos pueden ser citados los siguientes:

- En general, el derecho a la libertad de la persona: Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. «*Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.*» (art. 17.1 CE).
- El derecho a la vida: «*Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral...*»(art. 15 CE).
- La protección de la familia y de los hijos: «*1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*» (art. 39 CE).

4 Vid. BENAVENTE MOREDA, P. “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”. *Revista General de Derecho Constitucional* n.º 17, Madrid 2013, pp. 1-75.

- El derecho a la salud: «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y *servicios necesarios*. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio. *servicios necesarios*. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto» (art. 43.1 CE).

En este marco constitucional, el legislador ha aprobado leyes que permiten asegurar la contracepción, el aborto y la procreación médica asistida.

1) En relación a la **contracepción**, desde una perspectiva general, el artículo 4 de la *Ley 33/2011, de 4 de octubre, de medidas especiales en materia de salud pública*, establece, el derecho « [...] b) *Recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas; c) Recibir información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos o de otro carácter, relevantes para la salud de la población y sobre su impacto*».

De modo más específico las políticas públicas para la salud sexual y reproductiva están reguladas en la *Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva*, a través de la cual las diversas administraciones públicas (del Estado, de las Comunidades Autónomas y Locales) están obligadas, en el marco de sus competencias, a garantizar: la información sanitaria sobre anticoncepción y sexo seguro que prevenga, tanto las enfermedades e infecciones de transmisión sexual, como los embarazos no deseados (art. 51, f); asimismo, estarán obligadas a desarrollar acciones informativas y de sensibilización sobre salud sexual y salud reproductiva, especialmente a través de los medios de comunicación, y se prestará particular atención a la prevención de embarazos no deseados, mediante acciones dirigidas, principalmente, a la juventud y colectivos con especiales necesidades, así como a la prevención de enfermedades de transmisión sexual (art. 6).

2) Inicialmente, el aborto fue regulado en 1985 a través de una modificación del Código Penal que hasta entonces consideraba delito la interrupción del embarazo. La modificación legal consistió en permitir el aborto en tres supuestos: en caso de violación, por causas eugenésicas y por razones terapéuticas, en el supuesto que corriese peligro la salud de madre. El Tribunal Constitucional, en su controvertida sentencia 53/1985, relativa a un recurso previo de inconstitucionalidad,

lidad de reforma del Código Penal, avaló la constitucionalidad del Proyecto de ley orgánica de modificación del artículo 417. Pero introdujo una decisión interpretativa que obligaba al legislador a ampliar las garantías en la realización del aborto legal a través de la exigencia de nuevos informes médicos. Este criterio del Tribunal fue considerado por una parte de los magistrados y también por amplios sectores de la doctrina como un exceso jurisdiccional, pues con la exigencia de nuevos dictámenes la jurisdicción constitucional estaba invadiendo de hecho la posición del legislador como autor de la ley. En esta ocasión, el Tribunal no tuvo en cuenta el *self restraint* que obliga siempre a mantener un cierto nivel de deferencia ante el legislador.

Pero, más allá del debate jurídico, en el ámbito social, la legalización parcial de la práctica abortiva ya resultó entonces notoriamente insuficiente. La mayoría de los abortos se siguieron produciendo al margen de los tres supuestos legalmente previstos, esto es, por voluntad de la madre y eran practicados en el extranjero o en clínicas privadas sin apoyo legal y en condiciones sanitarias no siempre adecuadas. Como consecuencia de ello, no tardó en plantearse la necesidad de la reforma de la ley penal en el sentido de incluir un cuarto supuesto basado en la libertad de decisión de la madre sobre el futuro de la gestación. No obstante, habría que esperar quince años para que el legislador atendiese a una realidad social a la que hasta entonces había sido incapaz de dar respuesta.

La nueva *Ley Orgánica 2/2010, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*, establece un modelo legal basado en una ley de plazos. En el Preámbulo de la Ley Orgánica 2/2010 se afirma que el legislador ha considerado la doctrina constitucional derivada de las sentencias dictadas en el pasado por el Tribunal Constitucional en esta materia. Sobre todo, la sentencia 53/1985, en la que un Tribunal muy dividido sobre importantes cuestiones de fondo, enunció sin embargo, algunos principios que han sido respaldados por la jurisprudencia posterior y que el legislador ha tomado como punto de partida. Una de esas interpretaciones de principio fue la negación del carácter absoluto de los derechos e intereses que entran en conflicto a la hora de regular la interrupción voluntaria del embarazo y, en consecuencia, el deber del legislador de *«ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos»* (STC 53/1985). Pues si bien *«los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el artículo 15 de la Constitución»* ello no significa que resulten privados de toda protección constitucional (STC 116/1999). La vida prenatal es un bien jurídico me-

recedor de protección por el legislador pero sin ignorar los derechos fundamentales de la mujer embarazada.

En consecuencia, el objetivo principal de la Ley orgánica de 2010⁵ fue el de garantizar el derecho a la maternidad libremente decidida, que implica, entre otras cosas, que las mujeres puedan tomar la decisión inicial sobre su embarazo y que esa decisión, consciente y responsable, sea respetada. En este sentido, el legislador consideró razonable, de acuerdo con las indicaciones de expertos en la materia y el análisis del derecho comparado, establecer un plazo de 14 semanas en el que se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros. Es lo que, en los términos expresados por la controvertida STC 53/1985, se trata de la «autodeterminación consciente», dado que la intervención determinante de un tercero en la formación de la voluntad de la mujer gestante, no ofrece una mayor garantía para el feto y, a la vez, limita innecesariamente el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, valor amparado en el artículo 10.1 de la Constitución.

Finalmente, en su Preámbulo, la Ley afirma que la experiencia ha demostrado que la protección de la vida prenatal es más eficaz a través de políticas activas de apoyo a las mujeres embarazadas y a la maternidad. Por ello, la tutela del bien jurídico en el momento inicial de la gestación se articula a través de la voluntad de la mujer y no contra de ella.

3) En cuanto a **la procreación medicamente asistida**, su primera regulación data de la Ley 35/1988, modificada posteriormente por la Ley 45/2003. Dado que la aparición de técnicas de reproducción asistida apareció en la década de los años 70 del siglo pasado, España ha sido uno de los primeros Estados en regular este procedimiento para hacer frente a los problemas de la esterilidad de ciertas parejas.

⁵ Fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional por el Partido Popular. Hasta el momento, y ya han pasado más de ocho años, el caso sigue *sub-judice*. No obstante, durante el periodo de gobierno del Partido Popular (2011-2018) se ha introducido un modificación de la Ley 41//2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, que a su vez ha reformado la citada Ley Orgánica 2/2010, en relación a los límites a la libertad de decisión las mujeres embarazadas que sean menores de edad (18 años) en los términos siguientes: «*Para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente será preciso, además de su manifestación de voluntad, el consentimiento expreso de sus representantes legales. En este caso, los conflictos que surjan en cuanto a la prestación del consentimiento por parte de los representantes legales, se resolverán de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil.*»

La nueva Ley 14/2006, de 26 de mayo, tiene por objeto regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Así como también la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético. Pero, en todo caso, prohíbe la clonación en seres humanos con fines reproductivos.

Toda mujer mayor de 18 años y con plena capacidad de obrar podrá ser receptora o usuaria de las técnicas reguladas en esta Ley siempre que haya prestado su consentimiento escrito a su utilización de manera libre, consciente y expresa. También podrá ser usuaria o receptora de las técnicas reguladas en esta Ley con independencia de su estado civil y orientación sexual. No obstante, si la mujer estuviera casada se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente.

La *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida* es el órgano colegiado, de carácter permanente y consultivo, dirigido a asesorar y orientar sobre la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida. Dicha Comisión está compuesta por representantes designados por el Gobierno del Estado, las Comunidades Autónomas, las distintas sociedades científicas y por entidades, corporaciones profesionales y asociaciones y grupos de representación de consumidores y usuarios, relacionados con los distintos aspectos científicos, jurídicos y éticos de la aplicación de estas técnicas.

4) **La violencia de género** ha sido abordada a través de una ley específica, la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la Violencia de Género*. Se trata de una ley que incide sobre diversos ámbitos jurídicos: administrativo, civil, penal y procesal. Pero, sin duda, ha sido la tutela penal frente a la violencia de género el aspecto que ha producido un mayor debate jurídico dado la diferencia de tratamiento penal que la ley establece en el caso de que sea el hombre el autor de la acción antijurídica.

De acuerdo con su Preámbulo, *«la violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige 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»*.

El fundamento constitucional de la Ley Orgánica 1/2005 se encuentra en el artículo 15 CE: *«Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral,*

sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra».

Esta ley ha previsto una serie de medidas de sensibilización, prevención y detección de acciones de violencia de género, en el ámbito de la educación, la publicidad y los medios de comunicación y la sanidad. Asimismo, regula los derechos específicos de las mujeres que hayan sido víctimas de la violencia de género (derecho a la información y asistencia por parte de la Administración; el derecho a la asistencia social integral, el derecho a la asistencia jurídica; derechos laborales y de Seguridad Social; derechos específicos de los funcionarios públicos y los derechos económicos). Además, al objeto de garantizar una tutela judicial más adecuada de la mujer frente a la violencia doméstica, la ley ha modificado la organización del Poder Judicial a través de la creación de los *Juzgados de Violencia sobre la Mujer*.

Pero la cuestión más controvertida en el plano jurídico es la que concierne al tratamiento de la tutela penal de la violencia de género. La Ley Orgánica 1/2005 modificó el artículo 153.1 del Código Penal en los términos siguientes:

*«1. 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 beneficios de la comunidad de treinta y uno a ochenta días (...)**».*

Este precepto fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por una juez penal. Los motivos de la duda sobre la constitucionalidad de la ley penal se fundamentaron en la diferencia de trato punitivo dado a la misma conducta en función del sexo del autor. Según el criterio de la juez, la opción del legislador vulneraba el principio de igualdad (art. 14 CE). En síntesis, sus argumentos fueron los siguientes:

- La ley cuestionada establece una diferencia de trato en función del sexo del sujeto activo y pasivo.
- La justificación de esta diferencia corresponde al legislador, pero las hipótesis justificativas que se han ensayado para acomodar la norma a los preceptos constitucionales no satisfacen las exigencias derivadas de los arts.

14, 24.2 y 10 CE, considerando en particular que no puede reconocerse un criterio objetivo suficientemente razonable para establecer la diferenciación normativa en virtud del género.

- Concretamente, la prevención general no justifica, por sí sola, una diferencia de trato en sede penal, por razón de sexo.
- Asimismo, la juez promotora considera que la norma no tiene naturaleza «promotora» de la mujer y no puede ampararse en la noción de «acción positiva» como justificación de la desigualdad.
- Por otra parte, la norma entendida como medida antidiscriminatoria tendría una finalidad legítima, pero la forma en que se ha articulado no justifica la desigualdad constatada.
- En definitiva, la introducción de la desigualdad por la naturaleza penal de la norma y no por la incidencia punitiva concreta, comporta un coste inasumible para los valores constitucionales.
- Para perseguir con severidad el maltrato conyugal, fenómeno cuya gravedad en ningún momento se niega –se sostiene en la cuestión de inconstitucionalidad– bastaba con agravar las penas sin distinguir sexos.

Sin embargo, en la sentencia 59/2008, de 14 de mayo, el Tribunal Constitucional, declaró la constitucionalidad de la diferencia de trato penal establecido por la Ley. En síntesis, los argumentos fueron los siguientes:

- La diferencia de tratamiento penal en función del sexo del autor no infringe el art. 14 CE: se trata de una diferenciación razonable, fruto de la amplia libertad de opción de que goza el legislador penal que, por la limitación y flexibilidad de sus previsiones punitivas, no resulta desproporcional.
- Asimismo, se trata de una diferenciación razonable porque persigue incrementar la protección de la integridad física, psíquica y moral de las mujeres en un ámbito, el de la pareja, en el que están insuficientemente protegidas.

Con este planteamiento de la sentencia, el Tribunal se acerca en esta materia al Derecho Penal de autor. Y, ciertamente, introduce una conducta penal “*feminicida*”.

4. La igualdad en la esfera familiar

Las uniones homosexuales están protegidas constitucionalmente. De acuerdo con la Constitución, el derecho al matrimonio es reconocido por la Constitución al hombre y a la mujer (art. 32.1 CE). En ningún caso, sin embargo, la norma suprema no prescribe que la única forma de matrimonio sea la contraída entre pa-

rejas heterosexuales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que no hay impedimento constitucional para que el contrato matrimonial pueda unir también a dos personas del mismo sexo.

Durante el primer mandato del Presidente Rodríguez-Zapatero fue aprobada la Ley 13/2005, de 1 de julio, de modificación del Código Civil en materia del derecho a contraer matrimonio. Concretamente, la reforma legal afectó al artículo 44.2 del Código Civil (CCv) por la que se establece que: «*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*». Por otra parte, cuando el Código regula el derecho al matrimonio ya no se refiere al hombre o la mujer sino a los cónyuges. Y lo hace en un marco de igualdad, con independencia de que la pareja sea heterosexual u homosexual: «*Los cónyuges son iguales en derechos y deberes*» (art. 66 CCv).

En el Preámbulo, la Ley 13/2005 justifica esta opción del legislador en tres fundamentos constitucionales: el ejercicio igual y efectivo de los derechos (art. 9.2 CE); el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y en el principio de igualdad y el derecho a no ser discriminado por razón de la condición sexual (art. 14 CE). Los argumentos de la ley son los siguientes:

- Cuando la Constitución remite al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento. Es decir, no excluye una regulación que reconozca las nuevas formas de relación afectiva, que siempre han existido en la relación entre los humanos y cuyo reconocimiento ya en el plano normativo son consecuencia de la evolución social de las relaciones personales.
- Además, la opción reflejada en esta Ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 CE), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 10.1 CE) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 CE) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Las condiciones de igualdad reconocidas a las parejas homosexuales respecto de las heterosexuales les permiten ejercer otros derechos vinculados a la ins-

titución matrimonial: así, por ejemplo, el derecho de adopción sin ninguna distinción, la gestión de los bienes de la pareja, la trasmisión del apellido a los hijos o el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio o de la autoridad parental.

El Tribunal Constitucional en su STC 198/2012, de 6 de noviembre, reconoció la constitucionalidad del matrimonio entre homosexuales aplicando un criterio interpretativo basado en una jurisprudencia evolutiva sobre el significado del derecho al matrimonio. El juicio de constitucionalidad llevado a cabo por el Tribunal se fundamenta en dos aspectos importantes: la garantía institucional del derecho al matrimonio y de su contenido esencial:

1) Desde el punto de vista de la garantía institucional del matrimonio no cabe realizar reproche de inconstitucionalidad a la opción escogida por el legislador en este caso, dentro del margen de apreciación que la Constitución le reconoce, porque es una opción no excluida por el constituyente, y que puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.

2) En lo que concierne a la garantía del contenido esencial del derecho al matrimonio, es decir, del núcleo de su contenido sobre el que el legislador no tiene capacidad para disponer, el Tribunal interpreta que la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio. Pero se trata de una modificación que en ningún caso afecta a las condiciones del derecho a contraer matrimonio entre parejas heterosexuales.

De acuerdo con el Derecho Comparado europeo, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo y el derecho originario de la Unión Europea, se manifiesta en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Esta evolución parte de la despenalización de las conductas homosexuales (por ejemplo, la pionera *STEDH Dudgeon c. el Reino Unido, de 22 de octubre de 1981 [TEDH 1981, 4]*), y pasa por el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria frente a las discriminaciones por razón de la orientación sexual de las personas (SSCEDH en los asuntos *Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de diciembre de 1999, § 28*, y *L. y V. c. Austria de 9 de enero de 2003, § 48*, después recogidas en la STC 41/2006, de 13 de febrero, así como el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 tal como fue adoptada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007).

5. La igualdad profesional y social

a) *Acciones positivas*. En la última década, el legislador español se ha mostrado especialmente activo en establecer las condiciones normativas de la igualdad entre el hombre y la mujer en diversos ámbitos de la actividad pública y privada. La expresión de este activismo se ha concretado en la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*. Se trata de una ley que incorpora al ordenamiento jurídico interno la *Directiva 2002/73/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre.

En su artículo primero, la Ley 3/2007 establece que «*Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes*». Y de acuerdo con el doble fundamento constitucional del deber de los poderes públicos de procurar la igualdad material efectiva de las personas (art. 9.2 CE) y de la prohibición de discriminación por razón de sexo o cualquier otras circunstancia personal o social (art. 14 CE), la finalidad de la ley es hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

La Ley establece una serie de previsiones destinadas a cumplir sus objetivos como, por ejemplo, acciones administrativas para la igualdad (en diversos ámbitos como: la educación, en la creación y producción artística e intelectual; en la política de salud; en la sociedad de la información; el deporte, en el ámbito rural o en los contratos de las administraciones públicas); en los medios de comunicación de carácter público; en el ámbito laboral y la empresa, en la función pública, en el Ejército y en el acceso a los bienes y servicios públicos.

b) Por supuesto, la Ley también prevé la adopción de medidas positivas para hacer frente a situaciones de discriminación directa o indirecta. De acuerdo con su artículo 6 «1. *Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable*». Y, asimismo, «2. *Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objeti-*

vamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados».

Las medidas positivas son todas aquellas que consisten en el impulso y promoción que persiguen establecer la igualdad entre hombres y mujeres, especialmente a través de la supresión de las desigualdades de hecho⁶. La Ley 3/2007, las define de la siguiente forma: *«1. Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.*

Asimismo, prevé que: *«2. También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley».*

En el marco de las medidas positivas y de manera más específica, la Ley Orgánica 3/2007, da cobertura a algunos supuestos de tratamiento preferente para las mujeres cuando permitan mejorar sus posibilidades de formación profesional, o de reciclaje para su futura promoción laboral. Es decir, se trata de medidas que afectan al punto de partida para el acceso al trabajo, pero no al punto de llegada, donde la regla de cuotas por razón de sexo en el ámbito laboral está expresamente prohibida por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo [SCJUE, de julio de 2000 (Asunto Abramsson)]. Así, en el ámbito específico de la formación, el artículo 60 ha previsto que:

«1. Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.

2. Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del

⁶ Vid. F. REY, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill. Madrid 1995, p. 91.

Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquéllas que reúnan los requisitos establecidos».

c) *Remuneración.*

Formalmente, la remuneración económica entre mujeres y hombres no puede ser objeto de tratamiento diferenciado. De acuerdo con el *Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que regula el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores*, (ET) «1. Se entenderán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español» (art. 17 ET).

Sin embargo, la realidad práctica de las relaciones laborales permite constatar que son un hecho contrastado las diferencias salariales entre hombres y mujeres por el mismo trabajo realizado.

En los últimos compases de última Legislatura, a fin de paliar las diferencias en este sentido, el Gobierno aprobó el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación⁷. En su artículo 1.7 d), que modifica el artículo 28, de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, relativo a la igualdad de remuneración por razón de sexo establece que:

«1. 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

⁷ BOE, núm. 57, de 07 de marzo de 2019.

que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella.

Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes.»

d) *Las prestaciones en situaciones de dependencia.*

En 2006, poco antes del inicio de la grave crisis económica y financiera que ha afectado a los Estados de la Unión Europea, en especial, a los Estados miembros de la zona Euro, el Gobierno de Rodríguez Zapatero tomó una ambiciosa iniciativa en el marco de la asistencia social: la aprobación de la *Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. En el argot político, fue conocida como la Ley de la Dependencia.

La eficacia de esta ley estaba vinculada al soporte financiero del que gozase para llevarla a cabo. La crisis que posteriormente afectó a España ha limitado mucho sus posibilidades. A pesar de la bondad de sus objetivos la realidad de su aplicación ha sido, sin embargo, muy distinta.

De acuerdo con su artículo 1, la Ley tiene por objeto regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio del derecho subjetivo de ciudadanía a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Con esa finalidad se ha creado un *Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas y la garantía por la Administración General del Estado de un contenido mínimo común de derechos para todos los ciudadanos en cualquier parte del territorio del Estado español. El Sistema se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.

e) *Las situaciones de embarazo y parto.*

El embarazo y el parto son objeto de protección legal.

De acuerdo con el art. 45 del Estatuto de los Trabajadores, el contrato de trabajo podrá ser suspendido en caso de maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas.

La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo, pero durante el periodo de baja por maternidad la trabajadora recibe una prestación económica a cargo del Sistema Nacional de Seguridad Social. Se trata de una prestación económica, equivalente al 100% de la base reguladora del salario, que pretende cubrir los ingresos que los trabajadores dejan de percibir durante las semanas de descanso.

Actualmente, este permiso de descanso por maternidad, puede ser disfrutado también por el padre, después de la reforma del artículo 37 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres operada por el citado Real Decreto-ley 6/2019, .

Para poder ser beneficiario del subsidio por maternidad es necesario que el trabajador se encuentre afiliado a la Seguridad Social y cumpla con los requisitos de cotización.

Desde una perspectiva comparada, los datos que ofrece el *Gender equality Index* España obtiene un puntuación de 53,6% puntos sobre 100, ligeramente por encima de la media europea; inferior a Suecia (70%) pero superior a Italia (37%)⁸.

6. La igualdad en la esfera pública

a) El sexo es todavía una regla de preeminencia para la sucesión a la Corona. Como ha sido señalado anteriormente, el artículo 57 CE establece que «*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*».

8 Vid. K. CALVO, “Una nueva política para una democracia de género en España”. *Fundación Giménez Abad*. Febrero 2017, p. 10.

En febrero de 2006, el Consejo de Estado, el alto órgano consultivo del Gobierno, presidido en aquella época por el profesor Rubio Llorente, emitió un informe sobre la reforma de la Constitución. Finalmente, la reforma no prosperó por la falta de acuerdo político. No obstante, la opinión del Consejo fue favorable a la supresión de la preeminencia del hombre sobre la mujer en la sucesión a la Corona. En lo esencial, su posición fue la siguiente:

- *En el momento de aprobarse la vigente Constitución, la pretensión de suprimir, con carácter general, las discriminaciones por razón de sexo era ya asumida por la mayoría de la sociedad española.*
- *Hoy, transcurridos más de veinticinco años, la propia aplicación de la Constitución, la tarea legislativa que se ha desarrollado en congruencia con ella y los cambios producidos en los referentes culturales, han llevado a la conciencia colectiva la convicción de que las discriminaciones por razón de sexo, cualesquiera de ellas, resultan, como tales, inaceptables.*
- La supresión de la preferencia masculina en el acceso a la Corona respondería, entonces, al sentir muy ampliamente mayoritario del pueblo español, y nos situaría en la senda de otras monarquías europeas, con un perfil constitucional y sociológico análogo, instaurando la plena igualdad por razón de sexo en la sucesión al trono.

b) En España, el derecho al sufragio activo fue reconocido por la Constitución de la II República, de 9 de diciembre de 1931. En su artículo 36 se establecía que: «*Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes*». Y ya en las elecciones legislativas del 19 de noviembre de 1933, las mujeres pudieron ser electoras y elegibles.

La dictadura franquista (1939-1975) suprimió las elecciones libres. La mujer no volvió recuperar el derecho al sufragio (activo y pasivo) hasta las primeras elecciones democráticas celebradas el 15 de junio de 1977. La Constitución de 1978, naturalmente, reconoció el derecho al sufragio sin distinción alguna por razón de sexo.

c) *Las medidas de paridad y cuotas.*

En la precitada Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, se establece una modificación de la legislación electoral (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio -LOREG-), por la que se introduce una medida de acción positiva para garantizar una presencia equilibrada de la mujer en cargos representativos.

Se entiende por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del cuarenta por ciento (Disposición Adicional Primera).

De acuerdo con esta regla, se añade un artículo 44-bis (LOREG) que establece que:

- 1) Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso (Cámara baja), a las elecciones municipales, al Parlamento Europeo y a los Parlamentos 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.
- 2) En las elecciones a los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, sus respectivas leyes electorales podrán establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres.

Esta medida de acción positiva prevista en la Ley Orgánica 3/2007 para garantizar la igualdad efectiva en la participación política de mujeres y hombres, provocó un amplio debate político y jurídico⁹. El precedente de la jurisprudencia de Consejo Constitucional francés sobre las cuotas electorales de estuvo muy presente, especialmente en relación a si una medida de esta naturaleza era respetuosa del principio de indivisibilidad de la soberanía y la libertad de los partidos políticos para configurar las candidaturas, como parte integrante del derecho de participación política.

La Ley fue objeto de una cuestión de inconstitucionalidad por un juez de lo contencioso administrativo y de un recurso de inconstitucionalidad presentado por diputados del Partido Popular entonces en la oposición. Los motivos de inconstitucionalidad alegados por el juez administrativo y por los diputados se basaban en la violación del principio de igualdad entre los ciudadanos y del derecho al sufragio en lo que concierne a la libertad de los partidos políticos.

Pues bien, con respecto a la igualdad de los ciudadanos no cabe apreciar que una medida legal como la impugnada pueda suponer su infracción ya que, por el

9 Vid. M.L. MARTÍNEZ ALARCÓN, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres. *Teoría y Realidad Constitucional* n° 22, Madrid 2005, pp. 605-624,

contrario, es justamente esa igualdad la que la propia medida asegura. En efecto las modificaciones de la LOREG no incorporan fórmulas compensatorias a favor de las mujeres, en su calidad de grupo históricamente desfavorecido, sino que plasman un criterio que se refiere indistintamente a los candidatos de uno y otro sexo, como pone de relieve el hecho de que el citado art. 44 bis LOREG establezca que las listas que se presenten a las elecciones allí mencionadas «*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*».

Por lo que se refiere al derecho al sufragio, el Tribunal Constitucional rechaza la inconstitucionalidad. En este sentido sostiene que:

- No hay nada en la disposición adicional segunda de la Ley que altere la correlación entre la voluntad del cuerpo electoral manifestada mediante el ejercicio del derecho de sufragio activo y los candidatos que hayan obtenido la confianza de los electores y, en cuanto tales, deban ser proclamados electos y acceder a los cargos públicos electivos.
- El principio de composición equilibrada es un instrumento al servicio de la igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo informa la elaboración de las candidaturas; siendo así, sólo cabría plantearse una eventual vulneración del contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el art. 23.2 CE si su aplicación se efectuara en la fase de proclamación de candidatos electos, operando a partir de los resultados electorales.

Esta modificación legislativa ha promovido el aumento de la presencia de la mujer en las instituciones del Estado: por ejemplo en cifras de 2012: Congreso (36%), Senado (25%); Gobierno (actualmente, en el Gobierno del Presidente Pedro Sánchez constituido en junio 2018, las ministras superan el 50%); Embajadas (12%); instituciones de las Comunidades Autónomas (Gobierno: 35%; Parlamento: 41 %); Ayuntamientos (Consejeros: 37%, Alcaldes: 14); Consejo General del Poder Judicial - Consejo General del Poder Judicial (10%); Tribunal Supremo (5%); Corte Constitucional (16%); Consejo Económico y Social (15%); Universidades (Rectores: 6%); Empresas (Presidente: 3%; Consejeros 3%)¹⁰.

10 Vid. A. MARRADES PUIG, “Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional”. In: *Constitución y democracia: ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol II, pp. 2305-2320.

También: R. SERRA CRISTOBAL, “La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efec-

7. La igualdad en el espacio público

a) El acceso a la educación está garantizado por igual a niños y niñas por la Constitución (art. 27.1 CE).

Sin embargo, la educación en igualdad de género se ha visto comprometida recientemente a causa de una polémica reforma legislativa, contenida en la *Ley Orgánica 18/2013, de 9 de diciembre para mejora de la calidad educativa* (LOMCE), promovida por la mayoría política que sostenía al Partido Popular. Uno de los aspectos más controvertidos de la reforma ha sido la de permitir la separación en el aula de los alumnos por sexos en las escuelas privadas con financiación concertada con el Estado. El Tribunal Constitucional en su sentencia 31/2018, de 10 de abril, ha avalado la constitucionalidad de esta medida. La decisión contó con el voto discrepante de tres magistrados.

Los argumentos presentados por los diputados socialistas para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad se basaron en demandar la nulidad de la expresión contenida en el artículo 84.3 LOMCE por la que se establece que: «*no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos*».

En síntesis, los impugnantes cuestionan el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos ya sea en la admisión de los alumnos y alumnas, ya sea en la organización de la enseñanza. Consideraban, en primer lugar, que es inconstitucional por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. Y, en segundo lugar, denunciaban que el trasfondo sociológico del recurso por el que se establece la separación de los alumnos por sexos en las escuelas privadas concertadas y financiadas a cargo del presupuesto público, era una forma de fomentar o mantener una educación sexista, contraria a los valores constitucionales basados en la libertad y el pluralismo.

Por el contrario, los argumentos empleados por la mayoría de magistrados del Tribunal Constitucional para fundamentar la validez constitucional de la separación escolar por sexos fueron los siguientes:

1) Desde el punto de vista de la cobertura constitucional de la educación dife-

tividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador”. *Revista de Estudios Políticos* nº 141, Madrid 2008, pp. 161-195.

renciada, hemos de recordar que se trata de una opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, forma parte del ideario educativo o carácter propio de los centros docentes que opten por tal fórmula educativa.

- 2) El ideario permite el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa. En este sentido, el Tribunal recordó su sentencia 5/1981, en la que afirmó que el derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario propio, con los límites establecidos en el art. 27.2 (*“la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales”*), forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios.

Sin embargo, la Corte en ningún momento justifica las razones por las que la separación por sexos facilita el desarrollo de la personalidad de los alumnos basada en la convivencia entre los sexos. En este sentido, son de especial los argumentos aportados por el amplio e importante voto particular del magistrado XIOL RÍOS, que en relación a la insuficiente justificación constitucional de la medida de separación por sexos en las escuelas con cargo al presupuesto público, en síntesis expuso los siguiente:

- En el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones.
- Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas; y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos.

- Al no despejarse estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al artículo 14 CE.

b) *La interdicción penal del odio o la violencia por razón de sexo.* El Derecho Penal permite luchar contra los estereotipos de género. Así, por ejemplo, en el marco de los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, en su artículo 510 relativo a la provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos, que serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: los que públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, *su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género*, enfermedad o discapacidad.

Por otra parte y en este mismo contexto de medidas legales contra los actos intolerantes o violentos contra grupos de personas por razón de su identidad sexual, y concretamente en el ámbito de la legislación autonómica cabe destacar, a modo de ejemplo, la *Ley 11/2014, de 10 de octubre, aprobada por el Parlamento de Cataluña, de garantía de los derechos de lesbianas, gais, bisexuales, transgéneros e intersexuales, para erradicar la homofobia, la bifobia y las transfobia (LGBTI)*. Se trata de una ley administrativa destinada a promover políticas públicas para promover la igualdad efectiva de las personas LGBTI en diversos sectores de la vida pública; la universidad, la cultura el ocio y el deporte, los medios de comunicación, la salud, la acción social, el orden público, el mercado de trabajo, la familia. De este tipo de legislación ya disponen la mayoría de Comunidades Autónomas.

c) En relación a las buenas costumbres y a la forma de vestir (en especial, por razones religiosas), en el espacio público, no está prevista una legislación general. No obstante, en algunos municipios se han aprobado medidas restrictivas respecto del uso del burka.

Bibliografía

ÁLVAREZ DE MIRANDA, P. (2018) «¿Una Constitución “bigénero”?». *El País*, 27/7/2018, p. 13.

BENAVENTE MOREDA, P.(2013), “Orientación sexual e identidad de género y relaciones jurídico privadas”. *Revista General de Derecho Constitucional* nº 17, Madrid, pp. 1-75.

CALVO, K. (2017). “Una nueva política para una democracia de género en España”. *Fundación Giménez Abad*. Febrero.

MARRADES PUIG, A (2013). “Los ejes centrales de las políticas de igualdad de género desde una perspectiva constitucional”. In: *Constitución y democracia: ayer y hoy: Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*. Vol II, pp. 2305-2320.

MARTÍNEZ ALARCÓN, M.L. (2005). “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero, sobre la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y Hombres. *Teoría y Realidad Constitucional* nº 22, Madrid.

REY, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Mc Graw Hill. Madrid.

SERRA CRISTOBAL, R. (2008). “La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. La efectividad de las medidas de paridad adoptadas por los partidos políticos y por el legislador”. *Revista de Estudios Políticos* nº 141, Madrid.

PALABRAS CLAVE

Igualdad, Género, Estado civil, Autonomía personal, Integridad física, Cargos públicos, Espacio público.

RESUMEN

Desde la perspectiva terminológica, la Constitución realiza un tratamiento neutro del género, fundamentado en los valores de dignidad e igualdad formal y material y el derecho a no ser discriminado. La garantía de la identidad de género se proyecta sobre los diversos ámbitos de la vida personal: la autonomía individual, la sexualidad y la integridad física, la actividad social y profesional en el ámbito de la Administración pública y la participación política. En este trabajo se exponen los aspectos más relevantes de la jurisprudencia constitucional sobre el género y se subraya la importancia de la regla de la interpretación evolutiva de la Constitución ante los retos que derivan de la evolución de la sociedad y su tratamiento jurídico.

KEYWORDS

Equality, Gender, Marital status, Personal autonomy, Physical integrity, Civil Service, Public space.

SUMMARY

From the terminological perspective, the Constitution performs a neutral treatment of gender, based on the values of dignity and formal and material equality and the right not to be discriminated against. The guarantee of gender identity is projected on the different areas of individual life: individual autonomy, sexuality and physical integrity, social and professional activity in the scope of public administration and political participation. In this paper, the most relevant aspects of the constitutional jurisprudence on gender are exposed and the importance of the rule of the evolutionary interpretation of the Constitution to deal with the challenges derived from the evolution of society and its legal treatment is highlighted.